

الكتاب: تمة الحدائق الناضرة
المؤلف: الشيخ حسين آل عصفور
الجزء: ١
الوفاة: ١٢١٦
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الأولى
سنة الطبع: ١٤١٠
المطبعة: مطبعة مؤسسة النشر الإسلامي
الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة
ردمك:
ملاحظات:

عيون الحقائق الناظرة
في تنمة الحدائق الناظرة
للمحدث البارع
الشيخ حسين البحراني آل عصفور ١٢١٦ هـ . ق
الجزء الأول
مؤسسة النشر الاسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

الكتاب: عيون الحقائق الناظرة في تنمة الحدائق الناظرة (ج ١)
المؤلف: الفقيه المحدث الشيخ حسين بن محمد آل عصفور البحراني
الموضوع: فقه
اللغة: عربي
عدد الأجزاء: جزئان
عدد الصفحات: ٤٦٠
الناشر: مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة
الطبع: مطبعة مؤسسة النشر الاسلامي
الطبعة: الأولى
التاريخ: ١٤١٠ هـ . ق
المطبوع: ٢٠٠٠ نسخة

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطيبين المنتجبين.
لا يخفى على ذوي الأبواب ما لعلم الفقه من الأهمية في نظر الدين الاسلامي
باعتباره القانون الإلهي الذي يعني بتنظيم شؤون الحياة بجميع أبعادها، وعلماء
الدين وفقهاء المذهب قد بذلوا في مختلف جوانب الفقه جهودا جباره ومساعي
مشكورة، حيث ألفوا العديد من المصنفات والموسوعات في هذا الحقل، ومن
جملتها كتاب الحدائق الشهير للمحدث البحراني قدس سره الذي حال الأجل بينه
وبين إتمامه، فقام بتتيممه ابن أخيه وتلميذه العلامة الخبير الشيخ حسين بن محمد
آل عصفور تغمده الله برحمته بأكمل به ما نقص من كتاب الظهار إلى آخر الكفارات
وسمى كتابه ب " عيون الحقائق الناظرة في تتمه الحدائق الناضرة " .
ولما كانت مؤسسة النشر الاسلامي قد قامت بنشر كتاب الحدائق ضمن
خمسة وعشرين مجلدا، وتعميما للفائدة تصدت لنشر كتاب العيون حيث بذلت
الوسع في تحقيقه واستخراج مصادره، وقد بذل الأخ الألمعي الحاج كمال الكاتب
حفظه الله تعالى جهودا مضيئة لاخرجه بهذه الصورة سائلة الله أن يوفقه وإياها
لخدمة العلم وأهله، وما توفيقنا إلا بالله العزيز.
مؤسسة النشر الاسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله على جزيل نواله، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله.
وبعد، فهذه لمحة خاطفة عن مصنف هذا الكتاب على أبلغ ما يكون به
الايجاز جاز فنقول:
أما نسبه:

فهو العلامة العارف والآية العظمى فخر الملة والشريعة الشيخ حسين ابن
المحقق البارع الشيخ محمد ابن الآية الفاخرة والحجة الباهرة الشيخ أحمد ابن الشيخ
إبراهيم ابن الحاج أحمد بن صالح بن أحمد بن عصفور بن أحمد بن عبد الحسين بن
عطية بن شيبه الدرازي ابن الأمير هلال ابن الأمير موسى ابن الأمير حسين ابن الأمير
مانع ابن الأمير عصفور ابن الأمير راشد بن عميرة بن سنان بن غفيلة بن شبانة بن عامر
ابن عوف بن مالك بن عوف بن عامر بن عقيل بن كعب بن ربيعة بن عامر بن
صعصعة بن معاوية بن بكر بن هوازن بن سليم بن منصور بن عكرمة بن خصفة بن
عيلان بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان جد النبي صلى الله عليه وآله
وهو ابن أخ الشيخ يوسف - قدس سره - مصنف كتاب " الحقائق الناضرة "
وتلميذه وأحد المجازين بإجازته المبسوطة الموسومة بـ " لؤلؤة البحرين " .

وأما كلمات الاطراء والثناء عليه:
فلم يكد يخلو كتاب من كتب التراجم إلا النزر الشاذ من جمل الثناء عليه
وإطرائه والإشادة بعلو كعبه في المعقول والمنقول وسمو درجته في الفقه والحديث
والأصول حتى عده بعضهم من المجددين للمذهب على رأس المائة الثانية بعد الألف
كما ألمح إليه العلامة الأميني في شهداء الفضيلة
قال في ترجمته المحقق المتبحر السيد محسن الأمين في أعيان الشيعة: كان
متبحرا في الفقه والحديث طويل الباع كثيرا الاطلاع، انتهت إليه الرئاسة والتدريس.
وقال عنه العلامة البحثة الشيخ آقا بزرك الطهراني في الكرام البررة: كان
من المصنفين المكثرين المتبحرين في الفقه والأصول والحديث غيرها.
إلى غير ذلك من الأقوال التي يقف عليها المتتبع.
مؤلفاته ومصنفاته:

كان - قدس سره - من المكثرين المجيدين والمصنفين والمتبحرين حيث
نمقت براعته في أكثر العلوم الشرعية كالتفسير والحديث والأدب والشعر واللغة
والكلام والمراثي، كما هو مثبت في تراجم مترجميه ما يعد من الرعيل الأول،
حيث أتى ببنات فكره الصائب ودقة ذهنه الوقاد ما يبهر العقول ويخلب الأنظار،
ومن عجائب أمره أنه كان يملي كتبه الاستدلالية الموسعة كأنوار اللوامع في
شرح مفاتيح الشرائع للفيض الكاشاني ورواشرح العناية الربانية في شرح الكفاية
الخراسانية وكتاب السوانح النظرية في شرح البداية الحرية للحر العاملي على
بعض تلامذته الذين اختصهم لهذا الغرض اعتمادا على حفظه للأقوال وأدلة كل
مسألة بجزئياتها التفصيلية في سابق عهده بها من دون تحشم الرجوع إليها عند
التصنيف والتأليف، وتؤيد هذه الدعوى النسخ الخطية الموروثة عن مكتبته، حيث
وجد كيف أنها كتبت بخط تلامذته وختمت أجزاءها بخاتمه الشريف وإمضائه
فقط. ومما يدخل في هذا المضمرة إملاؤه كتاب " النفحة القدسية " في ثلاثة أيام

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

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

وأما وفاته ومدفنه:

توفي - قدس سره - شهيدا سنة ١٢١٦ هـ بعد مضي ثلاثة أيام على أثر ضربة ضربها إياه ملعون من أعداء الدين بحربة في ظهر قدمه، وقد أرخ ذلك بعضهم بقوله: قلت فيه لما يقولون أرخ: (غروي) (تاريخه) (غادره) وقال آخر: (طود الشريعة قد وهي وتهدما.) وقال ثالث: (قمر الشريعة قد أفل). ودفن بقريته الشاخورة وقبره اليوم مزار معروف، وقد جدد بناؤه أخيرا بفن معماري بديع.

ختام:

ونهب في ختام هذه الأسطر بجهود مؤسسة النشر الاسلامي المضنية ومسايعها المشكورة على إحياء هذا الأثر مضافا لأصله " الحدائق " راجين من العلي القدير أن يأخذ بيدها إلى ما فيه إنهاض الفكر الشيعي الأصيل وخدمة الدين الحنيف.

حرره حفيدا المصنف

الميرزا محسن آل عصفور والشيخ أبو أحمد آل عصفور

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله المحمود لآلائه المشكور لنعمائه المعبود لكماله المرهوب لجلاله
الذي ارتفع شأنه عن مشابهة الأنام وتقدس بكمال ذاته عن إحاطة دقائق الأفهام، وتعالى
في عظمته أن تبلغ كنهه حقيقة الأوهام، وأفاض سبحانه الأفضال على جميع البرية
فشملهم بسوابغ الأنعام. أحمده على ما منحه من إرشاده وهدايته وأسأله العصمة من
الشیطان الرجيم وغوايته، وأصلي على أشرف من بعثه ببرهانه وآياته، وجعله
سيد متحمل رسالاته، سيدنا محمد صاحب شريعته ودلالاته، وعلى ابن عمه
علي بن أبي طالب صلوات الله وسلامه عليه المختار لوصيته وخلافته، وعلى
الأئمة من ذريته وسلالته.

وبعد فإن أحق الفضائل بالتعظيم وأجراها باستحقاق التقديم وأتمها في
استجلاب ثوابه الجسيم هو العلم بالأحكام الشرعية والوظائف الدينية إذ به تحصل
السعادة الأبدية والتخلص من الشقاوة السرمدية، فوجب على كل مكلف صرف
الهمة إليه بقدر القابلية وإنفاق هذه المهلة اليسيرة.

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

الله عليهم أجمعين وذلك لما جف منه قلم الناسخ وهو هذا: وقد ورد في الأخبار أنه مع اختلافهم في الحكم يؤخذ بخلاف ما إليه قضاتهم وحكامهم أميل (١) كما وقع في المقبولة الحنظلية، فيجوز أن يكون ذلك الوقت متلبسا بهذا المرجح لكنه لا يكون على سبيل التحقيق على أنه يمكن أن يكون الحامل للشيخ على ارتكاب التقية في أحد الطرفين دون الآخر لقوة المشهور وضعف ما قابله فتوى ودليلا لأن صحيحة بريد العجلي (٢) كما في الفقيه وخبر الكناسي (٣) كما في التهذيب والكافي مؤيدان باطلاق صحيحة محمد بن مسلم (٤) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألته عن رجل

ظاهر من امرأته ثم طلقها قبل أن يواقعها فبانت منه، عليه الكفارة؟ قال: لا ".
وصحيح جميل (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث " قال: سألتناه عن الظهار متى

يقع على صاحبه الكفارة؟ قال: إذا أراد أن يواقع امرأته، قلت: فإن طلقها قبل أن يواقعها، أعليه كفارة؟ قال: لا، سقطت عنه الكفارة ".
وصحيحته الأخرى وابن بكير وحماد بن عثمان " (٦) كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام

" قال: المظاهر إذا طلق سقطت عنه الكفارة ".

فيكون هذا موجبا لاختصاص التقية بصحيح علي بن جعفر المذكور إن أبقيناه على ظاهره، واحتمل فيه العلامة حملة على فساد النكاح لأنه عقيب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين فيكون قد وقع في العدة فيكون باطلا.
واستحسنه بعضهم وأيده بأمرين: " أحدهما " تعقيب التزويج بالفاء المقتضية

(١) هذا آخر ما سطره صاحب الحدائق - قدس سره - .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٢ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦١، ح ٣٤، التهذيب ج ٨ ص ١٦ ح ٢٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٢.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٦١ ح ٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٣.

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٥٥ ح ١٠. الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٤.

(٦) الكافي ج ٦ ص ١٥٨ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٩ ب ١٠ ح ٥.

للفورية وذلك يقتضي عدم الخروج من العدة " وثانيهما " أنه حكاية الحديث تشعر به حيث قال " فراجعها الأول " ولم يقل تزوجها، ولا يخفى عليك ما في هذا التنزيل والتأييد، لأن إطلاق التزويج محمول على الصحيح والشهر والشهران مختلفان بين الظهار والطلاق لا بين الطلاق والتزويج، ثم تعقيب التزويج بالفاء يقتضي التعقيب والفورية بحسب الممكن لا مطلقا كما نبه عليه أهل العربية وصححوه في قولهم: تزوج فلان فلانة فولدت، فإن المراد به وجود الولادة في أول أوقات الامكان وذلك بعد مضي مدة الحمل لا عقيب التزويج بلا فصل، وكذلك قول القائل: دخلت بغداد فالبصرة، وأمثال ذلك كثير حينئذ. فيكون المراد من الخبر أنه تزوجها في أوقات الامكان شرعا وهو بعد انقضاء العدة بلا فصل. هذا إذا سلمنا دلالتها في مثل هذا المقام على الفورية. وعلى تقدير تسليم وقوع الشهر والشهرين بين التزويج والطلاق فيمكن انقضاء العدة بهما وبأقل منهما كما مر بيانه في تحقيق أقل المدة التي يمكن خروج المطلقة فيها باعتبار عدة الظهار. وأما قوله " ثم طلقها فراجعها " فالكلام في الفاء هنا كالكلام في الأولى، فإن المراجعة بعد الطلاق ليس المراد بها هو العود إلى نكاحها بالعقد الأول وإنما المراد به التزويج، وأطلق عليه المراجعة من حيث إنها كانت زوجة له أولا فأقام عوده لها بعقد جديد مقام الرجوع وهو رجوع لغة، ولهذا جاء في مواضع عديدة من الأخبار إطلاق المراجعة إلى الزوجة في الطلاق النسبي بالمعنى الأخص بأن يراجعها بعقد جديد. فحملة في هذا الخبر على الرجوع الشرعي وإبقاء العدة الأولى في غاية السماجة (١) والبعده، على أنه يلزم ارتكاب المجاز في قوله " ثم طلقها " لأن الطلاق لا يتعقب النكاح الفاسد لأن تزوجها الثاني في العدة مما يوجب فساده والتحريم المؤبد إن كان دخل بها، أو كان عالما بذلك وإن لم يدخل بها كما تقدم في مباحث النكاح.

(١) السماجة: القبح.

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

ونقل الفاضل الهندي في كشف اللثام عن ابن حمزة قولاً ثالثاً وهو أنه إن جدد العقد المظاهر بعد العدة لم تلزم الكفارة كالمشهور رجعياً أو بئناً. ويلزمه إن جدد على البائن في العدة - ولعله لعموم النصوص - خرج ما لو خرجت من العدة لصحيحة بريد وخبر يزيد الكناسي (١)، فيبقى الباقي، وليس هذا ببعيد لأن المراجعة في العدة سواء كانت مراجعة شرعية أو لغوية الشاملة للعقد عليها في العدة مما تترتب عليه الكفارة في أخبار المراجع في العدة، وإن كان المشهور لا يرضون به لأن المتبادر من الرجعة حيث تطلق هي المراجعة الشرعية لظاهر صحيحة بريد وخبر يزيد الكناسي، وقد سمعتهما حيث قال فيهما " قال: إذا طلقها تطليقة فقد بطل الظهار وهدم الطلاق الظهار، قلت: فله أن يراجعها؟ قال: نعم هي امرأته، فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسا " وهي كما ترى في المراجعة الشرعية.

وكذلك ما دل على إطلاق المراجعة مثل صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله والحسن بن زياد (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في التهذيب " قال: إذا طلق المظاهر

ثم راجع فعليه الكفارة " يجب حمله على المراجعة الشرعية حملاً للمطلق على المقيد، ومع هذا كله لا تجب الكفارة بمجرد المراجعة بل لا بد من إرادة الميسس والجماع لما تقدم من ترتب الكفارة على ذلك في الأصح.

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٢.

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

ويدل عليه هنا بخصوصه صحيحة الحلبي (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها، قال: ليس عليه كفارة، قلت: فإن أراد أن يمسخها؟ قال: لا يمسخها حتى يكفر ". وكأن قوله " ثم يريد أن يتم على طلاقها " مؤذن بأنه قد طلق بعد المظاهرة، وهذا من القرائن المقالية الواضحة، وكذا قوله " فإن أراد أن يمسخها " قرينة على المراجعة في ذلك الطلاق ولو بالامساح، فيكون قوله " لا يمسخها حتى يكفر " يعني بعد المراجعة أو بما إذا أراد المراجعة بنفس المسيس،

أما ما جاء في خبر موسى بن بكير النمري (٢) المرسل عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل ظاهر ثم طلق، قال: سقطت عنه الكفارة إذا طلق قبل أن يعاود المجامعة، قيل: فإنه راجعها، قال: إن كان طلق لاسقاط الكفارة عنه ثم راجعها فإن الكفارة لازمة له أبدا إذا عاود المجامعة، وإن كان طلقها وهو لا ينوي شيئا من ذلك فلا بأس أن يراجع ولا كفارة عليه " فهو من الأخبار المشككة حيث لم يذهب ذاهب إلى تفصيله المذكور، ولم يطابقه شيء الأخبار الواردة في هذا المضمار، وقد احتمل فيه محدث الوسائل حمل المراجعة المنفية الكفارة معها عند إرادة مطلق الطلاق على المراجعة بعد العدة بعقد جديد لما تقدم في صحيحة يريد وغيرها،

ويتحمل صدره أن الطلاق إذا وقع بقصد الفرار عن أثر الظهار غير عامل عمله بدليل قوله " إن كان طلق لاسقاط الكفارة عنه " فلم يحصل قصد بينونة فيكون لاغيا، كما أن الطلاق بقصد أن يراجع يقع لاغيا أو أنه وإن حصلت به بينونة لكن الغاية الموجبة له غير حاصلة به عقوبة من الشارع.

ولا ينافي هذا ما سيحى عن قريب في المسائل والفروع من أن المظاهر يلزم بالطلاق أو الرجوع بعد المرافعة للحاكم الشرعي بعد ثلاثة أشهر من المرافعة،

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٩ ب ١٠ ح ٨.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٩ ب ١٠ ح ٦ وفيهما " بن أكيل النميري ".

لأن ذلك الطلاق الملزوم به ليس لاسقاط الكفارة بل لتسريح المرأة بإحسان ولهذا يخير بينه وبين المراجعة والتكفير ولوجوب الوطاء عليه بعد أربعة أشهر لبقائها على الزوجية. وقد ألحق جماعة من الأصحاب كالمحقق والعلامة بالطلاق في إسقاطه الكفارة إذا بانت منه لو عاودها بعد العدة الارتداد إذا كان عن ملة وقد صدر منه، وكذلك لو كان منها مطلقاً. أما لو راجعها معه بعد التوبة منه أو منها في العدة حيث يصح الرجوع وجبت الكفارة لأنه كالطلاق الرجعي. وأوجب ابن الجنيد الكفارة في الارتداد إذا جدد العقد بناء على وجوبها بمجرد التربص وعدم الطلاق، وكذا لو ماتت أو مات أحدهما فلا كفارة إذا كان قبل المس، إلا على قول الإسكافي، أما لو وطأها بعد موتها فالظاهر أن عليه كفارتين للعموم والاستصحاب لأن الموت لم يخرجها عن الزوجية، ولهذا يغسلها وتغسله، وإن حرم وطؤها في تلك الحالة عليه فإن محرمت الأزواج أسباب الكثيرة كالحيض والاحرام والصيام والظهار والايلاء وكالمنكوحة قبل التسع إذا أفضاها لبقائها على الزوجية وإن حرم وطؤها، وأمثال ذلك في الأحكام كثيرة.

المسألة الرابعة: لو ظاهر من زوجته الأمة ثم اشتراها من مولاها فقد بطل العقد، فلو وطأها بالملك لم تجب الكفارة لما تقدم من أن البضع لا يستباح بسببين، والسبب الطارئ أقوى. وكذا لو ملكها بالإرث أو بسائر الأسباب المملكة لأن العقد لا يجامع ملك اليمين، وقد تقدم ما يدل عليه من الأخبار في نكاح الأمة مثل موثقة سماعة (١) " قال: سألته عن رجلين بينهما أمة فزواجهما من رجل ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين، قال: حرمت عليه " وفي موثقته (٢) الأخرى عنه عليه السلام مثله، إلا أنه قال " حرمت عليه باشرائه إياها وذلك أن بيعها طلاقها " .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ب ٤٦ ح ١.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٤ ح ٦ وفيه (بشرائه)، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ب ٤٦ ح ٢.

وإذا ثبت ذلك بمقتضى الاجماع والأدلة زال التحريم المترتب على العقد واستباحها بالملك، وكان ذلك كما لو طلقها أو تزوجها بعد انقضاء العدة، بل هنا أقوى لاختلاف جنس السبب الذاهب والعائد بخلاف ما لو تزوجها بعد البيونة، فإن السبب وإن تعدد إلا أنه متحد في الجنس وإن اختلف في الشخص وفي معناه عندهم ما لو اشتراها غيره ثم فسخ النكاح وزوجه إياها بعقد مستأنف، وقد تقدم في أحكام نكاح الأمة ما يدل على أن له الفسخ كما في صحيحة محمد بن مسلم (١) وخبر الحسن بن زياد وصحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٢) وغيرها من الأخبار. نعم، لو أقرها على نكاحه وجبت الكفارة لاستقرار النكاح المترتب عليه الظهار، ثم إنه على الأول لا يتوقف صحة العقد على الاستبراء ولا الاعتداد لأن الماء الواحد. ومثله أيضا ما لو طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة كما تقدم خلافا لابن حمزة وللإسكافي وعلى المشهور، فتحصل الحيلة بهذا في إسقاط حكم الظهار بغير تكفير، لكنه لا ينطبق بما دل عليه خبر موسى بن أكيل النميري (٣)، حيث إن طلاقه وقع فرارا عن كفارة الظهار، وقد عرفت الكلام فيه لكنه لا ينطبق على المذهب المشهور بل لأعامل بها.

ولو قلنا بوقوع الظهار بملك اليمين كما هو الحق لدلالة المعبرة المستفيضة عليه وضعف المعارض لها وهو خبر حمزة بن حمران كما تقدم في كلام جامع الأصل - قدس الله سره - فيمن ظاهر من أمته ثم باعها من غيره بطل حكم الظهار، فإن اشتراها منه لم يعد الظهار كما لو طلق بائنا ثم تزوجها، وأولى منه ما لو أعتقها ثم تزوجها لاختلاف السبب ولبيونتها من النكاح الأول بالعتق.

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

فروع

الأول: لو ظاهر من زوجته الأمة ثم عاد ثم قال لملكها: أعتقها عن ظاهري، ففعل وقع عتقها عن كفارته وانتقلت لملكه أنا ما يستحق العتق عنه وانفسخ النكاح بينهما لأن إعتاقها عنه بإذنه يتضمن تمليكها - كما سيأتي في الكفارات وفي كتاب العتق - وقد تقرر بالنص والاجماع أنه إذا ملك زوجته انفسخ النكاح، ومثله ما لو أعتقها عنه باستدعائه عن كفارة أخرى ولو ملكها بعد ما ظاهر منها وعاد فانفسخ النكاح بينهما ثم أعتقها عن ظهاره عنها، ومثله لو آلى من زوجته الأمة ووطأها وحنث ولزمتها الكفارة فقال لسيدها: أعتقها عن كفارة عني، ففعل فإنه يجوز وينفسخ النكاح لملكها لهذا الأمر بعتقها كما في مسألة الظهار السابقة. ولو ظاهر من زوجته الذمية بناء على جواز نكاحها ثم نقضت المرأة العهد فاسترقت فملكها ذلك الزوج المظاهر فأسلمت فأعتقها عن كفارة ظهاره أو غيرها جاز.

الثاني: لو ظاهر من أربع نسوة له بلفظ واحد وجب عليه عن كل واحدة كفارة لانعقاد الظهار من الأربع بكلمة واحدة بحيث يقول: أنتن علي كظهر أمي، فيصير بذلك مظاهرا منهن إجماعا، والنصوص بذلك مستفيضة وسيأتي ذكرها ثم إن فارقهن بما يجب البيونة من طلاق ونحوه ورفع به الظهار فلا كفارة وإن عاد إليهن جمع، فالمسألة موضع خلاف، فالمعظم بل حكى عليه الاجماع في الخلاف عن كل واحدة كفارة لأصالة تعدد المسبب بتعدد السبب وخالف الإسكافي فلم يوجب سوى واحدة، واحتج للمشهور بصحيفة حفص بن البختري (١) عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام " في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن جميعا كلهن بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفارات " .

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

وصحيحة صفوان (١) " قال: سأل الحسين بن مهران أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل ظاهر من أربع نسوة، قال: يكفر لكل واحدة كفارة. وسأله رجل ظاهر من امرأته وجاريتها، ما عليه؟ قال: عليه لكل واحدة منهما كفارة عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا " ولعل لفظة " أو " للتقسيم أو للتخيير لما يأتي إن شاء الله تعالى عن قريب من أن كفارة الظهار مرتبة لا مخيرة. واحتج لابن الجنيد بموثقة غياث بن إبراهيم (٢) عن الصادق عن أبيه عن علي عليهم السلام كما في التهذيب والنهاية " في رجل ظاهر من أربع نسوة، قال: عليه كفارة واحدة " وحمله الشيخ في كتابي الأخبار على أن الوحدة فيه جنسيته ولا ينافي تعددها بالشخص. واحتمل فيها محدث الوسائل الحمل على الانكار وفيه بعد، وربما طعن عليها بضعف سندها بناء على ضعف الموثق وترجيح الحسن عليه، لأن صحيحة حفص حسنة بالاصطلاح الجديد لاشتمالها على إبراهيم بن هاشم، وحيث يطعن علي رواية حفص بالحسن بناء على أنه دون الموثق أو لأن حفص بن البختری قد ضعفه محقق المعتبر في مواضع عديدة ورمى بلعب الشطرنج. يجاب عن ذلك بأن مضمونه موافق للتعليل الموجب للوحدة مع أنه معتضد بالشهرة، وربما بني الخلاف على أن الغالب في الظهار مشابهة الطلاق أو الأيمان، فإن غلبنا مشابهة الطلاق لزمته أربع كفارات ولم يكن يختلف الحال بين أن يظهر بكلمة أو كلمات كما لو شرك بينهن بالطلاق بكلمة أو كلمات بالاتفاق، وإن غلبنا مشابهة الأيمان كما احتج به الإسكافي لم يجب إلا كفارة واحدة كما لو حلف أن لا يكلم جماعة فكلهم فليس عليه إلا كفارة واحدة باتفاق، والظهار يمكن رجوعه إلى الأصليين، لكن هذا البناء مهدوم الأساس لعدم ثبوت الظهار إلى شئ من الأصليين المذكورين، وعلى تقدير

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٨ ح ٢٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٥ ب ١٤ ح ٢.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١ ح ٤٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٥ ب ١٤ ح ٢.

الاعراض عن هذا كله فالمناسب إلحاقه بالطلاق لما ثبت أن شرائطه كشرائطه لأنه لا يكون إلا في طهر لم يقربها فيه - كما سمعت - ولا بد من شاهدي عدل يسمعان الطلاق ولا بد من القصد وارتفاع الغضب، وللأخبار الدالة على أنه لا يقع إلا فيما يقع فيه الطلاق، على أنا لو سلمنا حسن خبر حفص ولا ينجبر بالشهرة لكان الترجيح له حاصلاً لأن صحيحة صفوان التي سمعتها لا يلحقها شيء من هذه المطاعن فتكون هي الأساس والأصل في الاستدلال، على أنا في راحة من هذا كله لعدم ثبوت هذا الاصطلاح الجديد - كما قررناه غير مرة - فعلى الأشهر من وجوب أربع كفارات، ولو حمل العود في بعضهن دون بعض كان الكفارة بعدد من حصل فيها العود، وعلى القول بوجوب وحدة الكفارة كذلك يكون الحكم لوجوب الكفارة بالعود لو واحدة حتى لو طلق ثلاثاً وجب الكفارة للرابعة

واحتمل شهيد المسالك على هذا أن لا تجب الواحدة لتفريعه على اليمين كما لو حلف أن لا يكلم جماعة فلا تلزمه الكفارة بتكليم بعضهم، ويمكن الفرق بينه وبين اليمين أن كفارة اليمين سببها الحنث والحنث لا يحصل إلا بتكلم الجميع بخلاف الظهار، فإن سبب كفارته الإمساك مع المخالفة لقوله والمخالفة تحصل بإمساك واحدة منهن بلا كلام كما تحصل بإمساك الجميع، وإنما قيدنا الخلاف بالمظاهرة بلفظ واحد، لأنه لو ظاهر عنهن بأربعة ألفاظ فإن الكفارة تعدد بتعدد هن بلا خلاف.

الثالث: لو ظاهر من امرأة واحدة مرارا متعددة ففي تعدد الظهار أقوال، المشهور بين الأصحاب التعدد سواء كان فرق الظهار أو تابعه، اتحدت المشبه بها أم تعددت لأصالة عدم التداخل، وللأخبار المستفيضة.
منها: صحيحة محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته عن رجل

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

ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر، قال: قال علي عليه السلام: مكان كل مرة كفارة " .

وصحيحة الحلبي (١) كما في الفقيه والكافي والتهذيب " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات، قال: يكفر ثلاث مرات " الحديث. وصحيحة جميل (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " في من ظاهر من امرأته خمس عشرة

مرة، قال: عليه خمسة عشر كفارة " .

وصحيحة محمد بن مسلم (٣) الأخرى كما في التهذيب عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألت عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر، فقال عليه السلام: عليه لكل مرة كفارة " .

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

وموثقة أبي بصير (٥) بل صحيحته كما في التهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام. ومثله خبر أبي الجارود زياد بن المنذر (٦) " قال: سألت أبو جعفر عليه السلام وأنا عنده عن رجل قال لامرأته: أنت علي كظهر أمي مائة مرة، فقال عليه السلام: يطيق لكل مرة عتق نسمة، قال: فيطيق إطعام ستين مسكينا مائة مرة؟ قال: لا: قال: فيطيق صيام شهرين متتابعين مائة مرة؟ قال: لا، قال: يفرق بينهما " . وفي المبسوط: إن والى ونوى التأكيد أو أطلق لم يلزمه أكثر من كفارة، وإن

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٦ ح ١٤، التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣٤، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٣

ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٣ ب ١٣ ح ٢.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢ ح ٤٤ وفيه " عن رجل عن أبي عبد الله "، الوسائل ج ١٥

ص ٥٢٣ ب ١٣ ح ٣.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢ ح ٤٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٤ ب ١٣ ح ٤ وفيهما " أو أكثر

ما عليه؟ قال: عليه مكان كل مرة كفارة " .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٩ وفيه " فقال: قال علي عليه السلام: مكان " كل مرة

كفارة.

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

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

نوى الاستئناف و فرقت تعددت، تخلل التكفير أولاً. ونفى الخلاف عن الواحدة إذا نوى التأكيد والتعدد إذا فرقت وتخلل التكفير، ونحوه ابن حمزة في الوسيلة والعلامة في التحرير صريحاً.

وفي الخلاف للشيخ نحوه مفهوماً فإنه حكم بالتعدد إذا نوى الاستئناف لكنه لم يفرق فيه بين التوالي والتفريق، ويمكن أن يكون المراد النهائية، فإنه ذكر فيه أنه إذا ظهر منها مرة بعد أخرى تعددت الكفارة، وعند نية التأكيد لم يظهر مرة بعد أخرى، وهو ظاهر عبارة القواعد وكثير من عبارات كعبارات النافع والشرايع والجامع لأشعار لفظ التكرار بذلك وذهب ابن الجنيدي لقول ثالث مفصل لتعدد المشبه بها كالأم والأخت فتعدد الكفارة واتحادها كالأم فتتحد الكفارة وإن فرقت إلا أن يتخلل التكفير فتعدد محتجاً على ذلك لأنهما حرمتان هتكهما فيجب لكل واحد كفارة ومع الاتحاد بأنه واحد والكفارة متعلقه على مطلق الظهر وهي تتناول الواحد والكثير، وبصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (١) عن الصادق عليه السلام " في رجل ظهر من امرأته

أربع مرات في مجلس واحد، قال، عليه كفارة واحد ". وحمله الشيخ على أن ذم المراد كفارة واحدة في الجنس، واحتمل فيها فاضل الوسائل المظاهرة بلفظ واحد كأن يقول: أنت علي كظهر أمي أربعاً بخلاف ما لو كرر الصيغة. ثم قال: وأقرب منه الحمل على ما لو كرر الصيغة بقصد تأكيد الظهر الأول لا إنشاء ظهار آخر، فإن القصد والإرادة شرط في الظهر كما مر. ثم قال: ويحتمل الحمل على الإنكار وإنما خص التفصيل بالتأكيد وعدمه في المبسوط بالتوالي لأن التأكيد بالمتفرق غير معهود، وابن أبي عقيل وابن إدريس وابن زهرة أطلقوا تكرير كلمة الظهر، وفي المختلف: نفي البأس عما في المبسوط من الفرق بعد أن رجح التعدد، قصد

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

التأكيد أو لا واستدل للفرق بالأصل والاتحاد مع قصد التأكيد، وعورض الأصل بالاحتياط ومنع الاتحاد، فإن المؤكد غير المؤكد والأقوى ما ذهب إليه المشهور لاطلاق أخباره وصحتها وتعددتها، وإمكان حمل خبر ابن الحجاج على التيقية. أو تقييده بالمجلس الواحد اقتصار على مورده، لكنه لا قابلية له لهذا التخصيص. ويظهر من القيود المنفية في صدر العبارة المنقولة عن الأكثر أمور:

الأول: الرد بقوله " فرق الظهار أو تابعه " الرد على من فصل وفرق من فقهاءنا، بين ما لو تابع وفرق فحكم بتعدد الكفارة في الثاني دون الأول. وفي صحيحة ابن الحجاج ما يرشد إليه لأنه حكم بالاتحاد عند اتحاد المجلس، وتلك الأخبار الدالة على تعددها مطلقة فيمكن حملها على اختلاف المجلس جمعا بين الأخبار، وهذا قول موجه بالنسبة إلى دلالة الأخبار عند الجمع بينها لو كانت متكافئة، إلا أن تكافؤها كما ترى غير ثابت، ومع ذلك لم نقف على ذلك القائل من أصحابنا. نعم نقله شيخ المبسوط عن بعضهم، ومقتضى طريقته في ذلك الكتاب نقل أقوال العامة في مقابلة أقوالنا سيما إذا لم يصرح بقائله قد يكون هذا القول لنا.

والثاني: إطلاق القول بتعدد الكفارة في كلام أولئك يقتضي عدم الفرق بين ما إذا قصد بالثاني وما بعده التأكيد للأول وما إذا قصد الظهار أو أطلق كما هو الظاهر والمتبادر. وقد سمعت ما قلناه عن المختلف مما أجاب به عن حجة الشيخ باتحاد الظهار مع إرادة التأكيد، حيث قال: ونمنع الوحدة فإن التأكيد غير المؤكد والمطلق موجود في كل فرد وهو يستلزم تعدد المعلول بحسب تعدد العلة. لكنه جزم بعده بعدم وجوبها كما لو قصد التأكيد كما سمعت.

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

فهي إنما تخالفها في صورة واحدة وهي عند اتحاد المجلس وهي ضعيفة عن المقاومة
ومحتملة للتقية كما هو قديم قول الشافعية.

الثالث: قولهم " بما إذا لم يتخلل التكفير " فيه إشارة إلى أنه لو كفر عن
السابق ثم جدد الظهار فلا شبهة في وجوب الكفارة به فيكون موضع الخلاف
مخصوصا بذلك، فيظهر بذلك وجه المخالفة بينه وبين من أطلق، والأخبار لا تساعد
على هذا التقييد بل شاملة لمن كفر ومن لم يكفر.

وأما توجيهه بأن حكم الأول قد يسقط بالتكفير فلا يتوجه الاجتزاء بتلك
الكفارة عن الظهار المتأخر عنها مع أنه سبب قام في إيجابها مع العود، والكفارة
المتقدمة على سبب الوجوب لا تجزي قطعاً، فلا يكون من معرض الخلاف في شيء
مدفوع بالدليل المقرر للقول بالوحدة المؤيد بصحيفة عبد الرحمن بن الحجاج،
لكنك قد عرفت في هذه التعاليل مما لا يشفي العليل ولا يبرد الغليل.

الرابع: قد عرفت مما سبق أن الظهار قابل للتعليق على شرط وللإطلاق
وإذا أطلق حرم عليه الوطء حتى يكفر بالنصوص والاجماع وظاهر الكتاب،
ولو علقه بشرط جاز الوطء ما لم يحصل الشرط، فلو وطأ قبله لم يكفر، ولو كان
الوطء هو الشرط ثبت الظهار بعد فعله ولا تستقر الكفارة حتى يعود، هذا
هو المشهور،

وقال الشيخ - رحمه الله - في النهاية والصدوق في الفقيه والمقنع والهداية:
يجب بنفس الوطء الأول بناء على كون الاستمرار وطئاً ثانياً. وليس بجيد،
لأنه متحد وإن طال الزمان، مع أنه لا يكون مظاهراً إلا بهذا الوطء، وعلى
هذا فإنما يبيح عندهم مسماه وتجب الكفارة على قولهم ولو بالنزع بعد المسمى
بل هو من أضعف الضعيف، فإن الوطء أمر واحد عرفاً من ابتدائه إلى النزع
كما سمعت، والإطلاق منزل عليه، والمشروط عدم عدم شرطه. نعم لو نزع
كاملاً ثم عاد وجبت الكفارة وإن كان في حالة واحدة. وأما الأخبار الدالة عليه

فقد تقدم شطر منها.
 فمنها: صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال:
 الظهر
 ضربان أحدهما فيه الكفارة قبل المواقعة و الآخر بعده، فالذي يكفر قبل المواقعة
 الذي يقول: أنت علي كظهر أمي ولا يقول: إن فعلت بك كذا وكذا، والذي
 يكفر بعد المواقعة الذي يقول: أنت علي كظهر أمي إن قاربتك ".
 ومثلها صحيحته (٢) الأخرى كما في التهذيب.
 وصحيحته زرارة (٣) كما في الكافي " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل
 ظاهر
 ثم واقع قبل أن يكفر، فقال لي: أوليس هكذا يفعل الفقيه ".
 وموثقة عبد الرحمن بن الحجاج (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث " قال:
 إن كان منه ظهر في غير يمين وإنما عليه الكفارة بعد ما يواقع ".
 وصحيحة ابن الحجاج (٥) أيضا: قال: الظهر على ضربين في أحدهما الكفارة
 إذ قال: أنت علي كظهر أمي ولا يقول: أنت علي كظهر أمي إن قاربتك ".
 وخبر زرارة (٦) " قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: إني ظاهرت من أم ولدي
 ثم وقعت عليها ثم كفرت، فقال، هكذا يصنع الفقيه إذا وقع كفر ".
 وصحيحة حريز (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: الظهر ظهران أحدهما أن

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٠ ح ٣٢، وفيه " هو الذي يقول: وإن قربتك "، الوسائل
 ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ ح ١.
 (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٢ ح ١٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ ح ١.
 (٣) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٠ ب ١٦ ح ٥.
 (٤) الكافي ج ٦ ص ١٦٠ ح ٣٣ وفيه " وإن كان منه الظهر "، الوسائل ج ١٥ ص
 ٥٣١ ب ١٦ ح ٦.
 (٥) التهذيب ج ٨ ص ١٣ ح ١٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ ح ٨ وفيهما
 " إن قربتك ".
 (٦) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٩ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ ح ٢.

يقول: أنت علي كظهر أمي ثم يسكت فذلك الذي يكفر، فإذا قال: أنت علي كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا ففعل فعليه الكفارة حين يحنث ".
ومرسلة ابن بكير (٢) " قال، قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني قلت لامرأتي: أنت علي كظهر أمي إن خرجت من باب الحجر، فخرجت، قال: ليس عليك قويت أم لم تقو ".

وصحيحة محمد بن مسلم (٣) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: الظهار لا يقع إلا علي

الحنث فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتى يكفر ".
فهذه الأخبار وإن أطلق بعضها في نفي الكفارة، لكنه يجب رده وحمله علي ما لو علق الظهار علي الوقاع كما فعله شيخ التهذيبيين ويرشد إليه قوله في كثير منها " أوليس هذا يفعل الفقيه " بمعنى أن الفقيه هو الذي يعلق ظهاره علي الجماع فلا تجب عليه الكفارة بمجرد جماعه الأول وإنما يجب بالعزم علي المعاودة بعد جماعه الأول. وقد دلت صحيحة محمد بن مسلم وغيرها علي أن الظهار لا يقع إلا علي الحنث، وذلك لا يكون إلا إذا علق علي شيء ووقع ذلك الشيء، فهناك ليس له أن يواقع حتى يكفر، وقد كشف عن ذلك كله مجموع تلك الأخبار بعد ضم بعضها إلي بعض، وأما حمل هذه الأخبار علي بطلان الظهار بكونه معلقا علي شرط فانتفاء الكفارة لانتفاء انعقاده فيرده ما فصلته صحاح عبد الرحمن بن الحجاج وقولهم في الأخبار المطلقة " أوليس هكذا يفعل الفقيه ".
وبالجملة أنه لا مستند لكلام الصدوق والشيخ في إيجاب الكفارة في المعلق

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٢ ح ١٤ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٠ ب ١٦ ح ٧.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٤ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ١٣ ح ١٨ وفيهما " ابن بكير عن رجل من أصحابنا عن رجل قال " مع زيادة في الحديث، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ ح ٣ وفيه " عن رجل " مع زيادة.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١١ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ ح ٩ مع زيادة فيهما.

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

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

معناه إن فاتك دخولها وفواته بالموت، وقوله " إذا لم تدخلني الدار " معناه أي وقت فاتك الدخول فيقع الظهار بمضي زمان يمكن فيه الدخول به.

ومنها: ما لو علقه بالحمل فقال: إن كنت حاملا فأنت كظهر أمي، فإن كان بها حمل ظاهر وقع في الحال، وإلا فإن ولدت لدون ستة أشهر من التعليق بأن وقوعه حين التعليق لوجود الحمل حينئذ وإن ولدت لأكثر من أقصى مدة الحمل أو بينهما أو وطئت بعد التعليق وأمكن حدوثه به بأن كان بين الوطاء والوضع ستة أشهر فأكثر لم يقع لتبين انتفاء الحمل في الأول واحتمال حدوثه بعد التعليق في الثاني وإن لم يطأها بعد التعليق بحيث يمكن حدوثه به، ففي وقوعه وجهان من احتمال حدوثه بغير الوطاء كاستدخال المنى والأصل عدم

تقدمه، ومن أن ذلك نادر والظاهر وجوده عند التعليق، وهذا هو الأقوى. ومنها: ما لو علقه بالحيز فقال: إن حضت حيضة فأنت علي كظهر أمي لم يقع حتى ينقضي حيز تام. ولو قال: إن حضت واقتصر وقع إذا رأت دما محكوما بكونه حيزا، فإن كان معتادة ورأت في عاداتها وقع برؤية الدم وإلا فبمضي ثلاثة أيام على المشهور، وعلى القول بتحيزها برؤية الدم كما هو المختار يقع كذلك، ويحتمل توقفه على ثلاثة مطلقا إذ به يتحقق أنه ليس بدم فساد والفرق بينه وبين العبادة والتحريم عليه أن الظاهر لا يقع إلا بيقين، وأحكام الحيض مبنية على الظاهر، ولهذا تقضي العبادة التي تركتها لو نقصت عن الثلاثة ولو في ضمن عشرة، ولو قال لها ذلك وهي حائض لم يقع إلا بحيضة مستأنفة، ومهما قالت حضت فالقول قولها بخلاف ما لو علقها على دخول الدار فقالت دخلتها فإنه يحتاج إلى البينة، والفرق عسر إقامة البينة على الحيض. وغاية اطلاع غيرها مشاهدة الدم وذلك لا يعرف إذا لم تعرف عاداتها، وقد تقدم في الطلاق ما يدل من النصوص والفتوى أن العدة والحيض للنساء. ومثله ما لو قال: إن أضمرت بغضي فأنت علي كظهر أمي، لعسر الاطلاع عليه من غير قولها بخلاف الأفعال الظاهرة.

ومنها: ما لو تعدد الشرط كقوله: إن دخلت دار زيد أو كلمت عمرا فأنت علي كظهر أمي وقع بأي واحد من الشرطين وجد، ثم لا يقع بالآخر شيء لأنه ظاهر واحد، وكذا لو قدم الجزاء عليهما، وكذا إن قال: إن دخلت الدار وكلمت زيدا أو قال: أن دخلت هذه الدار وإن دخلت الأخرى فأنت كظهر أمي. أما لو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت كظهر أمي وإن دخلت الأخرى فأنت كظهر أمي وقع الظهاران لتعدد الشرط والجزاء، ولو قال: إن دخلت الدار وكلمت زيدا فلا بد من وجودهما معا لوقوعه، ولا فرق أن يتقدم الكلام أو يتأخر لأن الواو لمطلق الجمع على أصح القولين، والفروع بهذا المعنى كثيرة مما يطول بها الاملاء،

وعند مراجعة القواعد المقررة في الأصول والعربية تستخرج أحكام المعلق من الظهار على التفصيل، وليس هذا التفريع من الاجتهادات المنهي عنها في الأخبار لأنها مأخوذة من الصحاح الناطقة "إنما علينا أن نلقي إليكم الأصول وعليكم أن تفرعوا عليها" كما في صحيحة البزنطي (١) وصحيحة زرارة ومحمد بن مسلم (٢)، وحيث قد ثبت التعليق في الظهار كان مترتباً على ما علق عليه كائناً ما كان.

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

فمنها: صحيحة زرارة كما في الكافي عن غير واحد عن أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا وقع المرة الثانية قبل أن يكفر فعليه كفارة أخرى ". وصحيحة الحلبي (٥) كما رواه المحمدون الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث

قال " فإن واقع - يعني المظاهر - قبل أن يكفر قال: يستغفر الله ويمسك حتى يكفر "

وصحيحة الحلبي (٦) الأخرى كما في التهذيب وقد تقدمت " قال: سألت

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

أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها، قال: ليس عليه كفارة، قلت: فإن أراد أن يمسه؟ قال: لا يسمها حتى يكفر، قلت: فإن فعل فعليه شيء؟ قال: إي والله إنه لآثم ظالم، قلت: عليه كفارة غير الأولى؟ قال: نعم يعتق أيضا رقبة "

وصحيحة حفص بن البخري عن أبي بصير (١) " 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 "

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

له: رجل ظاهر من امرأته فلم يف، قال: عليه كفارة من قبل أن يتماسا، قلت: فإنه أتاها قبل أن يكفر، قال: بئس ما صنع، قلت: عليه شيء؟ قال: أساء وظلم، قلت: فيلزمه شيء؟ قال: رقبة أيضا "

وقال ابن الجنيد منا وبعض العامة: أنه إذا انتقل فرضه إلى الاطعام لم يحرم الوطاء قبله لأن الله تعالى شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود ولم يشترط ذلك في الاطعام. ويرده ما ذكرناه من ثبوت البدلية في الاطعام عنها وإطلاق هذه الأدلة.

وربما احتج لابن الجنيد بخبر زرارة (٣) المروي من الصحيح وغيره كما سبق عن قريب حيث قال " إني ظاهرت من أم ولدي ثم وقعت عليها ثم كفرت قال: هكذا يصنع الرجل الفقيه إذ وقع كفر " وقال في حسنته (٤) " رجل ظاهر

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

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

لعمار: هكذا يتمرغ الحمار، على أن الأولى لا تدل إلا على التكفير إذا وقع. وأما جواز التأخير وتعدد الكفارة به أو عدمه فلا دلالة على شيء من ذلك، وإن اعتمدنا على الثاني كان التأخير أفضل، وهو لا يقول به.

بقي هنا شيء وهو أن الأخبار السابقة قد تضمنت وجوب كفارة أخرى لو جامع قبل التكفير كما هو مجمع عليه إذا كانت الكفارة صوما أو عتقا وقد جاءت بإزائها أخبار بأنه ليس عليه إلا كفارة واحدة.

فلا بد من الجمع بينها بوجه يدفع التنافي عنها مثل رواية زرارة (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثم غشيها قبل أن يكفر فإنما عليه

كفارة واحدة ويكف عنها حتى يكفر "

وخبر السكوني (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال أمير المؤمنين عليه السلام: أتى رجل

من الأنصار من بني النجار إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: إني ظاهرت من امرأتي

فواقعتها قبل أن اكفر، قال، وما حملك على ذلك؟ قال: رأيت بريق خلخالها وبياض ساقها في القمر فواقعتها، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: لا تقربها حتى تكفر، وأمره بكفارة واحدة "

وخبر علي بن جعفر (٤) كما في التهذيب وصحيحه كما في كتاب المسائل

(١) الفقيه ج ١ ص ٥٧ ح ٢، الوسائل ج ٢ ص ٩٧٧ ب ١١ ح ٨ وفيهما " كذلك يتمرغ الحمار "

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠ ح ٣٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٨ ب ١٥ ح ٩.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٧ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٧.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٩ ح ٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٧ وفيهما " وأمره بكفارة الظهار "

عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام في حديث ثم ذكر مثل خبر السكوني إلا أنه قال " فأمره بكفارة الظهار وأن يستغفر الله تعالى ". وقد حملها الشيخ علي أنه أمر بكفارتين وإنما أفردتها للنوع أو الجنس، واحتمل فيها أن الوحدة لمكان الجهل لمعدورية الجاهل، واستدل على ذلك بصحيفة محمد بن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: الظهار لا يقع إلا على الحنث، فإذا حنث فليس له أن يواقعها

حتى يكفر، فإن جهل وفعل فإنما عليه كفارة واحدة ". ويمكن حمل أخبار الوحدة على التقية لأنه مذهب الشافعية في أحد قوليهما كما نقله شيخ الخلاف، ويشهد بذلك رواية السكوني (٢) له لأنه عامي، وكذلك إسناد الرواية إلى علي عليه السلام.

السادس: لو وطأها خلال الصوم الذي للكفارة استأنف في المشهور سواء كان بعد أن صام شهرا ومن الثاني صام يوما أم لا، لأنه صادق عليه أنه وطأها قبل أن يكفر فلا يحصل الامتثال بالا كمال على هذا الوجه، لأن الأمور به هو صيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا، ولا فرق بين كون الجماع مفسدا للصوم كما لو وقع نهارا أم لا، كما إذا وقع ليلا.

وذهب ابن إدريس إلى عدم البطان بالوطء ليلا مطلقا لأن التابع عبارة عن إيقاع صوم اللاحق بعد السابق من غير فارق، وهو متحقق إن وطأ ليلا، ولا يستأنف الكفارة لأنه لم يبطل من الصوم شيء وعليه إتمامه وكفارة أخرى للوطء. وقد قر به ثاني الشهيدان في المسالك، إذ غاية ما استدلوا به أن يكون قد أتم بالوطء خلال الصوم كما يأتى به لو فعله قبل الشروع في الكفارة وإيجابه كفارة أخرى، أما وجوب استئناف هذه فلا. وقولهم " إن الأمور به صيام شهرين متتابعين قبل المسيس " لا ينفعهم

(١) التهذيب ج ٨ ص ١١ ح ١٢، الوسائل ص ٥٣١ ب ١٦ ح ٩.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٧.

لأن الاستئناف لا يوجب كون الشهرين واقعين بعد التماس وإذا لم يوجبه كان بعض الشهرين قبل التماس، وهذا أقرب مما هو مأمور به من الأولين. ولئن سلمنا لكن بمخالفته يحصل الإثم والكفارة كما لو واقع قبل الشروع فإنه إذا صام بعده فقد صدق عليه أنه لم يأت بالمأمور به قبل أن يتماسا ومع ذلك يقع مجزيا، فالأقوى إذا مختار ابن إدريس، ووافقه عليه العلامة في القواعد والشهيد في الدروس ويحيى بن سعيد في الجامع.

وبالجملة: فإنه لا دليل على الاستئناف، وعلى الأول كما هو المشهور هل يكفي الاستئناف عن كفارة الوطء قبل كمال التكفير على القول بلزوم كفارتين إن وطأ قبل التكفير؟ إشكال، من التردد في كون الوطء قبل التكفير لاحتمال أن يراد قبل الشروع فيه وقبل الاتمام. وعلى الثاني فالأقرب أن الوطء إن وقع ليلا ووجب الاتمام لا غير دون الاستئناف مطلقا قبل اتباع الشهر الأول بيوم وبعده، وفاقا لأولئك الجماعة المذكورين لما عرفت من قوة دليلهم، ووجب التكفير ثانيا وفاقا للجامع لابن سعيد لصدق الوطء قبل التكفير إذ لا تكفير بعد تمام الصيام. وكذا إن واقع نهارا بعد أن صام من الثاني شيئا في الأصح، وإن واقع نهارا وكان قبله استأنف لفقد التتابع وكفر ثانيا بعد الاستئناف، فإن تقدم الوطء على التكفير هاهنا أظهر.

السابع: هل يحرم عليه ما دون الوطء كالملامسة والقبلة وغير ذلك من الاستمتاع غير الجماع كما يحرم الجماع؟ فيه خلاف، فقال بعضهم بالأول، وجماعة على الثاني، وظاهر الآية وأكثر الأخبار الواردة قصره على المسيس لأنه حقيقة فيه، واحتج الآخرون بأن المسيس يطلق على ما هو أعم من الجماع ولاطلاق الأخبار الدالة على تحريم المظاهر منها عليه الشامل لبقية الاستمتاع وإن كانت الكفارة مترتبة على إرادة الجماع. وممن ذهب إلى التحريم الشيخ وجماعة، وإلى الجواز ابن إدريس لادعائه الاتفاق على إرادة الجماع بالمسيس هاهنا لا تحريمها عليه للأصل من غير معارض فإن تشبهت بغيرها حتى وطأها أو استدخلت

ذكره وهو نائم لم تفعل حراما. ومبنى هذا الخلاف على المراد من المسيس في الآية والرواية لأن المسيس لغة شامل لسائر الاستمتاع حقيقة لأنه تلاقي الأبدان، والأصل بقاؤه على ما كان لأن الأصل عدم النقل والاشتراك، ومن قال باختصاصه بالجماع فقد تمسك بأن المسيس يطلق على الوطء في قوله تعالى " من قبل أن تمسوهن " والأصل في الاطلاق الحقيقة واجب باستزامة النقل أو الاشتراك، إذ لا خلاف في عموم معناه لغة، فجاز استعماله في بعض أفراده مجازا، والمجاز خير منهما كما تقرر في محله، وكثيرا ما يعدل في القرآن عما يستهجن التصريح به إلى المجاز لذلك ولأن مقتضى تشبيهها بالأم كون تحريمها على حد تحريمها إلى أن يكفر وهو متناول لغير الوطء من ضروبه، ويشكل بأن ذلك يقتضي تحريم النظر بشهوة والآية لا تدل عليه. وظاهر بعض الأصحاب أنه غير محرم لعدم الدليل عليه، وأن الكلام فيما يدخل في مفهوم التماس لغة من ضروب الاستمتاع، وبأنها لم تخرج عن ملكه الاستمتاع بالظهار فأشبهه الصوم والحيض، فاستصحاب الحمل فيما عدا موضع الوفاق هو الوجه.

واعلم أن تحريم المرأة شرعا تارة تختص بالوطء كحالة الحيض والصوم وتارة يعم كحالة الاحرام والاعتكاف وتارة يقع فيه الاختلاف كحالة الاستبراء والظهار واستمتاع المالك بالجارية المرهونة، ومن قسم العموم الاستمتاع بالمعتدة والمرتدة والأمة المزوجة بغير المالك بالنسبة إليه والمعتدة عن وطء الشبهة، ويلحق في الصوم النظر واللمس لمن يخشى الانزال بالوطء في التحريم. الثامن: إذا عجز المظاهر عن الكفارة بخصالها الثلاث فهل لها بدل يتوقف عليه حل الوطء؟ قيل: نعم، وهو المشهور، وقيل: لا بدل لها في الظهار، وهو أحد أقوال الشيخ الثلاثة، وهو مذهب المفيد وابن الجنيد، فعند تعذر الخصال الثلاث لا بدل لها أصلا بل يحرم عليه وطؤها إلى أن يؤدي الواجب منها، وسيجيء دليل

هذا القول.

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

وللشيخ قول آخر بذلك لكن تجب الكفارة إن قدر. وقد احتج في المختلف للاجتزاء بالاستغفار بعد العجز عن الخصال الثلاث لأصالة براءة الذمة وإباحة الوطء، وإيجاب الكفارة مع العجز تكليف ما لا يطاق، والأصل عدم وجوب الطلاق، وبمعتبرة إسحاق بن عمار (١) المعدودة عندهم في الموثق وعندنا في الصحيح عن الصادق عليه السلام " قال: الظهر إذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر ربه وينوي أن لا يعود قبل أن يواقع، وقد أجزأ ذلك عنه من الكفارة، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفر به يوما من الأيام فليكفر، وإن تصدق بكفه وأطعم نفسه وعياله فإنه يجزيه إذا كان محتاجا، وإن لا يجد ذلك فليستغفر ربه وينوي أن لا يعود، فحسبه ذلك والله كفارة " وبخبر داود بن فرقد (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث

قال " إن الاستغفار توبة وكفارة لكل من لم يجد السبيل إلى شئ من الكفارة " . وأورد على هذا الاستدلال بأن أصالة البراءة وإباحة الوطء انقطعا بالظهار، فإنه

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٦١ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥٥ ب ٦ ح ٤ وفيهما " وإن تصدق وأطعم " .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٣٢٠ ح ٤ وفيه " فإن الاستغفار "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥٥ ب ٦ ح ٣.

حرم الوطاء بإجماع المسلمين وأوجب الكفارة مع العود، فإسقاطهما بعد ذلك يحتاج إلى الدليل القاطع.

ثم قال ثاني الشهيدان في المسالك بعد الرد بذلك: ومن العجب من هذا الفاضل مثل هذا الاستدلال، أما الرواية فدلالتها لا يخلوا من اضطراب لتضمن صدرها وجوب الكفارة إذا قدر عليه بعد الاستغفار وأخرها عدمه، مع أن العمل بمضمونها موقوف على قبول الموثق خصوصا مع معارضته القرآن وما هو أقوى دلالة، والعلامة - رحمه الله - كالشيخ لا ينضبط مذهبه في العمل بالرواية مع أنه في أصول الفقه اشترط في الراوي الايمان والعدالة، وفي فروع الفقه له آراء متعددة منها قبول الموثق - كما هنا - بل ما هو أدنى مرتبة منه. وفيه نظر من وجوه:

أما أولا: فلأن قطعية تحريم الوطاء بإجماع المسلمين وكذا إيجاب الكفارة مع العود لا ينفيان الاجتزاء بما دل الدليل الخاص على بدليته عن الكفارة عند العجز عنها - أعني الاستغفار - على وجه يكون مراعى إجزائه بعدم القدرة ثم يجب القضاء بعد ذلك، ولا يضر هذا في اعتبار البدلية لأن هذا بدل مسوغ للمواقعة المضطر إليها، وفيه جمع بين الحقين لأنه لم يستحل ذلك المحرم بغير كفارة أصلا بل الاستغفار كفارة لكل ذنب، كما دلت عليه تلك الروايات المعتبرة وخبر داود بن فرقد وخبر أبي بصير الآتي الدال بعمومه في كل حق وإن أخرج الظهار منها مبالغة في عقوبة الظهار لثلا يتهاون الناس به، فلا معنى إذا لبقاء قطعية تحريم الوطاء ووجوب الكفارة.

وأما ثانيا: فلأن ما طعن به العلامة من علمه بالموثق خصوصا مع معارضته القرآن وما هو أقوى دلالة فهو طعن بما وقع منه - قدس سره - غير مرة، فقد عمل بالموثق في مسائل عديدة في غير بيان ما يجبره، وأين المعارضة بين القرآن وبين هذا الموثق؟ لأن القرآن إنما أوجب عليه الكفارة عند إرادة المسيس عند

القدرة على ذلك وإلا لكان تكليفا بما لا يطاق، وهكذا في كل مقام تجب فيه الكفارة ولو كانت كفارة قتل النفس، على أن الحق أن إسحاق بن عمار مما ثبتت وثاقته في كلام النجاشي من غير تعرض لفظحيته، وإنما ثبتت الفطحية له في كلام الشيخ، وليس في إسحاق بن عمار الثابت وثاقته، بل لابن عمار بن موسى الساباطي، وذلك ابن حيان الصيرفي، و لكن توهم جماعة الاتحاد فجمعوا بين التوثيق والفطحية في روايات إسحاق بن عمار بقول مطلق، مع أنا لم نقف على رواية لابن عمار الساباطي، فالحق عد حديثه في الصحيح.

وأما ما قرره في أصول الفقه من اشتراطه في الراوي الايمان والعدالة فذلك مما لا يلتزمه في كل رواية هذا المعترض لأنه يلزمه قصر عمله على الصحيح وحده، مع أن ظاهرهم الاطباق على العمل بالموثقات والحسان بل الأخبار الضعاف إذا كانت معضودة بالقرائن.

وأما ثالثا: فلأنه لا اضطراب في الحقيقة في هذه الروايات فإن صدرها إنما دل على وجوب الصدقة في الجملة إذا قدر عليها بعد الاستغفار، وأما عجزها فلا يدل على كفاية الاستغفار مطلقا بل مقيد بإطلاقه بما في صدرها حيث قال " وإن لا يجد ذلك فليستغفر ربه وينوي أن لا يعود وحسبه بذلك و الله كفارة " وهو كما ترى لا يبقى وجوب ذلك القدر من الصدقة بكفه بحيث يجزيه الاستغفار عنه وإن قدر عليه مع إمكان حمل ذلك القدر على الاستحباب.

واحتج الشيخان ومن تبعهما على إيجاب ثمانية عشر يوما بدلا مع العجز عن الخصال بنخبر أبي بصير (١) عن الصادق عليه السلام كما في التهذيب والكافي " قال: سألته

عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق ولا يقوى على الصيام، قال: يصوم ثمانية عشر يوما لكل عشرة مساكين ثلاثة أيام ". وبما رواه في الهداية

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

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

بهذه الرواية بضعف سندها بوهب بن حفص وباشترأك أبي بصير. وفيه أن هذا غير قادح لأنه معضود بعمل هؤلاء الأجلأء وبما ورد في كفارة غير الظهار، كما تقدم في كفارة شهر رمضان وغيره من الكفارات من بدلية الثمانية عشر عن صيام الشهرين المتتابعين. وقد رواه الصدوق في الهداية مرسلا في خصوص الظهار ويمكن حمله على الاستحباب أيضا لمعارضته لما دل على جواز الاكتفاء بالاستغفار. وأما أدلة بقية الأقوال فيمكن أن يستدل للصدوق بأنه يتصدق بما يطيق مع العجز عن إطعام الستين بقوله عليه السلام في خبر أبي بصير (٢) " إذا وجد السبيل إلى ما يكفر به يوما من الأيام فليكفر، وإن تصدق بكفه فأطعم نفسه وعياله فإنه يجزيه إذا كان محتاجا " .

وبما رواه في كتاب الهداية (٣) والفقيه (٤) مرسلا حيث قال " إن لم يجد ما يطعم ستين مسكينا صام ثمانية عشر يوما " . وروي (٥) " أنه يتصدق بما يطيق " وكأنه يختار في الفقيه الجمع في الأخبار بين صوم الثمانية عشر يوما أو يتصدق بما يطيق فيكون مخيرا بينهما، إلا أنه في الفقيه عين الثمانية عشر ابتداء، وأسند التصديق بما يطيق إلى الرواية وعكس في الهداية. وفي النهاية للشيخ اقتصر على صيام ثمانية عشر يوما. وفي الشرايع والقواعد للمحقق والعلامة يصوم ثمانية عشر يوما فإن عجز تصدق عن كل يوم بمد. وكأنهما جمعا بالترتيب بين الأخبار، ولا بأس به وإن كان الأول أقوى. وأما تفصيل ابن حمزة بأنه إذا عجز عن صوم الشهرين المتتابعين كان بدله صوم ثمانية عشر يوما، فإن عجز تصدق

(١) الجوامع الفقهية ص ٦٠.

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٦١ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥٥ ب ٦ ح ٤ وفيهما " وإن تصدق وأطعم " ولعل سهو قد وقع في اسم الراوي فالصحيح إسحاق بن عمار.

(٣) الجوامع الفقهية ص ٦٠.

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٤١.

(٥) الفقيه ج ٣ ص ٣٤١.

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

وأما القول الأخير أعني قول المفيد وابن الجنيد والشيخ في قوله الثالث بأن هذه الخصال الثلاث لا بدل لها أصلا بل يحرم عليه وطؤها إلا أن يؤدي الواجب أخذًا بظاهر القرآن وبرواية أبي بصير (١) عن الصادق عليه السلام " 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 يجب على صاحبه فيه الكفارة فالاستغفار له كفارة ما خلا يمين الظهار فإنه إذا لم يجد ما يكفر به حرم عليه أن يجامعها وفرق بينهما إلى أن ترضى المرأة أن يكون معها ولا يجامعها " وهذه الرواية من الصحيح كما في التهذيب وإن أرسلها في الكافي إلا أنها من مراسيل ابن أبي عمير وهي بمنزلة الصحاح عندهم، والعجب من فقهاءنا المتأخرين كيف لم ينظموها في سلك الصحيح!! وكأنهم لم يراعوا طريقها من التهذيب.

وخبر محمد بن سنان عن أبي الجارود بن المنذر (٢) " قال: سألت أبو الورد أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته: أنت علي كظهر أمي مائة مرة، فقال أبو جعفر عليه السلام: يطيق لكل مرة عتق رقبة؟ فقال: لا، فقال: يطيق إطعام ستين مسكينا مائة مرة؟ قال: لا، قال: فيطيق صيام شهرين متتابعين مائة مرة؟ قال: لا، قال: يفرق بينهما "

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

واعلم أن المراد بالاستغفار في هذا الباب ونظائره كما هو مؤدى الأخبار هو أن يقول: أستغفر الله مقترنا بالتوبة التي هي الندم على فعل الذنب والعزم

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

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

على ترك المعاودة على الذنب أبداً، ولا يكفي اللفظ المجرد عن ذلك وإنما جعله الشارع كاشفاً عما في القلب، كما جعل الإسلام في اللفظ كاشفاً عما في القلب لكن اللفظ كاف في البدية ظاهراً، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإن لم يقترن بالتوبة التي هي من الأمور الباطنية لم يترتب عليه أثر فيما بينه وبين الله تعالى بل كان الوطاء معه كالوطء قبل التكفير فيجب عليه كفارة أخرى في نفس الأمر وإن لم نحكم عليه ظاهراً.

التاسع: قد ثبت مما سبق من وجوب التكفير قبل المجامعة وجوب تكرر الكفارة بتكرر الوطاء في المشهور، بل كاد أن يكون إجماعياً. ويدل عليه صدق الوطاء قبل التكفير على كل منهما، وكل وطاء قبل التكفير سبب للكفارة، والأصل عدم التداخل.

وصحيحة أبي بصير (١) المستفيضة عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا واقع المرة الثانية قبل أن يكفر فعليه كفارة أخرى ليس في هذا اختلاف "

وصحيحة الحلبي (٢) التي مر ذكرها " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام - وساق الحديث إلى أن قال: - قلت: إن أراد أن يمسه؟ - يعني المظاهر - قال: لا يمسه حتى يكفر، قلت: فإن فعل فعليه شيء؟ قال: أي والله إنه لآثم ظالم قلت: عليه كفارة دون الأولى؟ قال: نعم يعتق أيضا رقبة "

وحسنة أبي بصير (٣) " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفارة على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن يواقع، قال: قلت: فإن أراد أن يواقع قبل أن يكفر؟ قال: فقال: عليه كفارة أخرى "

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

-
- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٦ ب ١٥ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٤ وعبارة " يعني المظاهر " زيادة من المؤلف - قدس سره - .
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠ ح ٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير.
(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.

" قال: قلت له: رجل ظاهر من امرأته فلم يف، قال: عليه كفارة من قبل أن يتماسا قلت: فإن أتاها قبل أن يكفر؟ قال: بئس ما صنع، قلت: عليه شيء؟ قال: أساء وظلم، قلت: فليزمه شيء؟ قال: رقبة أيضا "

وظواهر هذه الأخبار كما ترى التعميم ومن هنا أخذ بها المشهور، وخالف ابن حمزة ففصل بين ما لو كفر عن الوطء الأول وبين عدمه، فعلى الأول يتكرر وعلى الثاني فلا، محتجا بأن الأخبار الموجبة لكفارة أخرى للوطء تشمل الوطء الواحد والمتعدد والأصل البراءة من التكرير، فإذا وطأ مرات التكفير لم يكن عليه سوى كفارة. وأما إذا كفر عن الأول، فإذا وطأ ثانيا صدق عليه أنه وطأ قبل التكفير فلزمته كفارة أخرى، وفيه نظر لأن الأخبار المذكورة قد علقته التكفير عن تكفير الظهار على الواقعة قبل التكفير أعم من أن يكون متحدا أو مكررا، والأخبار وإن لم تكن نصا في ذلك لكنها ظاهرة فيه. فما ادعاه الفاضل المحقق السيد محمد باقر المشهور بالهندي في كشف اللثام من قوة قول ابن حمزة لعدم التنصيص في خبر أبي بصير في إيجاب التكرار مطلقا من أعجب العجيب منه لأن الأحكام الشرعية أكثرها مأخذها الظواهر، فكيف يجوز العدول عنها والخلود إلى مجرد التعليل، فقول المشهور هو المعتمد.

العاشر: لو صبرت المظاهرة على ظهار زوجها ولم تعارضه فلا اعتراض عليها في ذلك ولا على الزوج، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم خيره بين العود والتكفير وبين الطلاق، فإن أبي عنهما أنظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة لينظر في أمره، فإذا انقضت المدة ولم يختار أحدهما حبسه وضييق عليه في المطعم والمشرب بأن يمنعه مما زاد على ما يسد الرمق ويشق معه الصبر إلى أن يختار أحد الأمرين، ولا يجبره على أحدهما عينا بل يخيره بينهما - كما مر - لا من حيث الطلاق الاجباري لا يصح، لأن الاجبار يتحقق على التقديرين، فإنه أحد الأمرين المحمول عليهما بجبر فهو محمول عليه في الجملة، بل لأن الشارع لم يجبره إلا كذلك،

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

ويدل عليه بعد الاتفاق خبر أبي بصير (١) المتقدم المشتمل على وهيب بن حفص " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته، قال: إن أتاه فعليه

عق رقبة أو صيام شهرين متتابعين - وساق الحديث إلى أن قال: - 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 ". وهذا الخبر كما ترى مع ضعف أسناده واشتمال متنه على التخيير في الكفارة بين الخصال الثلاث لا يفي ببقية الأحكام، لكن الأصحاب استدلوا به على ذلك وهو استدلال في غير محله، وكأنهم قاسوه على الإيلاء، حيث إنه سيأتي فيه هذا الإلزام بهذه الأحكام والتضييق عليه لو امتنع لكنهما متخالفان في المدة لأن مدة الإيلاء مقدرة بالأشهر وهذا بالثلاثة، ومن هنا استشكل جماعة من متأخري المتأخرين التقدير بها لنقصانها عن مدة الجماع الواجب للزوجة، فيكون الحكم بإطلاقه مشكل لشموله لما إذا رافعه عقيب الظهر بغير فصل بحيث لا يفوت الواجب لها من الوطء بعد مضي المدة المضروبة، فإن الواجب وطؤها في كل أربعة أشهر، وأما غيره من الحقوق فلا يفوت بالظهر، إذ لا يحرم غير الوطء كما تقدم. وتدل عليه صحيحة بريد العجلي (٢) المروية في الفقيه وخبر يزيد الكناسي (٢) كما في الكافي والتهذيب حيث قال فيهما " قلت له: فإن ظاهر منها

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤ ح ٥٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٣ ب ١٨ ح ١.
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٢ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٢ ب ١٧ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦١ ح ٣٤، التهذيب ج ٨ ص ١٦ ح ٢٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٢ ب ١٧ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

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

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

الحادي عشر: لا يقع ظهار على طلاق ولا طلاق على ظهار، بمعنى أنه لا يقع أحدهما مع إرادة الآخر فيكون وقوع كل واحد بصيغته المعدة له مع إرادته فيقع على الآخر كما تفتي به العامة، لأنهم جعلوا الظهار طلاقا وبالعكس عند قصد أحدهما من الآخر.

ويدل على هذا الحكم ما رواه الصدوق في الفقيه (١) مرسلا عن الصادق عليه السلام " قال: لا يقع ظهار على طلاق ولا طلاق على ظهار " فيكون " على " بمعنى " مع " كما في قوله تعالى " ويطعمون الطعام على حبه " (٢) " وإن ربك لذو مغفرة للناس على ظلمهم " (٣).

ويمكن أن يراد من صدر الخبر أن الظهار لا يقع إلا على غير المطلقة،

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

(٢) سورة الدهر - آية ٨.

(٣) سورة الرعد - آية ٦.

فعند نقدم الطلاق لا يقع به الظهار. وأما عجزه فيمكن أن يكون صدر تقية حيث إن الظهار عندهم طلاق فلا يقع طلاق على طلاق بغير رجعة. وبالجملة: فقه هذا الحديث من المتشابهات وما ذكرناه في معناه وإن كان مقربا له إلى الفقه الصحيح من وجه لكنه مبعده له من وجه آخر، إلا أنه محتمل التقية.

الثاني عشر: قد جاء في خبر السكوني (١) المروي في الفقيه " قال: قال علي عليه السلام في رجل آلى في امرأته وظاهر منها في مرة واحدة، قال: عليه كفارة واحدة "

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

عن إبهام وإشكال، ولهذا كثر فيه الاحتمال، فاحتمل فيه محدث الوسائل في تعليقاته عليها أن المراد من اجتماع الايلاء والظهار أن يقول: والله أنت علي كظهر أمي لا أجامعك، واحتمل العموم في جميع الصور، سواء تقدم الايلاء أو تأخر، إلا أن في قوله عليه السلام " في كلمة واحدة " إيماء لباقي الصور إن حملت الكلمة على ظاهرها، ويحتمل حمل الكلمة على الكلام التام مثل قوله تعالى " كلا إنها كلمة هو قائلها " (٣) وكذا في قوله عليه السلام " كفارة واحدة " أشد إجمالا لأنه محتمل لتداخل الكفارتين لأن العتق منطبق عليهما، أو أنه إشارة إلى انعقاد الأول منهما، فإن قدم الظهار فكفارته، كفارته وإن قدم الايلاء كانت الكفارة كفارته، ويحتمل التداخل بأن تكون الكفارة عنهما سواء جعلها كفارة ظهار أو كفارة إيلاء. ولكن هذه الفروع والاحتمالات المذكورة لم يتعرض لها أحد من فقهاءنا بنفي ولا إثبات ولا حكم اجتماعهما وما الذي يصح منه وما لا يصح، لكن ظاهر

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

(٢) قرب الإسناد ص ١١٥ وفيه " وظاهر في ساعة واحدة "

(٣) سورة المؤمنون - آية ١٠٠.

فقيه الفقيه العمل بهذه الرواية لايراده لها ساكتا عليها، والأقرب حملها على
التقية، وتؤيده رواية السكوني (١) لها عن علي عليه السلام.
الثالث عشر: لو صدرت المظاهرة من الزوجة للزوج وقع لاغيا لأنها وظيفة
الرجل كالطلاق والايلاء، وهذا مجمع عليه.
وتدل عليه بالخصوص روايتا السكوني (٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام كما هما في
الفقيه

والكافي " قال: إذا قالت المرأة: زوجي علي كظهر أمي فلا كفارة عليهما ".
و أما بيان أحكام كفارة الظهار فسيأتي في كتاب الكفارات إن شاء الله تعالى.

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٤ ح ١٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٤ ب ١٩ ح ١.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٧ وفيه " زوجي علي حرام "، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٦
ح ٢٢ وفيهما " فلا كفارة عليهما "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٤ ب ٢١ ح ١.

كتاب الايلاء

وهو لغة الحلف مأخوذ من آلى يؤلي إيلاء والية والجمع الأليا مثل عطية وعطايا ويقال ائتلا يأتلي ائتلاء، ومنه قوله تعالى " ولا يأتل أولوا الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولي القربى " (١).

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

الأول: في أركانه

وهي أربعة:

الأول الحالف:

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

(١) وسرة النور - آية ٢٢.

(٢) سورة البقرة - آية ٢٢٦ و ٢٢٧.

الحرية، فيقع من المملوك لعموم الكتاب والسنة سواء كانت زوجته حرة أو أمة لمولى أو لغيره، لكن إذا كانت أمة للمولى أو لغيره وشرط مولاه رقية الولد فقد ينقذ عدم وقوع الايلاء منه لأن الحق فيه لمولاه فيتوقف على إذنه، ووجه الوقوع عموم الآية، وأن المولى ليس له إجباره على الوطاء مطلقا. والأقوى عندي اشتراط رضا المولى وإذنه في أصل الايلاء، لأنه إن كان يمينا فلا يمينا لمملوك مع سيده كما دلت عليه النصوص والاجماع من غير فرق بين اليمين المطلقة أو الخاصة، وإن كان إيقاعا خاصا كالطلاق والظهار فقد دل الكتاب والسنة على الحجر عليه في نفسه وماله لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء والايلاء شيء، وقد تقدمت تلك الأخبار الصحاح في الطلاق وإن كان الأكثر قيدها بما إذا كان أمة للمولى وجعلوا طلاق الحرة بيده، والأقوى أن طلاقه موقوف على رضا المولى كما جاء في صحيح زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام

" قال: المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فإن السيد زوجه بيد من الطلاق، قال: بيد السيد " ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء " (٢) أفشئ الطلاق؟ " وظاهر استدلاله عليه السلام بالآية اعتبار عموم حكمها فيكون إطلاق الحكم في الايلاء مقيدا بهذه الآية وبهذه الأخبار، وكذلك بالأخبار الواردة في اليمين وهي مستفيضة، والعجب من الأصحاب هنا كيف غفلوا عن ذلك وأطلقوا الحكم كما ترى.

وكذلك يقع من الذمي وغيره من الكفار المقرين بالله ولا ينحل بالاسلام خلافا لمالك من العامة، ولم يخالف هنا الشيخ في صحته من الذمي وقد خالف في الظهار مع أن المقتضي واحد، وقد وافق الشيخ هناك القاضي ابن البراج

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٥٠، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٣

ب ٤٥ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٢) سورة النحل - آية ٧٥.

وظاهر ابن الجنيد وابن شهر آشوب وظاهر المبسوط أيضا الاجماع على المنع في ذلك، وقد استدل على المنع بأنه حكم شرعي فكيف يصح بمن لا يقر به وبأن من لوازمه التكفير إذا عاد وهو عبادة لا تصح منه! فكان عليه أن يقول بالمنع هنا للمشاركة في هذا المقتضى وإن كان ضعيفا حذرا من التحكم. ويقع أيضا من الخصي السالم الأنثيين، ففي الأخبار أنه يولج أشد من إيلاج الفحل، ومن المحبوب إن بقي له ما يطأ به على القطع، أما لو لم يبق له ففيه إشكال من العموم فيدخل، ومن عدم إمكان الوطاء فينتفي لعدم إجباره بالفئة هنا، ومن انتفاء الاضرار من كونه مبتنيا على ترك الممتنع والمستحيل كأن يحلف لا يصعدن السماء، والأول خيرة المبسوط والتحرير والارشاد والتبصرة والتخليص (١) والشرايع، والثاني خيرة المختلف، وعلى الأول - وهو الأقوى - تكون فئته كالعاجز عن الفئة ويكفي في فئته بأن يقول باللسان إنني لو قدرت لفعلت، إلا أن المريض يقول إذا قدرت فعلت لأن قدرته متوقعة، وأورد عليه أن شرط الصحة مفقود فيه وهو مخصوص لعموم الآية مع ظهور الفرق بينه وبين المريض لتوقع زوال عذره دونه ولا مكان مرافعته وضرب المدة له، وقوله باللسان، ذلك غير نافع لأنه في حكم العبث الذي لا يليق بمحاسن الشرع. وأما الأشل ومن بقي من ذكره بعد الجب ما دون قدر الحشفة فهو كالمحبوب جميعه، ولو عرض الجب بعد الايلاء فوجهان، وهنا أولى بالوقوع لوجود الشرط حالة الايلاء وكان قصد الاضرار والايلاء صحيحا منه في الابتداء. وقوى ثاني الشهيدين هنا بطلان اليمين لاستحالة بقائها مع استحالة الحنث ومجرد المطالبة باللسان، وضرب المدة لذلك قبيح كالمحبوب ابتداء، والاحتياط في جميع هذه الصور الأخذ بحكم الايلاء في وجوب التكفير عند إمكان الفئة وإن تخلف بعض اللوازم. أما العنن فهو داخل في المرض ويقع من المطلق رجعيا، كما في المبسوط

(١) كذا، والظاهر (التلخيص).

ناقلا عليه الوفاق لبقاء الزوجية، ويحتسب زمان العدة من زمان التربص كما ذكره في المبسوط والخلاف والشرايع، وإنما يتم إن كان ابتداءؤها من اليمين - كما هو أحد القولين في المسألة - فإنه إذا كانت من المرافعة لم يتصور إذا لم تستحق الاستمتاع بدون المراجعة فلا يحتسب مدة العدة منها كما أفتى به في التحرير، وسيجئ تحقيق هذا الحكم في أحكام الايلاء المتفرعة على أركانه. وكذا لو طلق رجعيًا بعد الايلاء ثم راجع فيحتسب زمان العدة من المدة إن ابتدأت المدة من اليمين أو رفعت أمرها قبل الطلاق، ويقع عند جماعة من علمائنا من المظاهر فإنه أولى من المطلق لتمام الزوجية، وعند هؤلاء يقع الظهار من المولى أيضا، وقد تكلموا على المسألة في الايلاء وتركوها في الظهار، وقد سمعت الخبرين المرويين عن علي عليه السلام كما في الفقيه والجعفریات، وقد تقدم الكلام عليهما إلا أنه قبل الوقوف على كلامهم في الايلاء. وسنذكره إن شاء الله تعالى في الفروع الآتية.

الثاني في المحلوف عليه:

ويدخل فيه المولى منها وهو ترك جماع زوجته الدائمة قبلا للاضرار أكثر من أربعة أشهر أو مطلقا، وسيجئ بيان فائدة هذه القيود في هذا الفصل، ويشترط كونها منكوحة بالعقد الدائم فلا يقع بالمستمتع بها على الأقوى. وقد تقدم الكلام في نكاح المتعة ولا بالموطوءة بالملك وكذلك المحللة له من الإماء. ويدل على اعتبار هذه الشروط قوله تعالى " للذين يؤلون من نسائهم " (١) لأن المتبادر من النساء الدائمات ولتخصيصها بقوله " فإن عزموا الطلاق " بعد قوله " للذين يؤلون من نسائهم " وللأخبار المفسرة للايلاء في الآية وغيرها. ففي صحيحة أبي بصير (٢) كما في تفسير القمي عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: الايلاء

(١) سورة البقرة - آية ٢٢٦.

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

هو أن يحلف الرجل على امرأته أن لا يجامعها، فإن صبرت عليه فلها أن تصبر وإن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر ثم يقول له بعد ذلك إما أن ترجع إلى المناكحة وإما أن تطلق، فإن أبي حسنة أبداً .
وفي صحيحته الأخرى (١) وموثقته (٢) كما في الكافي والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الإيلاء ما هو؟ قال: هو أن يقول الرجل لامرأته والله لا أجامعك

كذا وكذا، ويقول والله لأغيظنك فيتربص بها أربعة أشهر ثم يؤخذ فيوقف بعد الأربعة الأشهر، فإن فاء - وهو أن يصلح أهله - فإن الله غفور رحيم، فإن لم يف جبر على أن يطلق، فلا يقع طلاق فيما بينهما ولو كان بعد أربعة أشهر ما لم ترفعه إلى الإمام "

وصحيحة بريد العجلي (٣) كما في الكافي والتهذيب والعياشي " قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في الإيلاء: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجمع رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تمض أربعة أشهر، فإن مضت أربعة أشهر وقف، فإذا أن يفئ فيمسه وإما أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها " الحديث.

وفي موثقته (٤) كما في الكافي عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام " أنهما قالوا:

إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول ولاحق في أربعة أشهر، ولا إثم عليه في كفه عنها في أربعة أشهر، فإن مضت أربعة أشهر قبل أن يمسه فسكت

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

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢ وما في المصادر اختلاف يسير.

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

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٦ ب ٢ ح ١.

ورضيت فهو في حل وسعة، فإن رفعت أمرها قيل له إما أن تفيئ فتمسها وإما أن تطلق وعزم الطلاق أن تخلي عنها".

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

وأما ما يدل على انتفائه عن الأمة المملوكة صريحا فصحيحة أبي نصر البزنطي (٦) كما في قرب الأسناد عن الرضا عليه السلام " قال: سألته عن الرجل يؤلي من من أمته؟ قال: كيف يؤلي وليس لها طلاق " .

ويشترط أن يكون مدخولا بها كما عليه إجماع الطائفة، وليس هو موضع خلاف كما في الظهار، ويدل عليه صحيح محمد بن مسلم (٧) عن أحدهما عليهما السلام " قال: في غير المدخول بها: لا يقع عليها الايلاء ولا ظهار " .

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

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٣.
- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٤.
- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٢ ب ٩ ح ٢.
- (٦) قرب الإسناد ص ١٦٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٧ ح ١.
- (٧) التهذيب ج ٨ ص ٢١ ح ٤٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٨ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.
- (٨) التهذيب ج ٨ ص ٧ ح ١٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٨ ب ٦ ح ٢.

وصحيحة زرارة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا يكون مؤليا حتى يدخل ".
 وخبر أبي الصباح الكناني (٢) أيضا " قال: سئل أمير المؤمنين عليه السلام عن رجل
 آلى من امرأته ولم يدخل بها، فقال: أرأيت لو أن رجلا حلف أن لا يبني بأهله
 سنتين أو أكثر من ذلك كأن يكون إيلاء؟ ".
 وموثقة أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قلت له: الرجل يؤلي من
 امرأته قبل أن يدخل بها، فقال: لا يقع الإيلاء حتى يدخل بها ".
 وصحيحة الفضل بن يسار (٤) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مملك
 ظاهر من امرأته، فقال: لا يكون ظهار ولا إيلاء حتى يدخل بها ".
 . وخبر محمد بن مسلم (٥) عن أبي جعفر عليه السلام " لا تكون الملاعنة ولا الإيلاء
 إلا
 بعد الدخول ".

والعجب من أصحابنا كيف يختلفون في الظهار ولا يختلفون في الإيلاء مع
 اشتراكهما في الأخبار الصحيحة المعتبرة الدالة على اشتراط الدخول مع أن المانع
 من اشتراطه استند إلى عموم الآية وهو وارد في الإيلاء أيضا ولكن لم ينقلوا فيه
 خلافا! والمناسب إما نفي الخلاف عنهما أو إنباته فيهما. ونقل في المسالك عن
 بعضهم الخلاف أيضا هنا لكنه نادر ولعله للعامّة. واعتذر الفاضل الهندي عن ذلك
 في كتابه شرح القواعد بأنه لما كانت الأخبار المشتركة للدخول في الإيلاء
 أكثر منها في الظهار أوجب ذلك، وليس بعيد من الاعتذار، وأيضا لقوله

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٣٤ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٨ ب ٦ ح ١.
 (٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٤ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٨ ب ٦ ح ٣ وفيهما " ولم يدخل
 بها، قال: لا إيلاء حتى يدخل بها، فقال: أرأيت لو - أكان يكون ".
 (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٤ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٦ ح ٤.
 (٤) الكافي ج ٦ ص ١٥٨ ح ٢١ وفيه " الفضيل بن يسار "، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٦
 ب ٨ ح ١.
 (٥) الكافي ج ٦ ص ١٦٢ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩١ ب ٢ ح ٥.

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

ويقع بالزوجة الحرة والمملوكة لعموم الأخبار والآية، وحيث كانت الزوجة أمة للغير فحق المطالبة بضرب المدة وبالفئة إليها لأن حق الاستمتاع بها لها لا للمولى، ويعتبر في الكافرة أن تكون ذمية، ومن هنا قيد بها لأنه لا يحل التزويج بغير الذمية لتحريم نكاح غيرها على المسلم ابتداء واستدامة. نعم يمكن فرضه في غير الكتابية كما إذا آلى منها بعد أن أسلم قبلها وهي في العدة، لكنه نادر، فتلحقها أحكام الايلاء هنا لمكان إسلامه وإسلامها. وأما اشتراط تقييد الايلاء والامتناع من الوطاء بالتأييد والاطلاق أو التقييد بمدة تزيد على أربعة أشهر كما هو المتفق عليه لا ما دون الأربعة ولا بقدرها بعد الاجماع والأخبار الواردة في بيان ذلك وبيان إطلاق الآية مثل صحيحة الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث " قال: أيما رجل آلى

من امرأته فإنه يتربص بها أربعة أشهر ثم يؤخذ بعد أربعة أشهر " . وساق الحديث إلى أن قال: " فإن لم يف جبر على الطلاق " .

ومثله صحيحته الأخرى كما في الفقيه (٣) وخبر القاسم بن عروة (٤) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: قلت له: رجل آلى أن لا يقرب امرأته ثلاثة أشهر، قال: فقال: لا يكون إيلاء حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر " .

(١) سورة البقرة - آية ٢٢٦ .

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

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٦ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٨ ب ٥ ح ٢ .

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

أنهما قالوا: " إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول ولاحق في أربعة أشهر، ولا إثم عليه في كفه عنها في أربعة أشهر، فإن مضت الأربعة الأشهر قبل أن يمسه فسكتت ورضيت فهو في حل وسعة، فإن رفعت أمرها قيل له إما أن تفئ فتمسها وإما أن تطلق " الحديث.

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

القمي " قال: الايلاء هو أن يحلف الرجل على امرأته أن لا يجامعها، فإن صبرت عليه فلها أن تصبر وإن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر " .

وعلى هذا فيكون لفظ " كذا وكذا " في صحيحة ليث المرادي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام حيث قال في تعريف الايلاء " هو أن يقول الرجل لامرأته لا أجامعك كذا

و كذا " كناية عن المدة الزائدة عن أربعة أشهر. وكذا في رواية أبي بصير (٤) المتقدمة وفي كل خبر عبر بهذه العبارة بدليل قوله أخيرا فيها " فيتربص به أربعة أشهر ثم يؤخذ فيوقف بعد أربعة أشهر " وهكذا في خبر أبي بصير أيضا. كما أن التعبير في خبر أبي الصباح الكناني (٥) وغيره بإطلاق الايلاء غير مقيد بمدة زائدة عن الأربعة ولا محدودة بالدوام، والتأييد مجز في ذلك كما انطبق عليه الفتوى وأكثر أخبار الباب.

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

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

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

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

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٣٤ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٨ ب ٦ ح ٣.

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

الأول، أن يقدره بزمان، فإن كان أربع فليُنظر، فإن كان أربعة أشهر فما دونها لم يكن مؤليا والذي جرى يمين ويتحلل بعد المدة وليس لها المطالبة كما إذا امتنع من غير يمين بالكلية، والحكمة في تقدير المهلة بهذه المدة وعدم توجه المطالبة إذا حلف على الامتناع أربعة أشهر فما دونها أن المرأة تصبر عن الزوج مدة أربعة أشهر بعد ذلك يفنى صبرها، وليس عليها الصبر، ويكفي في الزيادة عن الأربعة مسماها ولو لحظة، ولا يشترط كون الزيادة بحيث تنأى المطالبة في مثلها، لكن إذا قصرت كذلك لم تنأى المطالبة لأنها إذا مضت تنحل اليمين ولا مطالبة بعد انحلالها، وأثر كونه مؤليا في هذه الصورة أنه يَأثم بإيذائها، والاضرار بها يقطع طمعها بالتخلف عن الوطء في المدة المذكورة، ولو فرض كونه تاركا وطؤها مدة قبل الايلاء فعل حراما بالنسبة إلى ما زاد عن أربعة أشهر من حين الوطء لأنه لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من ذلك، ولا تنحل بذلك اليمين لأن الايلاء لا ينحل بذلك.

الثاني: أن يقيده الامتناع عن الوطء بأمر مستقبل لا يتعين وقته، وحينئذ فينظر فيه فإن كان المعلق به أمرا يعلم عادة التأخر فيه عن أربعة أشهر كما لو قال حتى يقدم فلان أو حتى يأتي مكة والمسافة بعيدة لا تقطع في أربعة أشهر أو يستعبد في الاعتقاد أن حصوله في أربعة أشهر وإن كان محتملا، كذا لو قال حتى يخرج الدجال أو يأجوج ومأجوج أو تطلع الشمس من المغرب فهو مؤول قطعاً نظر إلى التعيين بحصول الشرط وهي مضي أربعة أشهر قبل مجئ الغاية في الأول وغلبة الظن بوجوده في الثاني وإن كان محتملا في نفسه، ومثله قوله ما بقيت

فإنه وإن كان محتملاً لموته في كل وقت ولا ظن يقتضي بقاء أربعة أشهر إلا أن ذلك موجب لحصول اليأس مدة العمر، فهو كما لو قال لا أجامعك أبداً فإن أبداً كل إنسان عمره. ولو قال ما بقي فلان فوجهان: (أحدهما) أنه كذلك لأن الموت المعجل كالمستبعد في الاعتقادات فيلحق بتعليقه على خروج الدجال ونحوه "والثاني" عدمه لأنه كالتعليق بالمرض ودخول الدار وهو ممكن على السواء في كل وقت. وينبغي الفرق بين من يغلب على الظن بقاءه أو موته في المدة فما دون أو تساوي الاحتمالان بحسب القرائن الحالية، وإن كان المعلق به مما يتحقق وجوده قبل أربعة أشهر كذبول البقل وجفاف الثوب وتمام الشهر، أو يغلب على الظن وجوده كمجئ المطر في وقت غلبة الأمطار ومجئ زيد من القرية ومن عادته حضور الجمعيات أو قدوم القافلة والغالب ترددها في كل شهر لم يقع الإيلاء الشرعي ولكن تنعقد اليمين بشروطها، ولو كان المعلق ما لا يستبعد حصوله في أربعة أشهر ولا يتحقق ولا يظن حصوله كما لو قال حتى أدخل الدار وأخرج من البلد أو أمرض أو يمرض فلان أو يقدم وهو على مسافة قريبة قد يقدم فيها وقد لا يقدم لم يحكم بكونه مؤثماً وإن اتفق مضي الأربعة ولم يوجد المعلق به بل يكون يمينا لأنه لم يتحقق قصد المضارة في الابتداء وأحكام الإيلاء لا بمجرد اتفاق الضرر للامتناع من الوطء كما لو امتنع من غير يمين، وحينئذ فيرتفع اليمين لو وجد المعلق به قبل الوطء، وتجب الكفارة لو وطأ قبل وجوده حيث ينعقد اليمين، وربما قيل إن التعليق بخروج الدجال ونحوه يلحق بالأمور المحتملة للأميرين فلا يقع به إيلاء والأقوى الأول لكون المرء متعبداً بظنه ومعتقداته وقرائن الأحوال والعادات، ولو قال والله لا أوطئك حتى أدخل هذه الدار لم يكن إيلاء لأنه يمكنه التخلص من الوطء بالدخول لأن الإيلاء موجب بالتحريم إلى أن يكفر، والاضرار بالمرأة لم يتحقق حيث قد علقه على شرط يمكنه فعله ورفع كقوله لا أوطئك حتى أدخل الدار فإنه يمكنه في كل وقت دخول الدار

فيتخلص من اليمين ولا يحصل لها الاضرار بذلك. نعم لو كان دخوله الدار ممتنعا عادة لعارض لا يزول قبل أربعة أشهر ولو ظنا وقع الايلاء كما سبق، وإنما أطلق من أطلق هذا الحكم بناء على الغالب من عدم المانع من دخول الدار، وأما أنه لا يقع إلا في إضرار كما هو متفق عليه، فلو أنه لو وقع لصالح اللبن أو التدبير في مرض لم يكن إيلاء وكان كالإيمان، وهذا الحكم دليله الاجماع المدعى كما نقله غير واحد وإن أسنده المتأخرون إلى المشهور بين الأصحاب حيث لم يظهر في الحكم مخالف يعتد به.

ويدل عليه من الأخبار رواية السكوني (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال: يا أمير المؤمنين إن امرأتي أرضعت غلاما وإني

قلت لها لا أقربك حتى تפטيمه، فقال: ليس في الاصلاح إيلاء ".
ومثله ما في كتاب الجعفریات (٢) بإسناده المشهور إلى علي عليه السلام قال:
وذكر مثله.

ويدل عليه أيضا ما تقدم في صحيحة الحلبي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال:
الايلاء أن يقول والله لا أجامعك كذا وكذا، والله لأغيطانك ثم يغاضبها ".
ومثلها صحيحة بريد (٤) وصحيحة ليث المرادي (٥) وصحيحة أبي الصباح الكناني (٦) وقد تقدمتا، فإن الاغضاب قرينة الاضرار وهو الذي بني عليه حكم الايلاء، وأما ضعف المستند على الاصطلاح الجديد فهو عندهم منجبر بالشهرة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٧ ب ٤ ح ١ وفيهما " وإني قلت: لا أقربك ".

(٢) قرب الإسناد ص ١١٥ مع اختلاف يسير.

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

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

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

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

والاجماع كما ذكره ثاني الشهيدين في المسالك وهاهنا فروع:
الأول: لو قال لأربع نساء عنده " والله لا وطأتكن " لم يكن مؤلّيا في
في الحال، فإنه إنما التزم عدم جمعهن في الوطء ولأن المؤلّي لا يجمع إلا بضرر
ولا ضرر عليه هنا الآن بل له وطء ثلاث من غير حنث، فإذا وطأهن تعين التحريم في
الرابعة، ويثبت لها الايلاء بعد وطئهن ولها المرافعة حينئذ، وليس لهن ولا
لأحد منهن المرافعة قبل ذلك إذ لا يتعين للايلاء إلا الرابعة وهي غير معينة قبل
ذلك، ولا إيلاء من البواقي، وتجب الكفارة بوطء الجميع، ولو وطأ واحدة
قرب من الحنث وهو محذور غير محذور فلا يصير به مؤلّيا خلافا لبعض العامة،
ولو ماتت إحداهن قبل الوطء انحلت اليمين بخلاف ما لو طلق إحداهن أو ثلاثا
لأن حكم اليمين ثابت البواقي ولا مكان وطء المطلقات ولو بالشبهة، ولو وطأهن
أو بعضهن حراما فالأقرب ثبوت الايلاء في البواقي لصدق الجمع في الوطء، ويحتمل
العدم تنزيلا للاطلاق على المقصود شرعا بخلاف ما لو وطأ الميتة إذ لا حكم
لوطئها لالتحاقها بالجمادات، ولذا لا يوجب المصاهرة على إشكال في ذلك وخروجها
عن الدخول في الخطاب لتركب الانسان من جزءين والعمدة في الخطاب هو الجزء
العاقل وإن كان الوطء يتعلق بالبدن وهو خيرة المبسوط و الشرايع ومن الاطلاق
الواقع في الفتوى والأدلة.

الثاني: لو قال " لا وطأت واحدة منكن " وأراد لزوم الكفارة بوطء أي
واحدة كانت بأن أراد عموم التزام السبب تعلق الايلاء بالجميع وضربت المدة لهن
عاجلا من غير أن ينتظر وطء واحدة، فإن وطأ واحدة حنث وانحلت اليمين في
البواقي لأن الحنث لا يتكرر، فظهر أن المؤلّي منها هي التي وطأها أولا، ولو
طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثة قبل الوطء كان الايلاء ثابتا في الباقي، وكذا إن
مات بعضهن قبل الوطء بقي الايلاء في الباقية لتعلقه بكل منهن، ولا يحنث
بوطء الميتة ولا تنحل يمينه في غيرها على الأظهر، ويحتمل الحنث به فتنحل

يمينه في غيرها. ولو قال هنا " أردت واحدة معينة " قبل قوله في تعيينها لاحتمال اللفظ له وهو أعرف بنيته، ويحتمل عدم القبول في الظاهر لوقوع المختار على كل منهن واتهامه في التعيين، وعلى القبول يؤمر بالبيان فإن بين ولم تنازعه الباقيات اختص حكم الايلاء بالمعينة وإلا فالقول قوله مع اليمين، وإن صدق الأخرى أخذ بإقراره ولم يقبل رجوعه عنها ولاعن الأولى، ولو أراد واحدة مبهمة ففي كونه مؤليا إشكال من العموم ومن الأصل، وأن حكم الايلاء أن يكون للمؤلي منها المطالبة وهو هنا مفقود، فإن أثبتناه كان له أن يعين واحده فيخص الايلاء بها كما في الطلاق عند من جوزه فلا يقع الايلاء إلا من حين التعيين فالمدة تحسب من حين اليمين لا التعيين لما مر في الطلاق المبهم لأنه يقع من حين الايقاع ويقول في التعيين " هي التي أردتها الآن أو أنشأت تعيينها عن الابهام " ويجوز تعلقه بكل من الإرادة والانشاء، ويحتمل أن لا يكون مؤليا بنفس الحلف بل بعد التعيين إذا أراد مبهمة كما في طلاق المبهمة، بل وإذا أراد معينة أيضا لأن كل واحدة منهن ترجو أن لا تكون هي المعينة بعد الابهام أو في اليمين فلا يمكنها المطالبة ما لم تتعين ومن حكم الايلاء المطالبة، ولو أطلق اللفظ فعلى أي الاحتمالين من عموم السلب يحصل إشكال من ظهور النكرة في سياق النفي في العموم ومن الأصل والاحتمال.

الثالث: لو قال " لا وطأت كل واحدة منكن " كان مؤليا من كل واحدة كما لو آلى من كل واحدة بانفرادها فمن طلقها وفاها حقها ولم ينحل اليمين عن البواقي فإنها بمنزلة أن يؤلي من كل منهن منفردة، وكذا لو وطأها قبل الطلاق لزمته الكفارة وكان الايلاء باقيا في البواقي، كذا ذكر الأصحاب وغيرهم وهو مبني على أن يكون دخول (كل) بعد النفي يفيد عموم النفي مثل " إن الله لا يحب كل مختال فخور " (١) لكنه خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا بالقرائن، فلا يفيد إلا

(١) سورة لقمان - آية ١٨.

نفي العموم كقوله (لا وطأتكن).
ولو قال (لا وطأتك سنة إلا مرة) لم يكن عندنا مؤلّيا في الحال لأن له الوطاء من غير تكفير، والايلاء لا ينعقد إلا إذا كان بحيث إذا وطأ لزمته الكفارة، خلافا لبعض العامة، فإن وطأ وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر صح الايلاء وكان لها المرافعة وإلا بطل حكمه، ووحدة المرة وتعددتها مبني على الايلاج والنزع الكامل، ولو لم يطأها في السنة أصلا لم تلزمه كفارة، فإنه إنما خلف على عدم الوطاء أكثر من مرة، واحتمل الوجوب بناء على أنه حلف على كل من النفي والاثبات.

الرابع: لو قال " لا جامعتك إلا عشر مرات " لم يكن مؤلّيا ما لم يستوف العدد، فإذا استوفى كان مؤلّيا إن بقيت من السنة المدة أي أزيد من أربعة أشهر. ولو قال " والله لا جامعتك مدة كذا إن شئت " فقال شئت انعقد الايلاء عند مجوزي تعليقه بالشرط، والأقوى عدمه، وعلى الجواز فهل تختص المشيئة بالمجلس؟ ففي المبسوط: أنه الأقوى عندنا ليكون جوابا لكلامه كالقبول في البيع. وفيه نظر، لأنه ليس الايلاء مشروطا فلا يتوقف إلا على تحقق شرطه، ولا دليل على اتحاد المجلس، فمتى وجد الشرط تحقق الايلاء، وأما احتمال تعلق المشيئة ببقية المدة عندنا خيرها فلا يتحقق الشرط، مثلا إذا قال " لا جامعتك سنة إن شئت " كان المعنى

إن شئت لا أجامعك في السنة، فإن مضت أيام أو شهور ثم قالت " شئت أن لا تجامعني "

لم يفهم منه تعلق المشيئة بما مضى من الزمان، وإن قالت " كنت قد شئت ذلك حين قلت وإن لم أصرح به " لم يقبل منه لأنه إقرار في حق الغير، وهذا هو المختار وفاقا لتحرير.

الركن الثالث في الصيغة:

ولا ينعقد عندنا إلا بأسماء الله تعالى لقوله صلى الله على وآله في المستفيضة (١) (من كان

(١) صحيح مسلم ج ١١ ص ١٠٦ ح ٣.

حالفا فليحلف بالله أو فليصمت " .
وفي صحيحة محمد بن مسلم (١) كما في العياشي " قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: لا تتبعوا خطوات الشيطان، قال: كل يمين بغير الله فهو من خطوات الشيطان " .
وفيه في الصحيح عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: كل يمين بغير الله فهو من خطوات الشيطان " .
وفي خبر السكوني (٣) عن علي عليه السلام " قال: إذا قال الرجل: أقسمت أو حلفت فليس بشيء حتى يقول أقسمت بالله أو حلفت " .
وفي صحيحة علي بن مهزيار (٤) كما في الفقيه عن أبي جعفر الثاني عليه السلام في حديث " قال: إن الله عز وجل يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا إلا به عز وجل " .
وفي صحيحة محمد بن مسلم (٥) كما في الكافي عن أبي جعفر عليه السلام " قال في حديث: إن لله عز وجل أن يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا إلا به " .
وصحيحة الحلبي (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا أرى للرجل أن يحلف إلا بالله " .
وفي خبر سماعة (٧) عن أبي عبد الله عليه السلام: " قال: لا أرى للرجل أن يحلف إلا بالله " .

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

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

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٣٠١ ح ١١١، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٢ ب ١٥ ح ٣ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٦ ح ٥١، الوسائل ج ١٦ ص ١٥٩ ب ٣٠ ح ١ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ٤٤٩ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٠ ب ٣٠ ح ٣ .

(٦) الكافي ج ٧ ص ٤٤٩ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٠ ب ٣٠ ح ٤ .

(٧) الكافي ج ٧ ص ٤٥٠ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٠ ب ٣٠ ح ٥ .

وهذه الأخبار مستفيضة، وقد دلت بعمومها على المنع في الايلاء وغيره من الأقسام أن يقع بغير الله، ويدل عليه بالخصوص في الايلاء صحيحة الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه " قال: والايلاء أن يقول والله لا أجامعك كذا وكذا والله لأغضبنيك ثم يغاضبها "

ورواية أبي الصباح الكناني (٢) " قال: الايلاء أن يقول الرجل لامرأته والله لأغضبنيك ولأسوأنيك ثم يغضبها ولا يجامعها "

وصحيحة ليث المرادي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام وقد تقدمت مرارا " قال: سألته عن الايلاء ما هو؟ قال: أن يقول الرجل لامرأته والله لا أجامعك كذا وكذا، ويقول والله لأغضبنيك فيتربص "

وخبر أبي بصير (٤) " قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا آلى الرجل من امرأته - والايلاء أن يقول والله لا أجامعك كذا وكذا - ثم يغاضبها "

والنصوص بهذا مستفيضة، فيحمل ما أطلق فيه الحلف من الأخبار على ذلك ولا بد من التلطف بالجملة القسمية، فلو قال لأتركن وطؤك لم يقع وإن أتى باللام الموطية اتباعا للمنصوص، ويقع بأي لسان كان للعموم، ولا يقع إلا مع القصد لأن الأعمال بالنيات ولخبر رفع الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه، ولو حلف بغير الله تعالى أو بغير أسمائه المختصة أو الغالبة لم ينعقد كما لو حلف بالعناق والظهار والصدقة والتحرير.

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

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٣ وفيهما " لأغضبنيك ثم يهجرها "

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٩ ح ١ وفيهما " فقال: هو أن - لأغضبنيك "

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢ وفيهما " والله لأغضبنيك "

ويدل على الأول خبر أبي الصباح الكناني (١) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله تعالى " لا يؤاخذكم الله باللغو في إيمانكم " (٢) قال: هو لا والله وبلى والله وكلا والله لا يعقد عليها أو لا يعقد على شيء ".
وخبر مسعدة بن صدقة (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سمعته يقول في قول الله عز وجل " لا يؤاخذكم الله باللغو في إيمانكم " اللغو قول الرجل لا والله وبلى والله ولا يعقد على شيء ".
وصحيحة عبد الله بن سنان (٤) كما في تفسير العياشي عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.

ويدل على الثاني ما في نوادر أحمد بن محمد بن عيسى (٥) في الصحيح عن أبي الحسن عليه السلام " قال: سألته عن الرجل يستكره على اليمين ويحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال: لا، ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله، وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه وما لا يطيقون وما أخطأوا ".
وفي رواية السكوني (٦) كما في التهذيب عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كل يمين فيها كفارة إلا ما كان من طلاق أو عتاق أو عهد أو ميثاق ".
وفي صحيحة الحلبي (٧) كما في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث " قال: سألته

-
- (١) تفسير العياشي ج ١ ص ١١٢ ح ٣٤١، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٥ ب ١٧ ح ٥.
(٢) سورة البقرة - آية ٢٢٥.
(٣) الكافي ج ٧ ص ٤٤٣ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٤ ب ١٧ ح ١.
(٤) تفسير العياشي ج ١ ص ٣٣٦ ح ١٦٣ وفيه " هو قول الرجل - ولا يعقد قلبه "، الوسائل ج ١٦ ح ١٤٤ ب ١٧ ح ١.
(٥) الوسائل ج ١٦ ص ١٤٤ ب ١٦ ح ٦.
(٦) التهذيب ج ٨ ص ٢٩٢ ح ٧٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٠ ب ١٤ ح ٧.
(٧) الكافي ج ٧ ص ٤٤١ ح ١٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٤١ ب ١٥ ح ١ وفيهما " الذي يوفى به ".

عن امرأة جعلت مالها هديا لبيت الله إن أعارت متاعها لفلانة، فأعار بعض أهلها
بغير أمرها، فقال: ليس عليه هدي، إنما الهدى ما جعل الله هديا للكعبة، فذلك
الذي يؤتى به إذا جعل لله " وساق الحديث إلى أن قال: " وعن الرجل يقول علي
ألف بدنة وهو محرم بألف حجة، قال: ذلك من خطوات الشيطان ".
أما لعمر الله وقوله لاها الله فذلك داخل في اليمين، ومثله وأيم الله فينعتد
به الايلاء لصحيحة الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا أرى للرجل أن
يحلف إلا
بالله " وساق الحديث إلى أن قال: " فأما قوله لعمر الله وقوله لاها الله فإنما ذلك بالله
تعالى).

وفي صحيحة الأخرى (٢) كما في الفقيه " فأما قولك لرجل لعمر الله وأيم الله
فإنما هو بالله ".
ومثله رواية علي بن جعفر (٣) وصحيحته كما في قرب الأسناد وكتاب

المسائل له.
وكذا لا ينعقد بالكعبة والنبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام وإن أثم بهتكه
حرمة

أسمائهم، وكذا بالتزام صوم أو صلاة أو صدقة وغير ذلك كأن يقول: إن أوطأتك
فعلي صوم لم ينعقد الايلاء ولا وجب ما التزمه إذ ليس من صيغ الالتزام.
وكذا لا ينعقد إن أتى بصيغة الالتزام بأن يقول مثلا: إن واطأتك علي صلاة
أو صوم فإنه ليس من الايلاء في شئ، لكن يلزمه ما التزمه حيث يكون هذا النذر
مستجمع الشرائط، ولو قال: إن واطأتك فعبدني حر عن الظهر لم يكن إيلاء قصد
به إنشاء التحرير معلقا بالوطء أو لا ظاهر أم لا، لكن لو وطأ ألزم بعقوب العبد لاقتراره
بعقوبه عن الظهر، فإن كلامه في صورة الخبر فهو إقرار بالظهار وبأنه التزم

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٤٩ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٠ ب ٣٠ ح ٤.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٠ ح ١٦، الوسائل ج ١٦ ح ١٦٠ ب ٣٠ ح ٤.

(٣) قرب الإسناد ص ١٢١، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٠ ب ٣٠ ح ٤.

عتق العبد عنه إن وطأها فيؤاخذ بإقراره.
وهل يلزم بعثته معجلا بعد الوطء؟ الأقرب المنع وفاقا للقواعد لأن الظهار لا يوجب الالتزام بالتكفير إلا مع مطالبتها، وإذا وطأ لم تبق مطالبة ثم لا يوجب الالتزام بعقد عبد بعينه، والتزام الاعتاق إن وطأها لا يفضى إليه بعده، ويحتمل الالتزام لأن كفارة الظهارة تصير معجلة بالوطء، وقد تعينت هنا في عقد هذا العبد بالالتزام، ولأن الالتزام إذا تعلق بحق الغير لزمّت المبادرة إليه والعتق كذلك، ويجوز أن يريد بالتعجيل الايقاع بعد الوطء بعد مدة التربص للظهار أو عند العزم على الوطء. ووجه القرب أنه لا يتعين عليه بالظهار عتق هذا العبد وإنما التزم عتقه بعد الوطء وإنما يتعين بعده، واحتمال أن لا يكون ظاهرا إلا معلقا بالوطء. وهل يشترط تجريد هذه الصيغة عن الشرط؟ قولان، أقواهما العدم وفاقا للمبسوط والمختلف أخذا بعموم الكتاب والسنة، فهو أشبه شيء بالظهار، وقد ثبت فيه جواز التعليق، ولا يقاس على الطلاق والعتاق حيث لا يقعان معلقين بصفة معينة لأنه منعنا منه النص والاجماع، وليس هاهنا ما يمنع منه، والظواهر تناوله ولأنهما ايقاعان والتعليق ينافي الايقاع والايلاء يمين والتزام. والقول الآخر للشيخ في الخلاف وابن حمزة وابن زهرة وابن إدريس وابن سعيد والعلامة في التحرير والارشاد والتلخيص للاجماع المنقول في الخلاف وللأخبار التي ادعاها فيه أيضا ولأصالة البراءة عند التعليق، ولعل المراد بالأخبار ما تضمنت تفسير الايلاء وليس في شيء منها تعليقه بشرط أو صفة، وبالاجماع للاجماع على وقع غير معلق، ولا دليل على وقوعه مشروطا، لكن ابن زهرة ادعى الاجماع على اشتراط التجريد وهو ظاهر السرائر، ولو آلى من زوجة مستكملا للشرائط وقال للأخرى شركتك معها لم يكن إيلاء في الثانية وإن نواه لعدم نطقه بالله تعالى، ولا عبرة بالكناية في الوطء إذ لا يمين إلا بصريح اسمه تعالى.

الركن الرابع في متعلق الصيغة:

ولفظه الصريح بالنسبة إلى المحلوف عليه وهو تغييب الحشفة أو الفرج أو مرادفاته في الفرج و هو القبل وذكر الحشفة اختصاراً على أقل المسمى والايلاج كذلك أو مرادفاته ومثله النيك، وتختص البكر بالافتضاض، ونفاه في المبسوط والخلاف بناء على اشتراط الدخول، وفيه أن الدخول المشترك يحصل بالوطء في الدبر ولا دليل على اشتراط القبل. نعم يجوز المناقشة فيه بنفي صراحة لكون الافتضاض يعم ما بالوطء أو الإصبع ونحوه ذلك.

أما الجماع والوطء فإنه صريح في العرف وإن لم يكن حقيقة في الأصل في ذلك فيقع معه الايلاء إن قصد، والأخبار الناطقة بالجماع كثيرة، وقد مر كثير منها.

ففي صحيحة ابن مسكان كما في تفسير القمي عن ليث المرادي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: الايلاء هو أن يحلف الرجل على امرأته أن لا يجامعها " الحديث. ومثلها صحيحته الأخرى (٢) وقد تقدمت أيضاً وفيها " الايلاء هو أن يقول الرجل لامرأته والله لا أجامعك كذا وكذا " .

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

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

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

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

ومثلها صحيحته الأخرى (١) كما في الفقيه.
وبالجملة: فالأخبار بهذا المضمون مستفيضة.
أما المباذعة والملازمة والمباشرة مع النية ففيها خلاف أقربه الوقوع وفاقا
للمبسوط والخلاف والسرائر لاشتهارها في ذلك المعنى وورود الأخبار بالوقوع
بأخفى منها كما سيحى، ويحتمل العدم للأصل الخفاء فإنها وإن اشتهرت في
ذلك لكنها ليست نصا فيه، أما الأخيرتان فظاهرتان، وأما الأولى فلأنها من البضع
أي الشق أو البضعة أي الطائفة من اللحم لما في الجماع من نوع شق ومباشرة بضعة
ببضعة. وفيه نظر فإنها وإن اشتقت من ذلك لكنها لا تستعمل إلا في الجماع
فلا تكون أخفى من الجماع، ولو قال " لا جمع رأسي ورأسك مخدة أو لا ساقفتك
أو لأطيلن غيبتى عنك ولأسوانك " ففي المبسوط والسرائر يقع مع القصد وهو
خيرة التحرير والتلخيص والمختلف كصحيحة بريد بن معاوية (٢) عن الصادق عليه
السلام

" قال: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجتمع رأسه ورأسها
فهو في سعة ما لم تمض أربعة أشهر " الحديث.
وفي خبر الصباح الكناني (٣) عن الصادق عليه السلام " قال: الايلاء أن يقول
الرجل لامرأته: والله لأغيضنك ولأسوانك ".
وفي صحيحة الحلبي (٤) وخبر أبي بصير (٥) المتقدمين " الايلاء أن يقول:
لا والله لا أجامعك كذا وكذا والله لأغيضنك ".
وفي السرائر أنه لا يقع، وهو خيرة الارشاد للأصل مع الخفاء وخصوص

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

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

المحسنين من سبيل.
المقصد الثاني: في أحكامه
وفيه مسائل:

الأولى: إذا وقع الايلاء على الوجه المعتبر الجامع للشرائط المعتبرة كما دلت عليه الصحاح المعتبرة فإن صبرت فلا بحث، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أنظره أربعة أشهر لينظر في أمره، فإن وطأ لزمته الكفارة وخرج عن الايلاء فلا يجب عليه بالوطء مرة أخرى كفارة، وإن أتى به مؤبداً أو كان الوطء الثاني في مدة الايلاء اتفاقاً لحصول الحنث فلا يحصل مرة أخرى وإن أمكن أن يقال تعلق اليمين بكل جزء من أجزاء المدة والحنث في الوطء في جزء غيره بالوطء في جزء آخر، وكذا يخرج عنه إن طلقها وليس للزوجة مطالبة بالفئة أو الطلاق في هذه المدة، وهذه الأحكام كلها متفق عليها، وقد دلت عليها الأخبار الكثيرة وقد تقدم طائفة منها.

ففي صحيحة بريد بن معاوية العجلي (١) عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام " إنهما قالوا: إذا آلى أن لا يقرب من امرأته فليس لها قول ولا حق في أربعة أشهر ولا إثم عليه في كفه عنها في الأربعة الأشهر، فإن مضت الأربعة الأشهر قبل أن يمسها فسكتت ورضيت فهو في حل وسعة، فإن رفعت أمرها قيل له: إما أن تفي فتمسها وإما أن تطلق، وعزم الطلاق أن يخلي عنها، فإذا حاضت وطهرت طلقها وهو أحق برجعها ما لم تمض ثلاثة قروء لهذا الايلاء الذي أنزل الله تعالى

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

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

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

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

وخبر أبي بصير (٤) " قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا آلى الرجل من امرأته " وساق الحديث كما تقدم إلى أن قال: " ثم يتربص بها أربعة أشهر، فإن فاء والايفاء أن يصلح أهله أو يطلق عند ذلك " .
وخبر أبي الصباح الكناني (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجل

(١) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١ وفيهما " ولا يقع بينهما " مع اختلاف يسير.

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

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

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

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

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

ومثله خبر سماعة (١) وفيه " والايفاء أن يصلح أهله أو يطلق، فإن لم يفعل جبر على ذلك "

وفي خبر أبي مريم (٢) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: المؤلى يوقف بعد الأربعة الأشهر فإن شاء أمسك بمعروف أو أسرح بإحسان، فإن عزم الطلاق فهي واحدة ". وأما ما جاء في خبر أبي الجارود (٣) " أنه سمع أبا جعفر عليه السلام يقول في الايلاء: يوقف بعد سنة، فقلت: بعد سنة؟ فقال: نعم يوقف بعد سنة " فلا ينافي ما قدمناه لأنه لم يذكر أنه قبل ذلك لم يوقف وإنما يدل بمفهوم الخطاب، ودليل الخطاب لا يعارض الصريح.

وكذا ما في خبر أبي مريم (٤) " أنه سأله عن رجل آلى من امرأته أنه قال: يوقف قبل الأربعة الأشهر وبعدها " فيجب حمله على ما قاله الشيخ من أنه يوقف قبل أربعة أشهر لضرب المدة لا للزامه بالطلاق والفئة، وجوز حمله على اجتماع الظهار والايلاء لأنه مدة الظهار ثلاثة أشهر. وأما ما في خبر عثمان بن عيسى (٥) عن أبي الحسن عليه السلام " أنه سأله عن رجل

-
- (١) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٤ وفيهما " أن يصلح أهله فإن الله غفور رحيم وإن لم يف بعد أربعة أشهر حتى يصلح أهله أو يطلق جبر ".
(٢) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٠ ب ٨ ح ٢.
(٤) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٠ ب ٨ ح ٣.
(٥) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٠ ب ٨ ح ٤.

آلى من امرأته متى يفرق بينهما؟ قال: إذا مضت أربعة أشهر ".
الثانية: لو وطأ في مدة التربص وهي الأربعة الأشهر المضروبة له لزمته
الكفارة إجماعاً، وكذا بعدها وفاقاً للخلاف والنهائية والشرايع والبيان ومجمع
البيان وتفسير روض الجنان وأحكام القرآن للراوندي وهو ظاهر الأكثر.
وحكى الشيخ في الخلاف عليه الوفاق المخالفة اليمين فتشمله العمومات ولخبر
منصور بن حازم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل آلى من امرأته أربعة أشهر
يوقف فإن طلق بانت منه وعليها عدة المطلقة، وإلا كفر عن يمينه وأمسكها ".
ومرسل تفسير العياشي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " سئل: إذا بانت المرأة
من الرجل هل يخطبها مع الخطاب؟ قال: يخطبها على تطليقتين ولا يقربها حتى
يكفر عن يمينه "
. وما أرسل عن الصادق عليه السلام كما في الكتب المعتمدة " قال: إذا فاء المؤلى
فعليه الكفارة " .

وخالف الشيخ في المبسوط فنفى الكفارة بعد الأربعة، وربما كان وجهه
أن المؤلى قد صار بعد المدة مأموراً بالوطء ولو تخيراً فلا تجب بفعله كفارة،
لأن المحلوف عليه إذا كان تركه أرجح جازت المخالفة من غير كفارة، ويضعف
بأن يمين الايلاء تخالف غيرها من الأيمان في هذا المعنى ومن ثم انعقدت ابتداء
وإن كان تركه أرجح أو كان واجباً كما لو آلى في وقت يجب فيه الوطاء.
الثالثة: لو وطأ ساهياً أو مجنوناً أو مشتبهاً بغيرها بطل الايلاء وانحل
يمينه - كما في المبسوط - لحصول المخالفة واشتراط القصد غير معلوم وإن لم
يحدث بذلك، وجعله في المبسوط نظير أن الذميمة إذا كانت تحت مسلم وانقطع

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

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

الرابعة: لا فرق بين الحر والعبد ولا بين الحرة والأمة في مدة التربص في إطلاق الكتاب والسنة والاجماع عندنا، خلافاً لمالك في العبد ولأبي حنيفة في الأمة فينصفان المدة وهي حق للزوج كما تدل عليه الآية والرواية، فليست محلاً للفئة كما دلت عليها الأخبار المتقدمة المستفيضة فإن فارقها فيها فقد أحسن وإنما وقت الفئة ما بعدها، ثم إنها إذا انقضت لم تطلق بانقضائها، خلافاً لأبي حنيفة فقد جعل المدة وقت الفئة وقال: إذا لم يف فيها طلقت تطليقة بائنة. وكان موثقة أبي بصير (١) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في التهذيب " في الرجل يؤلي من امرأته فمكث أربعة أشهر فلم يف فهي تطليقة ثم يوقف، فإن فاء فهي عنده على تطليقتين، فإن عزم فهي بائنة منه " وخبر منصور بن حازم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: المؤلي إذا وقف فلم يف طلق تطليقة بائنة " قد جاءتا تقيية لموافقتهما مذهب أبي حنيفة في كل من الأمرين، أعني أن انقضاء المدة تطليقة والطلاق الذي يوقعه بعد المدة لا يكون إلا بائناً. وقد سمعت في صحيحة بريد العجلي (٣) التي مر صدرها ما ينفي ذلك كله

(١) التهذيب ج ٨ ص ٤ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٤ ب ١٠ ح ٤.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٤ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٤ ب ١٠ ح ٥.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٣ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ١.

حيث قال: " فهو في سعة ما لم تمض الأربعة الأشهر فإذا مضت أربعة أشهر وقف،
فإما يفى فيمسها وإما أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها، حتى إذا حاضت
وتطهرت من حيضها طلقها تطليقة قبل أن يجامعها بشهادة عدلين، ثم هو أحق
برجعته ما لم تمض الثلاثة الأقرء ".^١

وكذلك خبر أبي مريم (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: المؤلّي يوقف بعد
الأربعة أشهر، فإن شاء أمسك بمعروف أو سرح بإحسان، فإن عزم الطلاق فهي
واحدة وهو أملك برجعته ".^٢

وأما ما في صحيحة منصور بن حازم (٢) " قال: إن المؤلّي يجبر على أن يطلق
تطليقة بئنة " وفي الكافي بعد هذا الكلام وعن غير منصور " أنه يطلق تطليقة يملك
الرجعة، فقال له بعض أصحابه: إن هذا منتقض، فقال: لا، التي تشكو فتقول
تخيرني وتمنعني من الزوج يجبر على أن يطلقها تطليقة بئنة، والتي تسكت ولا
تشكو إن شاء طلق فيها تطليقة يملك فيها الرجعة ".^٣

ورواه الشيخ في الخلاف واقتصر على رواية منصور وحذف الرواية الأخرى
والتوجيه، ثم حمّله على من يرى الإمام إجباره على طلاق بئنة بأن يباريها ثم
يطلقها، وأن يكون مختصا بمن تكون عند الرجل على تطليقة واحدة فيكون
طلاقها بئنة. واحتمل محدث الوسائل كون لفظ البئنة مستعملا في المعنى اللغوي
فإن كل طلاق فهو بئنة يوجب التحريم على الزوج ما لم يرجع. وهذه المحامل
كلها بعيدة، فالأليق بها الحمل على التقية.

الخامسة: يستفاد من صحيحة الحلبي وصحيحة ليث المرادي ورواية أبي
بصير وغيرها من الأخبار بأن المؤلّي لو أراد طلاق الزوجة لم يكن له ذلك إلا بعد

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

يسير.

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

المرافعة وإن كان بعد الأربعة الأشهر، حيث قال في الأولى (١) " ولا يقع بها طلاق حتى يوقف وإن كان بعد الأربعة الأشهر ثم يجبر على أن يفئ أو يطلق ". وفي صحيحة ليث المرادي (٢) " ولا يقع طلاق فيما بينهما ولو كان بعد أربعة أشهر ما لم ترفعه إلى الإمام ". وفي رواية أبي بصير (٣) " ولا يقع بينهما طلاق حتى يوقف وإن كان بعد الأربعة الأشهر ". وفي رواية سماعة (٤) " ولا يقع طلاق فيما بينهما حتى يوقف وإن كان بعد الأربعة الأشهر، فإذا أبي فرق بينهما الإمام ".

السادسة: لو آلى مدة ودافع بعد المرافعة حتى انقضت سقط الایلاء وإن أثم ولا كفارة مع الوطء بعدها، ولو أسقطت حقها من المطالبة لم تسقط بالكلية حتى لا يجوز لها تجديدها لتجدده في كل وقت، وهي إنما أسقطت ما مضى إذ لا معنى لاسقاط ما لم يثبت في الذمة.

السابعة: قد اختلفت كلمة الأصحاب في مبدأ المدة المضروبة للایلاء وهي الأربعة أشهر، ففي النهاية والمبسوط والغنية والسرائر والجامع وظاهر غيرها أيضا أنها من حين الترافع لا من حين الایلاء، وظاهر المبسوط الاجماع عليه. وقال ابن أبي عقيل وابن الجنيد إنها من حين الایلاء، واختاره في المختلف وولده في شرح القواعد وإليه مال المحقق واختاره في المسالك.

واحتج للأول بخبر العباس بن هلال (٥) المروي في العياشي عن الرضا عليه السلام " قال: إن أجل الایلاء أربعة أشهر بعد ما يأتیان السلطان ".

- (١) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٩ ب ٨ ح ١ وفيهما " ولا يقع بينهما " مع اختلاف يسير.
- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٩ ح ١.
- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢.
- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٤.
- (٥) تفسير العياشي ج ١ ص ١١٣ ح ٣٤٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٨ ح ٧ وفيهما " قال: ذكر لنا أن أجل ".

وبصحيحة أبي بصير (١) كما في تفسير القمي عن الصادق عليه السلام وقد تقدمت لقوله عليه السلام فيها " وإن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد: إما أن تراجع إلى المناكحة وإما أن تطلق، فإن أبي حبسه أبداً ".

وصحيحة البزنطي (٢) كما في قرب الأسناد عن الرضا عليه السلام " قال: سألته عن الإيلاء فقال عليه السلام: أن يوقف إذا قدمته إلى السلطان فيوقفه السلطان أربعة أشهر ثم يقول له: إما أن تطلق وإما أن تمسك ".

واحتج للقول الثاني بإطلاق القرآن وإطلاق الأخبار وبخصوص صحيحة بريد بن معاوية (٣) عن الصادق عليه السلام قال: لا يكون إيلاء " وساق الخبر إلى أن قال:

" وهو في سعة ما لم تمض الأربعة الأشهر، فإذا مضت أربعة أشهر وقف، فإما أن يفئ وإما أن يعزم على الطلاق ".

وصحيحة الحلبي (٤) وقد مر ذكرها بطرق عديدة عن أبي عبد الله عليه السلام وفيهما " لكنه يتربص به أربعة أشهر فيوقف فإذا فاء - وهو أن يصلح أهله - فإن الله غفور رحيم وإن لم يف أجبر على الطلاق ".

وخبر أبي الصباح الكناني (٥) وفيه " ولا يجامعها حتى تمضي أربعة أشهر فقد وقع الإيلاء، وينبغي للإمام أن يجبره إما أن يفئ أو يطلق ". وقال فيه أيضا بعد ما

(١) تفسير القمي ج ١ ص ٧٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٨ ح ٦ وفيهما " له بعد ذلك " مع اختلاف يسير.

(٢) قرب الإسناد ص ١٥٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٨ ح ٥ وفيهما " سأله صفوان وأنا حاضر ".

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ١ وفيهما " فإما أن يفئ فيمسها وإما ".

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

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٢ ب ٩ ح ٣.

سئل عن رجل آلى من امرأته بعد ما دخل بها " قال: إذا مضت أربعة أشهر وقف وإن كان بعد حين ".
وخبر أبي بصير (١) " قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الايلاء أن يقول والله لا أجامعك كذا وكذا ثم يغاضبها، ثم يتربص بها أربعة أشهر، فإن فاء وهو وهو أن يصلح أهله أو يطلق عند ذلك ".
وصحيحة ليث المرادي (٢) كما في التهذيب والكافي قد تقدم صدرها مرارا وفيها بعد صدور الايلاء " فيتربص بها أربعة أشهر ثم يؤخذ فيوقف بعد الأربعة أشهر فإن فاء وهو أن يصلح أهله " الحديث.
وخبر سماعة (٣) وفيه " الايلاء أن يقول الرجل والله لا أجامعك كذا وكذا فإنه يتربص أربعة أشهر، فإن فاء والايفاء أن يصلح أهله أو يطلق ".
وصحيحة منصور (٤) وخبره " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل آلى من امرأته فمرت أربعة أشهر، قال: يوقف فإن عزم الطلاق بانت منه وعليها عدة المطلقة وإلا كفر عن يمينه وأمسكها ".
ومرسلة تفسير القمي (٥) " قال: وروي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه بنى حظيرة من قصب وجعل فيها رجلا آلى من امرأته بعد أربعة أشهر وقال: إما أن ترجع إلى المناكحة وإما أن تطلق ".

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٣١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ٣ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤١ ب ٩ ح ١.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٤.
(٤) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٧ ب ١٢ ح ٣.
(٥) تفسير القمي ج ١ ص ٧٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٦ ب ١١ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير.

وخبر أبي مريم (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: المؤلّي يوقف بعد الأربعة الأشهر فإن شاء أمسك بمعروف أو سرح بإحسان ."

وصحيحة الحلبي الأخرى (٢) قال: أيما رجل آلى من امرأته فإنه يتربص به أربعة أشهر ثم يؤخذ بعد الأربعة الأشهر " إلى أن قال: " فإن لم يف أجبر على الطلاق ."

وفي الجعفریات (٣) بإسنادها المشهور عن علي عليه السلام " أنه كأن يقول: إذا آلى الرجل من امرأته فلا شيء عليه حتى تمضي أربعة أشهر، فإن قامت المرأة تطلب إذا مضت الأربعة الأشهر وقف، فإذا أن يفى أو يطلق مكانه، وإن لم تقم المرأة تطلب حقها فليس لها شيء ."

وفي صحيحة بريد بن معاوية (٤) أيضا عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام

" أنهما قالوا: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول ولا حق في أربعة أشهر ولا إثم عليه في كفه عنها في أربعة أشهر، فإن مضت الأربعة الأشهر قبل أن يسمها فسكتت ورضيت فهو في حل وسعة، وإن رفعت أمرها قيل له إما أن تفي فتمسها وإما أن تطلق، وعزم الطلاق أن يخلي عنها " الحديث .
وأما ما تقدم في خبر يونس بن يعقوب عن أبي مريم (٥) من قوله عليه السلام " قال: يوقف قبل الأربعة أشهر وبعدها " فقد عرفت الجواب عنها من أنه يوقف لضرب المدة لا لالزامه .

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

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

(٣) قرب الإسناد ص ١١٥، مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٣٠ ب ٥ ح ١ .

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

(٥) التهذيب ج ٨ ص ٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٠ ب ٨ ح ٣ .

ومثل هذا الأخبار في الدلالة على أن الأربعة من الايلاء خبر عثمان بن عيسى (١) عن أبي الحسن عليه السلام " أنه عن رجل آلى من امرأته متى يفرق بينهما؟ قال: إذا مضت أربعة أشهر وقف "

وبالجملة: فالأخبار بهذا المذهب مستفيضة مع مساعدتها بظاهر القرآن ولمطابقتها للمدة المضروبة في إيجاب النكاح للمرأة وهو الأربعة أشهر في غير الايلاء ولهذا يلزم بالنكاح بعد الأربعة أشهر وإن لم يكن مؤلّيا، وأما الأخبار الأولية فيمكن رجوعها إلى هذا المعنى لأنها لم تكن نصا في الأول.

والذي يدل على إزامه بذلك وإن لم يكن مؤلّيا صحيحة حفص بن البختري (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا غاضت المرأة الرجل فلم يقربها من غير يمين أربعة

أشهر استعدت عليه، فإذا أن يفئ وإما أن يطلق، فإن تركها من غير مغاضبة أو يمين فليس بمؤل "

وأما ما احتجوا به من أن ضرب المدة حكم شرعي فهو باق على العدم الأصلي فيتوقف ثبوته على حكم الحاكم وأصالة عدم التسلط على الزوج بحبس أو غيره لأجل الفئة أو الطلاق إلا مع تحقق سببه فمدفوع بمنع احتياج المدة إلى الضرب، بل مقتضى الحكم الشرعي الثابت بالآية والرواية ترتبه على مضي المدة المذكورة من حين الايلاء، وإثبات توقفها على المرافعة متوقف على الدليل وهو منفي لقبوله للتأويل، وهذا الدليل الصريح أخرجه عن حكم العدم الأصلي، وأصالة عدم التسليط قد انقطعت بالايلاء المقتضي له بالآية والرواية والاجماع، فتوقفه على أمر آخر خلاف الأصل.

الثامنة: لو اختلفنا في انقضاء المدة فالقول قول من يدعي بقاءها للأصل في عدم انقضائها، لأن مرجع دعوى انقضائها إلى تقدم زمان الايلاء إن جعلنا المدة من حينه أو زمان المرافعة إن جعلناها منها، والأصل عدم تقدم كل منهما.

(١) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٠ ب ٨ ح ٤.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٣ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٥ ب ١ ح ٢ وفيهما " إذا غاضب الرجل امرأته "

ومثله ما لو اختلفنا في زمان إيقاع الايلاء فالقول قول مدعي تأخره لأصالة عدم التقدم وفائدته حيث يجعل المدة من حينه أو يكون الايلاء مقدرًا بمدة، فمدعي تقدمه يحاول انحلال اليمين، وليس هذه المسائل منصوصة بالخصوص وإنما رجعت إلى القواعد الكلية في الدعوى وهي ثابتة لا يجوز التخلف عنها إلا بدليل خاص، وليس فليس.

التاسعة: المفهوم من الأخبار والفتوى أن الفئة الواجبة على الزوج بعد الايلاء وانقضاء المدة من القادر هو غيبوبة الحشفة في القبل فلا يكفي الدبر هنا لأنه الفرد الظاهر من الوطاء الواجب المزوجة وإن قام مقامه في مواضع لاطلاق النصوص، وفئة العاجز إظهار العزم على الوطاء عند القدرة على ذلك بأن يقول أو يكتب أنه يفي إذا قدر أو يشير إليه إشارة مفهومة، ويمهل العاجز إلى زوال عذره والقادر إن استمهل ما جرت العادة بإمهاله كخفة المأكل والأكل إذا كان جائعًا أو في حال الأكل والراحة والتعب ومنه السهر والانتباه إذا كان نائمًا، وما قضى الشرع بإمهاله كالفراغ من الصوم والصلاة والاحرام والتقدير بثلاثة أيام من أقوال العامة وليس هو مذهبا لأحد من أصحابنا، وقد عبر الشارع عن هذا الوطاء بالصلح، ولهذا رتب عليه الكفارة كما مر في الفتوى والأدلة لا مجرد الإمساك بمعروف فإنها باقية على الزوجية، وإنما منع من النكاح لأن الايلاء على خلاف الأصل عقوبة إليه بإرادته الاضرار كما وقع في الظهار وإن كان حقه أن لا ينعقد.

العاشرة: لو انقضت مدة التربص وهناك ما يمنع من وطئها وهي عالمة بذلك كالحيض والمرض لم يكن لها المطالبة - عند الشيخ - فيما إذا كان العذر من جهتها فلا يطالب بالفئة القولية كالعاجز عنده. وقال المحقق في الشرايع وتبعه جماعه من المتأخرين، يجب عليه فئة العاجز لأنه لا مانع منها بل هي ممكنة وإنما المانع من الله تعالى، وعلى كل تقدير فلا يجب لها المطالبة بالفئة فعلا إجماعا لمعذوريته والحال هذه ولا مضارة، ومثله ما لو كانت محرمة أو حائضا أو نفساء أو صائمة أو

معتكفة برضائه. ولو تجددت أعضارها في إثناء العدة قال في المبسوط: تنقطع الاستدامة كذلك إلا الحيض والمراد بانقطاعها عدم احتسابها من المدة، فإذا زال ذلك العذر ثبت على ما مضى من المدة قبل العذر. ووجهه أن الحق لها والعذر من قبلها ومدة التبرص حق له فلا يحتسب له منها ما لا يقدر على الفئة فيها، وإنما استثني من ذلك الحيض حيث إنه لا يقطعها إجماعاً لأنه لو قطع لم تسلم مدة التبرص أربعة أشهر لتكرره في كل شهر غالباً، والأكثر لا يفرقون بينه وبين غيره في عدم قطع الاستدامة لقيام فئة العاجز مقام الوطاء من القادر وهو في حكم العاجز، وهذا أقوى من أعضار الرجل، فلا يقطع المدة ابتداءً ولا استدامة إجماعاً لاطلاق النصوص في الانتظار أربعة أشهر من غير استفصال لأن حق المهلة له والعذر منه، وكذا لا يمنع المرافعة له لو اتفقت على رأس المدة فيؤمر بفئة العاجز أو الطلاق كما تقدم، وسيجيء أيضاً.

الحادية عشرة: إذا جن المؤلي بعد ضرب المدة احتسب المدة عليه وإن كان مجنوناً، فإذا انقضت المدة والجنون باق لم يرافع ولم يكلف بأحد الأمرين لارتفاع القلم عنه بل يترص به حتى يفيق ثم يحكم عليه بذلك، بخلاف ما لو انقضت المدة وبه عذر آخر غيره لا يرفع التكليف كالمرض فإنه يؤمر بفئة العاجز إذا انقضت المدة وهو محرم ألزمه نفسه ألزم بفئة المعذور، وكذا لو اتفق صائماً، ولو واقع أتى بالفئة وإن أثم، وكذا في كل وطاء محرم كالوطء في الحيض لكنه لا يلزم بالوطء المحرم وإن أثم بفعله من نفسه وحصلت له الفئة لحصول الغرض سواء وافقته على ذلك أم أكرهها، ولا يجوز له موافقته لأنها معاونتة على العدوان المنهي عنه، واحتمل بعضهم جوازها لها لأنه ليس محرماً من طرفها، ومثله ما لو مكنت المسافرة ومن طهرت من حيضها في أثناء النهار للصائم، ولو ارتد لاعتن فطرة احتسب زمان الردة عليه وفاقاً للمحقق وجماعة لتمكنه من الوطاء بالرجوع إلى الإسلام فهي ليست عذراً، خلافاً للشيخ وجماعة لجريانها إلى البيونة فليست

كأهلية الزوجية، وزمان عدتها مخالف لزمان التربص، فإن انقضاءه يقتضي
البيونة وانقضاء زمان التربص يقتضي المطالبة بالفئة وتضاد الأثرين يقتضي تضاد
المؤثرين، ولأن الامتناع من الوطاء للردة لا للإيلاء، ويندفع جميع ذلك بما ذكرنا
وبعموم النصوص مع أن انقضاء العدة إنما يقتضي البيونة إذا استمر الارتداد.
الثانية عشرة: إذا رفعت أمرها إلى الحاكم بعد ضرب المدة لها خيرها
بين الفئة والطلاق، فإن طلق خرج من حقها ويقع الطلاق رجعياً إن لم يكن ما
يقتضي البيونة للأصل والعمومات والخصوصات، وهي كثيرة جداً كصحيحتي بريد
العجلي (١) وقد تقدمتا وفيهما " إذا مضت الأربعة أشهر ووقف فيما أن يفى فيمسها
وإما أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها، حتى إذا حاضت وطهرت من محيضها
طلقها قبل أن يجامعها بشهادة عدلين، ثم هو أحق برجعتها ما لم تمض الثلاثة
الأقراء "

وفي خبر أبي مريم (٢) المتقدم عن أبي جعفر عليه السلام " قال: المؤلي يوقف بعد
الأربعة أشهر، فإن شاء أمسك بمعروف أو تسريحاً باحسان، فإن عزم الطلاق فهي
واحدة وهو. أملك برجعتها "

وربما بان طلاقها لا يكون إلا بائناً وإن كان أول طلقة لصحيحة منصور (٣)
وغيرها، وقد مر الجواب عنها، وحملها على التقية هو أقرب محاملها. ثم إنه
إن فاء أيضاً خرج من حقها كما تضمنته الآية والروايات المستفيضة ووجب عليه
الكفارة، وقد مر جميع ذلك وبيننا ما فيه من الخلاف، ولو امتنع من الأمرين

(١) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ١ وص ١٣١ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ١
وص ٥٣٦ ب ٢ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٢ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ٢ وفيهما " امسك
بمعروف "

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٤ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٤ ب ١٠ ح ٥.

حبس وضيق عليه في المطعم والمشرب على وجه لا يمكنه الإقامة عليه والصبر عادة حتى يفى أو يطلق، وسيأتي في الأخبار ما يدل على أنه يطعمه ربع القوت فإن أبي بعد ذلك إذا كان الأمر عليه إمام المسلمين وامتنع ضربت عنقه أو أضرم عليه النار في الحظيرة التي أحبس فيها. وهذا الحكم مجمع عليه في الجملة والأخبار به مستفيضة.

فمنها خبر حماد بن عثمان (١) كما في الكافي والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام " قال في المؤلي إذا أبي أن يطلق قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل له حظيرة من

قصب ويحسبه فيها ويمنعه من الطعام والشراب حتى يطلق ".
وصحيحة خلف بن حماد (٢) المرفوعة إلى أبي عبد الله عليه السلام كما في الكافي والتهذيب " في المؤلي إما أن يفى أو يطلق، فإن فعل وإلا ضربت عنقه ".
ومنها خبر غياث بن إبراهيم (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: كان أمير المؤمنين

عليه السلام إذا أبي المؤلي أن يطلق جعل له حظيرة من قصب وأعطاه ربع قوته حتى يطلق ".
ومرسلة صفوان (٤) الصحيحة إليه كما في العياشي عن أبي عبد الله عليه السلام " في

المؤلي إذا أبي أن يطلق، قال: كان علي عليه السلام يجعل له حظيرة من قصب ويحسبه فيها ويمنعه من الطعام والشراب حتى يطلق ".

(١) الكافي ج ٦ ص ١٣٣ ح ١٠، التهذيب ج ٨ ص ٦ ح ١٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٣ ح ١١، التهذيب ج ٨ ص ٦ ح ١٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٣ ح ١٣، التهذيب ج ٨ ص ٦ ح ١٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ ح ٣.

(٤) تفسير العياشي ج ١ ص ١١٤ ح ٣٤٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٦ ب ١١ ح ٧.

ومرسل الفقيه (١) " قال: روي أنه إن فاء وهو أن يراجع الجماع وإلا حبس في حظيرة من قصب وشدد عليه في المأكل والمشرب حتى يطلق ". وفيه مرسلا (٢) " قال: روي أنه متى أمره الإمام المسلم بالطلاق فامتنع ضربت عنقه لامتناعه على إمام المسلمين ". ومرسلة تفسير القمي (٣) عن أمير المؤمنين عليه السلام " أنه بنى حظيرة من قصب وجعل فيها رجلا آلى من امرأته أربعة أشهر، فقال: إما أن ترجع إلي المناكحة وإما أن تطلق وإلا أحرقت عليك الحظيرة ". وينبغي حمل الأخبار الدالة على القتل على ما لو جحد الحكم من أصله بعد خطاب إمام الزمان إليه به، ولا يجبره الإمام على أحدهما عينا بل تخيرا كما تقدم في الظهار، ولا ينافي الاجبار الشرعي عينا أو تخيرا وقوع الطلاق كما سبق، وقد روي أنه إن أبى فرق بينهما الإمام، ويمكن أن لا يريد به الطلاق، وقد وقع التصريح بذلك أيضا في خبر سماعه (٤).

الثالثة عشرة: وجوب العدة على هذه المطلقة بالايلاء إذا كانت من أهل الاعتداد، متفق عليه في النصوص والفتوى، ففي صحيحة محمد بن مسلم (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجل آلى من امرأته حتى مضت أربعة أشهر، قال: يوقف فإن عزم الطلاق اعتدت كما تعد المطلقة، وإن أمسك فلا بأس ".

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩ ح ٢ وفيه " يرجع إلى الجماع "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ ح ٤.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٠ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ ح ٥.

(٣) تفسير القمي ج ١ ص ٧٣ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٦ ب ١١ ح ٦.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ ح ٤.

(٥) التهذيب ج ٨ ص ٧ ح ٢٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٦ ب ١٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

وصحيحة عبد الله بن سنان (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الإيلاء، قال: إذا مضت أربعة أشهر ووقف، فيما أن يفى وإما أن يطلق، قلت: فإن طلق تعتد عدة المطلقة؟ قال: نعم "

وصحيحة منصور بن حازم (٢) وروايته كما في الفقيه والتهذيب " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل آلى من امرأته فمرت أربعة أشهر، قال: يوقف فإن عزم

الطلاق بانت منه وعليها عدة المطلقة وإلا كفر عن يمينه وأمسكها ". ويدل عليه أيضا ما تقدم في صحيحتي بريد العجلي (٣) و (٤) حيث قال في آخرهما " ثم هو أحق برجعتهما ما لم تمض الثلاثة الأقراء ".
الرابعة عشرة: إذا ادعى الإصابة منها في الأربعة أو بعدها فأنكرت فالقول قوله مع يمينه لتعذر البينة، وهذا الحكم مما خولف فيه القواعد المقررة من تقديم قول المدعي، وإنما أخرجه منها لتعذر إقامة البينة عليه أو لتعسرها غالبا مع كونه من فعله الذي لا يعلم إلا من جهته وأصالة بقاء النكاح وعدم التسلط على الاجبار على الطلاق، ولخبر إسحاق بن عمار (٥) عن الباقر عليه السلام " أن عليا عليه السلام سئل عن

المرأة تزعم أن زوجها لا يمسه ويزعم أنه يمسه، قال: يحلف ويترك. ويقول الصادق عليه السلام فيما أرسل عنه كما في بعض الكتب المعتمدة " قال: في فئة المؤلي: إذا قال

قد فعلت وأنكرت المرأة فالقول قول الرجل ولا إيلاء "

(١) التهذيب ج ٨ ص ٧ ح ١٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٦ ب ١٢ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) الفقيه ج ٢ ص ٣٤٠ ح ٤ مع زيادة، التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٧ ب ١٢ ح ٣.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٣ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ ح ١.

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

(٥) التهذيب ج ٨ ص ٨ ح ٢٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٧ ب ١٣ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

ومثله في تقديم قوله في الإصابة مع مخالفة الأصل المذكور ما لو ادعى العنين إصابتها في المدة أو بعدها ثم إذا حلف على الإصابة وطلق وأراد الرجعة بدعوى الوطء الذي حلف عليه، قال في التحرير: الأقرب أنه لا يمكن وكان القول قولها في نفي العدة الوطء على قياس الخصومات من أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وإنما خالفناه في دعوى الإصابة لما ذكر من العلة وهي منتفية هنا كما لو اختلفنا في الرجعة ابتداءً. وهذا التفريع لابن الحداد من الشافعية ووافقه الأكثر واستقر به العلامة في التحرير، وأورد عليه شهيد المسالك أنه مشتمل على الجمع بين المتناقضين وهو غير تام على أصولنا من اشتراط الدخول في صحة الايلاء، ولهذا قال الشهيد الأول - رحمه الله - في نكت الارشاد: ما سمعنا فيه خلافاً، وإنما فرعوه على أصلهم من عدم اشتراطهم الدخول، ومع ذلك فلهم وجه آخر لأنه يمكن من الرجعة ويصدق في الإصابة في الرجعة، كما يصدق فيها لدفع التفريق لأن في الرجعة استيفاء ذلك النكاح أيضاً، وهذا أوجه.

الخامسة عشرة: إذا ظاهر ثم آلى صح الأمران عند جماعة وكذلك بالعكس فيكون هذا الفرع مرتبا على مطلق الجمع بين الظهر والايلاء فيلزمه حكمهما سواء قدم الظهر على الايلاء - كما وقع في كلام الأكثر - أم أخره لبقاء الزوجية الصالحة لايقاع كل منهما عليه وإن كانت قد حرمت بالسبب المتقدم فتحرم بالجهتين ولا تستباح بدون الكفارتين، لكن قد عرفت اختلاف المدتين في إمهاله لهما، فإن مدة الظهر ثلاثة أشهر ومدة الايلاء أربعة أشهر، فإذا انقضت مدة الظهر فرافعه ألزم بحكم الظهر خاصة، فإن اختار الطلاق فقد خرج من الأمرين، وإن اختار العود وعزم على الوطء لزمته كفارة الظهر، فإذا كفر ووطأ لزمته كفارة الايلاء أيضا بحثه في يمينه، وإن توقفت كفارة الظهر على مدة تزيد على مدة الايلاء كما لو كان فرضه التكفير

بالصوم أو لم يتفق له التكفير بإحدى الخصلتين إلى أن انقضت مدة الايلاء أو كان الظهر متأخرا عنه بحيث انقضت منه قبل التخلص منه طولب بالأمرين معا ولزمه حكمهما، لكن قد يختلف حكمهما فيما لو انقضت مدة الايلاء ولما يكمل كفارة الظهر فإن حكم الايلاء إذا لم يختر الطلاق إلزامه بفئة العاجز لأن الظهر مانع شرعي من الوطء قبل التكفير، فتجمع الكفارتان بالعزم على الوطء إحداهما للفئة والأخرى للعزم عليه، ولو أراد الوطء في هذه قبل التكفير للظهر حرم عليه تمكينها منه كما سبق وإن أبيح لها من حيث الايلاء، ولو فعل حراما ووطأ حصلت الفئة ولزمته كفارة الظهر.

والأخبار خالية عن تفاصيل هذا الحكم إذا لم يرد في هذه المسألة إلا الخبران المتقدمان في أحكام الظهر أحدهما خبر السكوني (١) عن علي عليه السلام كما في النهاية

والآخر خبر الجعفریات (٢) عنه عليه السلام أيضا، إلا أنهما مجملان متشابهان لأنهما صورتها هكذا " في رجل آلى من امرأته وظاهر منها في كلمة واحدة، قال: عليه كفارة واحدة " وهما كما ترى مشعران بوحدة الكفارة، وقد احتملنا فيهما محامل كثيرة ويمكن ردهما إلى هذا التفصيل ويكون وحدتهما باعتبار كل واحد منهما عند حصول فئة والأخذ بما فصلوه أنسب وأظهر.

السادسة عشرة: لو آلى من الأمة المتزوج بها ثم اشتراها انهدم النكاح كما تقدم في الظهر، فلو نكحها بملك اليمين لم يكن عليه شيء لخروجه من حكم الايلاء لبينونة هذه، وكذا لو أعتقها وتزوجها لم يعد إيلاء عندنا لأنه تابع للزوجية فيزول بزوالها، وكذا لو اشترته الزوجة حيث يكون مملوكا وأعتقته ثم تزوجت به، وللعمامة قول بعود الايلاء فيهما، أما لو طلق رجعا فرجع بها في العدة عاد حكم الايلاء ووجبت عليه الكفارة بالفئة بعد المراجعة، وقد تقدم ما يدل عليه

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

(٢) الجعفریات ص ١١٥، مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٢٩ ب ١٤ ح ١.

من خبر منصور وصحيحة، أما لو بانت وعقد عليها بعد العدة فليس عليه حكم الايلاء، وأما ما جاء في مرسل العياشي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه سئل إذا بانت

المرأة من الرجل هل يخطبها مع الخطاب؟ قال: يخطبها على تطليقتين ولا يقربها حتى يكفر " فهو محمول على الاستحباب أو التقية.

السابعة عشرة: لا تتكرر الكفارة بتكرر الايلاء هنا سواء قصد الثانية التأكيد للأولى أو المغايرة مع اتحاد الزمان كأن يقول والله لا وطأتك، أو يصرح بالتأييد فيهما أو قال والله لا وطأتك خمسة أشهر والله لا وطأتك خمسة أشهر فإن اليمين إنما هي مبالغة في الفعل أو الترك المحلوف عليه وإنما تغايرا بتغاير المحلوف عليه فإذا كررها على فعل واحد محلوف عليه فإنما زاد في التأكيد والمبالغة ولا يجدي نفعا قصد المغايرة، والأصل البراءة من التكليف.

ويصدق الايلاء بالواحد والمتعدد على السواء وإن اختلف الزمان كأن يقول والله لا أصبتك خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لا أصبتك خمسة أشهر والله لا أصبتك ستة، فإن أوقعنا الايلاء معلقا فهما إيلاءان ويتداخلان في الأول في خمسة وينفرد الثاني بباقي السنة أو الستة فيتربص به أربعة أشهر، ثم إن فاء أو دافع حتى انقضت السنة انحل وليس عليه بالفئة إلا كفارة واحدة، وإن دافع حتى انقضت مدة الأول بقي حكم مدة الثاني وإن طلق ثم راجع أو جدد العقد عليها وأبطلنا مدة التربص بالطلاق، فإن لم يبق من مدة الثاني بعد الرجعة إلا الأربعة أشهر أو أقل انحل الثاني أيضا وإلا طالبت به بعد التربص.

وفي المبسوط وجمله أن مدة الايلاء إذا طالت ووقف بعد أربعة أشهر، فإن طلقها طلقة رجعية فقد وفاها حقها لهذه المدة، فإن راجعها ضربنا له مدة أخرى، فإذا انقضت وقف أيضا، فإن طلق ثم راجع ضربنا له مدة أخرى، فإذا مضت أوقفناه، فإن طلقها بانت منه لأنه قد استوفى الثلاث، وعلى هذا أبدا وفي الثاني

(١) العياشي ج ١ ص ١١٣ ح ٣٤٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٧ ب ١٢ ح ٤.

لا تداخل بل هما إيلاءان متباينان لكل منهما حكم، فإن انقضت أربعة أشهر طالبته، فإن فاء في الخامس أو طلق وفاها حقها من الأول، وبقي الثاني إن واقع حتى انقضى الخامس انحل الأول وبقي الثاني، ثم له التربص في الثاني أربعة أشهر إن لم يكن طلقها أو راجعها واحتسبنا العدة من المدة أو بقي أزيد من أربعة أشهر.

الثامنة عشرة: لا خلاف في أن كفارة الإيلاء كفارة يمين كما دل عليها الكتاب والسنة والاجماع، وسيجئ بيانها في كتاب الكفارات إن شاء الله تعالى.

كتاب اللعان

وهو لغة مصدر لاعن يلاعن، وقد يستعمل جمعا للعن وأصله الطرد والابعاد،
وشرعا كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف فراشه أو إلى نفي ولده،
وسميت لعانا لاشتمالها على كلمة اللعن، وخصت بهذه الصيغة القسمية لأن
اللعن كلمة غريبة في مقام الحجج من الشهادات والأيمان والشئ يشتهر بما وقع
فيه الغريب، وعلى ذلك جواز معظم تسمية سور القرآن. ولم يسم بما يشتق
من الغضب لأن لفظ الغضب يقع في جانب المرأة وجانب الرجل أقوى، وأيضا فلعانه
يسبق لعانها قد ينفك عن لعانها، أو لأن كلا من المتلاعنين يبعد عن الآخر بها
ويطرده أو يحرم النكاح بينهما أبدا، وقد جاء بذلك الكتاب، قال الله تعالى
"والذين يرمون أزواجهم" (١) الآية، وسبب نزولها مما اختلف فيه الروايات
عندنا وعند العامة، ولا حاجة لنا في التعريض لما روته العامة وإن كان أكثر أصحابنا
قد اقتصروا على رواياتهم كما هي عاداتهم وطريقتهم، فروى الصدوق في الفقيه
في الصحيح والشيخ في التهذيب في الصحيح أيضا والكليني في الكافي في الحسن عن
عبد الرحمن بن الحجاج (٢) "قال: إن عباد البصري سأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا
عنده

حاضر: كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال: إن رجلا من المسلمين أتى رسول الله

(١) سورة النور - آية ٦.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٣ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٩ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ١٨٤

ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٦ ب ١ ح ١.

صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله أرأيت لو أن رجلا دخل منزله فرأى مع امرأته رجلا
يجامعها ما كان يصنع به؟ فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وآله فانصرف الرجل،
وكان

الرجل هو الذي ابتلي بذلك من امرأته، قال: فنزل الوحي من عند الله عز وجل
بالحكم فيها، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وآله إلى ذلك الرجل فدعاه فقال صلى
الله عليه وآله: أنت

الذي رأيت مع امرأتك رجلا؟ فقال: نعم، فقال صلى الله عليه وآله: انطلق فائتني
بامرأتك فإن

الله عز وجل قد أنزل الحكم فيك وفيها، قال: فأحضرها زوجها فأوقفها عند رسول
الله صلى الله عليه وآله ثم قال للزوج: اشهد أربع شهادات بالله إنك لمن الصادقين
فيما رميتها
به، فشهد، قال: ثم قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أمسك، ووعظه ثم قال له: اتق
الله

فإن لعنة الله شديدة، ثم قال له: اشهد الخامسة أن لعنة الله عليك إن كنت من
الكاذبين: قال: فشهد فأمر به فنجى، ثم قال صلى الله عليه وآله للمرأة: اشهدي أربع
شهادات

بالله إن زوجك لمن الكاذبين فيما رآك به، قال: فشهدت ثم قال لها: أمسكي،
فوعظها ثم قال لها: اتقي الله فإن غضب الله شديد، ثم قال لها: اشهدي الخامسة
أن غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك به، قال: فشهدت
ففرق بينهما وقال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبدا بعد ما تلاعنتما".

وفي رسالة المحكم والمتشابه (١) للمرتضى نقلا عن تفسير النعماني بإسناده عن
علي عليه السلام وفي تفسير القمي (٢) مرسلا عنهم عليهم السلام " قال: إن رسول
الله صلى الله عليه وآله

لما رجع من غزاة تبوك قام إليه عويمر بن الحارث فقال: إن امرأتي زنت بشريك
ابن الشمحاط، فأعرض عنه، فأعاد عليه القول فأعرض عنه، فأعاد عليه الثالثة،
قال: فدخل فنزل اللعان فخرج إليه فقال: اثني بأهلك فقد أنزل الله فيكما قرآنا،
فمضى فأتاه بأهله وأتى معها قومها فوافوا رسول الله صلى الله عليه وآله وهو يصلي
العصر، فلما

(١) المحكم والمتشابه ص ٧٢ ط دار الشبستري - قم، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١
ح ٩ مع اختلاف يسير.

(٢) تفسير القمي ج ٢ ص ٩٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١ ح ٩ مع اختلاف يسير.



(^^)

فرغ أقبل عليهما فقال لهما: تقدما إلى المنبر فتلاعنا، فتقدم عويمر فتلا عليهما رسول الله صلى الله عليه وآله آية اللعان " والذين يرمون أزواجهم " الآية، فشهد أربع شهادات

بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم شهدت بأربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله:

العني نفسك الخامسة فشهدت، وقالت في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به، فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وآله: اذهبا فلن تحل لك ولن تحلي له أبدا، فقال عويمر: يا رسول الله صلى الله عليه وآله فالذي أعطيتها؟ فقال: إن كنت صادقا

فهو لها بما استحلتت فرجها، وإن كنت كاذبا فهو أبعد لك منه ".
وأما العامة فرووا عن ابن عباس أن القضية نزلت في هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وآله بشريك بن شمحات، وفي روايتهم عن سهل بن سعد الساعدي

أنها نزلت في عويم العجلان، وليس في أخبارنا ما يطابق هاتين الروايتين، وعلى كل تقدير فليس الحكم مختصا بموضع النزول لأن قضية النزول لا تخصص الحكم الكلي، ولهذا جاء في تفسير الآية ما يدل على تعميمها وإعطاء الحكم الكلي. فما جاء في رواية زرارة (١) " قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل

" والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم " (٢) قال: هو القاذف الذي يقذف امرأته، فإذا قذفها ثم أقر أنه كذب عليها جلد الحد وردت إليه امرأته وإن أبى، إلا أن يمضي فليشهد عليها أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة يلعن فيها نفسه إن كان من الكاذبين، وإن أرادت أن تدرأ عن نفسها العذاب - والعذاب هو الرجم - شهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، فإن لم تفعل رجمت، فإن فعلت درأت عن نفسها

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٢ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٨ ب ١ ح ٧.

(٢) سورة النور - آية ٦.

الحد ثم لا تحل له إلى يوم القيامة " الحديث.
وقد اشتمل هذا الكتاب على ثلاثة مقاصد:

المقصد الأول: في سببه

وهو أمران: القذف وإنكار الولد للنصوص من الكتاب والسنة خلافا للصدوق في الفقيه والهداية وظاهر المقنع، فقال: لا لعان إلا بنفي الولد، وإذا قذفها ولم ينتف من ولدها جلد ثمانين جلدة.

واحتج له بخبر محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام " قال: لا يكون لعان إلا

بنفي الولد، وقال: إذا قذف الرجل من امرأته لا عنها "

وبخبر أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا يقع اللعان إلا بنفي الولد "

وأجاب الشيخ عن ذلك في كتابي الأخبار بعد الطعن بالضعف والمعارضة لكتاب الله والأخبار المستفيضة، لأنه محمول على ما لو قذفها بدون دعوى المشاهدة فإنه لا ينعقد اللعان إلا بنفي الولد.

وأجاب غيره بإضافة الحصر بالنسبة إلى مقتضى المقام، ويكون المراد أنه لا لعان بمجرد الشبهة واحتمال كون الولد من الغير، ويدل عليه نصه عليه السلام في الخبر الأول بعد الحصر المذكور باللعان إذا قذفها، فيتناقض الكلام لو أبقينا الحصر على حقيقته. وهذا المقصد مشتمل على فصلين:

الأول:

أن القذف إنما يكون سببا في اللعان لو رمى زوجته المحضنة الظاهرة بالعدة المدخول بها الزنا قبلا أو دبرا لعموم الأدلة والاجماع كما نقله شيخ

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٦ ح ١٦، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٤ ب ٩ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٥ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٤ ب ٩ ح ٢ وفيهما " لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته ولا يكون إلا... "

الخلاف، ولم يحك خلافاً إلا عن أبي حنيفة في الدبر مع دعوى المشاهدة وعدم إقامة البينة، فلو رمى الأجنبية أو أمته أو زوجته المشهورة بالزنا أو رمى غير المدخول بها أو رماها بغير الزنا من مقدماته أو لم يدع المشاهدة فلا لعان. (أما الأول فبالأصل والآية والنصوص والاجماع وهي كثيرة، بل قضية النزول واضحة جلية).

(وأما الثاني أعني كونها محصنة فلأن رمي المشهورة بالزنا لا يوجب اللعان بل ولا حد القذف وإن أوجب التعزير - كما سيأتي في الحدود - لأنه إنما شرع صونا لعرضها من الانتهاك، وعرض المشهورة بالزنا منتهك، ولم أر من اشترطه من الأصحاب إلا المحقق والعلامة في الشرايع والقواعد، والمراد بالمحصنة - بفتح الصاد وكسرهما - من العفيفة عن وطء محترم لا يصادف ملكاً وإن اشتمل على عقد لا ما صادفه، وإن حرم كوقت الحيض والاحرام والظهار فلا يخرج به عن الاحصان وكذا وطء الشبهة ومقدمات الوطء مطلقاً، أما التقييد بالدخول بها فليس بمتفق عليه لأنه موضع خلاف عندنا وعند العامة، وأما اشتراط دعوى المشاهدة ليخرج ما إذا أطلق أو صرح بعدمها، وهذا الشرط مجمع عليه بين أصحابنا، واختاره بعض العامة ووجهه مع إطلاق الآية أنه شهادة وهي مشروطة بالمشاهدة، والأخبار الواردة في النزول كما قد سمعت شاهدة بذلك، وكذلك الأخبار المستفيضة في غير النزول.

فمنها صحيحة الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول رأيت بين رجلها رجلاً يزني بها ".
ومثله صحيحة محمد بن مسلم (٢) عنها أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الرجل

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٣ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٤.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٦ ح ١٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٣ ب ٤ ح ٢ وفيهما " أني رأيتك ".

يفتري على امرأته، قال: يجلد ثم يخلى بينهما ولا يلاعنها حتى يقول أشهد أني قد رأيتك تفعلين كذا وكذا".

وصحيحة الحلبي (١) عن أبي عبد الله " قال: إذا قذف الرجل امرأته، قال: لا يلاعنها حتى يقول رأيت بين رجلها رجلا يزني بها ".
وموثقة أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال في الرجل يقذف امرأته: يجلد

ثم يخلى بينهما ولا يلاعنها حتى يقول إنه قد رأى بين رجلها من يفجر بها ".
وصحيحة سليمان بن خالد (٣) عن أبي جعفر الثاني عليه السلام " قال: قلت له: كيف صار الرجل إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات بالله، وإذا قذف غيره أب أو أخ أو ولد أو غريب جلد الحد أو يقيم البينة على ما قال؟ قد سئل أبو جعفر عليه السلام عن ذلك فقال: إن الزوج إذا قذف امرأته فقال رأيت ذلك بعيني كانت شهادته أربع شهادات بالله، وإذا قال إنه لم يره قيل له أقم البينة على ما قلت وإلا كان بمنزلة غيره، وذلك أن الله جعل للزوج مدخلا لا يدخله غيره والد ولا ولد يدخل بالليل والنهار فجاز له أن يقول، ولو قال غيره رأيت قيل له وما أدخلك المدخل الذي ترى هذا فيه وحدك، أنت متهم ولا بد من أن يقام عليك الحد الذي أو حب الله عليك ".

ومثلها رواية محمد بن سليمان (٤) كما في الفقيه، ومرسلة محمد بن أسلم الجبلي (٥) كما في العلل عن بعض أصحابه عن الرضا عليه السلام وزاد " وإنما صار شهادة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٣ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٩ ب ٤ ح ٤.

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢١٢ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٣ ب ٤ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٢ ح ٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٥ وفيهما " عن محمد بن سليمان ".

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٨ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٥.

(٥) علل الشرايع ص ٥٤٥ ب ٣٣٦ ح ١ طبع النجف الأشرف، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير.

الزوج أربع شهادات بالله لمكان الأربعة الشهداء مكان كل شاهد يمين ".
وخبر أبي خالد الهيثمي الفارسي (١) كما في المحاسن " قال: سئل أبو الحسن
عليه السلام " وذكر نحو مع الزيادة.
ورواه الكليني عن الحسن بن يوسف عن محمد بن سليمان (٢) نحوه وذكر
الزيادة أيضا.
ومرسلة أبان عن رجل (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا يكون لعان حتى
يزعم أنه قد عاين " .

ويلزم على هذا الشرط أن الأعمى لو قذف زوجته حد لعدم إمكان اللعان
في حقه لعدم إمكان المشاهدة وإنما يتوجه لعانه بسبب نفي الولد. واستشكل
ثاني الشهيدين الحكم بإمكان علمه بدون المشاهدة، واحتمل في إمكان المشاهدة
في لأخبار الشاهدة بذلك تخصيصها بمن يمكن في حقه أو يجعله كناية عن العلم
بذلك. وفيه نظر إذ قد عرفت من صراحة تلك الأخبار وأنها معلقة على العلم
الخاص، وعلى كل تقدير فلا يكفي الظن المقترن إلى القرائن أو الشيع المجرّد
وينبه عليه سقوط اللعان بقذف المشهورة بالزنا، وقد أيد ثاني الشهيدين ذلك
التأويل بعموم قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم " وفيه ما فيه، حيث إن الأخبار،
التي جاءت في سبب النزول مشتملة على دعوى المشاهدة، وكذلك فتوى الأصحاب
قد أطلقوا اشتراط المعاينة نظرا إلى ظواهر تلك النصوص.
وأما اشتراط عدم البيّنة فلظاهر قوله تعالى " ولم يكن لهم شهداء إلا
أنفسهم " فإن مفهومه أنه لو كان له بيّنة لا يلاعن لامكان نفي الحد، إلا أن

(١) المحاسن ص ٣٠٢ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤٩ ب ٤ ح ٦.
(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٠٣ ح ٦ وفيه " الحسين بن سيف "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤
ب ٤ ح ٦.
(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ ح ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٣ ب ٤ ح ٣.

الأصحاب قد اختلفوا في ذلك، فذهب في الخلاف والمختلف إلى عدم اشتراطه للأصل ولأن النبي صلى الله عليه وآله لا عن بين عويمر العجلاني وزوجته كما روته العامة ولم يسألها عن البيعة، فلو كان عدمها شرطا لسأل. وقوى في المبسوط الاشتراط واختاره المحقق في الشرايع وهو مذهب الأكثر لظاهر الآية وظاهر الأخبار التي قدمناها سيما الأخبار المعللة بإقامة شهادته أربع شهادات بالله مقام الأربعة الشهود. وأما اشتراط الدخول فيما إذا كان سببه القذف فهو مذهب الأكثر، وخالف ابن إدريس في ذلك لاطلاق الآية وكثير من الروايات، إلا أن مذهب الأكثر هو الأصح لصراحة الأخبار الواردة في ذلك بالخصوص مثل رواية أبي بصير (١) عن الصادق عليه السلام " قال: لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته، ولا يكون لعان إلا بنفي الولد ". وروايته الأخرى (٢) أيضا عنه عليه السلام " قال: لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بأهله ".

وخبر محمد بن مضارب (٣) المروي بطرق عديدة كما رواه المحمديون الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: من قذف امرأته قبل أن يدخل بها جلد الحد ". وخبر محمد بن مسلم (٤) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: لا تكون الملاعنة ولا الايلاء إلا بعد الدخول ". وصحيحة أبي بصير ليث المرادي (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجل تزوج امرأة غائبة لم يرها فقذفها، قال: يجلد ".

-
- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٥ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٤ ب ٩ ح ٢.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٤ ب ٩ ح ٢.
(٣) الكافي ج ٧ ص ٢١٣ ح ١٤، ولم نعثر عليه في الفقيه، التهذيب ج ٨ ص ١٩٦ ح ٤٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩١ ب ٢ ح ٤.
(٤) الكافي ج ٦ ص ١٦٢ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩١ ب ٢ ح ٥.
(٥) التهذيب ج ١٠ ص ٧٨ ح ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩١ ب ٢ ح ٧.

ومرسلة ابن أبي عمير (١) الصحيحة إليه " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يقذف امرأته قبل أن يدخل بها، قال: يضرب الحد ويخلى بينه وبينها ".
وخبر محمد بن مضارب (٢) أيضا " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل

لاعن امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال: لا يكون ملاعنا إلا بعد أن يدخل بها يضرب حدا وهي امرأته ويكون قاذفا "

وربما قدح في هذه الأخبار بضعف طرقها حيث اقتصروا على روايتي أبي بصير ومحمد بن مضارب وذلك جريا على الاصطلاح الجديد. ومن هنا استحسنتاني الشهيدان في المسالك مذهب ابن إدريس لقوة دليله عنده وهو إطلاق الآية وما أطلق من صحاح الأخبار. وفيه نظر لما سمعت أن هذه الأخبار فيها الصحيح وغيره وإطلاق الآية مقيد بها مع ما يضاف إلى ذلك من عمل الطائفة سوى ابن إدريس بها، وكان ابن إدريس حمل الأخبار المشترطة للدخول على أنه إذا كان السبب له نفي الولد. وفيه نظر لأن الروايات التي ذكرناها المشترطة للدخول صريحة في أن سببه القذف، ويظهر من محقق الشرايع وغيره ممن تأخر عنه أن من الأصحاب وإن لم يعرف بخصوصه من قال بعدم اشتراط الدخول في اللعان مطلقا لأنه جعل التفصيل قولاً ثالثاً، وهو غير متوجه لما عرفت من أن الدخول شرط في لحوق الولد بالاجماع والأخبار فلا يتوقف انتفاؤه على اللعان على تقدير عدمه فالحق انحصار الخلاف في قولين، فالمشهور اشتراطه فيهما، والثاني التفصيل المنسوب لابن إدريس. نعم يمكن أن يكون ذلك القول للعامه حيث لم يشترط في اللحوق الدخول كما مضى في حكم الأولاد، وهاهنا مسائل:
الأولى: لو قذفها بزنا إضافة إلى ما بعد النكاح ففيه خلاف، ففي الخلاف

(١) الكافي ج ٧ ص ٢١١ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩١ ب ٢ ح ٣.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٧ ح ٥١ وفيه " حتى يدخل بها "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٢ ب ٢ ح ٨.

ليس له اللعان اعتبارا بحالة الزنا، وفي المبسوط له ذلك، واختاره الأكثر لاطلاق الآية وإطلاق جملة من الروايات وأخبار خصوص الواقعة التي هي سبب الشرعية لا يخصص العام وأما التعليل باعتبار حال القذف أو الزنا فهو تعيين لمحل النزاع لا علة برأسه، ولا يجوز قذفها مع الشبهة ولا مع غلبة الظن ولا بإخبار الثقة ولا بشياع أن فلانا زنى بها فإن الأصل تحريم قذف الزوجة كالأجنبي وإنه يلزمه الحد، إلا أنه لما كان في بعض الحالات التي لا يصل إليه الأجنبي قد أبيح له ذلك القذف

بل قد يجب التخليص النسب جعل له الشارع طريقا مخلصا عن الحد باللعان، والأجنبي لا يتخلص عن الحد إلا ببينة تقوم على المقذوف أو بإقرار المقذوف. وبالجملة: فمقتضى هذا التعليل ووجه الحكمة أنه لو قذفها بزنا متقدم على نكاحه لها أن لا يكون لعان بينهما وإن كان الاطلاق في الكتاب والسنة يؤيد القول المشهور.

الثانية: لو قذفها بغير الزنا كالسحق لم يثبت اللعان في المشهور وإن أثبت حتى لو ادعى المشاهدة لأنه مشروط بالرمي بالزنا أو نفي الولد، وأما ثبوت الحد به فلأنه قذف بفاحشة توجب الحد كالزنا واللوط، وفي باب الحدود حصروا موجب الحدود بالقذف في الرمي بالزنا أو اللوط وهو يقتضي عدم ثبوت الرمي بالسحق بل التعزير خاصة، وبه صرح أبو الصلاح الحلبي وقربه في المختلف لأصالة البراءة من وجوب الحد، كما لو قذفه بإتيان البهائم.

واستوجهه ثاني الشهيدين، قال في المسالك: لأن النص لم يجرى بالحد إلا على الرمي بالزنا واللوط وهو متجه، وسيجىء إن شاء الله تعالى في الحدود الكلام عليه منقحا.

الثالثة: إذا قذف زوجته في العدة الرجعية كان له اللعان لأنها زوجة يثبت بها الاحصان فله أن يلاعنها، كما يجوز أن يطلقها ويؤلي منها ويظاها، فيصح لعانه في الحال من غير مراجعة، وتترتب عليه أحكامه بخلاف ما إذا ظاهر

عنها وآلى، حيث يتوقف أمرهما على الرجعة، لأن حكم الايلاء منوط بالمضارة ولا مضارة مع الطلاق والكفارة بالظهار، وإنما تتعلق بالعود وإنما يحصل العود بالرجعة. وأما اللعان فمداره على الفراش، ولحوق النسب والرجعة في ذلك كالمنكوحة بالفعل، وفي التأخير خطر بالموت فلم يتوقف أمره على الرجعة. أما لو كان الطلاق بائناً أو قذفها بعد استيفاء العدة الرجعية وإن أضافة إلى زمن الزوجية فلا لعان بل يثبت الحد لأنها ليست زوجة حينئذ، والحكم مترتب في الكتاب والسنة وإجماع الأصحاب على رمي الزوجة، ولأنها في هذا الحال أجنبية فلا ضرورة إلى قذفها.

الرابعة: لو قذف زوجته المجنونة بالزنا فإن أطلق أو نسبه إلى زمان إفاقتها وجب عليه الحد لتحقق القذف بالفاحشة المحرمة، وإن نسبه إلى حالة الجنون فلا حد لانتفاء قذفها بالزنا المحرم منها حينئذ. ولو كانت المقذوفة عاقلة حال القذف ولكن أضافة إلى حالة جنونها فإن علم أن لها حالة الجنون واحتمل ذلك في حقها فلا حد لانتفاء الزنا المحرم منها حينئذ، لكن يجب تعزيره للايذاء، وإن علم استقامة عقلها فمقتضى إطلاق عباراتهم أنه كذلك لتحقق القذف الصريح فتلغى الإضافة إلى تلك الحالة، واحتمل ثاني الشهيدان في المسالك العدم لأنه نسبها إلى الزنا في تلك الحالة. وإذا علم انتفاؤها لم تكن زانية فيكون ما أتى به لغوا من الكلام و محالا في العادة، فأشبهه ما إذا قال زنيته وأنت رتقاء، فالأصح الأول، ثم التعزير والحد مترتبان على مطالبتها في حال الصحة، فإن أفاقت وطالبت بالحد أو التعزير كان له أن يلاعن لانتفائهما، وليس لوليها المطالبة بها ما دامت حية لأن طريق إسقاطه من جانب الزوج الملاعنة وهو لا يصح من الولي، وكذا ليس له مطالبة زوج أمته بالتعزير في قذفها ما دامت حية، فإن ماتت كان موضع خلاف، فالشيخ على أن له ذلك، واستحسنه المحقق لأن الولي بالنسبة إلى المملوك بمنزلة الوارث، وحق الحد والتعزير يورث كالمال،

وربما استشكل ذلك من حيث إن انتقاله إلى المولى إن كان بحق الملك اقتضى ثبوته له في حال الحياة وليس كذلك. وإن كان بحق الإرث فالمملوك لا يورث اتفاقاً. ورد بأنه حق ثبت بالقذف فلا وجه لسقوطه، ويكون السيد أحق به لا على جهة الميراث بل لأنه أولى من غيره وبأنه إنما لا يورث عنه المال، وأما غيره من الحقوق المختصة به فإنه يورث عنه، وتنظر ثاني الشهيدين في هذا الجواب، وذلك ظاهر لا يخفى، ومن هنا ذهب الأكثر إلى عدم انتقال ذلك الحق إلى المولى. الخامسة: لفظه الصريح نحوياً زانية أو قد زنت أو زنى فرجك أو قبلك أو دبرك أو بدنك دون عينيك ويدك ونحوهما، فإن المتبادر من زنائهم النظر واللمس ولا لعان عندنا بجنايات القذف، فلو قال: أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان حتى يقول في الناس زناة وأنت أزنى منهن.

أما الأول فلأن ظاهره التفضيل على جميع الناس في الزنا، ومعلوم أن الناس كلهم ليسوا زناة، وكما يحتمل أن يريد أزنى زناة الناس يحتمل إرادة نفي الزنا عنها، بمعنى أنه لو كان الناس كلهم زناة فأنت أزنى منهم، وكلاهما خلاف الظاهر، إلا أنه أراد أن يصرح أنها أزنى من زناة الناس فيكون قاذفاً كما في المبسوط. وأما في الثاني فلأنه إنما يتيقن إرادة النسبة إلى الزنا إذا نسب فلاناً إليها، ولما لم يصرح به احتمال إرادة النفي، أي لو كان فلاناً زانياً فأنت أزنى منه إلا أن يفسره بإرادة القذف، وقوى الشيخ في الخلاف كونه قذفاً لهما بظاهره، وقواه شارح القواعد في شرحه كشف اللثام لأن حقيقة لفظ التفضيل يقتضي التشريك في أصل الفعل مع زيادة في المفضل وإرادة النفي مجاز لا يصر إليه إلا مع القرينة الصارفة عن الحقيقة، وعلى المشهور لو ثبت زنا فلان بالبينة أو الإقرار والقاذف جاهل حين قال لها هذا القول - أعني أنت أزنى منهم - لم يكن قاذفاً، وإن كان عالماً بذلك فهو قاذف، ولو قال لها: يا زان بالتذكير فهو قاذف لصحة إطلاق الزاني عليها، بمعنى ذات الزنا، على أنه لو سلم كونه لحناً فلا يضر لتحقق القذف نسبتها

مع تعينها إلى الزنا وإن وقع اللحن في اللفظ، وربما وجه بالترخيم وأورد عليه بأنه يختص بالأعلام وأجيب بشياع يا صاح في تركيب يا صاحب، وبأن الترخيم إنما يسقط هاء التأنيث كقوله أفاطم مهلا بعض هذا التذلل، وقد أسقطت هنا مع الياء، وأجيب بأن ذلك هو القياس إذا كان في آخر الكلمة حرف صحيح قبله مدة، ويمكن إسقاط الهاء هنا للترخيم والياء للوقف على أحد اللغتين في الوقف على الناقص. وللعمامة قول بأنه ليس بقذف مطلقا، وآخر بأنه إن كان من أهل العربية فليس بقذف وإلا فهو قذف.

وفي الخلاف للشيخ: أن الذي يقتضيه مذهبنا الرجوع إليه، فإن أراد القذف فهو قاذف وإلا فلا لأصالة البراءة وانتفاء الدليل على حكم القذف، ولو قال: رأيتك تزني فهو قاذف وإن كان أعمى لأنه صرح بنسبتها إلى الزنا وإن كذب في دعوى المشاهدة، نعم لا يثبت في طرفه اللعان كما قدمنا عن قريب، ولو قذف أجنبية ثم تزوجها وجب الحد ولا لعان، فلو نسبها إلى زنا هي مستكرهة عليه أو مشتبهة أو نائمة ففي كونه قذفا إشكال من أنه إنما نسبها إلى أمر غير ملوم عليه ولا مأثوم فيه، وبه قطع الشيخ وهو الوجه لأنه لا يسمى بالزنا في عرف الشارع، ثم ظاهر الشيخ التردد في التعزير، والأقرب التعزير للأيذاء بالعار وانتهاك الأستار ولا لعان على الوجهين إلا لنفي الولد، أما على الثاني فظاهر، وأما على الأول فلأن اللعان على خلاف الأصل، والمتبادر من الرمي بالزنا الرمي بما لم يكن عن إكراه فيقتصر عليه، ولأنه الذي يوجب الانتقام منها.

وكذا لا لعان لو كان وطء شبهة من الجانبين إلا لنفي الولد وفي الحد والتعزير ما قد عرفت فيما تقدم، ولو قذف نسوة بلفظ واحد تعدد اللعان لأنه يمين واليمين لا يتداخل في حق الجماعة بلا خلاف، فإن تراضين بمن يبدأ بلعانها بدئ بها وإن تشاحن أقرع بينهما أو بدأ الحاكم بمن شاء ولا يتحد برضاهن بلعان واحد كما لو رضي المدعون بيمين واحدة.

ولو قال زنيـت وأنت صغيرة ووجب التعزير للايذاء دون الحد إذا لا إثم عليها، وفي المبسوط أنه إن فسره بما لا يحتمل القذف كأن يقول زنيـت ولك سنتان أو ثلاث كان كاذبا بيقين ولا حد عليه ولا تعزير قذف ولكن تعزير سب وشتـم وليس له إسقاطه باللعان، وإن فسره بما يحتمله كأن يقول زنيـت ولك تسع سنين أو عشر فهذه يتأتى فيها الزنا لكن لا حد عليه لأن الصغيرة الناقصة لا يجب الحد برميها ويعزر تعزير قذف وله إسقاطه باللعان.

وإن قال: زنيـت وأنت مشركة كان عليه التعزير إن عهد لها ذلك أي حال شرك وإلا يعهد ذلك لها فالحد، فإنه لم يقذف المشركة كما قلنا في المجنونة بل قذف

المسلمة العاقلة، وما ذكره من القيد يكون لغوا، ويحتمل هنا سقوطه رأسا إذا لم يعهد لأنه لم يلزمها بزنا يلزمه إثمـه وإنما جاء بمحال، فكان كلامه بتمامه لغوا، ولو ادعت عليه القذف فأنكر فأقامت شاهدين فله أن يلاعن إن ظهر لانكاره تأويلا كأن يقول: إني كنت قلت لها زنيـت وبذلك شهد الشاهدان ولكنه ليس بقذف لأنني صدقت في ذلك وإلا فلا لعان ووجب الحد لأنه باللعان يكذب نفسه فإن أنشأ قذفا آخر كأن يقول: ما قذفتها ولكنها زانية فله اللعان واندفع فذلك الحد أي الحد الذي شهدت به البينة أيضا لأنه لا يتكرر الحد إذا تكرر القذف بزنا واحد، فهنا أولى، إلا إذا كانت صورة إنكاره: ما قذفت ولا زنيـت، فإن قذفه بعده ينافي شهادة الإبراء أعني شهادته ببراءتها إلا أن تمضي مدة يحتمل فيها طريان الزنا فله اللعان حينئذ، ولو امتنعا عن اللعان فلما عرضا للحد أو استوفى بعض الجلدات رجعا إليه جاز للعموم واللعان وإن كان يمينا، ولا رجوع إلى اليمين بعد النكول لكنه الحق هنا بالبينة لمفارقتـه لليمين في أن النكول عن اليمين يوجب انتقالها إلى الآخر، وليس كذلك اللعان، ومشابهة لعانه للبينة إثبات الحد عليها، ولو حد فأراد أن يلاعن بعده مكن منه إن أضاف نفي الولد إليه وإلا فلا، إذ لا فائدة فيه، لأن فائدته درء الحد وقد أخذ، وكذا لا تمكن

المرأة منه بعد إن حدث.

السادسة: لو شهد أربعة على امرأة بالزنا وكان أحدهم زوجها ثبتت الملائنة على الزوج وجلدت ثلاثة حد القاذف ودرى الحد عنها كما هو مذهب جماعة من القدماء، وذهب الأكثر إلى ثبوت الحد عليها بذلك لأن الزوج أحد الشهود الأربعة.

ويدل على القول الأول خبر إبراهيم بن نعيم عن أبي يسار مسمع بن عبد الملك (١) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا

أحدهم زوجها: قال: يجلدون الثلاثة ويلاعنها زوجها ويفرق بينهما ولا تحل له أبدا "

ومثله خبر زرارة (٢) عن أحدهما عليهما السلام " قال في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها، قال: يلاعن الزوج ويجلد الآخرون "

وتمسك الأكثر بخبر إبراهيم بن نعيم الآخر (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها، قال: تجوز شهادتهم "

وبما رواه الصدوق في الفقيه (٤) مرسلا " قال: روي أن الزوج أحد الشهود " وقد رجح الشيخ وجماعة هذه الأخبار لموافقها لظاهر القرآن، أعني قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم " ومقتضاها ما قد عرفت من اشتراط اللعان بنفي شهادة من سواه، وبالأحاديث الدالة على ثبوت الزنا بشهادة أربع مطلقا. وحملوا الأخبار الأولية على فسق الشهود، وسيجئ زيادة تحقيق لهذه المسألة في الحدود إن شاء الله تعالى.

(١) التهذيب ج ١٠ ص ٧٩ ح ٧١ وفيه " نعيم بن إبراهيم "، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٦

ب ١٢ ح ٣ وفيهما " أبي يسار مسمع " وكذلك " بفجور " بدل " بالزنا ".

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٨٢ ح ١٨٢ و ١٨١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٦ ب ١٢ ح ١ و ٢

(٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٨٢ ح ١٨٢ و ١٨١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٦ ب ١٢ ح ١ و ٢

(٤) الفقيه ج ٤ ص ٣٧ ح ١٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٦ ب ١٢ ح ٤.

السابعة: إن من قال لامرأته: لم أجذك عذراء لم يثبت اللعان بذلك بينهما بل عليه التعزير لأنه ليس بقذف صريح وإنما يترتب عليه الإيذاء. ويدل على هذا الحكم من الأخبار بعد الفتوى صحيحة زرارة وروايته عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي جعفر عليه السلام قالا " في رجل قال لامرأته: لم تأتني عذراء، قال:

ليس بشيء لأن العذرة تذهب بغير جماع " والخبر الأول من التهذيب (١) والثاني من العلل (٢).

وخبر إسحاق بن عمار عن أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: في رجل قال في امرأته: لم أجذك عذراء، قال: يضرب، قلت: فإذا قاذف؟ قال: يضرب فإنه يوشك أن ينتهي "

وروى الكليني هذا الحديث من طريق العبيدي عن يونس (٤) وزاد فيه " قال يونس: يضرب ضرب أدب ليس بضرب حد لئلا يؤذي امرأة مؤمنة بالتعريض ". أما ما في صحيحة الحلبي (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في التهذيب " قال: إذا قال الرجل لامرأته لم أجذك عذراء وليس له بينة، قال: يجلد الحد ويخلى بينه وبين امرأته " وحمل الشيخ الحد هنا على التعزير لما مر ويأتي، وحمله غيره على التصريح بالقذف من غير دعوى المعاينة.

-
- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٦ ح ٤٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٩ ب ١٧ ح ١.
(٢) علل الشرايع ص ٥٠٠ ب ٢٦١ ح ١ وفيه " ما أتيتني وأنت عذراء، قال: ليس عليه شيء قد تذهب العذرة من غير جماع ".
(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٦ ح ٤٩، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٩ ب ١٧ ح ٢ وفيهما " لامرأته - فإن عاد؟ ".
(٤) الكافي ج ٧ ص ٢١٢ ح ١١ وفيه " فإنه عاد - بضرب الحدود "، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٩ ب ١٧ ح ٢ وفيهما " لامرأته ".
(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٩٥ ح ٤٣، الوسائل ج ١٥ ص ٦١٠ ب ١٧ ح ٣.

ويدل على نفي الحد صريحا خبر حماد عن زياد بن سليمان (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل قال لامرأته بعد ما دخل بها: لم أجذك عذراء، قال: لا حد

عليه " وأسند الصدوق هذه الرواية إلى حماد بن زياد بن سليمان. وأما ما في صحيحة عبد الله بن سنان (٢) " قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا قال الرجل

لامرأته: لم أجذك عذراء وليست له بينة يجلد الحد ويخلي بينه وبينها " ويحتمل مثل ما احتملته صحيحة الحلبي وإن كان التأويل الأخير بها أشبه بدليل قوله " وليست له بينة " .

المقصد الثاني: (٣)

في بيان السبب الثاني في اللعان وهو إنكار الولد، فإنما يثبت اللعان بنفي الولد إذا كان يلحقه ظاهرا ولا ينتفي عنه بنفيه، وذلك بأن تضعه الزوجة الدائم بستة أشهر فصاعدا من حين وطئه لم يتجاوزا أقصى مدة الحمل كما تقدم في أحكام الأولاد، وكل ولد لا يمكن كونه منه في النكاح لم يلحقه نسبه ولم يحتج انتفاؤه منه إلى لعان، كما لو ولدته لأقل من ستة من حين وطئه في النكاح أو لأكثر من أقصى مدة الحمل فإنه لا يلحق به، وإذا نفاه انتفى لغير لعان، فلو تزوج المشرقي بمغربية كذلك وأتت بولد لستة أشهر من العقد خاصة لم يلحق به لعدم الامكان عادة، ولا لعان عندنا ولا إلحاق، خلافا لبعض العامة، وفرعوا عليه فروعاً واهية هي أضعف من بيت العنكبوت لأن ذلك لما يفضي إلى المحال، ولو دخل بها الزوج وله أقل من عشر سنين فولدت لم يلحق به لأنه لم تجر العادة بإنزاله وإحباله كما لو ولدت لأقل من ستة أشهر.

(١) الفقيه ج ٤ ص ٣٤ ح ٢ وفيه " حماد بن زياد عن سليمان بن خالد - بعد ما دخلت عليه "، التهذيب ج ١٠ ص ٧٨ ح ٦٦ وفيه " حماد عن زياد عن سليمان "، الوسائل ج ١٥ ص ٦١٠ ب ١٧ ح ٤.

(٢) التهذيب ج ١٠ ص ٧٨ ح ٦٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦١٠ ب ١٧ ح ٥.
(٣) والصحيح " الفصل الثاني " .

ويظهر من الشيخ والفاضلين أن الامكان يحصل باستكمال عشر سنين، وربما قيل بالاكتفاء بالطعن فيها ولو ساعة واحدة، والأخبار والعادة لم تشهد بشيء من المذهبيين. ثم إذا حكمنا بثبوت النسب الحصول الامكان بسبب البلوغ فلا إشكال، وإن لم يثبت بالبلوغ مع إمكانه ثبت النسب دون البلوغ لأن النسب يثبت الاحتمال والامكان والبلوغ لا يكفي فيه الاحتمال، فلا يصح ملاحظة في تلك الحال لو نفاه، لأن شرط الملاعنة الكمال بالبلوغ والعقل، لكن لو قال: أنا بالغ بالاحتمال وكان رشيدا فله اللعان لأن ذلك مما يرجع إليه فيه ولا يعلم إلا من قبله غالبا. ثم إن مات قبل البلوغ شرعا لحقه الولد وورث منه وإن كان قد أنكره صغيرا، وإن بلغ فإن اعترف به أو لم ينكره ثبت نسبه، وإن أنكره عقيب البلوغ ولا عن انتفى عنه كغيره.

ولو وطأ الزوج دبرا فحملت الحق به في المشهور لأن الوطاء في الدبر بمنزلة الوطاء في القبل بالنسبة إلى كثير من أحكام الوطاء لاطلاق الأدلة ومنها إلحاق الولد، فإنه وإن لم يكن مسلك مجرى المنى الطبيعي إلى الرحم لكن لقربه منه يمكن استرسال المنى في الفرج من غير شعور وإن كان نادرا، وظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم. وظاهر الأخبار النافية لحبل الذكر بأن لهم أرحاما منكوسة لأجل ذلك لا تحبل مما يدل على الاسترسال وإن وقع الوطاء في دبر النساء، وظاهر الأصحاب الاتفاق على هذا الحكم. وقد تنظر في أصل الحكم جماعة منهم ثاني الشهيد في المسالك ومنهم العلامة في التحرير لكنه خصه بحالة العزل. قال ثاني الشهيد في مسالكه: وتحرير موضع الحكم فيه لا يخلوا من خفاء لأن ظاهره التعليل ما إذا وطأ دبرا وأنزل فحملت على وجه يمكن تولده من ذلك الوطاء فإنه لا ينتفي عنه إلا باللعان، بل لا يجوز له نفيه أيضا بمجرد ذلك لامكان استرسال المنى إلى الفرج. وعلى هذا فلو وطأ دبرا ولم ينزل لم يلحق فيما بينه وبين الله تعالى ووجب عليه نفيه كما لو لم يطأ أصلا، ولكن يبقى فيه أنهم

حكّموا بأنه لو وطأ في الفرج ولم ينزل ثم أتت بولد يمكن تولده من ذلك الوطاء لحق به، وعلّوه بإمكان أن يسبقه المنى ولا يشعر به، ويدل عليه ما تقدم في أحكام الأولاد من الأخبار الشاهدة للالحاق ولو عزل عنها معللاً بذلك التعليل. ففي كتاب قرب الأسناد عن أبي البخري (١) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام " قال:

جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: إني كنت أعزل عن جاريتي فجاءت بولد،

فقال صلى الله عليه وآله: الوكاء قد ينفلت، فألحق به الولد ". وهذا الاحتمال والخبر باطلاقه

يجرى في الدبر أيضا إلا أنه على بعد لأن الماء المستنزل من غير شعور المنزل يكون قليلا جدا لا يمكن عادة استرساله من الدبر إلى القبل على وجه يتولد منه، إلا أن إلحاق الوطاء في الدبر بالقبل يقتضي ذلك، والتعليل المذكور مجرد توجيه للإمكان وليس هو مستند الحكم. وبالجملة: فالاستبعاد قائم في الجميع والإمكان مشترك فيهما وإن تفاوتت مراتبه.

فروع

الأول: لا يلحق ولد الخصي المحبوب ويلحق ولد الخصي والمحبوب، ولا ينتفي ولد أحدهما إلا باللعان تنزيلا على الاحتمال وإن بعد. وتحرير فروع هذه المسألة إن من لم يسلم ذكره وأنثياه إما أن يفقدتهما جميعا أو يفقد الذكر دون الأنثيين أو بالعكس.

ففي الأول لا يلحق الولد به في الأشهر من المذهب ولا يحتاج إلى اللعان لأنه لا ينزل ولم تجر العادة بأن يخلق الله من مثله وربما قيل بإلحاقه به لإطلاق أخبار الفراش، وإن الولد له ولأن معدن الماء الصلب وإنه ينتقل من ثقبه إلى الظاهر وهما باقيان.

وفي الثاني يلحق به قطعا لوجود أوعية المنى وما فيها من القوة المحيطة

(١) قرب الإسناد ص ٦٥، الوسائل ج ١٥ ص ١١٣ ب ١٥ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

للدّم، والذّكر آلة توصل الماء إلى الرّحم بواسطة الإيلاج وقد يفرض وصول الماء
بغير إيلاج كالتمسّاحقة مع عدم وصول الهواء إلى الماء، كما دلّت عليه الأخبار
الواردة في أنّ المرأة المجامعة لو ساحقت البكر فحبلت منه الحقّ الولد بصاحب
الماء، وسيجئ في الحدود، وكذلك الخبر الدالّ على أنّ من أراق المني على
ظاهر فرج المرأة من غير إيلاج وكانت بكرًا فحملت الحقّ به الولد ولم يجزله
نفيه، وهو ما رواه في كتاب قرب الأسناد عن أبي البخترى (١) عن جعفر بن محمد
عن أبيه

عليهم السلام " أنّ رجلاً أتى علي بن أبي طالب عليه السلام فقال: إنّ امرأتى هذه
حامل وهي

جارية حدثت وهي عذراء وهي حامل في تسعة أشهر ولا أعلم إلا خيراً وأنا شيخ
كبير ما اقترعتها وإنها لعلّى حالها، فقال له علي عليه السلام: نشدتك بالله هل كنت
تهريق علي فرجها؟ قال: نعم، فقال علي عليه السلام: إنّ لكل فرج ثقبين ثقب يدخل
فيه ماء الرجل وثقب يخرج منه البول " وساق الحديث إلى أنّ قال: " وقد ألحقت
بك ولدها، فشق عنها القوابل فجاءت بغلام فعاش "

ومثلها ما في كتاب إرشاد المفيد (٢) مرسلًا من طريق العامة والخاصة في
القضية التي التبس على عثمان حكمها حيث إنّ امرأة نحكها شيخ كبير فحملت
وزعم الشيخ أنّه لم يصل إليها وأنكر حملها، فالتبس الأمر على عثمان وسأل المرأة
هل افتضك الشيخ؟ وكانت بكرًا، فقالت: لا، فقال عثمان: أقيموا الحد عليها، فقال:
أمير المؤمنين عليه السلام: إنّ للمرأة سمين سم البول وسم المحيض، فلعلّ الشيخ كان
ينال

منها فسأل ماؤه في سم الحيض فحملت منه، فسألوا الرجل عن ذلك فقال: قد
كنت أنزل الماء في قبلها من غير وصول إليها بالافتضاض، فقال أمير المؤمنين عليه
السلام:

الحمل له والولد ولده، وأراد عقوبته على الإنكار له فصار عثمان إلى قضائه.
وفي الثالث يلحق أيضا علي ما اختاره الشيخ والمحقق من غير تردد لأن

(١) قرب الإسناد ص ٦٩، الوسائل ج ١٥ ص ١١٤ ب ١٦ ح ١ وليس فيهما " قال: نعم " .

(٢) الإرشاد ص ١١٢، الوسائل ج ١٥ ص ١١٤ ب ١٦ ح ٢ .

آلة الجماع باقية وقد يباليغ في الايلاج ويلتذ وينزل ماء رقيقا، ومدار الحكم على الوطاء - وهو سبب الظاهر - أولى من إرادته على الانزال الخفي ولأنه سبب الفراش، وقيل لا يلحق هنا لأن التولد موقوف على تولد المنى ومحل الخصيتان وهذا هو الغالب لكن لا ينفي الأول وإن بعد.

الثاني: إذا كان الزوج حاضرا وقت الولادة ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعدار لم يكن له إنكاره بعد ذلك إلا أن يؤخر بما جرت به العادة كالسعي إلى الحاكم، ولو قيل له إنكاره ما لم يعترف به كان حسنا، ولو أمسك عن نفي الحمل حتى وضعت جاز له نفيه بعد الوضع على القولين لاحتمال أن يكون التوقف لتردده بين أن يكون حملا أو ريحا، وإذا أتت امرأته بولد فإن أقر بنسبه لم يكن له النفي بعد ذلك لأن للمولود حقا في النسب وقد التزم تلك الحقوق، ولا يجوز إنكاره بعد لأنه حق آدمي، ثم الاقرار قد يكون صريحا وهو ظاهر وقد يكون فحوى مثل أن يهنى به فيقال له: بارك الله لك في مولودك، أو: متعك الله به، أو: جعله لك ولدا صالحا، فيقول آمين، أو: استحباب الله دعاءك. ففي رواية السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام " قال: إذا أقر الرجل بالولد ساعة لم ينتف عنه أبدا وإن لم يقر بنسبه وأراد نفيه " .

ففي كونه على الفور والتراخي قولان (أحدهما) وهو المشهور أن حق النفي على الفور لأنه خيار يثبت لدفع ضرر التحقيق فيكون على الفور كالرد بالعيب، ولأن الولد إذا كان منفيا وجب إظهار نفيه حذرا من استلحاق من ليس منه، وقد يعرض بالتأخير عوارض مانعة منه كالموت فجأة فيفوت التدارك وتختلط الأنساب.

(والقول الثاني) للمحقق في الشرايع أنه لا يشترط وقوعه على الفور لأصالة

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٣ ح ٦٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٤ ب ١٠٢ ح ١.

عدم الاشتراط ولوجود المقتضي للعان وهو نفي الولد وانتفاء المانع إذ ليس إلا السكوت، وذلك أعم من كونه إقرار فلا يدل عليه، ولأن أمر النسب خطير، وقد ورد الوعيد في نفي من هو منه وفي استلحاق من ليس منه، وقد يحتاج إلى نظر وتأمل فتجب له المهلة. وهذا أقوى. وظاهر المحقق عدم تحديد الامهال بمدة وعليه فلا يسقط إلا بالاعتراف به أو بالاسقاط. وإذا قلنا بفوريته فأخره بلا عذر سقط عذره ولزمه الولد، وإن كان معذورا لعدم الحاكم أو لتعذر الوصول إليه أو ببلوغ الخبر ليلا فأخر حتى يصبح أو حضرت الصلاة فقدمها أو احتاج لا حراز ماله أولا أو كان ذا جوع أو عاريا فأكل أو لبس أولا أو كان محبوسا أو مريضا لم يبطل حقه، وهل يجب عليه الاشهاد على النفي؟ وجهان، وقد سبق له نظائره كثيرة، ولو أمكن المريض أن يرسل إلى الحاكم أو يعلمه بالحال أو يستدعي منه أن يبعث إليه نائبا من عنده فلم يفعل بطل حقه لأن مثل هذا متيسر له ومثله ملائم غريمه ومن يلزمه غريمه.

أما الغائب عن بلد التولد فإن كان في الموضع الذي غاب إليه قاض ونفي الولد عند وصول خبره إليه عند وصول المطلوب ولو أراد التأخير إلى أن يرجع إلى بلده جوازه وجهان: من منافاة الفورية اختيارا ومن أن للتأخير غرضا ظاهرا وهو الانتقال منها بإظهار خبرها في بلدها وعند قومها، وحيث إن لم يمكن المسير في الحال لعدم أمن الطريق ونحوه فينبغي أن يشهد على ذلك، وإن أمكنه فليأخذ في السفر وعند التأخير يبطل حقه، فإن لم يكن هناك قاض فالحكم كما لو كان وأراد التأخير إلى بلده وجوزناه.

ومن الأعدار المسوغة لذلك التأخير عند معتبري الفورية ما لو ظهر حمل، فإنه مما يجوز له معه أن يؤخر نفيه إلى الوضع فإن متوهم الحمل مما كونه ريحا فيفسد فله أن يصبر إلى أن ينفصل الحمل وحيث فله النفي. وإن قال: عرفت أنه ولد ولكن أخرته طمعا في أن تجهض وتسقط فلا أحتاج إلى كشف الأمر

ورفع الستر عنها ففيه وجهان، والأقوى جواز التأخير.
ومن الأعدار ما لو أخر وقال: إني لم أعلم بولادتها وكان ذلك بحيث
يمكن توجه تلك الدعوى على حقه وذلك مما يختلف باختلاف المحال قربا وبعدا.
ومثله ما لو قال: لم أصدق المخبر حيث إن مخبره فاسق أو صبي فيصدق بيمينه
في هذا العذر، وإن أخبره عدلان لم يعذر فإنهما مصدقان شرعا، ولو أخبره من
تقبل شهادته وأثنى ففيه وجهان:

(أحدهما) أنه يصدق ويعذر لأنه أخبره بمن لا يثبت بشهادته الحق.
(والثاني) أنه لا يصدق ويسقط حقه لأن روايته مقبولة، وسبيل هذا الخبر
سبيل المخبر لا سبيل الشهادة. ولو قال: عرفت الولادة ولم أكن أعلم أن لي حق
النفي فإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك عادة لم يقبل، وإن أمكن بأن كان حديث
العهد بالاسلام أو ناشئا في البوادي البعيدة عن أهل الشرع قيل: وإن كان من
العوام الناشئين من بلاد الاسلام فوجهان أجودهما القول بيمينه مع إمكان صدقه.
الثالث: إذا طلق الرجل امرأته وأنكر الدخول فادعته وادعت أنها حامل
منه فإن أقامت بينة أنه أرخى سترا لاعنها وحرمت عليه وكان عليه المهر، وإن
لم تقم بينة كان عليه نصف المهر ولا لعان عليه وعليها مائة سوط وفاقا للشيخ في
النهاية، وخالف في المبسوط ونفى إثبات الدخول بالخلوة ولا يتوجه عليه الحد
لأنه لم يقذف ولا أنكر ولدا يلزمه الاقرار به. واختار هذا القول ابن إدريس
والمحقق والعلامة.

ومستند القول الأول صحيحة علي بن جعفر وخبره (١) كما في كتاب التهذيب

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٣ ح ٣٦ وفيه " قال: إن قامت "، بحار الأنوار ج ١٠
ص ٢٦٢ وفيه " فادعت أنها حامل منه ما حالها؟ "، قرب الإسناد ص ١١٠ وفيه " فادعت أنها
حامل ما حالها؟ قال: إذا قامت البينة "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٠ ب ٢ ح ١ وفيه " فقال:
إن قامت ".

والمسائل وقرب الأسناد عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها فادعت أنها حامل، فإن أقامت البينة على أنه أرخى سترًا ثم أنكر الولد لا عنها ثم بانته منه وعليه المهر كمالاً " وهي كما ترى قد دلت على أنه بتقدير إقامة البينة بإرخاء الستر يلزمه ثلاثة أشياء: اللعان والتحريم ووجوب المهر عملاً بظاهر الصحيح عند الخلوة بالحليلة، ولا مانع من الوطء فيثبت المهر واللعان تقديمًا للظاهر على الأصل مع أن الخلوة وإرخاء الستر قد أثبت جماعة بها حكم الدخول والوطء، وحينئذ فيترتب على اللعان التحريم، فأما على تقدير عدم إرخاء الستر فأثبت به الشيخ ثلاثة أحكام ووجوب نصف المهر وبقي اللعان وهما لازمان لعدم الدخول ووجوب الحد عليها كمالاً. وهذا لا يظهر من صريح الرواية ولا من ظاهرها، ومن هنا قال المحقق: لم نظفر بمستنده. فلو علل باعترافها بالوطء والحمل وعدم ثبوت السبب المحلل الذي ادعته لم يجد نفعاً في ذلك لأن هذا لا يستلزم كونه عن زنا لأنه أعم، ولا يلزم من انتفاء السبب الخاص المحلل انتفاء غيره من الأسباب وإن لم تدعه.

واحتج أهل القول الثاني بأن فائدة اللعان من الزوج إما نفي الولد الذي يحكم بلحقه شرعاً وهو موقوف على ثبوت الوطء لتصير فراشا ولم يحصل، وإما لنفي حد القذف عنه ولم يقذف، وإما لإثبات حد على المرأة وهو هنا منتف بالمشبهة ويلزمه ثبوت نصف المهر خاصة لما تقدم من أن الخلوة لا توجب المهر كمالاً في الأصح كما هو المشهور في الفتوى والأخبار، وهذا وإن كان متوجهاً نظراً إلى القواعد الكلية في هذه الأحكام كلها إلا أن الرواية صحيحة متكررة في الأصول المعتمدة، فردها مطلقاً مشكل بل ينبغي أن يقيد بها تلك الأخبار العامة وتخصص بها تلك الكليات لوجوب تقديم الخاص على العام.

الرابع: إذا قذف امرأته بالزنا ونفى ولدها فقد جمع بين السببين الموجبين لللعان فيثبت عليه الحد للقذف وله إسقاطه باللعان، أما الولد فلا ينتفي بدونه

لأن زنا الزوجة لا يوجب نفي الولد عن الفراش، فإن لاعن عنهما سقط الحد وانتفى الولد، وإن لاعن لأحدهما خاصة ترتب عليه حكمه وبقي ملزوما بحكم الآخر، وإن أقام بينة بزناها سقط عنه حد القذف لسقوط إحصانها ويعزر للإيذاء بتحديد الفاحشة، وهل له إسقاطه باللعان؟ فيه وجهان بل قولان: (أحدهما) ثبوت الملاعنة دفعا للعقوبة ولقطع النكاح ورفع العار. (والثاني) المنع، وهو الذي اختاره الشيخ في المبسوط لأن اللعان لاظهار الصدق وإثبات الزنا، والصدق ظاهر والزنا ثابت فلا معنى للعان، وهذا الذي دلت عليه الأخبار السابقة وتقدم تحقيقه وهو المنطبق عليه ظاهر الآية، وأيضا فإن التعزير هنا للسب والإيذاء، فأشبهه قذف الصغيرة التي لا يوطأ مثلها، ومثله ما لو ثبت زناها بإقرارها، والأجود هنا عدم اللعان أيضا فيعزر ويلاعن لنفي الولد، وكذا لو طلقها بائنا فأنت بولد يلحق به في الظاهر لم ينتف إلا باللعان، فإن ولد المطلقة كغير المطلقة متى أمكن كونه منه لحق به لكونها فراشا له وإن زال الآن إلا

أن يعارضه فراش جديد يمكن إلحاقه، فإذا ولدته لأقصى الحمل فما دون من وطء المطلق ولم يكن تزوجت أو تزوجت ولم يمض لها أقل الحمل من وطء الثاني الحق بالأول ولم ينتف عنه إلا باللعان، كما لو نفاه في وقت النكاح ولا يقدر فيه زوال الزوجية إذ لا طريق إلى نفي الولد اللاحق به ظاهرا بدون اللعان بخلاف ما لو قذفها بعد البيونة فإنه يحد ولا لعان عملا بظاهر قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم " وهي الآن ليست بزوجة خلافا لبعض العامة، وقد تقدمت جملة من الأخبار في أحكام الأولاد.

ففي رواية أبان بن تغلب (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فلم تلبث بعد ما أهديت إليه إلا أربعة أشهر حتى ولدت جارية فأنكر ولدها

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٠١ ح ٢٧، التهذيب ج ٨ ص ١٦٧ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ب ١٧ ح ١٠.

وزعمت أنها حبلت منه، قال: لا يقبل ذلك منها، وإن ترافعا إلى السلطان تلاعنا ".
وفي موثقة أبي العباس (١) " قال: إذا جاءت بولد لستة أشهر فهو للأخير،
وإن كان أقل من ستة أشهر فهو للأول ".

ومرسلة جميل (٢) عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام " في المرأة تتزوج
في عدتها، قال: يفرق بينهما وتعد عدة واحدة منهما، فإن جاءت بولد لستة أشهر
أو أكثر فهو للأخير، فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهو للأول ".
ومثلها صحيحته (٣) المروية في من لا يحضره الفقيه، والأخبار بهذا الحكم
مستفيضة جدا.

الخامس: لو ولدت المرأة تو أمين من زوج واحد فأقر بأحدهما ونفى
الآخر لم يسمع نفيه بل يلزمه الاقرار بهما معا، فلا ملاعنة بينهما في هذا الإنكار.
ويدل عليه من الأخبار خبر أبي البخري (٤) كما في كتاب قرب الأسناد
عن جعفر عن أبيه عليهما السلام " أنه رفع إلى علي عليه السلام امرأة ولدت جارية
وغلاما في

بطن وكان زوجها غائبا فأراد أن يقر بواحد وينفي الآخر، فقال: ليس ذلك
له، إما أن يقر بهما جميعا وإما أن ينفيهما جميعا ".

وحيث ينكرهما جميعا ثبتت الملاعنة ولم يحتج إلى اللعان إلى أكثر من لعان
واحد، وكذا لو نفى أولادا متعددين في الولادة دفعة واحدة فليس عليه سوى لعان
واحد، نعم لو نفاهم متفرقين كان عليه لكل واحد لعان.
السادس: لو قال الزوج: لم تزن امرأتي هذه وهذا الولد ليس مني فلا حد

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٦٧ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ب ١٧ ح ١٢.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٦٨ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ب ١٧ ح ١٣.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٠١ ح ٢٤.

(٤) قرب الإسناد ص ٧١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٢ ب ٧ ح ١ وفيهما " أمر امرأة "
وكذلك " وإما أن ينكرهما ".

فلا لعان للقذف لأنه لم يقذفها ووجب اللعان لنفي الولد، ولو قال: هذا الولد من زنا أو: زنت فأنت بهذا الولد منه ووجب الحد للقذف وثبت اللعان له وللنفي ويكفي لهما لعان واحد، ولو قال: ما ولدته وإنما التقطيه أو استعرتيه فقالت: بل هو ولدي منك لم يضرب الحد ولم يحكم عليه - أي الولد - بالولادة إلا بالبينة لا مكان إقامتها على الولادة، والأصل عدمها فهي المدعية فكانت عليها البينة، ويقبل فيها شهادة النساء منفردات ومنضومات لأنه أمر لم تطلع عليه الرجال غالباً، فإن لم يكن لها بينة حلف وانتفى عنه النسب بغير لعان إذ لم تثبت الولادة على فراشه، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الولادة على الفراش ولحقه إلا أن ينفيه باللعان، وإن نكلت احتملت الوقوف إلى أن يبلغ الولد، فإن هذا اليمين تعلق به حقها وحق الولد جمعياً، فإذا بلغ فإن انتسب وحلف لحق به إلا أن ينفيه باللعان واحتمل عدم الوقوف لأنها حقها، فإذا نكلت سقطت فلا يثبت بعد.

المقصد الثالث (١): في أركانه

وفيه ثلاثة فصول:

الأول في الملاعن:

ويشترط فيه البلوغ والعقل لعدم الاعتداد بعبارة غيرهما، ولأن اللعان إما أيمان أو شهادات، ولا يصح شئ منهما من غيرهما، ولصراحة الأخبار الواردة في تفسير الآية وفي أحكام اللعان أجمع لتعليق الحكم فيها على الرجل والمرأة، ولا يجاب الحد عليه بهذا القذف لو لم يلاعن، ولا يجب إلا بالبلوغ والعقل أما باعتبار الولد فالأمر واضح لتنافي أولاده من غير البالغ لأنه لا يتخلق إلا من منيه وهو شاهد بالبلوغ، ولا تشترط العدالة ولا الحرية ولا انتفاء الحد من قذف أو غيره

(١) والصحيح " المقصد الثاني " .

عنه لعموم النصوص، وكون اللعان أيمان عندنا وهي تصح من الكل خلافا لبعض العامة بناء على كون اللعان شهادات فيعتبر في الملاعن ما يعتبر في الشاهد، وخص الحد عن كونه عن قذف للنص على عدم قبول شهادته في الآية وبخصوص المملوك أخبار كثيرة مثل:

صحيححة جميل بن دراج (١) كما في التهذيب والكافي عن الصادق عليه السلام " قال: سألته عن الحر بينه وبين المملوكة لعان؟ فقال: نعم، وبين المملوك والحررة وبين العبد والأمة وبين المسلم واليهودية والنصرانية "

وصحيححة محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما عليهما السلام " أنه سئل عن عبد قذف امرأته، قال: يتلاعنان كما يتلاعن الأحرار ".
وصحيححة الحلبي (٣) كما في التهذيب والكافي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث

" قال: سألته عن المرأة الحررة يقذفها زوجها وهو مملوك، قال: يلاعنها، وعن الحر تحته أمة فيقذفها، قال: يلاعنها "

وصحيححة منصور بن حازم (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قلت له في عبد قذف امرأته وهي حررة، فقال: يتلاعنان، فقلت: أبنزلة الحر سواء؟ قال: نعم ".
ومرسلته (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قلت له: مملوك كان تحته حررة فقذفها،

فقال: ما يقول فيها أهل الكوفة؟ قلت: يقولون يجلد، قال: لا، ولكن يلاعنها "

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٤ ح ٧، التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٦ ب ٥ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٤، التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١٠.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٤ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ١٨٧ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٥ ب ٥ ح ١.

(٤) التهذيب ج ١٠ ص ٧٨ ح ٦٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٧ ب ٥ ح ٧.

(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٧ ب ٥ ح ٩ وفيهما " كما يلاعن الحررة "

وصحيحة هشام بن سالم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن المرأة الحرة يقذفها زوجها وهو مملوك، والحر يكون تحته المملوكة فيقذفها، قال: يلاعنها "

وظاهر الأصحاب الاطباق على نفي اشتراطه الحرية، وربما يفهم من النافع وجود قائل باعتبار الحرية. ويظهر من الشرايع وجود الرواية بذلك، ولعله إشارة إلى ما رواه السكوني (٢) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام " أن عليا عليه السلام

قال: ليس بين خمس من النساء وأزواجهن ملاءنة: اليهودية تكون تحت المسلم فيقذفها والنصرانية والأمة تكون تحت الحر فيقذفها، والحرة تكون تحت العبد فيقذفها، والمجلود في الفرية لأن الله تعالى يقول " ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا " (٣) والخرساء ليس بينها وبين زوجها لعان باللسان ". وفي الخصال عن سليمان بن جعفر البصري (٤) عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام مثله.

وفي قرب الأسناد عن الحسين بن علوان (٥) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام " قال: أربع ليس بينهن لعان: ليس بين الحر والمملوكة، ولا بين الحرة والمملوك، ولا بين المسلم واليهودية، ولا النصرانية ". والعجب من ثاني الشهيدين في المسالك حيث أنكر رواية المنع في المملوك والحرة، وقال أيضا: ولا به قائل معلوم. والظاهر أنه أراد به ما في النافع حيث إن

-
- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٦ وفيه " تحته الأمة "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٧ ب ٥ ح ١٠.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٧ ح ٥٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٢ وفيهما " لعان إنما اللعان باللسان ".
(٣) سورة النور - آية ٤.
(٤) الخصال ج ١ ص ٣٠٤ ح ٨٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٢ وفيهما اختلاف يسير.
(٥) قرب الإسناد ص ٤٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٣ وفيهما اختلاف يسير.

ظاهره وجود القائل إلا أنه غير معلوم. ولا يشترط الاسلام فيه في المشهور للأصل والعموم، ويكون اللعان أيمانا فيقبل لعان الكافر ويترتب عليه أثره، خلافا لأبي علي الإسكافي فاشترطه بناء على كون اللعان شهادات ولا تقبل شهادة الكافرة وقد عرفت الجواب عن ذلك، وظاهر عبارة الشرايع أن في لعان الكافرة روايتين بالجواب والمنع.

قال شهيد المسالك في شرحه لهذا الكلام: ولم نقف عليهما بالخصوص، وربما حمله بعضهم على أن الروايتين في لعان الكافر مطلقا الشامل للرجل والمرأة، فإن الروايات المختلفة إنما وردت في لعان الكافرة - ثم قال: - " وفيه أن البحث هنا في الملاعن دون الملاعنة، وسيأتي البحث بخصوصها وفي شرائطهما، ويمكن أن تجعل الأخبار الدالة على صحة لعان الكافرة وعدمه دالا على مثله في الزوج الكافر من حيث وجه المنع كونه شهادة وهي مشتركة بينهما، ويتصور لعان الكافر فيما إذا كان الزوجان ذميين فترافعا إلينا ويمكن فرضه الزوجة مسلمة والزوج كافرا فيما إذا أسلمت وأتت بولد يلحقه شرعا فأنكره " فالحق قبول لعان الكافر لزوجته المسلمة والكافرة.

وأما الأخبار الآتية في شرائط الملاعنة المانعة من لعان المسلم للكافرة كما تضمنه خبر السكوني وخبر الخصال وخبر قرب الأسناد وسيأتي أيضا خبر الجعفریات فسبيلها التقية لأنه مذهب أولئك العامة، ولهذا اشتملت على العبد والحرّة وعلى المجلود في الفرية والتعليل بعدم قبول الشهادة وذلك أمانة التقية. وأما الخرس فليس بمانع من لعان الزوج وإن منع من لعان الخرساء كما سيحى وتقدم فإن عقلت إشارته قبل لعانه بالإشارة في المشهور كما يصح منه الاقرار والعقود والايقاعات لعموم النصوص من الكتاب والسنة ولأن اللعان إما يمين أو شهادة وكلاهما ومن الأخرس مقبول كالصحيح، وقد حكى في الخلاف عليه الاجماع والوفاق، وتوقف فيه ابن إدريس والعلامة في التحرير والمختلف، وقد أسنده

في الخلاف أيضا إلى الأخبار ولعله أراد بها العمومات.
قال ابن إدريس (١): لا أقدم على أن الأخرس المذكور يصح لعانه لأن
أحدا من أصحابنا غير من ذكرناه - وعبر به الشيخ في المبسوط والخلاف حيث
أجازته - لم يورد في كتابه ولا وقفت على خبر بذلك ولا جماع عليه، والقائل بهذا
غير معلوم للمتمسك بالآية بعيد لأنه لا خلاف في أنه غير قاذف ولا رام على
الحقيقة، فالنطق منه بالشهادات في حال اللعان متعذر والأصل براءة الذمة،
واللعان حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي، وأيضا لو رجع عن اللعان
عند من جوزه له وجب عليه الحد، والرسول صلى الله عليه وآله قال: ادروا الحدود
بالشبهات

ومن المعلوم أن في أيمانه وإشاراته بالقذف شبهة، فإن أراد به القذف أو غيره
وهو غير معلوم يقينا بلا خلاف - ثم قال: - فإن قلنا يصح منه اللعان كان قويا
معتمدا لأنه يصح منه الاقرار والأيمان وأداء الشهادات وغير ذلك من الأحكام.
وهذا الكلام كما ترى يناهض باضطرابه في الفتوى وتردده فيها. ومن ثم
قال المحقق: وربما توقف فيه شاذ منا. وقد أجاب عنه المحقق بأن إشارته
مقبولة فيما هو أقوى من اللعان كالاقرار بالقتل وغيره إجماعا فيكون في اللعان
كذلك، على أن فرض المسألة فيما إذا كانت إشارته مفهومة للمطلوب وإلا لسلمنا
عدم صحته، وحينئذ فما استند إليه من عدم العلم بإشارته في القذف والشهادة خلاف
الغرض، ودعوى الاتفاق على أنه قاذف ولا رام فاسدة، إذ القذف مرجعه إلى
الرمي، فإن معناه لغة الرمي وهو غير مختص بلفظ، بل بما دل على الرمي
بالزنا في معرض التعبير.

نعم يمكن أن يفرق بين الاقرار وغيره من العقود والمعاملات من الأخرس
وبين اللعان من حيث إنه يتعين التأدية بلفظ الشهادة والغضب، واللعن وإشارته
لا تفي بتفصيل الصيغ ولا ترشد إليه وإن أدت معناها، وإنهما يتوجه أن يصح منه

(١) السرائر ص ٣٣١.

ما لا يختص بصيغة ولا يمتنع إقامة الإشارة منه مقام العبارة المؤدية له دون ما يختص. أما النكاح والبيع ونحوهما من العقود اللازمة بصيغ خاصة فحقها المشاركة اللعان في المنع إلا أنه لما كان المقصود منها ما دل على المطلوب صريحا إذ لا نص على الاختصاص. فإذا أفادت إشارته ذلك كفت. ويمكن الجواب أيضا بأنه قد ثبت عن الشارع والاكتفاء بإشارته فيما علم اختصاصه بصيغة خاصة كتكبيرة الاحرام في الصلاة وقراءة الحمد فيها ونحوهما من الأذكار المعينة فليكن هنا كذلك لأن الفرق بين الأمرين لا يخلو من إشكال، فالقول بوقوع اللعان من الأخرس هو المذهب وإن كان الشك فيه منقدها.

ويمكن الاستدلال للمانعين المترددين بما اشتملت عليه الروايات الثلاث التي مر ذكرها من التهذيب عن السكوني ومن الخصال ومن قرب الأسناد بل ومن الجعفریات أيضا من تعليل نفي اللعان عن الخرساء بينها وبين زوجها من أن اللعان باللسان، وبما روي في بعض الكتب عن أمير المؤمنين عليه السلام كما فشرح القواعد للفاضل الهندي أنه قال: الخرساء والأخرس ليس بينهما لعان لأن اللعان لا يكون إلا باللسان. لكن يمكن تخصيص التعليل بالخرساء أو بهما معا عند اجتماعهما فلا يمنع في ملاعنة الأخرس الصحيحة عند إفهامه، وعلى كل تقدير فلا خلاف في نفي لعانه إذا لم تكن إشارة مفهومة.

واعلم أنه كما يمكن وقوع القذف واللعان معا من الأخرس يمكن وقوع القذف منه صحيحا ثم يعرض له الخرس قبل اللعان، ومعه يزول الاشكال الذي وجهه ابن إدريس من عدم تحقق القذف والرمي منه، ويبقى الكلام في اللعان خاصة وهو منحصر في الشهادة أو اليمين كما عرفت، وكلاهما يقعان من الأخرس، ولو كان يحسن الكتابة فهي من جملة إشاراته بل ربما كانت أوضح، فإذا لاعن بالكتابة وأشار بما يدل على قصدتها كان أكمل، وليكتب حينئذ كلمة الشهادة وكلمة اللعن والغضب ويشير إليهما أربع مرات ولا يكلف أن يكتب أربع

مرات، ولو قذف ولا عن بالإشارة ثم عاد نطقه وقال: لم أرد اللعان بإشارتي قبل قوله فيما عليه حتى يلحقه النسب ويلزمه الحد. ولا يقبل فيما له حتى لا ترتفع الفرقة ولا التحريم المؤبد، وله أن يلاعن في الحال لاسقاط الحد ولنفي النسب إذا لم يمض من الزمان ما يسقط فيه حد النفي. ولو قال: لم أرد القذف أصلا لم يقبل قوله لأن إشارته أثبت القذف لافهامها ذلك وهو حق لغيره، ولو انقطع كلام الصحيح بعد القذف وقبل اللعان صار كالأخرس لعانه بالإشارة وإن لم يحصل اليأس من نطقه لأنه فوري والأصل البراءة من التربص إلى البرء، وللعمامة قول بالتربص إن رجى البرء، وهاهنا فروع:

الأول: لا بد من الزوجية في الملاعن، فلا يقبل لعان الأجنبية بل يجب عليه حد القذف إن لم يأت بالبينة وإن كان ذا قرابة ورحم لصيق. ويدل عليه خبر محمد بن سليمان (١) المتقدم عن أبي جعفر الثاني عليه السلام حيث قال " قلت "

له: كيف صار الرجل إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات بالله وإذا قذفها غيره أب أو أخ أو ولد أو غريب جلد الحد أو أقيم البينة على ما قال؟ فقال: قد سئل أبو جعفر عليه السلام عن ذلك فقال: إن الزوج إذا قذف امرأته فقال رأيت ذلك بعيني كانت شهادته أربع شهادات بالله، وإذا قال له إنه لم يره قيل له أقم البينة على ما قلت وإلا كان بمنزلة غيره، وذلك لأن الله عز وجل جعل للزوج مدخلا لم يدخله غيره لا والد ولا ولد بالليل والنهار فجاز له أن يقول رأيت ولو قال غيره رأيت قيل له ما أدخلك هذا المدخل الذي ترى فيه هذا وحدك؟ أنت متهم ولا بد أن يقام عليك الحد الذي أوجبه الله عليك ". ومثلها رواية محمد بن أسلم الجبلي (٢) وقد تقدمت أيضا، وخبر أبي الهيثم

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٨ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٥.

(٢) علل الشرايع ص ٥٤٥ ب ٣٣٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٦.

الفارسي (١) كما تقدم، وخبر الحسين بن سيف (٢) كما في الكافي. لو ادعى عليه الولد المشبهة فأنكره انتفى عنه ولم يثبت اللعان وإن اعترف بالوطء لأنه نفى ولد من غير الزوجة، أما لو اعترف بالوطء ونفى وطء غيره واستدخال المني من غيره سقط اللعان وألحق به وإن كان إنكاره لغوا. الثاني: لو قذف الطفل زوجته فلا حد ولا لعان وكذا المجنون لرفع القلم عنهما حتى يبلغ ويفيق. وفي الخبر عن أمير المؤمنين عليه السلام " لا لعان بين الصبيين

حتى يدركا وإن أدركا لم يتلاعنا فيما رمى امرأته وهما صغيران " ولو أتت امرأة لمجنون بولد لحق به نسبه، ولا سبيل إلى نفيه مع زوال عقله، فإذا عقل كان له نفيه حينئذ واستلحاقه، ولو ادعى أن القذف كان حال جنونه صدق إن عرف منه ذلك مع يمينه لأصالة البراءة، وادراًوا الحد بالشبهات، وإلا فلا، فالقول قول المقدوفة مع يمينها لأن الظاهر معها.

الثالث: لو ارتد الزوج فلاعن ثم عاد إلى الاسلام في العدة عرف صحته بظهور بقاء الزوجية، وإن أصر على الكفر ظهر بطلانه لظهور البيونة فلا تحرم عليه إن رجع إلى الاسلام، ولو ظن صحة النكاح الفاسد فلاعن لم يندفع الحد باللعان الفاسد على إشكال لفساد اللعان وظهور الأجنبية ومن الحكم بالسقوط حين لاعن، ولعله يكفي في درء الحد، وكذا لا يندفع عن المرتد المصير الملاعن في ارتداده على إشكال من جهة أنها في العدة كالمطلقة الرجعية لتمكن الزوج إلى الاسلام ومن أنها كالبائن لكشف الاصرار عن البيونة بالارتداد فتكون كالأجنبية في تلك الحال.

الفصل الثاني في الملاعنة:

ويعتبر فيها البلوغ وكمال العقل والسلامة من الصمم والخرس. أما الأولان

(١) المحاسن ص ٣٠٢ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٦.

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٠٣ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٦.

فلأخبار التي قد سمعتها في الملاعن، وأن متعلق اللعان فيهما الرجل والمرأة وهما لا يكونان إلا بالغين عاقلين لالزامهما في الأيمان والشهادات ودرء الحد، ولا يكلف بذلك إلا البالغ العاقل.

وأما السلامة من الصمم والخرس فالأخبار بهما مستفيضة، وقد تقدم كثير منها في النكاح فيما لو حرم على التأييد مثل صحيح أبي بصير (١) " قال: سئل أبو عبد الله

عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء أو صماء، قال: إن كان لها بينة تشهد عند الإمام جلد الحد وفرق بينه وبينها ولا تحل له أبدا، وإن لم تكن لها بينة فهي حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها منه ".
كذا في كتاب النكاح

من التهذيب، وفي كتاب اللعان منه من الكافي " وهي خرساء صماء " بحذف لفظة " أو " فالخبر واحد متنا وسندا، فالظاهر زيادة لفضة " أو " في كتاب النكاح، وحينئذ لا يكون لنا خبر يدل على نفي اللعان إذا كانت صماء خاصة إلا أن يفهم من قوله عليه السلام " لا تسمع ما قال " أو يكون انعقد الاجماع على عدم الفرق

بين الخرس والصمم وللفقيه الواحد في الكتاب الواحد اضطراب في هذا الحكم، ففي النكاح ربما اكتفى بأحدهما في التحريم المؤبد ونفي الملاعنة، وفي اللعان اعتبر اجتماعهما وربما كان العكس، وكل ذلك من اضطراب خبر أبي بصير في ذلك التعبير.

ومن هنا قال شهيد المسالك في اللعان عند شرحه لعبارة الشرايع حيث اشترط السلامة من الصمم والخرس: مقتضى العبارة أن السلامة منهما معا شرط في صحة لعانها مطلقا، فلو كانت متصفة بأحدهما صح لعانها لأن الشرط وهو السلامة منها حاصل، وقد تقدم في باب التحريم المؤبد من النكاح أن أحدهما كاف في تحريمهما مع القذف، ففي الفتوى اختلاف في الموضوعين مع إمكان تكلف

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٦ ح ١٨، التهذيب ج ٨ ص ١٩٣ ح ٣٤، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٣ ب ٨ ح ٢ وما في المصادر اختلاف يسير.

الجمع بينهما بحمل هذه على تلك، وقد تقدم المختار في ذلك. ثم قال: ومقتضى هذه العبارة أيضا لا يصح لعانها للقذف ولا لنفي الولد لأنه جعل السلامة منهما معا شرطا في صحة لعانها مطلقا الشامل لذلك، وقد تقدم جعل قذفها موجبا لغير تحريمها بلا لعان، فنفي الولد غير داخل فيه لأن اللعان سببين كما تقدم القذف ونفي الولد وأحدهما غير الآخر وقد يجتمعان كما لو قذفها بالزنا ونفي ولدها، وقد ينفرد كل منهما عن الآخر بأن يقذفها بالزنا ويعترف بولدها، أو ينفي ولدها ويبرئها من الزنا بأن يجعله ولد شبهة أو نكاح صحيح سابق حيث يمكن، والموجود في النصوص تحريمها بمجرد القذف بدون اللعان وأنه يحد للقذف، ثم ذكر صحيحة أبي بصير المتقدمة.

ثم قال: والوجه اختصاص الحكم بالقذف وقوفا فيما خالف الأصل على محل الوفاق ولعموم الآية الشامل للزوجة مطلقا خرج منه المقذوفة فيبقى الباقي ولأنه على تقدير علمه بانتفاء الولد عنه لو نفاه فحرمت عليه بدون لعان، فإن انتفى الولد بذلك لزم انتفاء ولد الزوجة الملحق به ظاهرا بمجرد النفي وهو باطل بالاجماع، وإن لم ينتف عنه ولم يجعل له طريق إليه لزم الحرج والضرر به المنفيان شرعا آية ورواية.

نعم في رواية إسماعيل بن أبي زياد السكوني (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " أن عليا عليه السلام قال: ليس بين خمس من النساء وبين أزواجهن ملاءنة - وعد منها الخرساء، وقال: - إنما اللعان باللسان " وهو يقتضي نفي اللعان للأخرس، لكنها قاصرة من إفادة المطلوب لضعف سندها فلا يقاوم بعموم ما ثبت بالآية والرواية بل الاجماع، وإنما يقتصر فيه على ما ذكرناه من محل الوفاق، وأيضا فإنه أومى إلى العلة بكون اللعان إنما يكون باللسان المقتضية لنفي لعان الأخرس بالإشارة وقد مر ما يدل على خلافه، وحينئذ يلاعنها لنفيه بالإشارة كما مر في الأخرس

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٧ ح ٥٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٢.

ويحد للقذف إن لم يقم عليها البينة وتحرم بغير لعان عليه مؤبداً، وإن أقام بينة سقط الحد وحرمت عليه أيضاً كما دلت عليه الرواية السابقة.

وربما قيل إنها لا تحرم لعدم قذفها بما يوجب اللعان، ويثبت عليها الحد بالبينة ولا ينتفي عنها بلعانها، والرواية تنافي ذلك وهي معتبرة الأسناد، لكن في الاكتفاء بها في إثبات هذا الحكم نظر، وعبارات الأصحاب في باب التحريم مصرحة باشتراط قذفها بما يوجب اللعان للآية المذكورة، فيخرج منها ما لو أقام البينة وما لو لم يدع المشاهدة، وإطلاق هذه الرواية وغيرها يتناول الجميع، والأولى الرجوع في كل موضع يحصل منه الاشتباه إلى الحكم العام. انتهى كلامه رفع في أعلا عليين مقامه، وإنما نقلناه بطوله لكثرة فوائده ومحصوله.

لكن بقي هنا شيء وهو أنه لم يتعرض لسوى رواية السكوني وهي ليست منفردة بذلك، لأنك قد سمعت أن المعاضد لها من أخبار الباب ثلاثة أخبار آخر أحدها خبر الخصال والثاني خبر قرب الأسناد عن الحسين بن علوان والثالث خبر الجعفریات، إلا أن الثلاثة مشتركة في ضعف السند أيضاً على الاصطلاح الجديد، لكن قد عرفت غير مرة أن هذا الاصطلاح الجديد غير معتبر إلا عند تعارض الأخبار، وفي الحقيقة لا تعارض هنا بينها وبين خبر صحيحة أبي بصير إلا في حالة القذف دون حالة نفي الولد إذ لا معارض لها سوى العموم وكونها لضعفها غير مقابلة لتقييد غيرها، لكن يبقى فيها الطعن باحتمال التقية لاشتمالها على أصناف لا يمكن القول بها، وقد تقدم الكلام عليه منقحاً فلا حاجة إلى إعادته.

ويشترط فيها أيضاً أن تكون منكوحة بالعقد الدائم الصحيح، أما اشتراطه مع القذف فهو مشهور بين الأصحاب، وقد ذهب إليه أكثر المتقدمين وجميع المتأخرين حتى لم ينقل المحقق هنا فيه خلافاً، وكذا العلامة، لكن قد نقل الخلاف في نكاح المنقطع عن المفيد والمرضى لعموم الآية، وسيجئ الكلام عليهما وعلى ما احتجوا به، وأما بالنسبة إلى نفي الولد فالظاهر أنه موضع وفاق لأن

ولد المتمتع بها ينتفي لغير لعان اتفاقا كما تقدم في حكم الأولاد، لكن ظاهر المفيد في الرسالة الغربية أن خلافه في الجميع، وكذلك ظاهر يحيى بن سعيد، وبين الكلامين تدافع.

ويدل على المشهور ما تقدم في نكاح المتعة من الأخبار التي أوردتها جامع الأصل من صحيحة ابن أبي يعفور (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع منها ".

وصحيحة عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا يلاعن الحر الأمة

ولا الذمية ولا التي يتمتع بها ".

وصحيحة علي بن جعفر (٣) عن أخيه موسى عليه السلام مثلها.

واحتج المفيد والمرتضى ويحيى بن سعيد بعموم الآية، ولا ينافيه ورودها في الدائم لأن خصوصية السبب لا تخصص العام، وأجيب أن عمومها مخصوص بالروايات الصحيحة بناء على ما ثبت من أن خبر الواحد يخصص الكتاب، والعجب من شهيد المسالك في مباحث المتعة حيث طعن في خبر عبد الله بن سنان بعدم الصحة لاشتراك ابن سنان بين عبد الله ومحمد بالضعف، ثم قال: والاشتراك يمنع الوصف بالصحة. وفيه نظر لما عرفت أن لا اشتراك لأن محمدا لا يروي عن أبي عبد الله عليه السلام

بغير واسطة والقريظة العقلية معينة له، ومن هنا جزم في اللعان بالصحة وغفل عما أورده هناك في المتعة.

وأما رواية علي بن جعفر وإن ضعف طريقها في التهذيب لكنها في كتاب المسائل له صحيحة.

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٦ ح ١٧، التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٨ وفيهما " يتمتع بها "، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٥ ب ١٠ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٥ ب ١٠ ح ٢.

(٣) قرب الإسناد ص ١٠٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٩ ب ٥ ح ١٤.

وأما اعتبار اشتراك الدخول بها تقدم الكلام عليه مستوفى فلا حاجة إلى إعادته، ودليل اشتراطه قد مر مفصلاً، وأن المخالف فيه غير معلوم وإنما تؤذن به بعض العبارات. نعم خلاف ابن إدريس بالنسبة إلى التفصيل حيث اشترطه في لعان نفي الولد دون الرمي بالقذف، وقد عرفت ما يدفعه إذ لا مستمسك له سوى العمومات آية ورواية، وقد قيدتها الأخبار المستفيضة المشترطة للدخول، ويثبت اللعان بين الحر والمملوكة كما هو المشهور، وصور هذه المسألة أربع لأن الزوجين إما أن يكونا حرين أو مملوكين أو الزوجة حرة والزوج عبداً وبالعكس. والثلاثة الأول لا خلاف في ثبوت اللعان بينهما فيها، وإنما الخلاف في الرابع، فجوزاه الأكثر الشيخ وأتباعه والمحقق والعلامة وعليه المتأخرون قاطبة، ومنعه المفيد وسالار مطلقاً، وفصل ابن إدريس فصحه في نفي الولد دون القذف.

حجة المشهور صحيحة جميل (١) عن الصادق عليه السلام وقد تقدمت في شرائط الملائع " أنه سئل هل يكون بين الحر والمملوكة لعان؟ فقال: نعم، وبين المملوك والحرّة وبين العبد والأمة وبين المسلم واليهودية والنصرانية ".
وصحيحة الحلبي (٢) وقد تقدمت أيضاً " قال: سألت عن المرأة الحرة يقذفها زوجها وهو مملوك، قال: يلاعنها. وعن الحر تحته أمة فيقذفها ".
وصحيحة محمد بن مسلم (٣) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الحر يلاعن المملوكة؟

قال: نعم إذا كان مولاها الذي زوجها إياه ".
وصحيحة حريز (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " في العبد يلاعن الحرّة؟ قال: نعم

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٦ ب ٥ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٣ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٥ ب ٥ ح ١.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٦ ب ٥ ح ٥.
(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٤ وفيه " ولاعنها "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٧ ح ٦ وفيهما " زوجه إياها ".

إذا كان مولاه زوجها إياها لاعنها بأمر مولاه كان ذلك، وقال: بين الحر والأمة والمسلم والذمية لعان."

وصحيحة محمد بن مسلم الأخرى (١) " قال: سألته عن الحر يلاعن المملوكة؟ قال: نعم."

وصحيحة هشام بن سالم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن امرأة الحرة يقذفها زوجها وهو مملوك الحر تكون تحته المملوكة فيقذفها، قال: يلاعنها."

وحجة المانعين عموم قوله تعالى: " ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات " (٣) والمملوكة ليست من أهل الشهادة.

وبصحيحة عبد الله بن سنان (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا يلاعن الحر أمته ولا الذمية ولا التي يتمتع بها."

ورواية علي بن جعفر (٥) كما في التهذيب وصحيحته كما في المسائل عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام " قال: سألته عن رجل مسلم تحته يهودية أو نصرانية

أو أمة ينفي ولدها ويقذفها، هل عليه لعان؟ قال: لا."

وبخبر السكوني (٦) وقد مر وفيه " أن عليا عليه السلام قال: ليس بين خمس من النساء وبين أزواجهن ملاعنة " وساق الحديث إلى أن قال: " والأمة تكون تحت الحر فيقذفها "

(١) التهذيب ج ١٠ ص ٧٨ ح ٧٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٧ ب ٥ ح ٨.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٦ وفيه " يكون تحته الأمة "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٧ ب ٥ ح ١٠.

(٣) سورة النور - آية ٦.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٦ ب ٥ ح ٤.
(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٧ وفيه " أو أمة فأولدها وقذفها فهل "، قرب الإسناد ص ١٠٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١١ وفيهما اختلاف يسير.

(٦) التهذيب ج ٨ ص ١٩٧ ح ٥٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٢.

ومثلها خبر سليمان بن جعفر البصري (١) كما في الخصال عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم السلام وقد تقدم أيضا.

وخبر الحسين بن علوان (٢) كما في قرب الإسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام " قال: أربيع ليس بينهن لعان: ليس بين الحر والمملوكة ولا بين الحرة والمملوك " .

ومثلها ما في كتاب الجعفریات (٣) بإسنادها المشهور عن علي عليه السلام. وقد قدح على هذه الروايات بضعف أسنادها سوى الأولى، وبأنها مشتملة على تلك الأفراد التي قد ثبتت بالصحاح والفتوى الملاعنة فيها وبأنها مطابقة للتقية وباحتمال أن تكون الأمة مملوكة غير مزوجة وبما إذا تزوجها بغير إذن مولاها.

وأما إطلاق الآية فمخصص بتلك الأخبار الصحاح التي قد سمعتها مع صراحتها في التزويج واحتمال هذه للملك.

واحتج ابن إدريس على تفصيله بأن قذف المملوكة لا يوجب الحد فلا يتوقف نفيه على اللعان، بخلاف نفي ولدها إذا كانت زوجة وبأن اللعان حكم شرعي فيقتصر فيه على المتيقن والثاني باق على الأصل.

وأجيب عن ذلك بأن عموم " والذين يرمون أزواجهم " أخرجهم عن حكم الأصل مضافا إلى النصوص المستفيضة من الصحاح وغيرها، وكما جاز اللعان لنفي الحد جاز لنفي التعزير إذ ليس في اشتراط كونه للحد وإن كان السبب موجبا له لأن العبرة بعموم اللفظ لا لخصوص السبب، وقد ظهر أن مختار الأكثر هو الأظهر، ويتعين حمل هذه الأخبار على التقية ولا يشترط فيها الاسلام كما هو مذهب الأكثر. وذهب جماعة منهم ابن الجنيد إلى اشتراط إسلامها فلا يلاعن

(١) الخصال ج ١ ص ٣٠٤ ح ٨٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٢.

(٢) قرب الإسناد ص ٤٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ ح ١٣ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الجعفریات ص ١١٤.

المسلم الكافرة، وابن إدريس على التفصيل كما في الحر والمملوكة. وقد احتج المشهور بما قدمناه من الأخبار المشتملة على التعميم وصحيحة جميل لقوله فيها " وبين المسلم واليهودية والنصرانية ولا يتوارثا ". وبصحيحة حريز عن أبي عبد الله عليه السلام وقد تقدمت أيضا فيها " بين الحر والأمة والمسلم والذمية لعان " .

وبصحيحة أبي ولاد الحناط (١) كما في مستطرفات السرائر نقلا من كتاب المشيخة للحسن بن محبوب " قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن نصرانية تحت مسلم

زنت وجاءت بولد فأنكره المسلم، قال: فقال: يلاعنها، قيل: والولد ما يصنع به؟ قال: هو مع أمه ويفرق بينهما ولا تحل له أبدا " .

واحتج المانعون بما ذكروا في اشتراط الحرية فيها وبالأخبار التي قدمناها مثل خبر علي بن جعفر وصحيحه حيث قال فيه " عن رجل مسلم تحته يهودية أو نصرانية أو أمة تنفي ولدها وتقذفه، (٢) هل عليه لعان؟ قال: لا " . وكذلك بخبر السكوني وبخبر الخصال عن سليمان بن جعفر البصري وقد مر عن قريب، وبخبر الحسين بن علوان كما في قرب الأسناد، وبخبر علي بن جعفر كما فيه، أيضا وبصحيحه كما في كتاب المسائل. وحملت هذه الأخبار في المشهور بعد الطعن فيها بما مر من ضعف أسنادها سوى ما شذ منها وصحيحة عبد الله بن سنان وصحيحة علي بن جعفر بما لو أقر بالولد ثم نفاه أو بكون تزويج المسلم بها غير مشروع أو بحملها على التقية بقرينة التعليل في كثير منها بعدم قبول شهادة هؤلاء وعلى كون الذمية مملوكة وما سوى التقية متكلف. وأما ما احتج به ابن إدريس على التفصيل هو عين ما احتج به على اشتراط الحرية. وظهر بهذا التحقيق قوة ما ذهب إليه المشهور من جواز الملاعنة مع الكافرة

(١) السرائر ص ٤٨١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٩ ب ٥ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) كذا والصحيح " ينفي ولدها ويقذفها " كما تقدم قريبا.

وأنة من باب اليمين لا من باب الشهادات، ومما اختلف في اشتراطه أن لا تكون حاملا، والمشهور عدم اشتراطه، وذهب المفيد وسالار وأبو الصلاح إلى عدم جواز اللعان ما دامت حاملا، والأقوى الأول لعموم الآية سواء كان لعانها عن نفي الولد أو القذف لشموله لهما ولوجود المقتضي وانتفاء المانع، إذ ليس مانع إلا كونها حاملا وهو لا يصلح للمانعية، لأن شهادة الحامل ويمينها حال الحمل غير مناف له، والحمل غير مسوغ لتأخير ما يتوجه عليها في الحد، ولأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم

لاعن بين هلال بن أمية وزوجته وكانت حاملا ونفى هلال الحمل، ولما ولدت جاء على صفات من قذفها به، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: لولا الأيمان لكان لي ولها شأن.

وبصحيحة الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه سأله عن رجل لاعن امرأته وهي

حبلى وقد استبان حملها وأنكر ما في بطنها، فلما وضعت ادعاه وأقر به وزعم أنه منه، فقال: يرد عليه ولده ويرثه ولا يجلد لأن اللعان بينهما قد مضى ". ورواه الكليني (٢) بطريقتين أحدهما من الضعيف والآخر من الصحيح عن الحلبي مثله.

واحتج المانع برواية أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قال أمير المؤمنين

عليه السلام: يلاعن علي كل حال إلا أن تكون حاملا " وطعن علي الخبر بضعف الأسناد فلا يعارض الصحيح ولا يقيد إطلاق الكتاب وعمومه. واحتمل فيه الشيخ نفي ما يجب باللعان على الحد على تقدير نكولها أو على أن الحمل غير متيقن واللعان إنما يترتب على ما كان يقينا، ويمكن حمله على التقية أيضا لأنه مذهب

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٠ ح ١٩، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٠ ب ٦ ح ٤.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٣ و ج ٧ ص ١٦١ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٠ ب ٦ ح ٤ و ج ١٧ ص ٥٥٩ ب ٢ ح ٣ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٠ ح ٢٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٧ ب ١٣ ح ٣ وفيهما " كان أمير المؤمنين عليه السلام يلاعن في كل "

العامة لاشتراطهم أن تكون حاملا، فالأصح إذا الجواز، ويتأخر الحد مع لنكول عن الوضع للأخبار النافية لحد الحامل وبعد ثبوته إلى أن تضع، وهذا مجمع عليه أيضا.

وفي خبر سماعة بن حمران (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا كانت المرأة حبلى لم ترجم ".

تتمة

لا تصير الأمة فراشا بالملك، فلا يلحقه الولد الذي تأتي به وإن خلت له وخلا بها، وأمكن أن يكون منه بخلاف النكاح حيث يلحق الولد بمجرد الامكان كما تقدم في أحكام الأولاد، لأن المقصود بالنكاح والتزويج هو الولد، وملك اليمين قد يقصد به ذلك وقد يقصد به التجارة والاستخدام، ولهذا لا يزوج من لا تحل له ويملك باليمين من لا تحل له، وإذا كان المقصود في النكاح ذلك اكتفى فيه بمجرد الامكان.

وقد اختلف الأصحاب في صيرورة الأمة فراشا في الوطاء بالفعل إلى قولين وكان منشأهما اختلاف الروايات، فذهب الشيخ في المبسوط والمحقق والعلامة وسائر المتأخرين إلى أن الأمة لا تصير فراشا لسيدها مطلقا، وذهب الباقيون إلى صيرورتها فراشا بالوطء، إلا أنهم اتفقوا على انتفاء ولدها بمجرد النفي كما سيحى تحقيقه، وقد تقدم في أحكام الأولاد الكلام على هذا الحكم أيضا وذكر طائفة من أدلته، وإنما أعدناه هنا لزيادة التحقيق واقتداء بالمحقق في شرايعه. واستند أهل القول الأول إلى صحيحة عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " أن رجلا من الأنصار أتى أبا عبد الله عليه السلام فقال: إني ابتليت بأمر عظيم،

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٠ ح ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٧ ب ١٣ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٨ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٣ ب ٥٥ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

أن لي جارية كنت أطأها، فوطأتها يوما فخرجت إلى حاجة لي بعد ما اغتسلت منها ونسيت نفقة لي فرجعت إلى المنزل لأخذها فوجدت غلاما لي على بطنها، فعددت لها من يومي ذلك تسعة أشهر، فولدت جارية، قال: فقال لي عليه السلام: لا ينبغي

لك أن تقربها ولا تبيعها ولكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيا، ثم أوص لها عند موتك من مالك يجعل الله عز وجل لها منخرجا ".
ومثلها خبر حريز (١) عن أبي عبد الله عليه السلام ومرسلة آدم بن إسحاق (٢) عن رجل من أصحابنا عن عبد الحميد بن إسماعيل.
وفي معنى هذه أخبار أخر قد تقدمت في أحكام الأولاد إلا أنها ضعيفة الأسناد. واحتج من أثبت الفراش بالوطء بأخبار عامية تركنا التعرض لها لعدم الفائدة في نقلها، وبرواية سعيد بن يسار (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل

وقع على جارية له تذهب وتجيء ولقد عزل عنها، ما تقول في الولد؟ قال: أرى لا يباع هذا الولد يا سعيد. قال: وسألت أبا الحسن عليه السلام فقال: أتتهمها؟ فقلت: أما تهمة ظاهرة فلا، فقال، فيتهمها أهلك؟ فقلت: أما شيء ظاهر فلا، فقال: فكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد؟ "

وبصحيحته (٤) أيضا " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها وهي تخرج فتعلق، فقال: يتهمها الرجل أو يتهمها أهله؟ قلت: أما ظاهرة فلا، قال: إذا لزمه الولد "

وصحيحة سعيد الأعرج (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجلين

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٢ ح ٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٥ ب ٥٦ ح ٣.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٠ ح ٥٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٥ ب ٥٦ ح ٤.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٨١ ح ٥٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٦ ب ٥٦ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٨١ ح ٥٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٥ ب ٥٦ ح ٢.
(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٦٩ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٨ ب ٥٨ ح ٤.

وقعا على جارية في طهر واحد، لمن يكون الولد؟ قال: للذي عنده، لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الولد للفراش وللعاهر الحجر".
وفي معناها رواية الحسن بن زياد الصيفل (١) عنه عليه السلام والطريق إلى الحسن صحيح وفيها " الولد للذي عند الجارية وليصر لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الولد للفراش وللعاهر الحجر".

وهذه الأخبار صريحة في أن الأمة تصير فراشا للمولى بالوطء، وفي معناها غيرها، والظاهر أنها مرجحة على الأخبار السابقة لصحة السند وكثرة العدد. وإذا تقرر ذلك الحكم فنقول مما يترتب على كون الموطوءة فراشا أن ولدها الذي يمكن تولده من الوطء بأن تلده لستة أشهر، فما زاد من حين الوطء إلى أقصى مدة الحمل يلحق به ولا يتوقف على اعترافه به بل لا يجوز له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى وإن ظن أنه ليس منه لتهمة أمه بالفجور لأن الله تعالى قد حكم بأن الولد للفراش، فإذا كان الفراش زوجة دائمة تحقق بالأشهاد من حين العقد وإمكان وصوله إليها.

ثم لها بالنسبة إلى الولد حكمان أحدهما في ظاهر الأمر وهو أنه يحكم بإلحاق الولد الذي تلده بعد العقد وإمكان الوصول إليها فيما بين أقل الحمل وأكثره بالزوج وإن لم يعترف به ولم يعلم وطؤه لها، وسواء كان من أهل الاعتراف كالبالغ العاقل أم لا كالمجنون والصبي الذي يمكن تولده منه كابن العشرة قبل أن يحكم ببلوغه على ما سبق، ولو علمنا انتفاءه عنه إن كان غائبا عنه غيبة لا يمكن وصوله إليها سرا ولا جهرا في المدة التي يمكن تولده منه ثم ولدته في زمان إمكان كونه منه وجب عليه أن يلحقه بنفسه وإن احتمل وظن خلاف ذلك كما قلناه. وإن تيقن انتفاؤه عنه لكون تولده بدون ستة أشهر من حين وطئه أو لأكثر من أقصى الحمل وجب عليه نفيه كما قررناه سابقا وإن كان في ظاهر الحال محكوما بإلحاقه

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٦٩ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٨ ب ٥٨ ح ٣.

به بأن كان قريبا منها بحيث يمكنه إصابتها، وإذا توقف ذلك النفي على اللعان وجب عليه ذلك من باب مقدمة الواجب، وإن أمكن إقامة البينة على ما يوجب انتفاؤه عنه حكم بموجبها من غير لعان إذا شهدت بذلك على وجه منضبط بأن لازمته ليلا ونهارا بحيث علمت انتفاء مجامعته لها قطعاً وإن عسر ذلك وشذ. وأما الأمة فقد عرفت مما ذكر عدم كونها فراشا بمجرد الملك قطعاً، ثم إذا وطأها وحكمنا بصيرورتها فراشا به فحكمه في لحوق ولدها في الحالتين كما سبق، لكنه يفارق ولد الزوجة في أمرين:

(أحدهما) عدم الحكم بلحوقه به إلا بثبوت وطئه لها إما بالاقرار منه أو بالبينة المطلقة على ذلك، بخلاف ولد الزوجة، فيكفي فيه كما عملت إمامان الوطاء، والوجه ما سمعت من تعليل النصوص والفتوى أن المعتبر فيها ثبوت الفراش، ولما كان في الزوجة متحققاً بمجرد العقد وإمكان وصوله إليها كان المرتب على ذلك ثبوت ذلك الانتساب، ولما كانت فراشية الأمة غير متحققة إلا بالوطء اعتبر ثبوته، فمرجع الأمر فيها إلى شئ واحد وهو ثبوت الفراش إلا أنه في الزوجة يظهر غالباً لغير الزوج بحضور العقد وعلمه بإمكان وصوله إليها، وفي الأمة لا يظهر في الغالب إلا منه لأن الوطاء من الأمور المستورة فلا يكشف إلا عنه الاقرار به إن لم يتفق الاطلاع عليه بالبينة نادراً.

(والثاني) أن ولد الزوجة حيث كان محكوماً به للزوج ظاهراً لم ينتف عنه بنفيه بل لا بد من اللعان وولد الأمة ينتف بغير لعان، والسر فيه أن الولد الذي يظهر للزوج كونه منفيًا عنه يليق بالحكمة الإلهية أن يجعل له الشارع الحكيم منهجاً واضحاً إلى نفيه ليخرج عنه من ليس منه ولما جعل الولد الزوجة طريقاً إلى النفي باللعان وخصه بالزوجين بقوله تعالى "والذين يرمون أزواجهم" فلا بد من طريق آخر يتوصل به لنفي ولد الأمة حيث يقتضي الحال نفيه، فإذا لم يمكن باللعان وبقي على الأصل اللاحق كما لو تعذر اللعان حيث أشعر لزم

أن يكون ولد الأمة أقوى اتصالاً وأحسن حالاً من ولد الزوجة الدائمة، فشرع لذلك انتفاؤه بمجرد نفيه من غير لعان إذ ليس هناك طريق آخر. ومخالفونا لما وافقونا على أن ولد ملك اليمين لا ينتفى باللعان واختلفوا في طريق نفيه إذا علم انتفاؤه، فمنهم من سد الطريق عن نفيه نظراً إلى أن الولد للفراش وليس هناك طريق إلى النفي، ومنهم من أجرى فيه اللعان للضرورة حذراً من أن يكون أقوى من ولد الزوجة، ومنهم من نفاه بيمينه. وعلى تقدير صيرورتها فراشا بالوطء - كما هو القول الثاني - هل يستمر ذلك ما دامت على ملكه؟ أم يختص الحكم بالولد الذي يمكن تولده من ذلك الوطء خاصة حتى لو أتت بولد بعد أقصى الحمل من الوطء الذي ثبت بإقراره أو بالبينة لا يتحقق الإلحاق به من غير الاعتراف؟ وجهان بل قولان:

من حصول شرط الفراش وهو الوطء، فينزل منزلة العقد الدائم على الحرة، لأن وطء الأمة إما تمام السبب للفراشية أو شرط فيها، فعلى التقديرين فيصير الفراش به كالعقد، فيستمر الحكم حينئذ كاستمرار حكم الفراش في العقد، ولا يشترط بعد ذلك ظهور وطء يلحق به الولد.

ومن ضعف فراشية الأمة دلالة تلك النصوص الموجبة للإلحاق الولد به على كونه مولوداً في زمن يمكن تولده من ذلك الوطء فيبقى غيره على الأصل ولا إشكال في انتفائه عنه بنفيه، وتظهر الفائدة لو لم ينفه، فهل يتحقق الإلحاق به ظاهراً بسببية الوطء السابق؟ أم يتوقف على الإقرار به؟ بينى على الوجهين، والأقوى الثاني وإن لم يحكم بفراشيتها بالوطء، فمقتضى كلام المحقق والعلامة ومن تبعهما وقبلهما الشيخ أنه لا يلحق ولدها به إلا بالإقرار به وإن أقر بوطئها أو ما أقامت عليه البينة، وهذا الذي يناسب الحكم بعدم الفراش لأن الأصل عدم انتسابه إليه بدون الإقرار.

وقال فخر المحققين في شرح قواعد أبيه: إن معنى كونها ليست فراشا أنه لا يلحق به الولد إلا بإقراره به أو بوطئها وإمكان اللحق به. وكأنه حاول

بذلك الجمع بين كلام الأصحاب وحكمهم بعدم فراشيتها مطلقا وبين حكمهم في باب أحكام الأولاد بلحوق ولد الأمة بالمولى الواطئ، وأنه يلزمه الاعتراف به حيث يمكن كونه منه. ولو وطأها غيره ألحق به دون الغير من غير تقييد بالاقرار به، فجعل مستند ذلك الوطء الواقع من المولى مجريا له مجرى الاقرار به من غير أن يعلم بكونه واطئا، وضعف بأن إلحاقه مع وطئه لها من لوازم الفراش كما سبق، فعند جعله مرتبا على عدمه بلزوم الفرق بين الفراش وغيره إلا إذا جعل هذا الوطء الموجب للفراش كافيا في إلحاق الولد به بعد ذلك، وإن لم يمكن استناده إلى ذلك الوطء الشخصي الثابت كما هو أحد الاحتمالين في المسألة فيجعل هذا الوطء القائم مقام الاقرار هو الوطء الذي يمكن استناده إلى الولد إليه (١) ومع ذلك ففيه مخالفة لما ذكروه الجميع في معنى الفراش لاطباقهم على أن فائدة لحقوق الولد به مع إمكانه وإن لم يعترف به وعدم لحوقه بمن لم تكن فراشا إلا بإقراره. والوجه أن الاكتفاء بالوطء في هذا القسم ليس في محله وإنما محله على تقدير كونها فراشا لأن الوطء لا بد من العلم به ليتحقق كون الأمة فراشا. وأما ما ذكروه في باب إلحاق الأولاد فهو منزل على أن ذلك الحكم الذي يلزم المولى فيما بينه وبين الله تعالى بمعنى أنه إذا وطأ الأمة وطء يمكن إلحاق الولد به يجب عليه الاعتراف به واستلحاقه ولا يجوز له نفيه عنه بتهمة إلا على تلك الرواية الشاذة. وأما بالنسبة إلينا فلا يحكم بإلحاقه به ما لم يعترف به حيث لا نحكم بكونها فراشا.

وهكذا القول فيما لو وطأها المولى وغيره فإنه نحكم به للمولى دون الغير حيث يكون وطؤه فجورا، ولكن بالنسبة إلينا لا نحكم به له إلا باعترافه به. وكذا القول في ولد المتعة فإنه لا تجتمع النصوص الدالة على الإلحاق، وتحتمه بمجرد العقد والوطء وبكونها ليست فراشا إلا بالاقرار والوطء وإلا يلزم

(١) كذا ولعل الصحيح "استناده الولد إليه".

زيادة ولد المتعة على ولد الزوجة لنفي اللعان فيها كما سمعت من تلك النصوص وقد سرى هذه الوهم والاشكال في نفوس أقوام من مشايخنا منهم شيخنا صاحب هذا الكتاب في أحكام المتعة. فحكم بخصوصية المتعة بالالحاق على كل حال، وأنه لا ينتفي عنه أبدا لعدم صلاحية اللعان فيها، ولاعلان تلك الصحاح بالتغليظ في الالحاق مثل صحيحة محمد بن مسلم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قلت

له: أرأيت إن حملت - يعني المتمتع بها - قال: هو ولده ".
وصحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع (٢) " قال: سألت رجل الرضا عليه السلام وأنا أسمع عن الرجل يتزوج المرأة متعة ويشترط عليها أن لا يطلب ولدها، فتأتي بعد ذلك بولد فينكر الولد، فشدد في ذلك وقال: يجحد! وكيف يجحد؟ إعظاما لذلك، قال: فإن اتهمتها؟ قال: لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مأمونة ".
وفي صحيحة ابن أبي عمير (٣) وغيره فيها " قال: الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء، إلا أنه إذا جاء ولد لم ينكره، وشدد في إنكار الولد ".
والجمع بما ذكرناه أوجه وأحسن لئلا يطرح أحد الدليلين.
ومن شرائطه أيضا أنه لا يصح إيقاعه إلا عند السلطان العادل أو من ينصبه لذلك ولو عموما. ولو تراضيا برجل فلاعن بينهما ففي وقوع اللعان صحيحا جاريا عليهما بنفس الحكم أو يعتبر رضاهما بعد الحكم في لزومه قولان، المشهور جوازه، والمراد بالعامي هنا هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى حال حضور الإمام لكنه منصوبا من قبله لا عموما ولا خصوصا، وسماه عاميا بالإضافة إلى المنسوب لأنه خاص بالنسبة إليه

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٧٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٨ ب ٣٣ ح ١ وفيه اختلاف يسير.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٨ ب ٣٣ ح ٣ وفيهما " فإن اتهمها ".

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٤ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٩ ب ٢٣ ح ٥.

ويدل على أصل الحكم عندهم الأخبار الواردة في القضاء النافية للتحاكم عند غير الإمام ومن نصبه الإمام لأنه حكم شرعي يتعلق به كفيات وأحكام وهيئات فتناط بالإمام وخليفته لأنه المنسوب لذلك كما في المختلف، ولأن الحد يقيمه الحاكم فكذا ما يدرأه.

ولصحيح محمد بن مسلم (١) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الملاعن والملاعنة

كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة " الحديث. وصحيح البيهقي (٢) وحسنه عن الرضا عليه السلام " قال: قلت له: كيف الملاعنة؟ قال: يعقد الإمام ويجعل ظهره إلى القبلة ويجعل الرجل عن يمينه والمرأة عن يساره " .

وما روي مرسلًا (٣) في بعض الأصول المعتمدة عن الصادق عليه السلام من قوله " واللعان أن يقول الرجل لامرأته عند الوالي: إني رأيت رجلا مكان مجلسي منها، أو ينتفي من ولدها فيقول ليس مني، فإذا فعل ذلك تلاعنا عند الوالي " . وقوله عليه السلام (٤) " والملاعنة أن يشهد بين يدي الإمام أربع شهادات " . وكذا ما أرسل (٥) عنه صلى الله عليه وآله وعن أمير المؤمنين عليه السلام من قولهما " إذا تلاعن

المتلاعنان عند الإمام فرق بينهما " .

أما ما ذهب إليه المشهور من أنهما لو تراضيا بالفقيه الجامع حال الحضور فلاعن بينهما جاز فربما يستدعي عليه بعمومات الأخبار وبإطلاق لفظ الإمام على الفقيه الجامع لشرائط الفتوى حال الحضور والغيبة، إلا أنه لم يصرح في المبسوط

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٤ .
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٦ ح ٢ وفيه " أصلحك الله كيف "، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٢ وفيهما " والمرأة والصبي " .
(٣) دعائم الإسلام ج ٢ ص ٢٨١ ح ١٠٥٩ وفيه " ليس هذا معنى " .
(٤) دعائم الإسلام ج ٢ ص ٢٨١ ح ١٠٦٠ .
(٥) دعائم الإسلام ج ٢ ص ٢٨٢ ح ١٠٦١ .

والوسيلة بكونه عن العامة، وزاد في المبسوط أنه يجوز عندنا وعند جماعة، وقال بعضهم لا يجوز، وهو مشعر بالاتفاق، مع أنه قال قبل ذلك: اللعان لا يصح إلا عند الحاكم أو من يقوم مقامه من خلفائه. وقال أيضا: اللعان لا يصح إلا عند الحاكم أو خليفته إجماعا فلعله إذا لم يحصل التراضي بغيره، والمراد بالحاكم الإمام وخلفاؤه، فيعم الفقهاء في الغيبة وبمن تراضيا عليه من الفقيه في الغيبة إذ لا يجوز عند كل من تراضيا عنده إلا إذا لم يمكن الحاكم أو منصوبه. وجعلهما في المختلف قولين واختار عدم الجواز إلا عند الحاكم أو من ينصبه، وتردد في التحرير. وبالجملة: فينبغي القول بصحة إيقاعه من الفقيه في زمن الغيبة لأنه المنصوب من قبل الإمام للأحكام والحوادث والحدود وأخذ الحقوق لعموم النصوص من الكتاب والسنة، والوالي بل الإمام له، على أن خبري الإمام بالتعريف من النصوصية في امتناعه من غيره بل الظاهر العدم، فثبت حكم اللعان إذا تلاعنا عند مستكمل الشرائط في زمن الحضور وإن لم يكن منصوبا لجعله له حاكما فيلزمان بحكمه ولا يعتبر رضاهما بعد الحكم، وسيجئ تحقيق هذه المسألة في أحكام القضاء.

الفصل الثالث في الكيفية:

وصورته أن يقول الرجل أربع مرات: أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما قذفتها به، مع تعيينها بحيث تتميز عن الغير بالإشارة إن كانت حاضرة وبالأوصاف مع الغيبة إن كان اللعان للذف. وإن كان لنفي الولد خاصة فليقل في أن هذا الولد ليس مني وإن جمع بينهما، ثم يعظه الحاكم ويخوفه من لعنة الله إذا تمت الأربع ويقول له: إن كان حملك على ما قلت غيره أو سبب فراجع التوبة، فإن عقاب الدنيا أهون من عقاب الآخرة، ثم يقول له: إن لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين، فإذا قال ذلك انتفى عنه

الحد وانتفى عنه النسب. ثم يقول الحاكم للمرأة: قولي - إن لم تقر بما رماها به - أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانني به أربع مرات، وعليها تعيين الزوج بحيث يمتاز عن غيره، ولا حاجة بها إلى ذكر الولد فإنه انتفى بأيمان الزوج وشهاداته، وإنما تلاعنه لدرء الحد والعذاب عن نفسها، فإذا قالت ذلك وعظها

خوفا من عذاب الله وقال لها: إن عقاب الله في الدنيا أهون من عذاب الآخرة، فإن رجعت إلى الاقرار ونكلت عن اليمين رجمها أو حدها بالجلد إن لم تستكمل شرائط الرجم، وإن أصرت قال لها: قولي إن غضب الله علي إن كان من الصادقين فيما رمانني به، وحينئذ فيعتبر في اللعان أمور:

الأول: التلفظ بالشهادة على الوجه الذي ذكرناه، فلو أبدل صيغة الشهادة بغيرها كشهدت بالله أو أنا شاهد أو أحلف بالله أو أقسم بالله أو أولى أو أبدل لفظ الجلالة بقوله أشهد بالرحمن أو بالخالق ونحوهما لم يقع لأنه خلاف المنقول شرعا. وكذا لو أبدل كلمة الصدق والكذب بغيرها وإن كان بمعناها، كقوله: إني لصادق أو من الصادقين بغير لام التوكيد أو لبعض الصادقين أو أنها زنت. أو قالت المرأة: إنه كاذب أو لكاذب، أو أبدل اللعن بالابعاد أو الطرد ولفظ الغضب بالسخط أو أحدهما بالآخر وإن كان الغضب أشد من اللعن، ولذلك خص بجانب المرأة لأن جريمة الزنا منها أقبح من جريمة القذف، ولأن كل مغضوب عليه ملعون ولا ينعكس.

وتدل على هذه الأحكام والتفاصيل النصوص التي جاءت في بيان الكيفية، وقد تقدم منها الأخبار التي ذكرناها في سبب النزول مثل صحيحة ابن الحجاج (١). وأما ما وقع من التعبير عن الشهادات بالله لمرسلة الفقيه (٢) حيث قال: وفي خبر آخر " ثم يقوم الرجل فيحلف أربع مرات بالله إنه لمن الصادقين فيما رماها

(١) الفقيه ج ٢ ص ٣٤٩ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٦ ب ١ ح ١.
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٧ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير.

به، ثم يقول له الإمام: اتق الله فإن لعنة الله شديدة، ثم يقول للرجل: قل لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به، ثم تقوم المرأة فتحلف أربع مرات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به، ثم يقول لها الإمام: اتقي الله فإن غضب الله شديد، ثم تقول المرأة: غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به، فإن نكلت رجمت ويكون الرجم من ورائها ويتقى الوجه والفرج، وإن كانت المرأة حبلى لم ترجم، وإن لم تنكل درى عنها الحد وهو الرجم، ثم يفرق بينهما فلا تحل له أبدا " الحديث، فمنزل على الشهادات المذكورة إرجاعا للمطلق لما يقيد به والمجمل لما يفسره.

وقد تقدم خبر زرارة (١) في تفسير الآية وفيه " وإن أبى إلا أن يمضي فيشهد عليها أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة يلعن فيه نفسه إن كان من الكاذبين، وإن أرادت أن تدرأ عن نفسها العذاب - والعذاب هو الرجم - شهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين

فإن لم تفعل رجمت وإن فعلت درأت عن نفسها الحد ثم لا تحل له إلى يوم القيامة " . وفي رواية الفضيل (٢) المعتبرة بل الصحيحة " قال: سألته عن رجل افترى على امرأته، قال: يلاعنها، فإن أبى أن يلاعنها جلد الحد " وساق الحديث إلى أن قال: " والملاعنة أن يشهد عليها أربع شهادات بالله إنى رأيتك تزني والخامسة يلعن فيها نفسه إن كان من الكاذبين، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين " .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٢ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٨ ب ١ ح ٧ .
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٧ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١ ح ٨ وفيهما " رأيتك تزني " وفي التهذيب " والخامسة يلعن نفسه إن كان من الكاذبين، فإن أقرت رجمت، وإن أرادت أن تدرأ عن نفسها العذاب شهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة... " . وكذا في الوسائل مع اختلاف يسير.

وفي رواية تفسير النعماني (١) التي مر ذكرها في سبب النزول مسندة إلى علي عليه السلام ومرسلة كما في تفسير القمي (٢) كما قد سمعت وفيها " أن رسول الله

صلى الله عليه وآله قال لعويمر الذي هو سبب النزول: اشهد أربع شهادات، فشهد أربع شهادات

بالله إنه لمن الصادقين و الخامسة أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم شهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله:

العني نفسك في الخامسة، وشهدت وقالت في الخامسة أن لعنة الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به، فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وآله: اذهبا ".
الثاني: قيام كل منهما عند لفظه كما عليه جماعة من القيام (٣) منهم الشيخ في المبسوط والصدوق قبله، لما رواه الصدوق في الصحيح عن البنظي (٤) عن الرضا عليه السلام " قال له: أصلحك الله كيف الملاعنة؟ قال: يقعد الإمام و يجعل ظهره إلى القبلة و يجعل الرجل عن يمينه والمرأة والصبي عن يساره ".

قال: وفي خبر آخر (٥) " ثم يقوم الرجل فيحلف أربع مرات " إلى أن قال: " ثم تقوم المرأة فتحلف أربع مرات ". وبقضية عويمر فيما روته العامة والخاصة حيث قال: إنه صلى الله عليه وآله أمر عويمرا بالقيام فلما تمت شهادته أمر امرأته بالقيام.

والمشهور بين الأصحاب وإليه ذهب الشيخ في الفقيه والمفيد وأتباعهما وأكثر المتأخرين إلى أنهما يكونان قائمين عند تلفظ كل منهما لصحيحة عبد الرحمن ابن الحجاج (٦) التي مر ذكرها في نزول الآية وفيها " قال أبو عبد الله عليه السلام: " وحكى قصة الرجل الذي جاء إلى النبي صلى الله عليه وآله و أخبره عن أهله إلى أن قال:

(١) المحكم والمتشابه ص ٧٢ ط دار الشبستري - قم، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١ ح ٩.

(٢) تفسير القمي ج ٢ ص ٩٨.

(٣) كذا ولعل الصحيح " القوم ".

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٦ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٢.

(٥) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٧ ج ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٣.

(٦) التهذيب ج ٨ ص ١٨٤ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٦ ب ١ ح ١.

" فأوقفهما رسول الله صلى الله عليه وآله ثم قال للزوج: اشهد أربع شهادات ".
وصحيحة محمد بن مسلم (١) " قال: سألته عن الملاعن والملاعنة كيف يصنعان؟
قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلا بحدائه ويبدأ بالرجل
وليسا بنصين على اجتماعهما في القيام.
وفي صحيحة علي بن جعفر (٢) عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن الملاعنة
قائما يلاعن أو قاعدا؟ فقال: الملاعنة وما أشبهها من قيام " فهو دال على وجوب
القيام في الجملة كما هو مذهب الأكثر.

ونص ابن سعيد على استحبابه ولم يتعرض له الصدوق في الهداية والمحقق
في النافع، وربما لم يوجبه أيضا، ولعله للأصل وعدم نصوصية ما ذكر في الوجوب
وقد أرسل في بعض الكتب (٣) عن الصادق عليه السلام " أنه قال: والسنة أن يجلس
الإمام

للمتلاعنين ويقيمهما بين يديه كل واحد منهما مستقبلا القبلة ".
لكن في صحيحة البنزطي (٤) " جعل الرجل عن يمينه والمرأة والصبي عن يساره ".
وباقى الأخبار كونهما بين يديه، ولا منافاة لأن كونهما بين يديه لا ينافي كون
أحدهما عن اليمين والآخر على اليسار.

الثالث: النطق بالعربية مع القدرة كلا أو بعضا، موافقة للنصوص وظاهر
القرآن وظاهر الأصحاب، ويجوز مع التعذر النطق بغيرها للضرورة وحصول
الغرض من الأيمان، فيقتصر الحاكم إن لم يعرف لغتهما إلى مترجمين عدلين، ولا
يكفي الواحد ولا غير العدل كما في سائر الشهادات، ولا يشترط الزائد فإن الشهادة
هنا إنما هي على قولهما لا على الزنا، خصوصا في حقها فإنها تدفعه عن نفسها،

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٤.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٨ ب ١ ح ٦.

(٣) دعائم الإسلام ج ٢ ص ٢٨١ ح ١٠٦٠.

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٦ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٢.

وللعامة قول باشرط أربعة شهود.
الرابع الترتيب، فيبدأ الرجل أولاً بالشهادات ثم اللعن وتعقب المرأة،
للنصوص المتقدمة المستفيضة.
فمنها صحيحة محمد بن مسلم وفيها " ويبدأ الرجل ثم المرأة " وكذا صحيحة
عبد الرحمن بن الحجاج وخير تفسير النعماني وغيرهما من الأخبار الحاكية
للكيفية، فما أطلق يحمل على المفصل، فلو بدأت المرأة لم يجز للنصوص ولأنها
إنما تلاعن لدرء الحد عن نفسها ولا حد عليها ما لم يلاعنها الزوج، وللعامة
قول بجواز تقديمها.
الخامس: الموالاتة بين الكلمات أي الشهادة، فإن تخلل فصل طويل لم يعتد
بها اقتصاراً في خلاف الأصل على الواقع بحضرته، وللأخبار الحاكية للكيفية،
نعم يفصل الخامسة بوعظ الإمام وكذلك لها.
السادس: إتيان كل منهما باللعان بل إلقاؤه عليه، فلو بادر قبل أن
يلقيه عليه الإمام لم يصح لأنه يمين، فلو بادر به كان لغوا كما لو حلف قبل
الاحلاف، وللأخبار المبينة لكيفية الملاعنة فإنها تضمنت ولأن الحد لا يقيمه
إلا الحاكم فكذا ما يدرأه.
السابع: أن يبدأ أولاً بالشهادات ثم باللعن علي الترتيب المذكور في
الأخبار، وكذا المرأة مقدمة الشهادات على الغضب، فلو قدم على الشهادة أو
قدمت الغضب عليها لغي لما ذكر، ولأن المعنى إن كان من الكاذبين في الشهادات
الأربع فاعتبر تقديمها خلافاً لبعض العامة.
وأما المندوبات فأمر سبعة:
الأول: جلوس الحاكم مستدبر القبلة ليكون وجههما إليها فيكون أدخل
في التغليظ، وتدل عليه صحيحة محمد بن مسلم وصحيحة البنظي، حيث قال في
الأولى " يجلس الإمام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلي القبلة " وفي

الثانية " ويجعل ظهره إلى القبلة " وأما وجههما إليها فيدل عليه ذلك الصحيحان أيضا والمرسل عن الصادق عليه السلام.

الثاني: وقوف الرجل عن يمين الحاكم والمرأة عن يمين الرجل، وظاهر صحيحة البنظري كما سمعت كون المرأة عن يساره أي يسار الإمام والصبي معها أيضا، واحتمل بعضهم في الضمير أن يكون عائدا للرجل فيتخالف الضمائر، وهذا إن قاما معا.

الثالث: وعظ الحاكم وهو ثقة بعد الشهادات قبل اللعن للرجل وكذا المرأة قبل الغضب كما فعله صلى الله عليه وآله في قضية النزول وغيرها من الأخبار. الرابع: التغليظ بالمكان بأن يلاعن بينهما في أشرف البقاع وفي أرض الملاعنة، فإن كان بمكة فبين الركن والمقام وهو الحطيم لدلالة الأخبار على أنه أشرف البقاع، وإن كان في المدينة فعند منبر الرسول ويدل عليه تفسير النعماني عن علي عليه السلام ومرسل تفسير القمي حيث أمر عويمر أن يتقدم مع امرأته إلى المنبر، والعامّة قد رووا أنه على المنبر، ولا عبرة بما رووه، قالوا: وإن كان في سائر الأمصار ففي الجامع، ولم نقف لهذا التعميم على مستند.

الخامس: التغليظ بالزمان بأن يلاعن بعد صلاة العصر، قال في المبسوط: لقوله تعالى " تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله " (١) قيل في التفسير: بعد العصر. وروي (٢) " أن النبي صلى الله عليه وآله قال: من حلف بعد العصر يمينا كاذبة ليقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان " وفي هذا الاستدلال نظر. والأولى الاستدلال بما رواه النعماني في تفسيره (٣) عن علي عليه السلام والقمي (٤)

(١) سورة المائدة - آية ١٠٦.

(٢) الفقيه ج ٤ ص ٧ في المناهي، الوسائل ج ١٦ ص ١٢١ ب ٤ ح ١٤ وفيهما " يمين كاذبة صبرا " وليس فيهما " بعد العصر ".

(٣) المحكم والمتشابه ص ٧٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١ ح ٩.

(٤) تفسير القمي ج ٢ ص ٩٨.

في تفسيره مرسلا كما في قضية النزول لقوله " فوافوا رسول الله صلى الله عليه وآله وهو

يصلي العصر فلما فرغ أقبل عليهما وقال لهما: تقديما إلى المنبر فتلاعنا ".
وأياضا قد جاء في تفسير تلك الآية - أي آية الوصية - تفسير الصلاة بصلاة
العصر كما في بصائر الدرجات (١) لسعد بن عبد الله وفي تفسير النعماني (٢) أيضا
عن
علي عليه السلام (٣).

السابع: جمع الناس لهما من التغليظ الموجب للارتداع ولأنه قائم مقام
الحدود، وقد أمر فيه بأن يشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ولأنه صلى الله عليه وآله
لاعن

بين عويمر وزوجته في المسجد بعد فراغه من صلاة العصر بمحشد من الناس.
المقصد الثالث: في الأحكام
وهو مشتمل على مسائل:

الأول: إذا قذف زوجته المدخول بها بزنا قد عاينه حيث يثبت اللعان
مستكمل الشرائط ولم يتم البينة تعلق به وجوب الحد عليه لدخوله في عموم
" الذين يرمون المحصنات " فإذا لاعن تعلق بلعانه بعد كماله وقبل لعان المرأة
سقوط الحد عنه ووجوبه في حق المرأة لقوله تعالى " ويدراً عنها العذاب "
والعذاب هو الحد كما تضمنته الأخبار السابقة مثل رواية زرارة الواردة في تفسير
الآية، وغيرها من الأخبار، وسند كرها، وقد تضمنت ذلك الإيجاب.
وعن أبي حنيفة: إن قذف الزوج يوجب اللعان، فإن امتنع حبس حتى
يلاعن، فإذا لاعن وجب عليها اللعان فإن امتنعت حبست حتى تلاعن.
ويدل على هذا الحكم على مذهبننا رواية زرارة (٤) التي مر ذكرها في

(١) بصائر الدرجات ص ٥٥٤.

(٢) المحكم والمتشابه ص ٧٦.

(٣) والظاهر وقع سقط هنا وهو " التغليظ بالقول " بقريئة ترك الأمر السادس.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٨٤ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٨ ب ١ ح ٧.

تفسير الآية حيث قال فيها " فإذا قذفها ثم أقر أنه كذب عليها جلد الحد وردت إليه امرأته. فإن أبي إلا أن يمضي فيشهد عليها أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن يلعن فيها نفسه إن كان من الكاذبين، وإن أرادت أن تدرأ عن نفسها العذاب - والعذاب هو الرجم - وشهدت أربع شهادات " وقال فيها أيضا " فإن لم تفعل رجمت وإن فعلت درأت عن نفسها الحد "

وفي صحيحة الفضيل (١) المتقدمة " فإن أبي أن يلاعنها جلد الحد وردت إليه امرأته " وقال فيها " فإن أقرت رجمت، وإن أرادت أن تدرأ عنها العذاب شهدت أربع شهادات بالله "

وفي مرسلة (٢) الفقيه المتقدمة " فإن نكلت رجمت، فيكون الرجم من ورائها " وقال فيها أيضا " فإذا كانت المرأة حبلى لم ترجم وإن لم تنكل درئ عنها الحد وهو الرجم "

وفي خبر محمد بن الفضيل (٣) عن أبي الحسن عليه السلام " قال: سألته عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه، فقال: يرد عليه ولده، وقال: إذا كذب نفسه جلد الحد "

وهذا وإن كان ظاهره عود الحد عليه إذا كذب نفسه ولو بعد اللعان لكن يجب حمله على قبل اللعان كما حمله شيخ التهذيبيين أو يحمله الحد فيه على التعزير.

الثانية: أنه يتعلق بلعانهما معا بالاجماع أمور أربعة: الفرق فلا تصير فراشا ولا يغني عنه ذكر التحريم المؤبد إذ تحرم مؤبدا ولا فراغ كالمفضاة قبل التسع والتحريم المؤبد فلا تحل عليه أبدا، وسقوط الحدين عنهما، وانتفاء الولد عن

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٧ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١ ح ٨.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٧ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ ح ٣.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٤ ح ٤٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠١ ب ٦ ح ٦ وفيهما " هل يرد عليه ولده؟ فقال: إذا أكذب نفسه "

الرجل إن كان نفاه دون المرأة، ولو كان الزوج عبدا وشرط مولاه رقية الولد من زوجته المرأة الحرة وأجزنا الشرط كما هو المشهور أو على مذهب الإسكافي ففي حرته أولا عن الأب لنفيه إشكال من انتفائه عنه شرعا، ومن أنه حق لغير المتلاعنين فإنه يؤثر فيه اللعان مع ثبوت حكم الفراش ظاهرا، وكذا الاشكال في العكس إذا كانت الزوجة أمة والزوج حرا لغير شرط الرقية مع انتفائه عنه شرعا مع كونه نماء مملوكة فيكون رقا لمالكها ومن أن اللعان إنما أثر في انتفاء نسبه من الملاحن، وأما تأثيره في الحرية التي هي حق الله وحق الولد فغير معلوم مع تغليب الحرية، ولا تفتقر الفرقة فيه إلى تفريق الحاكم بينهما بل تحصل عندنا، وكذا سائر الأحكام واللوازم بنفس اللعان.

وتدل على هذه الأحكام ما قدمناه من الأخبار وغيرها مثل قوله في رواية زرارة " وإن فعلت عن نفسها الحد، ثم لا تحل له إلى يوم القيمة، قلت: رأيت إن فرق بينهما ولهما ولد فمات، قال: ترثه أمه، وإن ماتت أمه ورثه أخواله ". وقال في صحيحة الفضيل " وإن لاعنها فرق بينهما ولن تحل له إلى يوم القيامة " وقال أيضا فيها " فإن كان انتفى من ولدها الحق بأخواله ". وقال في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج بعد ذكر الملاعنة بينهما في قضية النزول قال " ففرق بينهما وقال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبدا بعد ما تلاعنتما ". وقال أيضا في رسالة الفقيه " ثم يفرق بينهما لا تحل له أبدا ". وقال في رواية تفسير النعماني ومرسلة القمي في قضية عويمر بعد أن لاعن بينهما صلى الله عليه وآله " اذهبا فلن تحل لك ولن تحلي له أبدا ". وقد تقدم في محرمات النكاح على سبيل التأييد أخبار كثيرة من الصحاح وغيرها أن الملاعنة لا تحل له أبدا، ولا تحصل الفرقة عندنا بلعان الزوج خاصة لتعليقه على التلاعن في الأخبار، بل هي مصرحة بردها إليه بعد إقامة الحد عليها

خلافًا لبعض العامة، فرتب على لعانه وحدة الفرق والحرمة أبدا وانتفاء النسب. ولو فرق بينهما قبل إكمال لعانهما كان التفريق لغوا عندنا وإن كان بعد لعان ثلاث مرات من كل منهما أربعة تمام لعانه وثلاث من لعانها أو بعد اختلال شيء من ألفاظ اللعان الواجبة خلافًا لأبي حنيفة فاكتفى بالأكثر. الثالثة: فرقة اللعان عندنا فسخ لاطلاق لانتفاء ألفاظه خلافًا لأبي حنيفة، ولو كان طلاقاً لوجب فيه ألفاظه واعتبرت شرائطه من الطهر والسلامة من الحيض وشهادة الشاهدين ولم تحرم مؤبدا ابتداءً، ولا يعود الفراش عندنا لو أكذب نفسه بعد كمال اللعان لإعلان النصوص بزواله بالتلاعن وخصوص صحيحة الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الملاعنة التي يرميها زوجها ويتنفي من ولدها ويلاعنها

ويفارقها ثم يقول بعد ذلك الولد ولدي ويكذب نفسه، فقال: أما المرأة فلا ترجع إليه أبداً، وأما الولد فإنني أردته إليه إذا ادعاه ". وخبر محمد بن الفضيل (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام وقد تقدم عن قريب، وفيه " أنه إذا أكذب نفسه جلد الحد ورد عليه ابنه ولا ترجع إليه امرأته أبداً ". وخبر أبي الصباح الكناني (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجل لاعن

امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه بعد الملاعنة وزعم أن الولد ولده، قال: لا ولا كرامة، لا يرد عليه ولا تحل له إلى يوم القيامة " وحمل الشيخ عدم رد الولد لما ثبت من رده عليه بالرجوع على الرد الصحيح من الطرفين بحيث يتوارثان، وليس كذلك هنا كما سيحى. وخبر أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام وفيه بعد السؤال عن ولد الملاعنة ومن

-
- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٧ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٩ ب ٦ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٤ ح ٤٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠١ ب ٦ ح ٦ وفيهما " عن أبي الحسن عليه السلام ".
(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٤ ح ٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠١ ب ٦ ح ٥.
(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٩٥ ح ٤٤، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠١ ب ٦ ح ٧.

يرثه " قلت: أرأيت إن ادعاه أبوه بعد ما لاعنها، فقال: أردده عليه ولا تحل له أمه إلى يوم القيامة " فلا يحل له بتكذيبه نفسه تجديد العقد عليها لصراحة الأخبار بالتأييد خلافا لأبي حنيفة.

الرابعة: لو أكذب نفسه في أثناء اللعان أو نكل عنه أو عن إتمامه ثبت عليه الحد بالقذف ولم يثبت شيء من أحكام اللعان من سقوط الحد عنه والأحكام الباقية. ففي صحيحة علي بن جعفر (١) عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات بالله ثم نكل في الخامسة، قال: إن نكل في الخامسة فهي امرأته وجلد الحد، وإن نكلت المرأة عن ذلك إذا كانت اليمين عليها فعليها مثل ذلك " .

وموثقة عباد بن صهيب (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل أوقفه الإمام للعان، فشهد شهادتين ثم نكل وأكذب نفسه قبل أن يفرغ من اللعان، قال: يجلد حد القاذف ولا يفرق بينه وبين امرأته " .

وصحيحة الحلبي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث " سئل عن الرجل يقذف امرأته، قال: يلاعنها ثم يفرق بينهما فلا تحل له أبدا، فإن أقر على نفسه قبل الملاعنة جلد حدا وهي امرأته " .

الخامسة: لو أكذب نفسه بعد اللعان سقط الحد وبقيت هي على التحريم المؤبد ولحق به الولد لأخذه بإقراره، لكن فيما له لاقراره أولا بالانتفاء منه، ولذا يرثه الولد ولا يرثه الأب ولا من يتقرب به، وترثه الأم ومن يتقرب بها أكذب نفسه أم لا .

وفي صحيحة الحلبي المتقدمة وغيرها من الأخبار التي قدمناها " أما الولد

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٢ ب ٣ ح ٣ وفيهما " عن أخيه أبي الحسن " .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٣ ح ٥ و ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٢ ب ٣ ح ١ و ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٣ ح ٥ و ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٢ ب ٣ ح ١ و ٢ .

فإني أردت إليه إذا ادعاه ولا أدع ولده وليس له ميراث، ويرث الابن الأب ولا يرث الأب الابن، يكون ميراثه لأخواله، فإن لم يدعه أبوه فإن أخواله يرثونه ولا يرثهم " إلى غير ذلك من الأخبار وهي كثيرة. وقوله عليه السلام " ولا يرثهم " موافق لعدة من الأخبار، وقد عمل بها الشيخ وجماعة. وفي عدة أخرى " يرثونه ويرثهم " وعمل عليها المشهور، وتحقيق ذلك سيحى في الميراث.

أمكن في ثبوت الحد عليه بالتكذيب بعد اللعان قولان لاختلاف الروايات، ففي صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام " في رجل لاعن امرأته وهي حبلى قد استبان حملها وأنكر ما في بطنها، فلما وضعت ادعاه وأقربه وزعم أنه منه، فقال: يرد عليه ابنه ويرثه ولا يجلد لأن اللعان قد مضى " وكذا جاء في خبرين آخرين للحلبي من الحسن والآخر من الموثق أو من الضعيف، وهذا خيرة النهاية والتهذيب.

وفي خبر محمد بن الفضيل (٢) " أنه سأل الكاظم عليه السلام عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه هل يرد عليه ولدها؟ قال: إذا أكذب نفسه جلد الحد ويرد عليه ابنه ولا ترجع إليه امرأته ".

وقد اختار هذا المذهب شيخنا في المقنعة والمبسوط واستقر به العلامة في القواعد لما فيه من زيادة هتكها وتكرار قذفها وظهور كذب لعانه مع أنه ثبت عليه الحد بالقذف، فيستصحب إلى أن يعلم المزيل ولا يعلم زواله بلعان ظهر كذبه، والأخبار الأولية إنما نفت الحد إذا أكذب فيما رماها به من الزنا كما هو صريح المبسوط، وفيه نظر، لما عرفت من أن تلك الصحاح إنما نفت الحد عنه لمكان اللعان، فلا معنى لهذا التخصيص، فإن عاد عن إكذاب نفسه وقال لي

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٥ ح ١٣، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٠ ب ٦ ح ٤.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٤ ح ٤٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠١ ب ٦ ح ٦.

بينه أقيمها أو لاعن ثانيا لم يقبل منه، لأن البينة واللعان لتحقيق ما قاله وقد أقر بكذب نفسه، والعقلاء مأخوذون بإقرارهم على أنفسهم، والبينة إنما تسمع إذا لم يكذبها قوله أو فعله، ولو اعترف بالولد بعد موته لم يرث منه كما لو اعترف به في حياته ثم مات، ولا يفيد هذا الاعتراف في حق الولد شيئا، ولو لم يكذب نفسه ولا لاعن ثبت عليه الحد كما سمعت، فإن أقيم عليه بعضه فبذل اللعان أجيب إليه الخبر " ادروا الحد بالشبهات " وكما أن اللعان يدرأ تمام الحد فأولى أن يدرأ بعضه.

السادسة: لو قذفها فأقرت قبل اللعان سقط الحد عنه بالمرة ولا يجب عليها الحد إلا بأربع مرات ولو كان هنا نسب لم ينتف إلا باللعان، وللزوج أن يلاعن بنفسه على إشكال إن لم تدع الزوجة النسب فإنه لا ينافي الاقرار بالزنا، وإذا ادعته فلا إشكال في ثبوت اللعان وإنما يشكل الأمر إذا صادفته على الانتفاء أو سكت أو اعترفت بالجهل واحتمال الأمرين.

فعلى هذا إذا تصادقا على الزنا وعلى كون الولد ليس منه لا يوجب نفي النسب لثبوته بالفراش، وتصادقهما إقرار في حق الغير، فلا يؤثر سقوط اللعان للقذف سقوطه للنسب. ومنشأ الاشكال كون اللعان على خلاف الأصل ولم يظهر لنا ثبوته إلا إذا تكاذبا، ولا تكاذب هنا، ومن أنه إذا علم انتفاء الولد منه وجب عليه نفيه، ولا طريق إلى انتفائه إلا اللعان والصبر إلى بلوغ الولد، واللعان معه لا يجوز إذ ربما مات أو مات الولد قبله أو قبل التمكّن من اللعان، وحينئذ إنما يلتعن الزوج لأنها لا يمكنها اللعان، ولو قذفها فاعترفت ثم أنكرت فأقام شاهدين على اعترافها ففي القبول بها أو بالأربعة إشكال من عموم قوله تعالى " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء " و (١) وأن الغرض إثبات الزنا لهتك العرض ودفع الحد واللعان عنه، وهو خيرة المختلف والمبسوط هنا،

(١) سورة النور - آية ٤.

وفيه أيضا أنه مذهبنا أقر به القبول بها لأنه شهادة على الاقرار لا الزنا، وهو خيرة السرائر والخلاف وموضع آخر من المبسوط لكنه إنما يقبل في سقوط الحد عنه إذ يكفي فيه ثبوت الاقرار لا في ثبوت الحد عليها، فإنه لا يثبت إلا بثبوت الزنا ولا يثبت إلا بأربعة شهود أو الاقرار أربعا.

السابعة: لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان وورث لعدم التلاعن الموجب للبينونة وعليه الحد للوارث لأنه حق آدمي وحقوق الآدميين تورث له وله دفعه باللعان، وفاقا للشيخ وجماعة، ولعلمهم أرادوا به التعانه فإنه ربما لا يكون للوارث الالتعان فإنه يمكنه إذا قذفها بمحصور يمكن الوارث العلم بكذبه والدليل على جواز دفعه باللعان لأنه لا تعلق بسقوط الحد بالتعان الزوجة ليفوت بموتها وإنما يتعلق بالتعانه فله الدفع به.

وفي النهاية والخلاف إنه لولا عنه رجل من أهلها فلا ميراث له ولا حد عليه للاجماع المدعى في الخلاف ولخبر أبي بصير (١) كما في التهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام

" في رجل قذف امرأته وهي في قرية من القرى، فقال السلطان: ما لي بهذا علم عليكم بالكوفة، فجاءت إلى القاضي لتلاعن فماتت قبل أن يتلاعنا، فقالوا هؤلاء: لا ميراث لك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن قام رجل من أهلها مقامها فلا عنه فلا ميراث له، فإن

أبي أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها ".

وخبر عمر وبن خالد بن زيد بن علي (٢) عن آبائه عن علي عليهم السلام " في رجل قذف فخرج فجاء وقد توفيت، فقال، يخير واحدة من اثنتين، فيقال له: إن شئت التزمت نفسك بالذنب فيقام فيك الحد فتعطى الميراث، وإن شئت أقررت فلاعنت أدنى قرابتها إليها فلا ميراث لك ".

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٠ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٨ ب ١٥ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٤ ح ٣٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٨ ب ١٥ ح ٢ وفيهما " قذف امرأته ثم خرج " مع اختلاف يسير.

والأقرب وفاقا للسرائر والمبسوط لا لعان بينه وبين الوارث لأنه خلاف الأصل فيقتصر على موضع اليقين، والخبران ضعيفان يمكن ورودهما مورد التقية فيثبت الميراث وإن لاعن الوارث لعموم آية الإرث، وإنما علم سقوطه لتلاعن الزوجين ولو ماتت قبل إكمال لعانها، شرعت فيه أم لا، فهو كالموت قبل اللعان في الميراث لعدم التلاعن.

ويأتي على قول النهاية ومقتضى هذين الخبرين أنه إن أقام الوارث مقامها ولاعن انتفى الإرث، ولو مات حينئذ ورثت.

الثامنة: لو قذفها ولم يلاعن فحد ثم قذفها به - أعني بعين ما قذفها به أولا - ففي الخلاف والمبسوط لا حد عليه لاتحاد القذف وإن تكرر لفظه فإنما هو تأكيد، ولأصالة البراءة وللإجماع المنقول في الخلاف، والأقرب ما ذهب إليه المحقق من ثبوت الحد لتعدد القذف وإن اتحد المقذوف به، وكذا الخلاف لو تلاعنا، والأقرب سقوطه وفاقا للشيخ والمحقق لأن اللعان بمنزلة البينة والاقرار والنكول، ويحتمل ثبوت الحد لعموم الآية وانتفاء دليل على السقوط، فإن اللعان إنما أسقط الحد بالقذف السابق ولم يسقط المقذوف به بالبينة ولا بالاقرار. ويدل على الحكم الأول وثبوت الحد ثانياً صحيحة شعيب (١) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الكافي والتهذيب " قال: سألته عن رجل قذف امرأته فتلاعنا ثم قذفها

بعد ما تفرقا أيضا بالزنا، عليه حد؟ قال: نعم عليه حد "

أما لو قذفها به الأجنبي فإنه يحد لأن اللعان حجة تختص بالزوج، وإنما تسقط الحصانة في حقه وإن صار فيها باللعان أجنبياً. ولو قذفها فأقرت ولو مرة ثم قذفها به الزوج أو الأجنبي فلا حد لأنها بإقرارها أسقطت الحصانة والحد، والعقلاء يؤخذون بإقرارهم. ولو لاعنها فنكلت ثم قذفها الأجنبي به

(١) الكافي ج ٧ ص ٢١٢ ح ١٠ وفيه " أعليه "، التهذيب ج ٨ ص ١٩٦ ح ٤٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦١١ ب ١٨ ح ١ وما في المصادر " عن شعيب عن أبي بصير "

ففي المبسوط والخلاف لا حد أيضا لأن اللعان والنكول كالبينة، ولا حد في القذف
لما

ثبت بالبينة، والأقرب وفاقا للمحقق ثبوته لعموم آية الرمي ومنع سقوط الحصانة مطلقا.
التاسعة: إذا كانت المرأة غير برزة لا تخرج إلى مجالس الرجال أنفذ الحاكم
إليها من يستوفي في الشهادات عليها في منزلها ولم يكلفها الخروج، وكذا لو كانت
حائضا واللعان في المسجد.

وفي المبسوط: ويستحب أن يبعث معه بأربعة شهود أو ثلاثة لقوله تعالى
" وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ". وروى أصحابنا - كما سيحى في الحدود -
أن أقله واحد، وهذا بناء على عدم حضورهما معا، فلو لاعن في المسجد وهي
على بابه من خارج أو في منزلها جاز، إلا على القول الأظهر من قيامهما عند
الحاكم واشتراط حضورهما كما اقتضته الأدلة التي قدمناها في آية النزول،
و كذلك ما قدمنا من وجوب قيامهما عند الحاكم عند لعان كل منهما.
العاشرة: اختلف في اللعان هل هو أيمان أو شهادات؟ فذهب الشيخ وجماعة
بل هو المشهور إلى الأول لصحته من الفاسق والكافر لقوله تعالى " بالله إنه لمن
الصادقين " و قولها " بالله إنه لمن الكاذبين " ولأن كلا منهما يلاعن لنفسه ولم يشهد
شهادة أحد لنفسه ولأنه لا معنى لكونه من المرأة شهادة وكذا منه، ولصحته
من الأعمى لو اتفقت له المشاهدة قبل العمى، ولو كان من الشهادات لم يصح منه
حال عمائه.

وخالف ابن جنيد فجعله من الشهادات وفاقا للعامة، لظاهر قوله تعالى
" فشهادة أحدهم أربع شهادات " الآية، ولخبر محمد بن سليمان الديلمي (١) المتقدم
مرارا بطرق عديدة حيث " سأل الجواد عليه السلام: كيف صار الزوج إذا قذف امرأته
كانت شهادته أربع شهادات بالله؟ فكيف لا يجوز لغيره صار إذا قذفها غير الزوج
جلد الحد ولو كان ولدا أو أخوا؟ فقال: قد سئل أبو جعفر عليه السلام عن هذا فقال:

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٢ ح ٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ ح ٥ و ٦ وفيهما اختلاف.

ألا ترى إذا قذف الزوج امرأته قيل له: كيف علمت أنها فاعلة؟ قال: رأيت ذلك منها يعني (١) كانت شهادته أربع شهادات بالله، وذلك أنه قد يجوز للزوج أن يدخل المدخل التي لا تصلح لغيره أن يدخلها ولا يشهدها ولد ولا والد في الليل والنهار، و لذلك صارت شهادته أربع شهادات " وساق الحديث إلى أن قال: " وإنما صارت شهادة الزوج أربع شهادات لمكان أربع شهداء كان مكان كل شاهدين "

وللأخبار الناطقة بلفظ الشهادة كقوله صلى الله عليه وآله للرجل: اشهد أربع شهادات بالله إنك لمن الصادقين فيما رميتها به، وللمرأة: اشهدي أربع شهادات بالله إن زوجك لمن الكاذبين.

وقول الصادق عليه السلام فيما مضى من الأخبار كخبر السكوني وخبر الخصال وخبر الجعفریات وخبر الحسين بن علوان في قرب الأسناد: ليس بين خمس نساء وأزواجهن ملاءنة - إلى قوله - والمجلود في الفرية لأن الله تعالى يقول " لا تقبلوا لهم شهادة أبدا " ولوجوب التصريح بلفظ الشهادة ولأنه يدرأ الحد ولا شئ من اليمين، كذلك لأن الله تعالى يقول " ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا " ولأنه إن نكل عنه ثم عاد إليه مكن واليمين ليست كذلك.

والجواب عن هذا كله أن لفظ الشهادة في الأصل حقيقة عرفية أو مجاز مشهود في اليمين، وقد جاء التعبير في هذه الشهادات باليمين أيضا، ولمخالفته لسائر الأيمان في بعض الأحكام. وخبر النفي عن خمس وأزواجهن مع كونها ضعيفة الأسناد ليست نصا في كون اللعان شهادة بل الذي ينص عليه أنه لا تقبل الشهادة منه عليها بالزنا وإن أكد باللعان.

الحادية عشرة: أنه إذا قذف الزوجة توجه وجوب الحد عليه كما سمعت أنه لا يسقطه باللعان ولا يجب عليه اللعان هنا ولا يطالبه أحد بأحدهما - أعني البينة أو اللعان - إلا الزوجة فإن الحد حق لها واللعان لاسقاطه. نعم لو ارثها

(١) في المصدرين " بعيني " .

المطالبة بالحد، وقيل باللعان أيضا كما سبق بعد موتها وعدم استيفائها له لما عرفت من الانتقال بالإرث لهم ولو أراد اللعان هو من غير مطالبة لم يكن له ذلك عندنا إن لم يكن لنسب يريد نفيه. ولو طلب نفي النسب احتمل أن يلاعن بينهما الحاكم بأن يطلب المرأة باللعان لانحصار طريق انتفاء النسب فيه، واحتمل عدمه لأنه خلاف الأصل فيقتصر على موضع اليقين.

وأما قصة حكم نزول اللعان كما سمعت وأنه أتاه عليه السلام فرماها فأمره بأن يأتي بزوجه فلا دلالة فيها على الابتداء باللعان من غير طلبها، وإنما دلت على إحضارها مجلس الحكم.

المقصد الرابع: في اللواحق

الأول: لو شهد الشاهدان متهمان بقذفه الزوجة لم تقبل لمكان التهمة. فإن خرجا من التهمة ثم أعادا الشهادة لم تقبل أيضا لأنها ردت التهمة فلا تقبل بعد. ولو ادعيا قذفها خاصة ثم زالت التهمة والعداوة كأن مضت مدة عرف صلاح الحال بينهم ثم شهدا بقذف زوجة أخرى قبلت لأنها لم يردا في هذه الشهادة. ولو شهدا بقذف زوجة ثم ادعيا قذفه لهما فإن أضافا الدعوة إلى ما قبل الشهادة بطلت لاعترافهما بأنه كان عدوا لهما حين الشهادة، وإن لم يضيفاها إليه فإن كان ذلك قبل الحكم لم يحكم لأنه لا يحكم بشهادة أحد عدوين على آخر، وإن كان بعده لم يبطل لأنه لم يظهر تقدم العداوة على الحكم. ولو شهدا عليه أنه قذف زوجته وأمه بطلت في حق الأم للتهمة، وببطلانها بطلت بالكلية لأنها إذا ردت في البعض للتهمة ردت للجميع كما كانت ترد شهادتهما بقذفها وقذف الزوجة.

وفي المبسوط: فإن شهادتهما لأمهنا عندنا تقبل وعندهم لا تقبل لأنه متهم في حق الأم وشهادتهما في حق الزوجة غير متهم فتقبل، ولو شهد أحدهما أنه أقر

بالقذف والاقرار بالعربية والآخر أنه أقر بغير ذلك بالعجمية أو في وقتين بأن شهد أحدهما بإقراره يوم الخميس وآخر به يوم الجمعة قلت: لاتحاد مقره. ولو شهدا بالقذف كذلك بطلت لأن ما شهد به أحدهما غير ما شهد به الآخر ولم يستكمل شيء من القذفين عدد البينة.

الثاني: لو ولدت توأمين بينهما أقل من ستة أشهر واستلحق أحدهما لحقه الآخر ولا يقبل نفيه لأنهما في حكم الولد الواحد، حتى أنه لو كان نفى الأول ثم استلحق الثاني لحقه الأول أيضا، وكذا لو نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقاه، لأنه لما سكت عن الآخر لحقه واستلزم لحوق الآخر.

ولو ولدت الأول فنفاه باللعان ثم ولدت الآخر لأقل من ستة أشهر افتقر انتفاؤه إلى لعان آخر على إشكال من الحكم بانتفاء الأول باللعان، وهذا يستلزم انتفاء الثاني مع أصل البراءة من اللعان ثانياً ومن أصل اللحوق إلا مع التصريح بالنفي واللعان وعدم الاكتفاء بالالتزام، وهذا خبر شيخ المبسوط. وإن أقر بالثاني لحقه وتبعه الأول أيضا لاستلزام لحوقه به كما عرفت وهو لا يرث الأول لانكاره أولاً، فيكون بمنزلة من أقر به بعد اللعان.

وهل يرث الثاني؟ إشكال من استلزام انتفائه من الأول انتفائه من الثاني، فكأنه أقر بأنه لا يرث منه كما أقر به من الأول، ومن أنه لا عبرة بنفي النسب بالالتزام، والأصل اللحوق والتوارث، ولو كان بينهما ستة أشهر فصاعداً كان لكل واحد حكم نفيه لامكان تعدد الحمل، فلا يستلزم لحوق أحدهما لحوق الآخر ولا نفيه نفيه، فإن لاعن الأول بعد وضعه واستلحق الثاني أو ترك نفيه الحق به وإن كان قد بانت أمه من الزوج باللعان لامكان وطئه بعد وضع الأول قبل اللعان، ولو لاعنها قبل وضع الأول فأتت بآخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثاني لأنهما بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الأول، فلا يمكنه وطؤها بالنكاح بعده، وذكرنا انقضاء العدة لتأكيد الحجة وإلا فهذه العدة كعدة الطلاق البائن، ولو مات أحد

التوأمين قبل اللعان لنفيهما فله أن يلاعن لنفيهما خلافا لبعض العامة.
الثالث: القذف قد يجب وذلك بأن يرى امرأته قد زنت في طهر لم يطأها
فيه فإنه يلزمه حذرا من اختلاط المائين واعتزالها حتى تنقضي العدة أي عدة
الحمل بالوضع وهو مضي أقصاها، فإن أتت بولد لسته أشهر من حين الزنا ولأكثر
من أقصى مدة الحمل من وطئه لزمه نفيه ليتخلص من اللاحاق المستلزم للتوارث
وللنظر إلى بناته وأخواته.

ويلزم إذا رأى منها الزنا إن يقذفها بالزنا مبادرة إلى نفي من يحتمل ولادتها
له إذ ربما لا يتمكن من اللعان إذا ولدت فيلحق به الولد.

الرابع: لو أقرت بالزنا وظن صدقها فالأقرب أنه لا يجب القذف وإن
أقرت أربعا للأصل ولعدم العلم وانتفاء المشاهدة، ولأن اللعان إما يمين أو شهادة
ولا يتعلقان إلا بمعلوم ويحتمل الوجوب لثبوت العلم الشرعي بالاقرار فيجب القذف
لقطع امتزاج المائين، ولا يحل له القذف بدون الرؤية إن شاء أن فلانا يزني بها
وإن وجدتهما مجردين، خلافا للعامة فلهم قول بالحل إذا غلب الظن أو بإخبار
ثقة يسكن إلى قوله.

وإذا عرف انتفاء الحمل منه لاختلال بعض شرائط اللاحاق به وجب الانكار
كما قدمناه لك وإن لم يرها تزني، ولا قذفها بالزنا للتخلص من اللاحاق المستلزم
للتوارث والنظر إلى بناته وأخواته كما تقدم، ويمكن فهم وجوب النفي من قوله
عليه السلام " أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله من شئ ولا أن
يدخلها جنته " .

الخامس: لا يحل الانكار للشبهة والظن بعد ثبوت النسب كما لا يحل القذف
لذلك ولا لمخالفة صفة الولد صفات الواطئ حتى لو كان من الأمة وشك في
وطئها المتفرع عنه الولد إصغاء لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم " الولد
للفراش وللعاشر
الحجر " ولما عرفت من التشديد والتخويف من عقوبة من نفي من يمكن انتسابه له.

ففي كتاب إكمال الدين عن أبي طاهر البلالي (١) " قال: كتب جعفر بن حمدان وخرجت إليه هذه المسائل: استحللت بجارية وشرطت عليها أن لا أطلب ولدها ولم ألزمها منزلي، فلما أتى لذلك مدة قالت لي: قد حبلى، ثم أتت بولد فلم أنكره " وساق الحديث إلى أن قال: " فخرج جوابها من صاحب الزمان عليه السلام:

وأما الرجل الذي استحل بالجارية وشرط عليها أن لا يطلب ولدها، فسبحان من لا شريك له في قدرته، شرطه على الجارية شرط على الله تعالى، هذا ما لا يؤمن أن يكون وحيث عرض له في هذا لشك وليس يعرف الوقت الذي أتتها فليس ذلك بموجب للبراءة من ولده " .

وفي خبر عبد الله بن سنان (٢) المرسل عن بعض أصحابه عن أبي جعفر عليه السلام " قال: أتى رجل من الأنصار رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: هذه ابنة عمي وامراتي لا أعلم

منها إلا خيرا وقد أتتني بولد شديد السواد منتشر المنخرين جعد ققط أفتس الأنف لا أعرف شبهه في أحوالي ولا في أجدادي، فقال لامرأته: ما تقولين؟ قالت: لا، والذي بعثك بالحق نبيا ما أقعدت مقعده مني منذ ملكني غيره، قال: فنكس رأسه رسول الله صلى الله عليه وآله مليا ثم رفع رأسه إلى السماء ثم أقبل على الرجل فقال:

يا هذا إنه ليس من أحد إلا بينه وبين آدم تسعة وتسعون عرقا كلها تضرب في النسب، فإذا وقعت النطفة في الرحم اضطربت تلك العروق تسأل الله الشبه لها، فهذا من تلك العروق التي لم يدركها أجدادك ولا أجداد أجدادك، خذي إليك ابنك، فقالت المرأة: فرجت عني يا رسول الله صلى الله عليه وآله " .

وفي خبر ابن مسكان (٣) عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله " قال: إن رجلا أتى بامرأته إلى عمر فقال: إن امرأتي هذه سوداء وأنا أسود وأنها ولدت غلاما

(١) كمال الدين ص ٥٠٠ ح ٢٥ طبع مؤسسة النشر الاسلامي وفيه اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٦١ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٨ ب ١٠٥ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٦٦ ح ٤٦، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٩ ب ١٠٥ ح ٢.

أبيض، فقال لمن بحضرته: ما ترون؟ قالوا: نرى أن ترجمها فإنها سوداء وزوجها أسود وولدها أبيض، قال: فجاء أمير المؤمنين عليه السلام وقد وجه بها لترجم فقال: ما حالكما؟ فحدثاه، فقال للأسود، أتتهم امرأتك؟ فقال: لا، قال: أفأيتها وهي طامث، قال: قد قالت لي ليلة من الليالي أنا طامث فظننت أنها تنقي البرد فوقعت عليها، فقال للمرأة: هل أتاك وأنت طامث؟ قالت: نعم سله قد خرجت عليه وأبيت، قال: قال: فانطلقا فإنه ابنكما وإنما غلب الدم النطفة فايض ولو قد تحرك أسود، فلما أيفع أسود".

وفي الفقيه (١) مرسلا " قال النبي صلى الله عليه وآله: من نعم الله على الرجل أن يشبه ولده ".

" قال: (٢) الصادق عليه السلام: إن الله تعالى إذا أراد أن يخلق خلقا جمع كل صورة بينه وبين آدم ثم خلقه على صورة إحداهن، فلا يقول أحدكم لولده هذا لا يشبهني ولا يشبه شيئا من آبائي ".

وقد جاء تحريم انتفاء النسب على سبيل المبالغة والتغليظ، ففي موثقة أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: كفر بالله من تبرأ من نسب وإن دق ". ومثلها موثقة ليث المرادي (٤).

وفي مستفيضة ابن فضال (٥) عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام " أنهما قالوا: كفر بالله العظيم من انتفى من حسب وإن دق ".

السادس: لا تجوز الملاعنة بين الزوج والزوجة إذا كان مجلودا في الحرية، وقد تقدم في ذلك خبر السكوني وخبر الخصال وخبر الجعفریات وخبر قرب الأسناد

-
- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣١٢ ح ٢٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٩ ب ١٠٥ ح ٣.
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣١٢ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٩ ب ١٠٥ ح ٦ وفيهما " فلا يقولن أحد ".
(٣) الكافي ج ٢ ص ٣٥٠ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢١ ب ١٠٧ ح ١.
(٤) الكافي ج ٢ ص ٣٥٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٢ ب ١٠٧ ذيل ح ١.
(٥) الكافي ج ٢ ص ٣٥٠ ح ٣ وفيه " الانتفاء "، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٢ ب ١٠٧ ح ٢.

حيث قال في جميعها: ولا المجلود في الفرية لأن الله تعالى يقول " ولا تقبلوا لهم شهادة

أبدا " هكذا أفتى به ابن الجنيد وتبعه محدث الوسائل، والمشهور على رده، حيث إن اللعان ليس بشهادة على الحقيقة فتوجه التقية في هذه الأخبار كما سمعت سابقا. السابع: يثبت الحد على قاذف اللقيط وابن الملاعنة لبراءة ساحته من المقذوف به لملاعنة أمه إياه ودرثها العذاب عنها بذلك.

ويدل عليه من النصوص بالخصوص مرسله الحسن بن محبوب (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال في قاذف اللقيط: بحد ويحد قاذف ابن الملاعنة ".
تتمة

يستحب التباعد من مجلس المتلاعنين عند اللعان إلا لمن أمر بشهادته، لما رواه محمد بن الحسن الطوسي (٢) في مجالسه عن زريق عن أبي عبد الله عليه السلام " قال:

إذا تلاعن اثنان فتباعد منهما فإن ذلك مجلس تنفر منه الملائكة، ثم قال: اللهم لا تجعل إلي منهما مساعا، واجعلهما برأس من يكايد دينك ويضاد وليك ويسعى في الأرض فسادا ".
ولحبس جري القلم في تتمة هذا المجلد الأتم من مجلدات شيخنا الأفخم

وهو المجلد العاشر (٣) من كتابه الموسوم بالحدائق الناضرة، متعه الله بشمارها في الجنان، وأسبل عليه رواشحها الماطرة في السر والعيان، ونسأل الله سبحانه أن يوقفنا لاتمام مجلداتها القاصرة وأن ينجيها من العيوب والنقصان، وأن يعاملنا بالامداد من أطفاه ما يكون لنا وسيلة في البيان والتبيان، إنه كريم منان، وعوائده الفضل والاحسان.

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٩١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٩ ب ١٦ ح ١ وفيهما " يحد قاذف اللقيط ويحد قاذف ابن الملاعنة ".

(٢) أمالي الشيخ الطوسي ج ٢ ص ٣١١ طبع النجف الأشرف، الوسائل ج ١٥ ص ٦١١ ب ١٩ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) حسب تجزئه صاحب الحدائق - قدس سره - .

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي أتم علينا نعمته بإتمام الدين وإكمال النعمة بما أفاض
علينا من رواشح جوده الغزار، ودفع عنا علائق عوائق ما يوجب النعمة في دار
البوار، والصلاة والسلام على محمد وآله الغارسين لحدائق علوم الله وتلك الأسرار،
والمحيين لما دثر من رسوم ساحة قواعد الدين في جميع الأعصار.
وبعد، فيقول أفقر عباد الله لربه الغفار: إني لما أوصى علي والدي
الروحاني وشقيق والدي الروحاني والجسماني في إجازته إلي المفصلة بأن أتمم
ما نقص من مؤلفاته وأشيد ما نقص من تلك المباني والمعاني، فنظرت لقصود
همتي عن تجشم هذه اللجة التي تعجز عن سياحتها العلماء السابقون من القاضي
والداني، ويقف جواد شأوهم عن الجري في ميدان رهان قصبات حلبتهم عن نيل
تلك الأمانى، قعدت كما قعد من له القدح المعلى والنصيب الأوفر في تشييد
منازل هذه المعاني، ثم طفقت أنظر لما أوصى به علي وأنها واجبة الامتثال
لا يجوز أن ينثني عنها ثاني، ولا يحدني عنها محيد محب ولا شاني، فجردت حسام
عزيمتي وأغمضت النظر عن قصوري ونقصاني، وامتثلت ما جاء عن الأئمة
المعصومين
عليهم السلام من الخبر المأثور أنه لا يسقط الميسور بالمعسور فهتف بي ذلك وناداني
أن
شمر الذيل وأسهر الليل وتدارك ما بقي من العمر بصرفه في هذه المقاصد فإن

الأعمار مشرفة للموت على التداني، فاستعنت بالله وبالأئمة المعصومين عليهم السلام
على
إكمال أعز كتبه وأجمعها للمعاني والألفاظ والمباني ولأحكام الله المقرونة بالبراهين
والدقائق وهي الباهرة، وهو كتابه الموسوم بـ " الحقائق الناضرة في أحكام العترة
الطاهرة " فأكملت ما نقص من الجزء العاشر من أجزاءها وهو كتاب الظهار إلى
آخر ذلك الجزء المختوم بكتاب اللعان، ثم شرعت في هذا الجزء وهو الجزء
الحادي عشر حيث إنها مجزية من مؤلفها على أربعة عشر جزء سالكا فيها
ترتيب كتاب الشرايع للمحقق - قدس الله روحه وتابع فتوحه - فبقيت على
مجراه الذي بنى عليه جاريا مبتدئا ومنتها إلى أن نصل إلى ختامه ويوفقنا الله
إلى إتمامه، وقد وسمت هذه الأجزاء الباقية بـ " عيون الحقائق الناظرة في تنمة
الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة " مستعينا بفيض الخيرات والنعمة الخفية
والظاهرة ومستشفعا بمحمد وآله العترة الفاخرة والحجج الغامرة والسحاب
الماطرة للرحمة الناشرة والنعمة الزاهرة، فها أنا أقول:

كتاب العتق

وهو بالفتح مصدر وبالكسر اسم للمصدر، وهما لغة الخلوص ومنه سمي البيت الشريف عتيقا والخيل الجياد عتاقا، وشرعا خلوص المملوك الآدمي أو بعضه من الرق بالنسبة إلى مطلق العتق وبالنسبة إلى المباشرة الذي هو مقصود الكتاب الذاتي تخلص الآدمي أو بعضه من الرق منجزا بصيغة مخصوصة، وهو مشتمل على مقاصد ومباحث:

المقصد الأول

في بيان فضله وشرفه وثمرته وفضله ورجحانه، متفق عليه كتابا وسنة وإجماعا من جميع فرق الاسلام، وقد روت العامة والخاصة مستفيضا بل متواترا عنه صلى الله عليه وآله وأنه قال: من أعتق

مؤمنا أعتق الله بكل عضو عضوا له من النار. وقد اتفق أهل الاسلام على صحة هذه الرواية لكنها قد جاءت بعبارات مختلفة.

أما ما جاء من طريقنا عن أئمتنا عليهم السلام فهي كثيرة بالغة حد التواتر المعنوي فمنها صحيحة معاوية بن عمار وحفص بن البخاري (١) كما في التهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه قال في الرجل يعتق المملوكة، قال: يعتق الله عز وجل بكل عضو منه عضوا منه النار ".

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢١٦ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢ ب ١ ح ١ وفيهما " يعتق المملوك " .

وصحيحة الحلبي ومعاوية بن عمار وحفص بن البختري (١) كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام نحوه.

وصحيحة ربعي بن عبد الله عن زرارة (٢) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أعتق مسلماً أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه عضواً من النار ".

وصحيحته الأخرى عن زرارة (٣) أيضاً عن جعفر عليه السلام مثله إلا أنه أسقط " العزيز الجبار ".

وخبر بشير النبال (٤) " قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من أعتق نسمة سالحة لوجه الله كفر عنه مكان كل عضو منه عضواً من النار ".

وموثقة سماعة (٥) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أعتق مسلماً أعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار ".

وخبر الحكم بن أبي نعيم (٦) كما في أمالي محمد بن الحسن الطوسي " قال: سمعت فاطمة بنت علي تحدث عن أبيها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أعتق رقبة مؤمنة كان له بكل عضو فكاك عضو منه من النار ".

وخبر محمد بن جمهور (٧) المرسل عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث " إن فاطمة بنت أسد قالت لرسول الله صلى الله عليه وآله يوماً: إني أريد أن أعتق جاريتي هذه، فقال لها: إن فعلت أعتق الله بكل عضو منها منك من النار ".

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٠ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢ ب ١ ح ١.
- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١٦ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣ ب ١ ح ٢.
- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٠ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣ ب ١ ح ٢.
- (٤) الكافي ج ٦ ص ١٨٠ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٤ ب ١ ح ٤ وفيهما " كفر الله عنه ".
- (٥) ثواب الأعمال ص ١٦٦ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٤ ب ١ ح ٧.
- (٦) أمالي الطوسي ج ٢ ص ٤ طبع النجف الأشرف وفيه " فاطمة بنت محمد "، الوسائل ج ١٦ ص ٥ ب ١ ح ٨.
- (٧) الكافي ج ١ ص ٤٥٣ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٤ ب ١ ح ٥.

وروى الشيخ بإسناده عن إبراهيم بن أبي البلاد عن أبيه (١) مرسلا عن النبي صلى الله عليه وآله " أنه قال: من أعتق مؤمنا أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو له عضوا

منه من النار، فإن كانت أنثى أعتق الله العزيز الجبار بكل عضوين منها عضوا من النار، لأن المرأة نصف الرجل ".

فهذه جملة من ألفاظ الرواية المذكورة على اختلافهما طرقا ودلالة ومتونا ليس فيها اللفظ الذي ذكره المحقق في شرايعه سوى ما في خبر إبراهيم بن أبي البلاد لأنه قد نقلها بهذا اللفظ وهو " من أعتق مؤمنا أعتق الله بكل عضو عضوا له من النار " وهي كما ترى لا تناسبها في اللفظ، والعبارة سوى تلك المرسلة وإن كان فيها زيادة " العزيز الجبار " فكأنه تصرف فيها نظر إلى المعنى في كل هذه الروايات. وخص المؤمن في كثير منها إما لأن المراد به الإمامي وهو الاسلام بالمعنى الأخص، فتتوافق الأخبار المذكورة في الوصف المعلق عليه معنى، ولا حاجة إلى ما تكلفه ثاني الشهيد من أن المراد به المسلم كما في صحيحة زرارة، أو حمل المطلق على المقيد كحمل لفظ المملوك في الرواية على المسلم والمؤمن ثم جواز بقاء كل واحد من الثلاثة على أصله لعدم وجوب التقييد لحصول الثواب المذكور على عتق كل مملوك مؤمن أو مسلم أو مطلقا ذكرا وأنثى، واحتمل أن يخص ذلك بالذكر بقرينة تذكير اللفظ ولتقييده بمرسلة إبراهيم بن أبي البلاد إلا أن تقييد الصحيح بالمرسل لا يخلو من نظر. إلى هنا كلامه في مسالكه، وفي نظره نظر لأن إطلاق الصحيح الذي أبي تقييده بالمرسل لا يشمل إطلاقه الأنثى لتعليقه على الذكر فيكون موافقا للمرسل.

وروت العامة في صحاحها (٢) عنه صلى الله عليه وآله " أنه قال: أيما رجل أعتق امرء

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢١٦ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٦ ب ٣ ح ١، وفيهما " بكل عضو منه عضوا من النار " مع اختلاف يسير.

(٢) صحيح مسلم ج ١٠ ص ١٥٢ وفيه اختلاف يسير وليس فيه " حتى الفرج بالفرج ".

مسلمًا استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار حتى الفرج بالفرج ".
وفي هذه الرواية التعليق على الاسلام كما في تلك الصحاح لكن يجب أن
يحمل على الاسلام الخالص الذي هو الايمان، وفيها دلالة على كون المعتق رجلا
لأن المرء مذكر المرأة فلا يتناول الأنتى.
وفي بعض ألفاظ رواياتهم (١) عنه صلى الله عليه وآله " من أعتق رقبة أعتق الله بكل
عضو

منها عضوا منه من النار حتى فرجها بفرجه " وهذه شاملة للذكر والأنتى إلا أنها
قابلة للتقييد بذلك المرسل.

ومن الأخبار الدالة على فضيلته بغير هذه العبارة ما رواه في الصحيح الكليني
عن معاوية بن وهب (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل " ولقد أعتق
علي ألف

مملوك لوجه الله تربث فيهم يداه ".
ومثله خبر زيد الشحام (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الكافي والمحاسن

وثواب

الأعمال " أن أمير المؤمنين عليه السلام أعتق ألف مملوك من كد يده ".
وفي المحاسن عن أبي عبد الله البجلي (٤) عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه
السلام

" قال: أربع من أتى بواحدة منهن دخل الجنة: من سقى هامة ظائمة أو أشبع
كبدا جائعة أو كسى جلدة عارية أو أعتق رقبة عانية ".
وفي المحاسن عن محمد بن مروان (٥) أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام أن أبا جعفر

عليه السلام

(١) الجامع الصغير ص ١٦٥ وفيه " من أعتق رقبة مسلمة - حتى فرجه بفرجه ".

(٢) الكافي ج ٨ ص ١٤٥ ح ١٧٥ وفيه " والله لقد أعتق ألف مملوك لوجه الله عز وجل

دبرت فيهم يداه "، الوسائل ج ١٦ ص ٣ ب ١ ح ٣ وفيه " دبرت ".

(٣) الكافي ج ٥ ص ٧٤ ح ٤، المحاسن ص ٦٢٤ ح ٨٠، لم نعثر عليه في ثواب

الأعمال، الوسائل ج ١٦ ص ٤ ب ١ ح ٦

(٤) المحاسن ص ٢٩٤ ح ٤٥٦، الوسائل ج ١٦ ص ٥ ب ١ ح ٩ وفيه " أبي عبد الله المحلى

- رقبة عانية ".

(٥) المحاسن ص ٦٢٤ ح ٨١، الوسائل ج ١٦ ص ٥ ب ١ ح ١٠.

مات وترك ستين مملوكا فأعتق ثلثهم عند موته ".
ويتأكد العتق في شهر رمضان سيما العشر الأواخر منه وعشية عرفة ويومها
ففي خبر محمد بن عجلان (١) كما في كتاب الاقبال وكتاب المناقب لابن
شهر آشوب

" قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان علي بن الحسين عليه السلام إذا
دخل شهر رمضان

لا يضرب عبدا له ولا أمة " وساق الحديث وهو طويل إلى أن قال فيه: " إنه كان
يكتب جنائياتهم في كل وقت ويعفو عنهم آخر ليلة من الشهر ثم يقول: اذهبوا
فقد عفوت عنكم وأعتقت رقابكم، قال: وما من سنة إلا وكان يعتق فيها آخر ليلة من
شهر رمضان ما بين عشرين ونيف إلى أقل أو أكثر، وكأن يقول: إن لله في كل
ليلة من شهر رمضان عند الافطار سبعين ألف عتق من النار كل قد استوجب
النار،

فإذا كان آخر ليلة من شهر رمضان أعتق فيها مثل ما أعتق في جميعه، وإني لأحب أن
يراني الله قد أعتقت رقابا من ملكي في دار الدنيا رجاء أن يعتق رقبتني من النار، وما
استخدم خادما فوق حول، وكان إذا ملك عبدا في أول السنة أو وسط السنة فإذا كان
ليلة الفطر أعتق واستبدل سواهم في الحول الثاني ثم أعتق، كذلك كان يفعل
حتى لحق بالله، ولقد كان يشتري السودان وما به إليهم من حاجة يأتي بهم عرفة
فيسد بهم تلك الفرج والخلال، فإذا أفاض أمر بعتق رقابهم وأمر بجوائز لهم من المال
".

وفي صحيحة الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الفقيه " قال: يستحب
للرجل أن يتقرب في عشية عرفة بالعتق والصدقة ".
وفي صحيحة معاوية بن عمار وحفص بن البختري (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) الاقبال ص ٤٧٧، المناقب ج ٤ ص ١٥٨ أورد قطعة من الرواية مع تفاوت يسير،
بحار الأنوار ج ٤٦ ص ١٠٣ ح ٩٣.
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٦٦ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٦ ب ٢ ح ١.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢١٦ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٦ ب ٢ ح ٢.

في حديث " أنه قال: يستحب للرجل أن يتقرب عشية عرفة ويوم عرفة بالعتق والصدقة " .

وفي صحيحة الحلبي ومعاوية بن عمار وحفص بن البختري (١) كما في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام مثله .

ومما يدل على فضيلة العتق أيضا جعل الله تعالى له لقتل المؤمن والوطف في رمضان وللإثم في مخالفة الله تعالى فيما عاهد عليه ونذره وحلف عليه، وقد جعله النبي صلى الله عليه وآله موجبا للعتق من النار فقال صلى الله عليه وآله في غير مرة: أيما رجل أعتق رجلا مسلما كان ذلك فكاكه من النار، ولأنه يخلص الآدمي المعصوم الدم من حرز الرق وتملك منافعه وبه تكمل أحكامه .

ويدل على فضيلته أيضا من الكتاب قوله تعالى " فلا اقتحم العقبة * وما أدراك ما العقبة * فك رقبة * أو إطعام في يوم ذي مسغبة " (٢) .

وفي صحيحة معمر بن خلاد (٣) " قال: كان أبو الحسن الرضا عليه السلام إذا أكل أتى بصحفة فتوضع بقرب مائدته، فيعمد إلى أطيب الطعام مما يؤتى به، فيأخذ من كل شيء شيئا فيوضع في تلك الصحفة فيؤمر بها للمساكين، ثم يتلو هذه الآية " فلا اقتحم العقبة " ثم يقول: علم الله عز وجل أنه ليس كل إنسان يقدر على عتق رقبة فجعل لهم سبيلا إلى الجنة " .

وفي خبر محمد بن عمر بن يزيد (٤) " قال: أخبرت أبا محمد الحسن عليه السلام أنني أصبت بابنين وبقي لي ابن صغير، فقال: تصدق عنه، ثم قال حين حضر قيامي:

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٠ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٦ ب ٢ ح ٢ .

(٢) سورة البلد آية ١١ - ١٤ .

(٣) الكافي ج ٤ ص ٥٢ ح ١٢، الوسائل ج ٦ ص ٣٢٩ ب ٤٨ ح ١ وفيهما " فيضع - ثم يأمر بها " .

(٤) الكافي ج ٤ ص ٤ ح ١٠، الوسائل ج ٦ ص ٢٦١ ب ٤ ح ١ وفيهما " وبقي لي بنى " .

مر الصبي فليصدق بيده بالكسر " ثم ساق الحديث إلى أن قال: " فلا اقتحم العقبة * وما أدراك ما العقبة - إلى قوله - أو مسكينا ذا متربة، علم الله عز وجل أن كل أحد لا يقدر على فك رقبة، فجعل إطعام اليتيم والمسكين مثل ذلك تصدق عنه " .

والمراد بالعقبة في الآية كما رواه ابن شهر آشوب من طريق العامة عن أنس (١) " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله في قوله تعالى " فلا اقتحم العقبة " : أن العقبة فوق

الصراط عقبة كؤودا طولها ثلاثة آلاف عام، ألف عام هبوط وألف عام شوك وحسك وعقارب وحيات وألف عام صعود، أنا أول من يقطع تلك العقبة وثاني من يقطع تلك العقبة علي بن أبي طالب عليه السلام " وقال بعد كلام طويل: لا يقطعها في غير مشقة

إلا محمد وأهل بيته " .
المقصد الثاني:

فيما يتحقق به الرق المترتب عليه الملك المترتب عليه العتق يختص الرق بالحربي وإن كان كتابيا لم يقيم بشرائط الذمة، ثم يسري الرق في عقبه وإن أسلموا حتى يعرض المحرر لهم من ملك أو عتق أو تدبير أو كتابه أو استيلاء أو جذام أو عمى أو برص عند ابن حمزة، أو إقعاد أو تنكيل في المشهور خلافا لابن إدريس فيه أو لأرث أو إسلام العبد قبل مولاه في دار الحرب وخروجه قبله أو كون أحد الأبوين حرا إلا أن يشترط عليه الرق فيصح عند الأكثر، وسيجيء تفاصيل هذه الأسباب والكلام على أحكامها مفصلة الدليل والفتوى عند الأصحاب، فيشتمل هذا المقصد على مسائل:

الأولى: في تحقيق ما يختص به الرق وإن كان كتابيا على الأشهر، وقد اتفقت كلمة الأصحاب على اختصاص الرق لأهل الحرب وهو من يجوز قتالهم ومحاربتهم إلى أن يسلموا، سواء انحصرت الغاية في إسلامهم كمن عدا اليهود

(١) المناقب ج ٢ ص ١٥٥ طبع قم وفيه " إن فوق الصراط عقبة " .

والنصارى والمجوس من فرق الكفار أم كان الاسلام أحد الغايتين كالفرق الثلاث فإنهم يقاتلون إلى أن يسلموا أو يلتزموا بشرائط الذمة من الجزية وغيرها. وقد أفصحت عبارة المحقق في شرايعه وكذلك العلامة في قواعده بأن هذه الفرق الثلاث إذا أحلوا بشرائط الذمة دخلوا في قسم أهل الحرب، وتدل عليه صحيحة زرارة الآتي ذكرها، وربما أطلق كثير من الفقهاء أهل الحرب على القسم الأول خاصة وإن جاز قتال الثاني في الجملة.

والوجه في هذا أن التسمية منتفية عنهم ما داموا قائمين على شرائط الذمة وإن كان في الأصل مشاركين للحربيين في الكفر وجواز القتال، إلا أن لهم عن الاسلام بدلا وهو القيام بشرائط الذمة بخلاف الحربي المحض، فمن هنا أخرجوا عن إطلاق الحربي عليهم. 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 ينصب الحرب للمسلمين ويستقل بأمرهم أو يكونون تحت حكم الاسلام وقهره كمن بين المسلمين من عبدة الأوثان والنيران والغلاة وغيرهم، إلا أن يكونوا مهادين للمسلمين بشرائطها المقررة في كتاب الجهاد، فيجب حينئذ الكف عنهم.

وتدل على هذا الحكم صحيحة رفاعة (١) " قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن الروم يغيرون على الصقالبة فيسرقون أولادهم من الجواري والغلمان فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار، فما ترى في شرائطهم ونحن نعلم أنهم قد سرقوا وإنما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال: لا بأس بشرائطهم، إنما أخرجوهم من الكفر إلى دار الاسلام ".

(١) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧ ح ١ وفيهما " من الشرك إلى دار الاسلام ".

وصحيحته الأخرى (١) كما في التهذيب أيضا عن أبي الحسن عليه السلام مثله. وموثقة إبراهيم بن عبد الحميد (٢) عن أبي الحسن عليه السلام " في شراء الروميات فقال: اشترهن وبعهن "

وخبر زكريا بن آدم (٣) " قال: سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو " إلى أن قال: " وسألته عن سبي الديلم يسرق بعضهم من بعض ويغير المسلمون عليهم بلا إمام، أيحل شراؤهم؟ قال: إذا أقروا لهم بالعبودية فلا بأس بشراؤهم ". وكذلك يجوز شراؤهم من آبائهم وأمهاتهم فيملكون بذلك لخبر عبد الله اللحام (٤) الموثق " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشتري من رجل من أهل

الشرك ابنته فيتخذها، قال: لا بأس "

وخبر الآخر (٥) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري امرأة رجل من أهل الشرك يتخذها، قال: لا بأس "

وفي خبره الثالث (٦) الذي يقرب من الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام مثله. فأما ما رواه الشيخ والكليني عن زكريا بن آدم (٧) " قال: سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو " إلى أن قال: " وسألته عن أهل الذمة أصابهم جوع فأتاه

(١) التهذيب ج ٦ ص ١٦٢ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧ ب ٢ ح ١ وفيهما " من الشرك إلى دار الاسلام "

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٦، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧ ب ٢ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧ ب ٢ ح ٣.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ ح ٤٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ب ٣ ح ٢.

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ ح ٤٣ وفيه " يتخذها أم ولد "، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ب ٣ ح ٣.

(٦) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٠ ح ٨، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ب ٣ ح ٣.

(٧) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٧٧ ح ٤٥ وفيهما اختلاف يسير، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ب ٣ ح ١.

رجل بولده فقال: هذا لك أطعمه وهو لك عبد، فقال: لا تتبع حرا فإنه لا يصلح لك ولا من أهل الذمة".
ومثلها روايته الأخرى، فيجب حملها على ما لو كانوا قائمين بشرائط الذمة حيث إنهم بمنزلة الأحرار، وإليه يرشد قوله عليه السلام " لا تتبع حرا ".
وكذا كل من استرق عن أهل الذمة ولم يقم بشرائطها، لما عرفت من أنهم في تلك الحال حربيون لا ذمة لهم وإن كان المسترق لهم ناصبيا أو باغيا.
ففي صحيحة العيص بن القاسم (١) كما في التهذيب " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم مجوس خرجوا على أناس من المسلمين في أرض الاسلام، هل يحل قتالهم؟ قال: نعم وسيبهم ".
وصحيحة البيزنطي عن محمد بن عبد الله (٢) " قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام

عن قوم خرجوا وقتلوا أناسا من المسلمين وهدموا المساجد، وأن المتولي هارون بعث إليهم فأخذوا وقتلوا وسبى النساء والصبيان، هل يستقيم شراء شيء منهن ويطأهن أم لا؟ قال: لا بأس بشراء متاعهم وسيبهن ".
وخبر زكريا بن آدم (٣) " قال: سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو صالحوا ثم خفروا، لعلمهم إنما خفروا لأنهم لم يعدل عليهم، أ يصلح أن يشتري من سبيهم؟ قال: إن كان من عدو قد استبان عداوتهم فاشتر منهم، وإن كان قد خفروا وظلموا فلا يبتاع من سبيهم ".
وفي خبر إسماعيل بن الفضل (٤) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن سبي الأكراد

(١) التهذيب ج ٦ ص ١٦١ ح ٣، الوسائل ج ١١ ص ٩٩ ب ٥٠ ح ٣.
(٢) التهذيب ج ٦ ص ١٦١ ح ٤ وفيه " وأن المستوفى "، الوسائل ج ١١ ص ٩٩ ب ٥٠ ح ٤ وفيهما " متاعهن ".
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٧٦ ح ٤١ وفيه " لأنه لم يعدل عليهم "، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ب ٣ ح ١.
(٤) التهذيب ج ٦ ص ١٦١ ح ١، الوسائل ج ١١ ص ٩٩ ب ٥ ح ١ وفيهما " ومن حارب من المشركين "

إذا حاربوا من حارب من المشركين، هل يحل نكاحهم وشراؤهم؟ قال: نعم".
 وخبر عمران (١) " قال: سألته عن سبي الديلم وهم يسرقون بعضهم من
 بعض ويغير عليهم المسلمون بلا إمام، هل يحل نكاحهم وشراؤهم؟ قال: نعم".
 وفي صحيحة زرارة (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال: إن رسول الله صلى
 الله عليه وآله قبل الجزية
 من أهل الذمة على أن لا يأكلوا الربا ولا يأكلوا لحم الخنزير ولا ينجسوا الأخوات
 ولا بنات الأخ ولا بنات الأخت، فمن فعل ذلك منهم برئت منه ذمة الله تعالى
 وذمة رسوله صلى الله عليه وآله قال: وليست لهم اليوم ذمة".
 أما ممالك أهل الذمة فلا كلام في جواز ملكيتهم إذا أقروا لهم بالعبودية
 وكذا ممالك أهل الحرب.
 ففي موثقة عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن
 رقيق
 أهل الذمة أشترى منهم شيئاً؟ فقال: اشترؤا إذا أقروا لهم بالرق".
 وموثقة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام مثله، وصحيحته (٤) كما في التهذيب
 عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.
 وخبر إسماعيل بن الفضل (٥) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء مملوك
 أهل الذمة؟ قال: إذا أقروا لهم بذلك فاشتر وانكح".
 وصحيحته (٦) كما في الفقيه مثله.
 وموثقته (٧) كما في التهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.

-
- (١) التهذيب ج ٦ ص ١٦١ ح ٢ " وهم يسرق "، الوسائل ج ١١ ص ٩٩ ب ٥٠
 ح ٢ وفيهما " عن المرزبان بن عمران " وكذلك " أيحل شراؤهم؟ فكتب: إذا أقروا بالعبودية
 فلا بأس بشراؤهم".
 (٢) التهذيب ج ٦ ص ١٥٨ ح ١، الوسائل ج ١١ ص ٩٥ ب ٤٨ ح ١.
 (٣) التهذيب ج ٧ ص ٧٠ ح ١٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦ ب ١ ح ١ وفيهما " فقال: اشتر إذا".
 (٤) التهذيب ج ٧ ص ٧٠ ح ١٥.
 (٥) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٧ وفيه " مملوكي "، الفقيه ج ٣ ح ١٣٩ ح ٤٨،
 التهذيب ج ٧ ص ٧٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦ ب ١ ح ١.
 (٦) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٧ وفيه " مملوكي "، الفقيه ج ٣ ح ١٣٩ ح ٤٨،
 التهذيب ج ٧ ص ٧٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦ ب ١ ح ١.
 (٧) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٧ وفيه " مملوكي "، الفقيه ج ٣ ح ١٣٩ ح ٤٨،
 التهذيب ج ٧ ص ٧٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦ ب ١ ح ١.

وكذا كل من أقر على نفسه بالرق مع جهالة حرته حكم برقة، ويعتبر في نفوذ إقراره كونه بالغاً عاقلاً كما هو المعتبر في قبول الإقرار مطلقاً، وهل يعتبر مع ذلك رشده؟ الأكثر ومنهم المحقق على عدم اعتباره لأن السفه إنما يمنع مع التصرف المالي، والإقرار بالرقية ليس إقراراً بمال لأنه قبل الإقرار محكوم بحريته ظاهراً، فيكون إقراره مسموعاً.

ولصحيحة عبد الله بن سنان (١) " قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية " وهو مدرك من عبد أو أمة، فاعتبر البلوغ ولم يعتبر الرشد.

وربما قيل باعتبار الرشد، لأن إقراره وإن لم يتعلق بالمال ابتداءً لكنه قد كشف عن كونه مالا قبل الإقرار فإنه إخبار عن حق سابق عليه لا إنشاء من حينه، ولا مكان أن يكون بيده مال، فإن إقراره على نفسه يستتبع ماله فيكون إقراراً بمال محض ولو بالتبعية.

ورد الأول بأن ذلك لو منع قبول الإقرار لأدى إلى قبوله لأنه إذا لم يقبل بقي على أصل الحرية فينفذ إقراره فيصير مالا فيرد حراً وذلك دور، والمال جاز دخوله تبعا وإن لم يقبل الإقرار به مستقلاً، كما لو استلحق واجب النفقة، فقد قيل إنه ينفق عليه من ماله نظراً إلى كونه تابعا لا بالأصالة أو يقال يصح في الرقية دون المال لوجود المانع فيه دونها كما سمع في الإقرار بالزوجة دون المهر، وحيث يقبل إقراره لا يقبل رجوعه عن إقراره بعد ذلك لأنه يفضي إلى تكذيب كلامه السابق ودفع ما ثبت عليه بغير موجب. وكذا لو أقام بينة لم تسمع لتكذيبه لها بإقراره السابق إلا أن يذكر لإقراره تأويلاً يندفع به التناقض فيقول القبول، كما لو قال: لا أعلم بكوني قد تولدت بعد حرية أحد الأبوين فجرى إقرارى على الظاهر حينئذ ثم انكشف لي سبق العتق على الإقرار ببينة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٥ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ٣٩ ب ٢٩ ح ١ وفيهما " سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقول: "

أو شياع مفيد للعلم بذلك.
ولو أنكر له رقيته بقي على الرقية المجهولة ويتجه حينئذ جواز
رجوعه لأنه مال لا يدعيه أحد، وإقراره السابق قد سقط اعتباره برد المقر له،
فإذا لم يصر حرا بذلك لا أقل من سماع دعواه الحرية بعد ذلك. ووجه عدم
قبول الاقرار الثاني مطلقا استلزام كونه رقا، وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز
وتكذيب المقر له لا يرفع الاقرار في نفس الأمر وإنما ينتفي عنه ظاهرا، ومتى
صار رقا بإقراره لا ينفذ إقراره بعد ذلك لأنه حينئذ ممنوع من التصرف المترتب
على الحرية، ولو لم يكن قد عين المقر له ابتداء ثم رجع وأظهر تأويلا محتملا
فأولى بالقبول، وفي حكم الاقرار الشهادة عليه بالرق صغيرا كان أو كبيرا كما
تضمنته صحيحة عبد الله بن سنان (١) المتقدمة المسند حكمهما إلى علي عليه السلام

أو
لأبي عبد الله عليه السلام بغير واسطة إلى علي ابتداء كما في الفقيه حيث قال فيها بعد
قوله

من عبد أو أمة " ومن شهد عليه بالرق صغيرا كان أو كبيرا " ولا يسمع دعواه
الحرية بعد ثبوت العبودية عليه بأي طريق كان إلا بالبينة بل يؤخذ بكلامه السابق.
ففي صحيحة العيص بن القاسم (٢) كما في التهذيب والفقيه عن أبي عبد الله
عليه السلام " قال: سألته عن مملوك ادعى أنه حر ولم يأت ببينة على ذلك، أشتريه؟
قال: نعم "

وقد جاءت أخبار كثيرة في الاقرار وأنه يؤخذ به مثل خبر محمد بن الفضل
الهاشمي (٣) " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل حر أقر بأنه عبد، فقال أبو

(١) الفقيه ج ٣ ص ٨٤ ح ١ وفيه " عليه شاهدان "، الوسائل ج ١٦ ص ٣٩ ب ٢٩ ح ١.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٤٠ ح ٥٥، التهذيب ج ٧ ص ٧٤ ح ٣١، الوسائل ج ١٦ ص

٣٩ ب ٢٩ ح ٤.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٥ ح ٨٠، الوسائل ج ١٦ ص ٣٩ ب ٢٩ ح ٣ وفيهما اختلاف

يسير.

عبد الله عليه السلام: تأخذه بما قال أو يؤدي المال ".
وخبر الفضل (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل حر أقر بأنه عبد
قال: يؤخذ بما أقر به ".
ورواه الصدوق (٢) في الموثق نحوه إلا أنه أسقط لفظ " حر " وقال: " أو

يرد المال ".
وخبر إسماعيل بن الفضل (٣) الموثق أيضا " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:
حر أقر على نفسه بالعبودية، أستعبده على ذلك؟ قال: هو عبد إذا أقر على

نفسه ".
الثانية: لما ثبت أن الحربي فئ في الحقيقة للمسلمين جاز تملكه للمسلم
مطلقا، وجاز التوصل إليه بأي سبب من الأسباب ومنها شراؤه ممن يبيعه سواء
كان البائع أبا أو زوجا أم غيرهما من الأرحام، وليس هذا في الحقيقة بيعا حقيقيا
إذ ليس هو ملكا له وإنما هو وسيلة إلى وصول المسلم إلى حقه، فلا تلحقه أحكام
البيع ولا تشتط فيه شرائطه، وإنما السبب المملك له القهر والاستيلاء.

وفي الدروس جوز للمسلم الرد بالعيب وأخذ الأرش نظرا إلى أنه وإن
لم يكن بيعا حقيقيا لكنه إنما بدل العوض في مقابلته صحيحا. ويشكل بأن
الأرش عوض الجزء الفائت في المبيع ولا مبيع هنا، وبأنه قد ملكه بالاستيلاء فكيف
يبطله مجرد الرد، وليس من الأسباب الناقلة للملك شرعا في غير البيع الحقيقي
وربما دفع هذا الاشكال بأن قدوم الحربي على البيع التزامه، ومن جملة تلك
اللوازم الرد بالعيب أو أخذ أرشه فرده عليه ينزل منزلة الاعراض عن المال،
والثمن غايته أن يكون قد صار ملكا للحربي، والتوصل إلى أخذه جائز بكل

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٥ ح ٧٩، الوسائل ج ١٦ ص ٣٩ ب ٢٩ ح ٢.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٨٤ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣٩ ب ٢٩ ح ٣.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٧ ح ٥٧، الوسائل ج ١٦ ص ٤٠ ب ٢٩ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.

سبب، وهذا منه بل أولى بأنه مقتضى حكم البيع. وهذا كله إذا لم يكن مال الحربي معصوما، فإن دخل إلى دار الاسلام بأمان فلا يحل أخذ ماله بغير سبب مبيح له شرعا، وحينئذ يتجه صحة البيع ولزوم أحكامه التي من جملتها رده معيبا وأخذ أرشه. الثالثة: قد عرفت مما سبق من الأخبار والفتوى أنه يستوي في ذلك سبي المؤمنين وأهل الضلال، والمراد بأهل الضلال ما يشمل المسلمين منهم والكافرين، فلو سبى كافر مثله ملكه وجاز شراؤه منه كما جاء في أخبار اللحام وغيره، وقد جاء في عدة من الأخبار الواردة في غنيمة أهل الحرب بأن ما في أيديهم من العبيد تغنم كأموالهم إلا ما ثبت بعد ذلك أنه مما غنموه من مال المسلمين وكانوا معروفين، أو ما استرقوه من أنفس المسلمين فإنهم يرجعون إلى الحرية وترجع أموالهم المغتنة منهم.

ففي رسالة هشام بن سالم (١) عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام " في السبي يأخذه العدو من المسلمين من الأولاد المسلمين أو من ممالिकهم فيحوزونهم، ثم إن المسلمين بعد قاتلوهم فظفروا بهم فسبوهم وأخذوا منهم ما أخذوا من مماليك المسلمين وأولادهم الذين كانوا أخذوهم من المسلمين، فكيف يصنع فيما أخذوه من أولاد المسلمين ومماليكهم؟ قال: فقال: أما أولاد المسلمين فلا يقام في سهام المسلمين ولكن يرد إلى أبيه أو أخيه أو إلى وليه بشهود، وأما المماليك فإنهم يقومون في سهام المسلمين فيباعون ويعطى مواليتهم قيمة أثمانهم من بيت مال المسلمين ".

وفي صحيحته (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سأله رجل عن الترك يغيرون

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢ ح ١، الوسائل ج ١١ ص ٧٣ ب ٣٥ ح ١ وفيهما اختلاف

يسير.

(٢) التهذيب ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢، الوسائل ج ١١ ص ٧٤ ب ٣٥ ح ٣.

على المسلمين فيأخذون أولادهم فيسرقون منهم، أيرد عليهم؟ قال: نعم المسلم أخو المسلم، والمسلم أحق بماله أينما وجدته ".
وفي صحيحة الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجل لقيه العدو

فأصابوا منه مالا أو متاعا ثم إن المسلمين أصابوا ذلك، كيف يصنع بمتاع الرجل؟ فقال: إن كانوا أصابوه قبل أن يحوزوا متاع الرجل رد عليه، وإن كانوا أصابوه بعد ما أحرزوه فهو فئ للمسلمين وهو أحق بالشفعة ".
وفي مرسله جميل (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل كان له عبد فأدخل دار

الشرك ثم أخذ سبيا إلى دار الإسلام، قال: إن وقع عليه قبل القسمة فهو له، وإن جرى عليه القسمة فهو أحق بالثمن ".
وهذه الأخبار بعد رد مطلقها إلى مفصلها يحكم للمسلمين بعين أموالهم

قبل أن تقسم الغنيمة بين المسلمين وبعدها يرد عليهم القيمة لكي لا تنقض القسمة، بل يجوز أن يقال يرد عليهم على كل حال ويرجع المشتري على الإمام بثلث ذلك. لصحيحة علي بن رثاب (٤) عن طربال عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألت عن رجل

كانت له جارية فغار عليه المشركون فأخذوها منه، ثم إن المسلمين بعد غزوهم أخذوها فيما غنموا منهم، فقال: إن كانت في الغنائم وأقام البينة أن المشركين غاروا عليهم وأخذوها منه ردت عليه، وإن كان قد اشترت وخرجت من المغنم فأصابها ردت عليه برمتها وأعطى الذي اشتراها الثمن من المغنم من جميعه، فقبل له: فإن لم يصبها حتى تفرق الناس واقتسموا جميع الغنائم فأصابها بعد؟ قال: يأخذها

(١) التهذيب ج ٦ ص ١٦٠ ح ٣، الوسائل ج ١١ ص ٧٤ ب ٣٥ ح ٢.
(٢) التهذيب ج ٦ ص ١٦٠ ح ٤ وفيه " القسم " في الموردين، الوسائل ج ١١ ص ٤٧ ب ٣٥ ح ٤ وفيه " وإن جرى عليه القسم ".
(٣) التهذيب ج ٦ ص ١٦٠ ح ٥، الوسائل ج ١١ ص ٧٥ ب ٣٥ ح ٥ وفيهما اختلاف.

من الذي في يده، فإذا أقام البينة فيرجع الذي هي في يده إذا أقام البينة على أمير الجيش بالثمن".

وبالجملة: أن ما في أيديهم من ملك سواء كان بسبيهم أو بشرائهم فلا كلام في جواز شرائه منهم كما جاز شراء ولدهم وأزواجهم، وكذا لو كان الكافر ذميا أو مسلما مبدعا فلا إشكال في تملكه، وقد أباحت الأئمة عليهم السلام - كما سمعت من

الأخبار - شراء ذلك منهم وكذا غير ذلك من ضروب التملكات وإن كانت جميعها للإمام أو بعضها من غير اشتراط إخراج الحصة المذكورة، وقد تقدم الكلام على ذلك في مباحث الخمس، وأنهم قد حللوه لشيعتهم لتطيب ولادتهم.

الرابعة: إن الملتقط من دار الحرب مما يجوز استرقاقه تبعا للدار إذا لم يكن فيها مسلم أو مسالم كما تقدم في أحكام اللقطة، لأنه يحكم بكونه رقا 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 عند نية التملك. وأما ما ورد في عدة الأخبار مثل موثقة زرارة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام "قال: اللقيط لا يشتري ولا يباع".

ومثل صحيحة عبد الرحمن العزمي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام "قال:

المنبوذ حر فإذا كبر فإن شاء توالى الذي لقطه وإلا فليرد عليه النفقة وليذهب فليوال من شاء".

وصحيحة البرنطي (٣) "قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقطة، فقال: لا تباع

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٤ ح ١، الوسائل ج ١٧ ص ٣٧١ ب ٢٢ ح ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٥ ح ٣ وفيه "تولى"، الوسائل ج ١٧ ص ٣٧١ ب ٢٢ ح ٣ وفيهما "إلى الذي التقطه".

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٢٥ ح ٤، الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٢ ب ٢٢ ح ٤ وفيهما "عن اللقطة".

ولا تشتري ولكن نستخدمها بما أنفقت عليها ".
وصحيحة محمد بن مسلم (١) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقيط، فقال،
حر لا يباع ولا يوهب ".

إلى غير ذلك من الأخبار الجارية في هذا المضمار، مما دل على أن اللقيط
حر لا يحل تملكه، فيجب أن تحمل على لقطة بلاد الاسلام أو بلاد الكفر الذي
فيها مسلم أو مسالم جمعا بين الأدلة.

المقصد الثالث

في الأسباب الموجبة للعتق وبيان شرائطها وتفاصيل تلك الأسباب
وقد عرفت فيما سبق على سبيل الاجماع عدد تلك الأسباب، وقد ذكر حكم
بعضها في أحكام النكاح والأولاد وبعضها في الوصايا، وسيجيء بعضها في الإرث
وبعضها قد تقدم في البيوع في حكم بيع الحيوان، ولنذكر الآن بقية الأسباب على
سبيل التفصيل وهو يستدعي مسائل:

الأولى: في سبب المباشرة وهو الاعتاق بالصيغة، ولا بد له من صيغ الايقاع
وعبارته الصريحة التحرير وهو ما اتفق عليه في النصوص والفتوى كأن يقول حررتك
أو أنت حرة أو أنت حر لوجه الله.

ولقد استعملت هذه اللفظة في قوله تعالى في آيات الكفارات القرآنية
المشتملة على العتق كالإيمان والظهار والقتل حيث قال فيها " فتحرير رقبة " (٢)
وقد اتفقوا أيضا على عدم وقوعه بالكنايات المحتملة له ولغيره وإن قصده بها
كفككت رقتك أو أنت سائبة ولا سبيل لي عليك، وإن كان القرآن أتى ببعضها
كآية فك رقبة أو إطعام، فإن الاستعمال أعم من الصريح بل من الحقيقة.
كما استعمل الطلاق بمعنى التسريح والفراق ولم يستعمل في الطلاق بالاتفاق

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٥ ح ٥، الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٢ ب ٢٢ ح ٥.

(٢) سورة النساء - آية ٩٢.

وهو قوله تعالى " أو تسريح بإحسان " (١) وقد أشارت الأخبار في تفسيرها أن المراد بها الطلقة الثالثة، ومثل قوله " أو فارقوهن بمعروف " (٢) فإن المراد به الطلاق وقد اختلفوا في لفظ الاعتاق كأعتقتك وأنت معتق أو عتيق للشك في كونه صريحا به أو كناية، والأصح القطع بوقوعه به لدلالته عليه لغة وعرفا وشرعا، بل استعماله فيه أكثر من التحرير.

كما لا يخفى على من اطلع على عبارات الفقهاء وكلام النبي والأئمة النجباء عليهم السلام وصيغهم ومحاوراتهم ووصاياهم ومواضع مواريتهم، كما هو غير خفي على

من تأمل الأخبار الواردة في حكم من تزوج بمملوكته وجعل عتقها صداقها مثل صحيحة علي بن جعفر (٣) عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام " قال: سألته عن رجل

قال لأمته: أعتقتك وجعلت عتقك مهرك، فقال: عتقت وهي بالخيار إن شاءت تزوجته وإن شاءت فلا " .

ومثلها خبر محمد بن آدم (٤) عن الرضا عليه السلام " في الرجل يقول لجاريته: أعتقتك

وجعلت صداقك عتقك، قال: جاز العتق والأمر إليها إن شاءت زوجته نفسها وإن شاءت لم تفعل " .

وصحيحة عبيد بن زرارة (٥) " أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا قال الرجل لأمته: أعتقتك وأتزوجك وأجعل مهرك عتقك وهو جائز " .

وصحيحة الحلبي (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الرجل يعتق الأمة ويقول مهرك عتقك، فقال: حسن " .

(١) سورة البقرة - آية ٢٢٩ .

(٢) سورة الطلاق - آية ٢ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ب ١٢ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥١١ ب ١٢ ح ٢ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ب ١١ ح ١ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ب ١١ ح ٣ .

وموثقة عبيد بن زرارة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قلت له: رجل قال لجاريته: أعتقك وجعلت مهرك عتقك، قال: فقال: جائز ".
والأخبار بهذا المعنى بالغة حد التواتر المعنوي.

وفي صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٢) كما في الفقيه " أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام في رجل قال لغلامه: أعتقك أن أزوجك جاريتي هذه فإن نكحت لزوجه عليها فعليك مائة دينار فأعتقه على ذلك فنكح أو تسرى، يجوز شرطه؟ قال: يجوز عليه شرطه ".
ومثلها صحيحة محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام " في الرجل يقول

لعبد:

أعتقتك أن أزوجك ابنتي، فإن تزوجت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك فتسرى أو تزوج، قال: عليه شرطه ".
وفي كتب العتق المروية عنهم التي يستحب أن تكتب للعبد المحرر كصحيحة

إبراهيم بن أبي البلاد (٤) " قال: قرأت عتق أبي عبد الله عليه السلام فإذا هو: هذا ما أعتق

جعفر بن محمد أعتق فلانا غلامه لوجه الله " إلى آخره كما سيحى.

وصحيحة عبد الله بن سنان (٥) عن غلام أعتقه أبو عبد الله عليه السلام " هذا ما أعتق جعفر بن محمد، أعتق غلامه السندي على أنه يشهد أن لا إله إلا الله " وساق الكتاب

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ب ١١ ح ٦.

(٢) الفقه ج ٣ ص ٦٩ ح ١٥، الوسائل ج ١٦ ص ١٧ ب ١٢ ح ١ وفيهما هكذا " سأله عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن رجل قال لغلامه: أعتقك على أن أزوجك جاريتي هذه فإن نكحت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار فأعتقه على ذلك فنكح أو تسرى، أعليه مائة دينار ويجوز شرطه؟ قال: يجوز عليه شرطه ".
يسير.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٨ ب ١٢ ح ٤ وفيهما اختلاف

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٠ ب ٦ ح ١.

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ١ وفيه " محمد بن سنان "، الوسائل ج ١٦ ص ١٠ ب ٦ ح ٢ وفيهما " غلامه السندي فلانا ".

إلى أن قال: " أعتقه لوجه الله ".
وكذلك أخبار الشرائط المصححة للعتق مثل صحيحة منصور بن حازم (١)
عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا طلاق قبل
نكاح ولا عتق قبل ملك ".
وقد جاء هذا اللفظ بعد أخبار يطول المقام بذكرها.
وكذلك الأخبار الواردة عنهم عليهم السلام في اشتراط نية التقرب في العتق مثل
قوله في المستفيض " لا عتق إلا ما أريد به وجه الله " فقد رواه هشام بن سالم ومعاوية
ابن عمار وابن أذينة وابن بكير (٢) وغير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام.
وكذا أخبار الوصية وأخبار عتق السراية.
وبالجملة: أن من تتبع أخبار العتق وأحكامها وبيان شرائطها وصيغها لم
يقف على ما دل على لفظ التحرير من الصيغ والاستعمال إلا نوادر من المواضع
أكثرها في النذور هي مثل أن يقول وينذر عتق أول مملوك يملكه كما جاءت
به صحيحة الحلبي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل قال: أول مملوك أملكه
فهو

حر، فورث سبعة جميعا، قال: يقرع بينهم ".
ومثلها خبر عبد الله بن سليمان (٤) وخبر الصيقل (٥).
وبالجملة: فالإتيان على المواضع التي جاءت بلفظ العتق مما يلحق بالمستحيل
وعلى هذا فيضعف قول من ذهب إلى المنع أو تردد في ذلك كما وقع للمحقق
في الشرايع، فإنه تردد أولا في الاجتزاء بها ثم قطع بالعدم، وهو كما ترى رد
للأخبار التي بلغت حد الاستفاضة بل التواتر المعنوي، وقد فسر العلامة الصيغة

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٨ ب ٥ ح ١.
 - (٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٧ ب ٤ ح ١.
 - (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٤، الوسائل ج ١٦ ص ٦٩ ب ٥٧ ح ١.
 - (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٣، الوسائل ج ١٦ ص ٧٠ ب ٥٧ ح ٢.
 - (٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٦ ح ٤٥، الوسائل ج ١٦ ص ٧٠ ب ٥٧ ح ٣.

الصريحة التي لا تجزي ولا يقع العتق بها فك الرقبة وإزالة قيد الملك، وفي صراحتها نظر إذا قضى ما ورد التعبير بهما على سبيل الكناية عن العتق في الآيتين المتقدمتين، ولم يجعلوهما صريحين فيه، ولو سلمنا كونهما صريحين لالتزمنا بوقوعه بهما لعدم المانع منه شرعا.

وأما السائبة فهو المعتق يطلق على الذكر والأنثى. قال ابن الأثير في نهايته: قد تكرر ذكر السائبة والسوايب، كان الرجل إذا أعتق عبدا يقال هو سائبة فلا عقد بينهما ولا ميراث. ومعناه الحقيقي أنه لا ولاء لمعتقه عليه كما سيحجى مصرحا به في الأخبار. واختلفوا فيما لو قال لأمته يا حرة وقصد العتق، ففي تحريرها بذلك وجهان بل قولان، منشأهما أن حرف الإشارة إلى المملوك غير معتبر بخصوصه وإنما الغرض به تميزه وهو حاصل بالنداء، وصيغة التحرير حاصلة بقوله حر أو ما في معناها ومن النداء عن شبه الانشاء لأن الأصل فيه عرفا صيغة الأخبار باللفظ الماضي، والجملة الإسمية في بعض الموارد كانت حر، وغاية استعمال النداء فيه أن يكون كناية، والعتق لا يقع بها عندنا، وهذا هو الأقوى، ومن أوقعه بالكناية من العامة قطع بوقوعه في النداء بقصد الاعتاق قطعاً ومع الإطلاق أو قصد النداء بالاسم على خلاف، بمعنى أنه لا يقبل منه دعوى النداء ظاهراً على أحد الوجهين. وأنت قد سمعت من الأخبار الواردة في هذه الصيغة إنما دل على الجملة الإسمية أو الفعلية الصريحتين في الانشائية، فكلمتا سواهما منحسر عن الاجزاء وإن قصد الانشاء، وعلى هذا بطل ما فرعه من الخلاف فيما لو كان اسمها حرة أو اسمه حراً أو عتيقا فقال أنت حرة أو أنت حر أو عتيق ولم يدل دليل على قصد الانشاء.

أما لو قصد الانشاء فلا شبهة في وقوعه لصراحته فيه كما قد سمعت، وقد انضم إليه القصد فكان أكد. وإن قصد الأخبار باسمه دون الانشاء انتفى العتق باطنا قطعاً وقبل قوله في عدم قصد العتق ظاهراً لاشتراك اللفظ بين معنيين، فهو مرجع صرفه إلى أحدهما كما في كل مشترك، فإن اشتبه الحال بموته أو غيره

ففي الحكم بعنقه عند هم وجهان بل قولان، وهذه الصورة هي موضع الخلاف ومنشئه كون اللفظ صريحا فيه، والصريح لا يحتاج إلى الاخبار عن قصده كما قد علم واحتمال إرادة الاخبار عن الاسم المنخرج له عن الصراحة، وإذا قام الاحتمال استصحب بقاء الرق، وهذا هو الأولى ما لم تحصل قرينة خارجية يرجح جانب الانشاء، فإن ترجحه بحسب حال اللفظ قريب الأمر، فإن انضم إليه قرينة أخرى زاد قوة وتعين العمل به.

وبعد ذلك الاحتمال ولو لم يكن اسمها حرة فقال أنت حرة ثم ادعى أنها أراده عفيفة ففي قبوله منه وجهان من احتمال الأمرين، فلا يعلم ذلك إلا من جهته فيقبل قوله في إرادته. وبهذا قطع العلامة في القواعد ومن أنه خلاف الظاهر فينفذ العتق نظرا إلى الظاهر ولا يصدق في هذا التأويل لأنه خلاف ما هو كالنص لمجازية هذا المعنى، ولا إشكال هنا في الحكم بالعتق لو لم يدع إرادة خلافه، بخلاف ما لو لم يكن اسم المملوك كذلك فإنه لا يحكم بالعتق إلا مع اعترافه بقصده، والفارق ظهور اللفظ في العتق هنا واحتماله للأمرين على السواء هناك لمكان الاشتراك.

ولو ادعى المملوك في هذه الصورة إرادة العتق فله إحلان مولاه على عدم قصده، وهاهنا فروع:

الأول: لا يكفي عن اللفظ المذكور في الصيغ الإشارة مع القدرة على النطق ولا الكتابة لأصالة بقاء الملك إلى أن يثبت المزيل شرعا، ولم يرد في النصوص والفتوى ما يدل على وقوع العتق بذلك. هذا كله مع القدرة، أما مع العجز للخرس أو المرض فتكفي الإشارة المفهومة كما تجزي في غيره من العقود اللازمة والايقاعات.

ففي صحيحة الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " أن أباه حدثه أن أمامة بنت

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٥٨ ح ١٦٩، الوسائل ج ١٦ ص ٥٩ ب ٤٤ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

أبي العاص بن الربيع وأمها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله فتزوجها بعد علي عليه السلام

المغيرة بن نوفل، وأنها وجعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها، فأتاها الحسن والحسين عليهما السلام وهي لا تستطيع الكلام، فجعلا يقولان - والمغيرة كاره لما يقولان -:

أعتقت فلانا وأهله؟ فتشير بذلك أن نعم وكذا وكذا، فتشير برأسها نعم أولا، قلت: فأجازا ذلك لها؟ قال: نعم."

وموثقة يونس بن يعقوب (١) عن أبي مريم ذكره عن أبيه " أن أمامة بنت أبي العاص " وساق الحديث إلى أن قال: " فجعلا يقولان لها - والمغيرة كاره لذلك -: أعتقت فلانا وآله؟ وجعلت تشير برأسها، فأجازا ذلك لها " .

وخبر علي بن جعفر وصحيحته (٢) كما في قرب الأسناد وكتاب المسائل عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة، فجعل

أهلها يسأله: أعتقت فلانا وفلانا؟ فيؤمي برأسه أو تؤمي برأسها في بعض نعم وفي بعض لا، وفي الصدقة مثل ذلك، أيجوز ذلك؟ قال: نعم هو جائز " .

وخبر محمد بن جمهور (٣) المرسل عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إن فاطمة بنت

أسد أم أمير المؤمنين كانت أول امرأة هاجرت إلى رسول صلى الله عليه وآله من مكة إلى

المدينة على قدميها " إلى أن قال: " قالت لرسول الله صلى الله عليه وآله يوما: إني أريد

أعتق جاريتي هذه، فقال: إن فعلت أعتق الله بكل عضو منها عضوا منك من النار، فلما مرضت أوصت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وأمرت أن يعتق خادمها واعتقل لسانها فجعلت تؤمي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله إيماء، فقبل رسول الله صلى الله عليه وآله وصيتها " .

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ب ٤٩ ح ١ وفيهما " فلانا وأهله " مع اختلاف يسير.

(٢) قرب الإسناد ص ١١٩، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ب ٤٩ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج ١ ص ٤٥٣ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٨ ب ٤٩ ح ٣.

والكتابة غير مجزية اختيارا لأنها من جملة الإشارة بل هي من أقواها وتجزى مع الاضطرار، ويدل على إجرائها اختيارا خبر زرارة (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام في رجل كتب إلى امرأته بطلاقها، وكتب بعق مملوكه ولم ينطق به لسانه، قال: ليس بشئ حتى ينطق به لسانه ". وقد تقدم في الطلاق ما يدل على الاكتفاء بالكتابة مع الغيبة فيه، وفي صحيحة الثمالي (٢) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان

إلى امرأتي بطلاقها أو اكتب إلى عبدي بعقه، يكون ذلك طلاقا أو عتقا؟ قال: لا يكون طلاقا ولا عتقا حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده وهو يريد الطلاق أو العتق ويكون ذلك منه بالأهله والشهور ويكون غائبا عن أهله ". وهو كما ترى معارض لما سبق، ويمكن حمله على التقية أو على من لا يقدر على النطق كالأخرس أو على أن علم الزوجة بالطلاق والگلام بالعتق إما بسماع العتق أو بالكتابة أو بانضمام التلفظ إليها ولو بالإشارة المفهومة. وقد تقدم في كتاب الطلاق صحيحتان إلى زرارة أيضا، أحدهما في التهذيب والأخرى في الكافي، وصورتهما في التهذيب (٣) " سألته عن رجل كتب إلى امرأته بطلاقها أو كتب بعق مملوكه ولم ينطق به لسانه، قال: ليس بشئ حتى ينطق به لسانه ".

وصورتهما في الكافي (٤) " قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته

أو عتق غلامه ثم بدا له، قال: ليس ذلك بطلاق ولا اعتاق حتى يتكلم به ".

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٨ ح ١٣٢، الوسائل ج ١٦ ص ٦٠ ب ٤٥ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٤ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩١ ب ١٤ ح ٢.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٣ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٠ ب ١٤ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٤) الكافي ج ٦ ص ٦٤ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩١ ب ١٤ ح ٢ وفيهما " بعق غلامه - بدا له فمجاه - عتاق ".

ومما يدل على جواز الكتابة عند الضرورة صحيحة البنظري (١) " أنه سأل
أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم، قال:
أخرس

هو؟ قلت: نعم ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها، أيجوز أن يطلق عنه ولية؟
قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك، قلت: فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف
يطلقها؟ قال: بالذي يعرف منه من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه بها ".
ومثله حسنه وخبره (٢) كما في الكافي والتهذيب " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام

وذكر مثله.

وكذلك يدل على الاكتفاء مع تعذر النطق خبر سدير (٣) كما في الفقيه
والتهذيب وكتاب إكمال الدين وإتمام النعمة عن أبي جعفر عليه السلام " قال: دخلت
على محمد بن علي بن الحنيفة وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصية فلم يجب، قال:
فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت: خط بيدك، فخط وصيته في الرمل
ونسختها أنا في صحيفة ".

وكذا إذا تعسر النطق بالعربية ومع الامكان لا تجزي سائر اللغات كما
تقدم في خبرة مسعدة بن صدقة (٤) المروي في كتاب قرب الأسناد، وقد أورده جامع
الأصل غير مرة في الكتب المتقدمة، ومع العجز يقع بأي لغة اتفق مع صراحتهم
فيه في تلك اللغة، وقد تقدم في كتاب الطلاق خبر وهب بن وهب (٥) وفيه إطلاق

-
- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٣ ح ١ وفيه " فيعلم منه بغضا - قلت: أصلحك الله "، الوسائل
ج ١٥ ص ٢٩٩ ب ١٩ ح ١ وفيهما " يعرف به من أفعاله ".
- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٨ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٧٤ ح ١٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٩
ب ١٩ ح ١.
- (٣) الفقيه ج ٤ ص ١٤٦ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٤١ ح ٢٧، كمال الدين ص ٣٦
طبع مؤسسة النشر الاسلامي - قم، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٦ ب ٤٨ ح ١.
- (٤) قرب الإسناد ص ٢٤، الوسائل ج ٤ ص ٨٠٢ ب ٥٩ ح ٢.
- (٥) التهذيب ج ٨ ص ٣٨ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٧ ب ١٧ ح ١.

جواز الطلاق بكل لسان، وحمل على ما لو تعذرت العربية، كما يدل عليه خبر قرب الأسناد المشار إليه لقوله فيه " سمعت جعفر بن محمد عليه السلام يقول: إنك قد ترى من

المحرم من العجم لا يراد منه ما يراد من العالم الفصيح، وكذا الأخرس في القراءة وفي التشهد أو ما أشبه ذلك، فهذا بمنزلة العجم، والمحرم لا يراد منه ما يراد من العاقل المتكلم الفصيح ".

الثاني: لا بد من تجريد الصيغة المذكورة عن الشرط، فلو علقه على شرط متوقع أو صفة لم يصح كما هو المشهور بين الأصحاب.

وجوزه القاضي ابن البراج وابن الجنيدي من أصحابنا معلقا على شرط كان أو صفة وجوز الرجوع فيه قبل حصولهما كالتدبير وهو مذهب العامة. واستشهدوا عليه بالتدبير فإنه عتق معلق، وباقي الأصحاب خصوه بمورده، ومنع بعضهم كونه عتقا معلقا بل هو وصيته بالعتق كما سيحى تحقيقه.

وإدعى في المختلف الاجماع على بطلان العتق المعلق على شرط، وليس هذا الاجماع في محله، فإن الخلاف كما سمعت متحقق، ومعلومية نسب المخالف على الوجه قاذحة، وقد تقدم الفرق بين الشرط والصفة، وأن المراد بالشرط ما جاز وقوعه في الحال وعدمه كمجئ زيد والصفة ما لا يحتمل وقوعها في الحال ويتيقن وقوعها عادة كطلوع الشمس، ولم يذكر الأصحاب في هذا المقام دليلا على المنع والبطلان سوى الاجماع المدعى، وقد عرفت ما فيه. وكذا لم يذكروا دليلا على الجواز سوى ما ذكرناه عنه، وأن أصالة الجواز وعدم ما يدل على المنع يقتضي عدم وقوعه. ومن هنا استظهر السيد في شرح النافع الجواز استنادا للدليل المذكور، ولا فرق عند مانعه بين أن يكون التعليق وقع يمينا أو غيرها، وكذا من جوز ذلك.

والذي يدل عليه من الأخبار صحيحة محمد بن مسلم (١) كما في الفقيه عن

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٢٨ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٥٧ ب ١١ ح ٢ وفيهما " فليس هذا بشئ إنما هذا " .

أحدهما عليهما السلام " أنه سئل عن امرأة جعلت مالها هديا وكل مملوك لها حر إن كلمت أختها أبدا، قال: تكلمها فليس هذا شيئا، إن هذا وشبهه من خطوات الشيطان ".

وصحيحة زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألته عن الرجل يقول: إن اشتريت فلانا أو فلانة فهو حر، وإن اشتريت هذا الثوب فهو في المساكين، وإن نكحت فلانة فهي طالق، قال: ليس ذلك كله بشيء، لا يطلق إلا ما يملك، ولا يتصدق إلا بما يملك، ولا يعتق إلا بما يملك ".

وصحيحة علي بن جعفر (٢) كما في كتابه عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل يقول: إن اشتريت فلانا فهو حر، وإن اشتريت هذا الثوب فهو صدقة، وإن نكحت فلانة فهي طالق، قال: ليس ذلك بشيء ".

وصحيحة سعد بن أبي خلف (٣) " قال: قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إني كنت اشتريت جارية سرا من امرأتي وأنه بلغها ذلك فخرجت عن منزلي وأبت أن ترجع إلى منزلي وبقيت في منزل أهلها، فقال لها: إن الذي بلغك باطل، وإن الذي أتاك لهذا عدو لك أراد أن يستفرك، فقالت: لا والله لا يكون بيني وبينك شيء حتى تحلف لي بعق كل جارية لك وبصدقة مالك إن كنت قد اشتريت جارية وهي في ملكك اليوم، فحلفت لها بذلك فأعادت اليمين، فقالت: قل كل جارية لي الساعة فهي حرة، فقلت لها: كل جارية لي الساعة فهي حرة، وقد اعتزلت جاريتي وهممت أن أعتقها وأزوجها لهواي فيها، قال: ليس عليك فيما أحلفتك شيء ".

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٨٩ ح ٦١، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٨ ب ١٤ ح ٦ وفيهما " ولا يصدق ".

(٢) بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٦٧، الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٧.

(٣) الكافي ج ٧ ص ٤٤٢ ح ١٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٧٢ ب ١٦ ح ٢.

واعلم أنه لا يجوز عتق ولا صدقة إلا ما أريد به وجه الله وثوابه، وصحيحة منصور بن حازم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " عن امرأة حلفت لزوجها بالعتاق والهدى

إن هو مات لم تتزوج بعده أبدا ثم بدا لها أن تتزوج، فقال: تبيع مملوكها، فإني أخاف عليها من الشيطان. وليس عليها في الحق شيء، وإن شاءت أن تهدي هديا فعلت "

وصحيحته الأخرى (٢) " قال: قال لي أبو عبد الله عليه السلام: أما سمعت بطارق؟ إن طارقا كان نحاسا بالمدينة، فأتى أبا جعفر عليه السلام فقال: يا أبا جعفر إني هالك حلفت بالطلاق والعتاق والندور، فقال: يا طارق هذا من خطوات الشيطان "

وربما احتج لابن الجنيد والقاضي ومن قال بمقالتهما بما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي علي بن راشد (٣) " قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: جعلت فداك إن امرأة اعتل صبي لها فقالت: اللهم إن كشفت عنه ففلانة حرة، والحارية ليست بعارفة، فأیما أفضل جعلت فداك تعتقها أو تصرف ثمنها في وجوه البر؟ فقال: لا يجوز إلا عتقها "

وصحيحة البنزطي (٤) عن أبي الحسن عليه السلام " قال: قال: إن أبي عليه السلام كان

حلف على بعض أمهات أولاده أن لا يسافر بها، فإن سافر بها فعليه أن يعتق نسمة تبلغ مائة دينار، فأخرجها يوما فأمرني فاشتريت نسمة بمائة دينار، فأعتقها "

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٨٩ ح ٥٩، الوسائل ج ١٦ ص ٢١٢ ب ٤٥ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٨٧ ح ٥٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٨ ب ١٤ ح ٤ وفيهما " إني حلفت "

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٣١٤ ح ٤٦، الوسائل ج ١٦ ص ٢٢٩ ب ٧ ح ٢ وفيهما " لأبي جعفر الثاني - ففلانة جاريتي حرة " وليس فيهما " جعلت فداك "

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٣٠٢ ح ١١٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٧٦ ب ١٨ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير.

فأجيب عن هذين الحديثين: (أما) عن الأول فجعله من باب النذر كما هو الظاهر من سياقه، ولا إشكال في جواز التعليق فيه كما هو متفق عليه، حيث وقع شكرا في مقابلة نعمة الله التي هي الشفاء، وهو وإن لم يصرح بكونه لله لكونه ليس في مقام الحكاية لصورة عبارة النذر وإنما أتى بما يدل على كونه نذرا، ومن هنا حمّله شيخ التهذيبيين ومحدثا الوافي والوسائل على ذلك. (وأما) الخبر الثاني فليس فيه تعليق العتق على شرط كما هو الظاهر ولا غيره، نعم فيه الحلف بالعتاق والتزامه له عليه السلام فسبيله التقية لاجتماع العامة على ذلك ولتصريح تلك الأخبار بأنه من خطوات الشيطان، فيكون داخلا في آية " ولا تتبعوا خطوات الشيطان " (١).

ويحتمل هذا الحمل الأول أيضا إن أخرجناه من باب النذر. والعجب من المحدثين والمجتهدين حيث أعرضوا عن هذه الأدلة في البين وكأنهم جعلوا وجه الفساد فيها هو جعلها يمينا لا من جهة التعليق، وهذا في الحقيقة وإن أمكن لكن المانع من التعليق لا يفرقون بين ما ليس يمينا أو كان من اليمين، وكذلك المجوزون فيكون الاستدلال بهذه الأخبار في محله خصوصا فيما لم يشتمل على بيان منها، فلا يستثنى من هذه القاعدة سوى التدبير والنذر والوصايا، وكل خبر اشعر بجواز ذلك والتزامه فسبيله التقية.

الثالث: لو أسند الحرية في هذه الايقاعات لأحد الجوارح مما لا تقال على النفس إلا بتجوز بعيد كيدك أو رجلك أو وجهك أو رأسك حر أو حرة وقصد العتق لم ينعقد.

أما لو قال بدنك أو جسديك فذلك موضع خلاف وإشكال، ولهذا صار في وقوعه قولان: من جهة أن معناه اللغوي غير الذات، ومن دلالاته عليه عرفا عاما وهو مقدم على العرف الخاص الذي لا يعرفه إلا الآحاد، والأقوى وقوعه في الثاني دون

(١) سورة البقرة - آية ٢٠٨.

الأولين، والرأس والوجه وإن أطلقا على الذات عرفا في بعض الأحيان إلا أنه خلاف المتبادر بخلاف البدن والجسد لأن أهل العرف لا يعرفون من معنى الذات سواهما، وأما مخالفتها النفس الناطقة فذلك موكل إلى دقائق الحكماء والمتكلمين والفلاسفة ومع ذلك فإطلاق هذين الشئيين على النفس إطلاق شائع ولو من المجازات المشهورة. واعلم أنه قد تقدم في كتاب الكفالة وقوع الخلاف المشهور في تعلقها بالوجه والرأس، والمشهور جوازه، معللين ذلك بأنه قد يعبر بهما على الجملة عرفا، وقد عللوه هنا بالعكس، وكأن وجه الفرق في الاستعمالين أن المقصد الذاتي في الكفالة إحضار البدن والذات تابعة عرفا، وهنا بالعكس، فإن الحرية المقصودة من العتق متعلقها الذات والبدن تابع حيث تثبت المغايرة بينهما وتلاحظ. وأما الفرق بينهما بأن المعترف في الكفالة العرف وفي العتق الشرع فهو تحكم محض وإن كان العرف متصرفا في الفرق الأول أيضا.

الرابع: هل يشترط تعيين المعتق بصيغة المفعول والقصد إليه معينا؟ قولان، للأصحاب والأكثر على العدم، والقول الآخر عدم الجواز للجهالة، وقد مضى مثل هذا الخلاف في الطلاق والظهار والايلاء، والوجه فيها واحد، غير أن اشتراط عدم التعيين هنا أشهر، وهناك بالعكس، ولا وجه له إلا مراعاة الاحتياط في الفروج وبناء العتق على التغليب.

ويمكن الاحتياج للمشهور بمثله من أعتق ثلث عبيده ولم يعين الثلث فإنه يصح ويستخرج بالقرعة كما سيجيء، وقد اتفق عليه الفتوى والدليل، وهو ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مروان (١) عن موسى بن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام " أن أبا جعفر عليه السلام مات وترك ستين مملوكا فأعتق ثلثهم فأقرعت بينهم فأعتق الثلث ".

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٥٩ ح ١٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٤ ح ٧٦ وفيه " وأوصى بعتق ثلثهم " بدل " فأعتق ثلثهم "، الوسائل ج ١٦ ص ٧٧ ب ٦٥ ح ٢ وليس فيه " فأعتق ثلثهم " وفي المصدرين الأخيرين " فأخرجت عشرين فأعتقتهم " بدل " فأعتق الثلث ".

وكذلك ما سيحجى جواز عتق أول مملوك يملكه فيملك جماعة فإنه يتخير أو يستخرج أحدهم بالقرعة كما تضمنته صحيحة الحلبي (١) الآتي ذكرها في المسألة عن أبي الله عليه السلام " في رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر، فورث سبعة جميعا،

قال: يقرع بينهم ويعتق الذي قرع ".

وفي رواية الصيقل (٢) أنه له الخيار حيث قال " في رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر، فأصاب ستة، قال: إنما كان لله عليه واحد فليختر أيهما شاء فليعتقه ".

وهذا الحكم قريب من المختار المشهور في هذه المسألة حيث إن المعتق غير معين بل غير موجود في الملك الآن، وهذا دليل على بناء العتق على التغليب ولم أر من الأصحاب من استدل على هذين القولين بشيء من الأدلة المنصوصة عليها في الأخبار سوى ما ذكرناه من التقريبات والاعتبار.

ثم إنه على القول بصحته اختلفوا في مرجع تعيينه، فقيل: يرجع إلى القرعة لأنها لكل أمر مشكل. واستضعفه جماعة من المتأخرين حيث لا معين في نفس الأمر حتى يستخرج بالقرعة. وفيه نظر، لأن هذا وارد فيما لو ملك أول مملوك يعتقه ولا معين هناك، وقد سمعت أن صحيحة الحلبي قد حكمت باستخراج المعين بالقرعة.

وهل يقع العتق على هذا التقدير بالصيغة؟ أو هو التزام عتق في الذمة منحصر في عبده الذين أطلق فيهم؟ وجهان، تقدم مثلها في الطلاق، ويتخرج عليهما ما لو مات أحدهم بعينه هل يصح إن قلنا بحصول العتق عند التعيين؟ لم يصح لأن الميت لم يقبل العتق، وعلى هذا فلو كان الايهام في عبيدنا

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٤، الوسائل ج ١٦ ص ٦٩ ب ٥٧ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٦ ح ٤٥، الوسائل ج ١٦ ص ٧٠ ب ٥٧ ح ٣ وفيهما " إنما كان نيته على واحد - أيهم ".

ببطلان التعيين في الميت تعين الآخر ولا حاجة إلى لفظه. وإن قلنا بالوقوع عند الإيهام صح تعيينه، وحيث يتعين لا يصح له العدول عن المعين. فلو قال: عينت هذا بل هذا عتق الأول ولغى الثاني لأن التعيين حصل بالأول ولم يبق للعتق محل، بخلاف قوله، عتقت هذا بل هذا، وهذا كله عند العدول عند القرعة إلى تعيينه كما هو المشهور. وكأن دليلهم على ذلك خبر الحسن بن زياد الصيقل الوارد في مسألة عتق أول ما يملكه، وفي وجوب الاتفاق على الجميع قبل التعيين والمنع من استخدامهم وجهان بل قولان، أحوطهما ذلك.

ولو جرى ذلك في أمتين أو أكثر حرم الوطاء حتى يتعين المعتقة، فإن فعل ففي كون فعله تعيينا لغير الموطوءة وجهان سبق مثلهما في الطلاق، فإن لم نجعله تعيينا وعين العتق في الموطوءة فلا حد عليه.

وفي وجوب المهر وجهان مبنيان على وقوع العتق بالتعيين والصيغة، فعلى الثاني يجب دون الأول.

ولو مات قبل التعيين فلهم في المسألة قولان، أحدهما أن التعيين للوارث لقيامه مقام الموروث كما يخلفه في خيار البيع والشفعة والحدود وكل حق موروث. وقال الشيخ وجماعة بتعيين القرعة هنا لأن الوارث غير مطلع على قصد مورثه فلا يمكن التعيين. وفيه نظر، لأن معرفة قصده غير شرط، ولأن تعيين المورث مجرد تشهير لا يفتقر إلى شيء آخر، ووارثه قائم مقامه، إذ ليس هناك معتق معين في نفس الأمر حتى يشته على الوارث بعينه ومقصود المورث. وربما أجيب عن ذلك بأن التعيين وإن كان راجعا إلى الاختيار إلا أنه مختص باختيار مبهم، وقد فات بالموت، ولأنه في حكم تكميل اللفظ فلا يؤخذ إلا من التلفظ، ولا ريب أن القرعة على ذلك متعينة، والقرعة كما وضعت لتعين المتعين في نفس الأمر كذلك جاءت لتعيين المختار عند الله. أما لو أعتق معينا ثم اشتبه أرجئ حتى يذكر، فإن ذكر عمل بقوله،

ولو عدل بعد ذلك لم يقبل منه، فإن لم يذكر لم يقرع ما دام حيا لاحتمال التذکر. فأما لو ادعى الوارث العلم رجع إليه، وإن جهل أقرع بين عبيده لتحقيق الاشكال واليأس من زواله.

هكذا قرر الحكم الأكثر ولم يذكروا له مستندا من الأخبار. ومقتضى عمومات أخبار القرعة وأنها لكل أمر مشكل استعمالها هنا، ولا يعتبر إمهاله للتذکر إلا بما يحصل به في العادة التذکر كما في سائر الأحكام. ويدل عليه ما رواه الكليني والشيخ عن يونس (١) مقطوعا " قال في رجل كان له عدة ممالك فقال: أيكم علمني آية من كتاب الله تعالى فهو حر، فعلمه واحد منهم ولم يدر أيهم الذي علمه، أنه قال: يستخرج بالقرعة، قال: ولا يستخرجه إلا إمام لأنه له على القرعة كلاما ودعاء لا يعلمه غيره ". ولعله أراد بالإمام هنا ما هو أعم من المعصوم ومن خلفائه من الفقهاء المتولين للأحكام، ومع ذلك فيحمل هذا الاختصاص على سبيل الأولوية لتعذر معرفة وظائف القرعة غالبا من غير الفقيه. ويحتمل أن يكون هذا من كلام يونس فتوى منه، والحمل الأول أولى لأنه مستبعد أن يورده مثل الكليني والشيخ حجة ودليلا على شيء من الأحكام وإن لم يسنده إلى الإمام، فاعتماد هؤلاء على مثل هذه الروايات المقطوعة دليل على قطعهم بأن ذلك عن الإمام لأنها الطريقة المستعملة في الصدر الأول. فالقول بالرجوع إلى تعيين الوارث هنا بعيد، لأن التعيين هنا ليس إنشاء بل إخبار عما وقع من المورث، فلا مدخل لتعيين الوارث حيث يدعي العلم.

ثم على تقدير تعيين المعتق أو الوارث لو ادعى الممالك الذي لم يعينهم أنه المراد فالقول قول المالك مع يمينه لأن ذلك لا يعلم إلا من قبله، وإنما

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٧ ح ١٤، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٠ ح ٦٣، الوسائل ج ١٦ ص ٤٤ ب ٣٢ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

توجهت عليه اليمين لامكان اطلاع المملوك على الحال فتسمع دعواه بحيث يتوجه بها اليمين، فإن نكل على اليمين قضى عليه بعق المدعي مضافا إلى ما عينه إن قضينا بالنكول وإلا أحلف المملوك وأعتق.

ثم إنه استمر الاشتباه لانتظار التذکر أو لعدم تأتي القرعة منع من الوطاء والاستخدام لتحريم ذلك من الحر واشتباهه بمحصور، وعلى الانفاق على الجميع من باب مقدمة الواجب من وجوب الانفاق على المملوك، ولا يتم إلا بالانفاق على جميعهم، فإن مات فهل التذکر قام الوارث مقامه وخوطب بجميع خطاباته؟ فإن ادعى إطلاقه على المعتق قبل موته لأنه خليفته وربما ذكر له ذلك وأطلع عليه، وإن لم يدع العلم فلا طريق سوى القرعة لأن المعتق هنا معين عند الله ومجهول عندنا، فيستخرج بالقرعة لا غير، ولا طريق إلى تعيين الوارث هنا مع عدم دعواه العلم

الثانية: في شرائط المعتق المباشر، يعتبر فيه في المشهور البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد إلى العتق والتقرب إلى الله تعالى كونه غير محجور عليه. (أما الأول فقد خالف فيه الشيخ واكتفى في جواز العتق ببلوغ الصبي عشر كما في الصدقات والعطايا، بل أسند في الدروس جواز ذلك في العطايا والصدقات إلى المشهور.

ويمكن أن يحتج للمشهور بخبر حمزة بن حمران عن حمران (١) كما في التهذيب والكافي وفي مستطرفات السرائر " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على

الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة وتقام عليه ويؤخذ بها؟ قال: إذا خرج عن اليتيم وأدرك، قلت: فلذلك حد يعرف به؟ فقال: إذا احتلم أو بلغ خمس عشرة أو أنبت أو أشعر قبل ذلك أقيمت عليه الحدود التامة وأخذ بها وأخذت له " وساق

(١) الكافي ج ٧ ص ١٩٧ ح ١، التهذيب ج ١٠ ص ٣٧ ح ١٣٢، السرائر ص ٤٨٢، الوسائل ج ١ ص ٣٠ ب ٤ ح ٢ وما في المصادر اختلاف يسير.

الحديث إلى أن قال: " إن الجارية ليست مثل الغلام، إن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها وجاز أمرها في البيع والشراء وأقيمت عليها الحدود التامة وأخذ لها وبها، قال: والغلام لا يجوز له في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك ".

وصحيحة هشام بن سالم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: انقطاع يتم اليتيم الاحتلام

وهو أشده، وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله ".

وخبر أبي الحسين الخادم عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الخصال (٢) " قال: سأله

أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ فقال: حتى يبلغ أشده؟ قال: وما أشده؟ قال: احتلامه، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثماني عشرة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم، قال: إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز أمره إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا ".

إلى غير ذلك من الأخبار التي تقدمت في العبادات والمعاملات وفي الحجر. وقد احتج الشيخ ومن تبعه على ما ذهبوا إليه من الاكتفاء بالعشر كما في الهبات والعطايا برواية زرارة (٣) كما في الكافي والتهذيب عن أبي جعفر عليه السلام " قال:

إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز من ماله ما أعتق وتصدق على وجه المعروف

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٨ ح ٢ وفيه " بالاحتلام"، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٠ ب ٤٤ ح ٩ وفيهما " منه رشد ".

(٢) الخصال ص ٤٩٥ ح ٣ طبع مؤسسة النشر الاسلامي وفيه عن أبي الحسين الخادم يباع اللؤلؤ عن عبد الله بن سنان، الوسائل ج ١٣ ص ١٤٣ ب ٢ ح ٥.

(٣) الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١ وفيه " لا يجوز له في"، التهذيب ج ٨ ص ٢٤٨ ح ١٣١، الوسائل ج ١٦ ص ٦٨ ب ٥٦ ح ٢ وفي الأخيرين " يجوز له من" وفي الكافي والوسائل " وتصدق وأوصى على حد معروف وحق ".

فهو جائز " وفي نسخ التهذيب (١) " على حد المعروف حق فهو جائز ".
وربما وجد هذا الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام
" قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: أيما رجل ترك سرية - إلى أن قال: - وقضى
أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك جارية قد ولدت منه بنتا وهي صغيرة غير أنها
تبين الكلام، فأعتقت أمها، فخاصم فيها موالي ابن الجارية، فأجاز عتقها الأم ".
ومثلها حسنته وموثقته (٣).

وقد وصف المحقق خبر العشر في النافع بالحسن، وقال شارحه السيد: لم
نقف على هذه الرواية حسنته كما ذكرها المصنف، والموجود في كتب الأخبار
والاستدلال ما رواه الشيخ عن موسى بن بكر عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام:
قال:

إذا أتى الغلام عشر سنين " ثم ذكر الحديث المتقدم ثم قال: وبمضمونها أفتى الشيخ
وجماعة، وضعفها بالارسال وغيرها يمنع من التمسك بها في إثبات هذا الحكم،
وكأنه حمل الحسن على الاصطلاح الجديد الذي حدث بعد المحقق لأنه لم يصطلح
على هذا التقسيم في الدراية إلا في زمن ابن طاووس صاحب البشري والعلامة،
وهذا منه عجيب، وأعجب منه قوله بأن الرواية مرسله مع أن الشيخ قد رواها
تارة معلقة على صفوان بن يحيى وتارة على موسى بن بكر وليس فيها مع الطرفين
إرسال، أما إلى صفوان فطريقه من الصحيح، وإنما ضعفت بموسى بن بكر،
وأما تعليقها على موسى بن بكر فلا يوجب الارسال أيضا لأن طريقه إليه في
المشيخة ليس من المراسيل في شيء، ومع ذلك فقد رواها الكليني في الكافي متصلة
الاسناد بمشيخته إلى صفوان ثم عن موسى بن بكر ثم عن زرارة.

(١) والصحيح الكافي وفيه " معروف ".
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٢ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٦٩ ب ٥٦ ح ٣ وفيهما " موالي
أبي الجارية فأجاز عتقها للأم ".
(٣) الفقيه ج ٣ ص ٨٣ ح ٧، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٨ ح ٩٣ وفيهما اختلاف يسير.

وأعجب منه ما وقع لجده في المسالك حيث قال بعد ذكره لرواية زرارة
عن الباقر عليه السلام مريدا بها هذه الرواية المذكورة: وفي طريق الرواية ضعف
بموسى

ابن بكر فإنه واقفي غير ثقة وابن فضال فإنه فطحي وإن كان ثقة. مع أنه في
باب الوصايا من التهذيب أوقفها على زرارة في موضع وأسندها إلى الباقر عليه السلام
في

آخر، فكيف مع هذه القوادح تثبت حكما مخالفا لأصول المذهب بل لاجتماع
المسلمين.

وفي هذا الكتاب أوصلها - يعني المصنف - إلى الباقر عليه السلام.
وفي نكت النهاية قال: إنها موقوفة على زرارة، وفي النافع جعلها حسنة،
ولعله أراد غير الحسن المصطلح عليه بين أهل الحديث وهو أن تكون روايتها إمامية
وفيهم من الممدوح غير المعدل، فإن أمرها ليس كذلك لما عرفت من حال روايتها،
فهي ضعيفة لا حسنة، فإطراحها متعين.

ووجه التعجب يظهر مما سبق في كلامنا على السيد، فإن ابن فضال إنما
كان في بعض طرقها لأن الشيخ قد رواها من ثلاثة طرق، ليس في الطريقتين
المذكورين في كلامنا ذكر لابن فضال، ولا في طريق الكافي أيضا، وفي الثلاثة
مصرح بإمامها بأنه أبو جعفر عليه السلام، فإيراده لها مقطوعة في بعض المواضع غير
مضر

مع أن هذا لا يعد قطعاً بل إضماراً، والاضمار غير مضر لأن الاضمار عائد إلى
الإمام متعين حتى لو لم يصرح به في بقية هذه الطرق لحكمنا بكونه الإمام، فإن
الاضمار في الأدلة إنما نشأ من اقتطار الأدلة بعضها من بعض، حيث إنهم في تلك
الأصول

كانوا يصدرون بالاسم الإمام مظهراً ثم يحيلون عليه بالاضمار، هذا إذا لم يصرح
فكيف إذا صرح به في هذه الطرق كلها، فالتزام الاضمار فيه والقدح به في غاية البعد
من أمثالهم، فالحق أن الرواية متكررة الأسانيد في أصول المعتمدة وهو الذي
أوجب وصفها بالحسن على طريقة القدماء لأن مدار الحسن والصحة على القرائن
التي من جملتها تعدد طرقها في الأصول المتعددة فهي بريئة من القدح المذكور.
والعجب من هؤلاء المتأخرين حيث قبلوا مثل هذه الأخبار وجعلوها الحجة

في مثل العطايا والهبات، والمعروف ورودها في العتق مع اشتمالها كما ترى على الجميع، فالأقوى الاكتفاء بذلك في العتق كما في العطايا والهبات، وهو مرید بتلك الصحيحة المذكورة لابن قيس وكذلك حسنته وموثقته.

وأعجب من هذا قوله - قدس سره - بعد ذلك الكلام: ويمكن حملها وحمل ما ورد في معناها من جواز هبته وصدقته ووصيته، على أن ابن العشر محل إمكان البلوغ لما تقدم من أن الولد يلحق به في هذا السن بإمكان بلوغه بالمني، بسبب أنه في وقت إمكان البلوغ بمعنى أنه من حيث السن لا مانع من جهته وإن توقف على أمر آخر، وهذا خير من إطراح الروايات الكثيرة. وهو كلام مضطرب لا يخفى اضطرابه على أدنى من له مسكة في فهم الأخبار وضبط قواعد الفقه.

وقد صرح هو في غير موضع لأن احتمال التولد منه وإن بنى عليه في الانتساب لمكان الضرورة، لكن لا يبنى عليه ما يتوقف على البلوغ على التحقيق بل يبقى محجورا عليه ممنوعا من التصرفات كلها إلى أن يتحقق عليه بلوغه، إلا فيما اكتفى فيه بسن العشر أو بسن دون البلوغ كما ثبت في الوصايا والعطايا والهبات عند المشهور، وما تكلفه من الجمع حذرا من الاطراح في الحقيقة إطراح لها وإن كانت من الصحاح وهدم للقواعد المقررة، لأن تلك مشروطة بتحقق تلك العلامات

لا بمجرد الاحتمال، سيما خبر حمزة بن حمران وأخبار عبد الله بن سنان وغيرها من الأخبار مما ورد في علامات البلوغ الذي بنى عليه الأحكام من المعاملات وغيرها. فالأقوى إذا التزم تلك القواعد إلا إذا ثبت الدليل المخصص على سبيل التحقيق ويكون مخرجا من قاعدة اشتراط البلوغ لا أنها تجعل دليلا على البلوغ، كيف وسن البلوغ أقله ثلاثة عشر سنة كما ذهب إليه ابن الجنيد والصدوق وجملة من مشايخنا من متأخري المتأخرين.

(وأما) اشتراط العقل والتميز فلبطلان المعاملات والعبادات الواقعة عليه من المجنون.

ويدل عليه بالخصوص صحيحة الفضلاء وهو زرارة وبكير ومحمد بن مسلم
وبريد وفضيل بن يسار وإسماعيل الأزرق ومعمربن يحيى (١) عن أبي جعفر وأبي
عبد الله عليهما السلام " أن المدله ليس له طلاق ولا عتقه عتق ". والمدله - كمعظم
- الساهي

القلب الذاهل العقل من عشق ونحوه وما لا يحصى ما فعل وما فعل به.
ويؤيده أيضا ما قدمناه من الأخبار الصراح الصراح من أن السفیه والضعيف
باطلا التصرف، والمجنون هو الضعيف.

وخبر الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن المرأة المعتوهة الذاهبة
العقل يجوز بيعها وهبتها وصدقته؟ قال: لا ".
(وأما) شرط القصد فتدل عليه الأخبار الواردة في نفي صحة عتق السكران

مثل صحيحة زرارة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألته عن طلاق المكره
وعتقه،

فقال: ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق ".
وخبر الحلبي (٤) الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن طلاق

السكران،
فقال: لا يجوز ولا عتقه ".
وموثقته الأخرى (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا يجوز عتق السكران ".
وخبره (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن طلاق السكران وعتقه،
فقال: لا يجوز ".
(وأما) شرط الاختيار فيدل عليه ما دل على بطلان عتق المكره بقول مطلق

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ٣ وفيه " أن المدله ليس عتقه بعتق "، الوسائل ج ١٦
ص ٢٩ ب ٢٠ ح ١ وفيه " أن الوله ليس عتقه عتقا ".
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ٢ وفيه " بيعها وصدقته "، الوسائل ج ١٦ ص ٣٠ ب ٢١ ح ٣.
(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٧ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٢٩ ب ١٩ ح ٢.
(٤) الكافي ج ٦ ص ١٢٦ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣٠ ب ٢١ ح ١.
(٥) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣١ ب ٢١ ح ٢.
(٦) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣١ ب ٢١ ح ٣.

وإن بقي معه القصد مثل صحيحة زرارة المتقدمة عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألته

عن طلاق المكره وعتقه، ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق ".
وصحيحته الأخرى (١) كما في التهذيب أيضا عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألته عن عتق المكره، فقال: ليس عتقه بعتق " .

وصحيحتي عبد الله بن مسكان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سمعته يقول: لو أن رجلا مسلما مر بقوم ليسوا بسلاطان فقهره حتى تخوف نفسه أن يعتق أو يطلق ففعل ليس عليه شيء " .

(وأما) المحجور عليه لسفه فلا يجوز عتقه للأخبار المانعة من تصرفاته كلها، كالأخبار الواردة في تفسير الآية " إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا " وما تقدم من صحيحة هشام بن سالم (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام

وهو أشده، وإن احتلم ولم يؤنس عنه رشده وكان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله " .

وخبر أبي الحسين الخادم (٤) كما في الخصال وقد تقدم عن قريب وفيه " إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز أمره إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا " .
(وأما) اشتراط نية التقرب في صحة العتق هو أن يكون قاصدا به وجه الله تعالى، وثوابه على حد ما يعتبر في غيره من العبادات وإن لم يتلفظ به، بخلاف صيغة الاعتاق فإن اللفظ معتبر فيها، وحينئذ فيكفي أنه حر وما في معناه قاصدا به القربة فالأخبار به مستفيضة وعليه الاجماع.

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٩ ب ١٩ ح ١ .
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣١ ب ٣٧ ح ٢ وفيهما " عبد الله ابن سنان - حتى يتخوف على نفسه - ففعل لم يكن عليه شيء " .
(٣) الكافي ج ٧ ص ٦٨ ح ٢ وفيه " منه رشد "، الوسائل ج ١٣ ص ١٤٣ ب ٢ ح ٥ .
(٤) الخصال ج ١ و ٢ ص ٤٩٥ ح ٣، الوسائل ج ١٣ ص ١٤٣ ب ٢ ح ٥ .

فمن تلك الأخبار صحيحة هشام بن سالم وحماد وابن أذينة وابن بكير وغير واحد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه قال: لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى "

ورواه الصدوق (٢) مرسلا.

وخبر علي بن أبي حمزة (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا عتق إلا ما طلب به وجه الله عز وجل "

وصحيحة حماد بن عثمان (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل "

وصحيحة الفضلاء (٥) " قال أبو عبد الله عليه السلام: ما صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل "

وصحيحة سعد بن أبي خلف (٦) عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام " أنه قال: لا يجوز عتق ولا صدقة إلا ما تريد به الله عز وجل وثوابه "

وعلى هذا اختلف أصحابنا في جواز عتق الكافر حيث إن تأتي القربة منه غير معلوم.

ف قيل: لا يصح مطلقا، واختاره ابن إدريس لأنه عبادة شرعية، وعليه المحقق والعلامة وجماعة محتجين بذلك وباشتراطه نية القربة وهو متعذر من الكافر، ومن ثم أجمعوا على بطلان عبادته المشروطة بالنية لا أن العبادة مشروطة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٧ ب ٤ ح ١.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٦٨ ح ١٠.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٧ ب ٤ ح ٢.

(٤) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٩ ب ١٣ ح ٢.

(٥) الكافي ج ٨ ص ٣٠ ح ٢ وفيه " لا صدقة "، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٠ ب ١٣ ح ٣.

(٦) الكافي ج ٧ ص ٤٤٢ ذيل ح ١٨، التهذيب ج ٨ ص ٢٨٦ ذيل ح ٤٦، الوسائل

ج ١٦ ص ١٧٢ ب ١٦ ذيل ح ٢ وما في المصادر " ما أريد ".

بالثواب حيث تقع صحيحة وهي مشروطة بدخول الجنة يثاب بها وفيها وذلك تمنع في حق الكافر (١).

ويدل على كونه عبادة مشروطة بنية القربة ما قدمناه من الأخبار من قولهم " لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى " والمراد نفي الصحة لأنه أقرب المجازات

إلى نفي الحقيقة حيث كانت الحقيقة غير مراده.

وثاني الأقوال: عدم الاشتراط مطلقا، وهو مختار الشيخ في كتابي الفروع، واحتج على ذلك بأن العتق أصله فك ملك وتصرف مالي ونفع للغير، والكافر أهل لهذا كله، بل إن ملكه أضعف من ملك المسلم، ففكه أسهل، ولأن العتق مبني على التغليب، وجاز حمل الخبر على نفي الكمال كقوله صلى الله عليه وآله (٢) " لا صلاة

لجار المسجد إلا في المسجد " ومن ثم انعقد الاجماع على بطلان عبارة الكافر المحضة

دون عتقه، ونحوه من تصرفاته المالية المشتملة على العبادات كالوقف والصدقة ترجيحاً لجانب المالية على العبادة.

وثالثها: القول بالتفصيل، واختاره جماعة من الأصحاب فيهم العلامة في المختلف فحكموا بصحة عتق الكافر إن كان كفره بغير جحود الخالق من جحد نبي أو كتاب أو غير ذلك، وبطلانه ممن كان كفره بجحد الخالق لتعذر حصول القربة ووجه الله تعالى منه بخلاف الأول، لأن قوله عليه السلام في المستفيضة " لا عتق إلا ما أريد به

وجه الله " يقتضي اشتراط إرادة التقرب المتوقفة على الاقرار بالتقرب إليه، وهذا هو المعتمد لأن حملة على نفي الصحة أولى لأنه الأقرب إلى المراد، فيتفق وجود المقتضي وهو عتق الجامع للشرائط التي منها إرادة وجه الله سبحانه وتعالى به، فإن الكافر إذا كان مقرا بالله عز وجل أمكن وقوع ذلك منه، ولا يلزم من اشتراطه بالإرادة المذكورة حصول المراد لأن ذلك أمر آخر خارج عن الشرط المعبر.

(١) كذا في النسخة.

(٢) التهذيب ج ١ ص ٩٢ ح ٩٣، الوسائل ج ٣ ص ٤٧٨ ب ٢ ح ١ وفيهما " إلا في مسجده " .

وقولهم " إن العتق عبادة فيشترط في صحته الاسلام ليرتب الثواب على فعله ممنوع لانتفاء الدليل عليه، وحينئذ فالبطلان في الأول وهو الكافر الجاحد للإلهية، فوجهه عدم تصور كونه مريدا بعقده وجه الله تعالى، وقد ثبت اشتراط ذلك بالأخبار المستفيضة، وأن المراد به نفي الصحة وحملها على نفي الكمال لا يلتزمه الشيخ في جمع الأحوال.

الثالثة: في شرائط المعتق، يعتبر في المعتق كونه مملوكا للمعتق بالفعل كما هو المشهور بين الأصحاب، فلو أعتق غير المالك لا يقع صحيحا وإن أجازه المالك لقوله صلى الله عليه وآله في الخبر النبوي (١) المروي من الطرفين " لا عتق إلا بعد ملك "

وهو مقتضى لوجود الملك بالفعل فلا يجري على مملوك الغير، حتى لو علقه على الملك لم يفد شيئا وكان لاغيا .

و الأخبار بهذا عن أئمتنا عليهم السلام مستفيضة منها صحيحة منصور بن حازم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك . "

وموثقة أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: كان الذين من قبلنا يقولون: لا عتاق ولا طلاق إلا بعد ما يملك الرجل . "

وموثقته الأخرى (٤) كما في نوادر أحمد بن محمد بن عيسى مثله وزاد " كل من أعتق ما لا يملك فهو باطل . "

وصحيحة عبد الله بن مسكان (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: من أعتق ما لا يملك فلا يجوز . "

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٢، سنن أبي داود ج ٢ ص ٢٨٥.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٨ ب ٥ ح ١.
(٣) الكافي ج ٦ ص ٦٣ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٣.
(٤) الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٣.
(٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٩ ح ١٣٥، الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٤.

وخبر مسمع (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا عتق إلا بعد ملك "

وخبر الحسين بن علوان (٢) كما في كتاب قرب الأسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام " أنه كأن يقول: لا طلاق لمن لا ينكح ولا عتق إلا ما يملك.

وقال علي عليه السلام: ولو وضع يده على رأسها " .
وخبر الآخر (٣) أيضا كما في قرب الأسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام " قال: لا طلاق إلا من بعد نكاح ولا عتق إلا من بعد ملك " .
وصحيحة علي بن جعفر (٤) كما في كتاب الرسائل له عن أخيه عن موسى عليه السلام

" قال: سألته عن رجل يقول: إن اشترت فلانا فهو حر وإن اشترت هذا الثوب فهو صدقة وإن نكحت فلانة فهي طالق، قال: ليس ذلك بشيء " .
وصحيحة الحلبي (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الفقيه " أنه سئل عن رجل قال: كل امرأة أتزوجها ما دامت أم عاشت أمي فهي طالق، فقال: لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك " .

ومثلها مرسله المقنع (٦) عن النبي صلى الله عليه وآله.
وصحيحة محمد بن قيس (٧) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألته عن رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق وإن اشترت فلانا فهو حر وإن اشترت هذا الثوب

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٨ ب ٥ ح ٢ .
(٢) قرب الإسناد ص ٤٢ وفيه " ولا عتاق "، الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٥ وفيهما " لمن لا يملك " .
(٣) قرب الإسناد ص ١١٣، الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٦ .
(٤) بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٦٧، الوسائل ج ١٦ ص ٩ ب ٥ ح ٧ .
(٥) الفقيه ج ٣ ص ٣٢١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٦ ب ١٢ ح ١ .
(٦) المقنع ص ٣٨، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٦ ب ١٢ ح ١ .
(٧) الكافي ج ٦ ص ٦٣ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٧ ب ١٢ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

فهو في المساكين، فقال: ليس بشيء، لا طلاق إلا ما يملك ولا عتق إلا ما يملك ولا صدقة إلا ما يملك".

وخبر النضر بن قرواش (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث " قال: لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك".

وخبر زرارة (٢) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: من قال فلانة طالق إن تزوجتها وفلانا حر إن اشتريته فليتزوج ويشترى فإنه ليس يدخل عليه طلاق ولا عتق".

وموثقة معمر بن يحيى (٣) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألتناه عن الرجل يقول: إن اشتريت فلانا أو فلانة فهو حر وإن اشتريت هذا الثوب فهو في المساكين وإن نكحت فلانة فهي طالق، قال: ليس ذلك بشيء، لا يطلق الرجل إلا ما ملك ولا يعتق إلا ما ملك ولا يتصدق إلا بما يملك".

وموثقته الأخرى (٤) " أنه سمع أبا جعفر عليه السلام يقول: لا يطلق الرجل إلا ما ملك ولا يعتق إلا ما ملك ولا يتصدق إلا بما ملك".

فهذه الأخبار كما ترى تنادي بأن اشتراط الملك بالفعل شرط في صحة العتق، وأن الفضولي منه باطل، وأن المعلق على الملك منه باطل لأمرين: وقوعه من غير المالك وتعليقه على الشرط، وقد استثنى من ذلك ما لو جعله نذرا أو ما في معناه من العهد واليمين، مثل: لله علي إعاقته إن ملكته، فيجب عتقه عند حصول الشرط لعموم الأمر بالوفاء بالنذر، ولا يعتق بنفسه عند حصول الشرط ولو آنا ما،

-
- (١) الكافي ج ٨ ص ١٩٦ ح ٢٣٤، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٧ ب ١٢ ح ٤.
- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٥١ ح ٨٤، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٨ ب ١٢ ح ٩ وفيهما " وفلان حر - وليشتر".
- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٥٢ ح ٨٥، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٩ ب ١٢ ح ١٠ وفيهما اختلاف يسير.
- (٤) التهذيب ج ٨ ص ٥٢ ح ٨٦ وفيه في الموارد الثلاثة " ما يملك"، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٩ ب ١٢ ح ١١.

فلو عتق بمجرد ملكه لزم العتق في غير ملك. هكذا استدل المحقق.
وأجيب بجواز الاكتفاء بالعتق الضمني كملك القريب الموجب للعتق أنا
ثم يعتق، إذ لا عتق قبل ملك.

هذا إذا كانت الصيغة: لله علي أنه حر إن ملكته، أما إن كانت: لله علي
إعتاقه، فلا إشكال في افتقار اعتاقه إلى الصيغة، ولو جعل نفس العتق يمينا لم
يقع لأن اليمين لا ينعقد بالعتاق ولا بالطلاق ولا بالظهار كما سيحى في مباحث
كتاب الأيمان، ولاستلزامه التعليق في غير النذر، وقد سمعت فيما سبق أن
التعليق مفسد له، وأكثر الأخبار الواردة في فساد المعلق والحاكمة به إنما جاءت
في اليمين.

والفرق بين التعليق في اليمين والتعليق في غيره موكول إلى النية، فإن
كان الغرض من التعليق البعث على الفعل إن كان طاعة أو الزجر عنه إن كان معصية
كقوله إن حججت فأنت حر أو إن زويت كذلك قصدا للبعث في الأول والزجر
في الثاني فهو يمين وإن كان الغرض مجرد التعليق كإن قدم زيد أو دخلت الدار
أو طلعت الشمس فهو شرط أو صفة، والعتق لا يقع معلقا في الجميع كما تقدم.
ويتفرع على ما قلناه من اشتراط سبق الملك على العتق مما لو أعتق الأب
والجد لأبيه مملوك ولده الصغير من غير أن يقومه على نفسه ويشتره، أو كان
الولد بالغاً رشيداً ولم يشتر منه لم يصح، لأنه ما لم يقومه على نفسه مع صغر
الولد وما لم يشتره من الكبير يكون عتقه فضولياً، وعتق الفضولي قد عرفت بطلانه
لتصريح تلك الأخبار ببطلانه صريحاً، وبأنه لم يجز بعد اشتراط سبق الملكية فيها.
وهذا الحكم مجمع عليه إلا في مسألة واحدة وهو ما لو أعتق الأب مملوك
الولد الصغير بدون تقويم، أو كان الولد كبيراً أيضاً، فإن للشيخ هنا خلافاً تفرد

به في كتابه النهاية والتهذيب حيث صححه استنادا إلى رواية حسين بن علوان (١) عن زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام " قال: أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم رجل فقال:

يا رسول الله صلى الله عليك وآلك إن أبي قصد عمدا إلى مملوكي فأعتقه كهية المضرة لي، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أنت ومالك من هبة الله لأبيك، أنت سهم من

كنانته، يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ويجعل من يشاء عقيما، جازت عتاقة أبيك، يتناول من ولدك ومالك وبدنك، وليس لك أن تتناول من ماله ولا بدنه شيئا إلا بإذنه " فقدم على تخصيص تلك الأخبار المعتبرة الصحيحة المجمع على مضمونها بهذه الرواية الشاذة الضعيفة برجال العامة والزيدية، فالأولى ارتكاب تأويلها بحسب ما يمكن، فإن تعذر ذلك فالواجب إطراحها وحملها على التقية.

وقد حملها جماعة على الاستحباب بمعنى أنه يستحب للولد أن يجيز ويمضي ما أمره به أبوه بأن يعمد إلى ما يعتقه الأب فيعتقه. واحتمل في محدث الوسائل كون الأب شريكا فيه ويشهد إليه قوله " كهية المضرة لي " بأن كان للولد فيه أكثره. واحتمل فيه ممن كونه ينعق على الولد. وأما على شراء الأب له مع صغر الولد واحتياجه إلى بيعه وعتقه إلى غير ذلك من التأويلات واحتمل فيه الشيخ أيضا. ولا يمكن أن يؤيد بالأخبار الواردة في جواز تصرف الأب في مال الولد في نفقاته ومؤنته وتوسعته، لأن تلك قابلة أيضا للتقييد ومعارضة بما هو أقوى منها سندا ودلالة، وأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إنما قال ذلك في قضية مخصوصة حيث ادعى الأب إنفاق مال الولد على الولد فأنكره الولد بعد بلوغه فجادله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالتي هي أحسن لأن القول

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٥ ح ٨٢ وفيه " إن أبي عمد إلى مملوك لي "، الوسائل ج ١٦ ص ٧٨ ب ٦٧ ح ١ وفيه " إن أبي عمد إلى مملوكي " وفيهما " يتناول والدك من مالك وبدنك " وليس فيهما " صلى الله عليك وآلك ".

هنا قول الأب كما مر تحقيقه في المكاسب وفي كتاب الحج.
الثاني: الاسلام عند الأكثر، ومنهم شيخ التهذيب والمفيد والمرتضى والأتباع
وابن إدريس والمحقق والعلامة لقوله تعالى " ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون " (١)
نهى في هذه الآية في قصد الخبيث بالانفاق، والأصل فيه التحريم المقتضي لفساد
العبادة، وللأخبار الكثيرة التي مر ذكرها في اشتراط القربة لقوله عليه السلام فيها " لا
عتق

إلا ما أريد به وجه الله تعالى ".
ولخصص رواية سيف بن عميرة (٢) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: أيجوز
للمسلم أن يعتق مملوكا مشركا؟ قال: لا ".
والقول بصحة عتقه مطلقا - كما هو للشيخ في كتابي الفروع وقواه أول
الشهيدين في شرح نكت الارشاد - هو ثاني الأقوال في المسألة للأصل وعمومات
الأخبار.

وما روي عن الحسن بن صالح (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إن عليا
أعتق عبدا له نصرانيا فأسلم حين أعتقه ".
وبما رواه في كتاب قرب الأسناد عن البخاري (٤) عن جعفر بن محمد عن أبيه
عليهما السلام " أن عليا عليه السلام أعتق عبدا نصرانيا. ثم قال: ميراثه ما بين المسلمين
عامة
إن لم يكن له ولي " .

وثالث الأقوال التفصيل وهو صحته مع النذر وبطلانه مع التبرع، وهو
للشيخ في النهاية والاستبصار جمعا بين الخبرين السالفين بحمل صحة فعل علي عليه
السلام

(١) سورة البقرة - آية ٢٦٧.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١٨ ح ١٥، الوسائل ج ١٦ ص ٢٤ ب ١٧ ح ٥.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٢ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٣ ب ١٧ ح ٥.

(٤) قرب الإسناد ص ٦٦، الوسائل ج ١٦ ص ٢٤ ب ١٧ ح ٦ وفيهما " ميراثه بين
المسلمين " .

على أنه كان قد نذر عتقه لثلاثين ألفي في النهي عن عتقه في خبر سيف، وهو جمع بعيد كما سنطلعك عليه، وقد طعن في دليل الأول.

أما الآية فلأنها إنما دلت على النهي عن إنفاق مال الخبيث - وهو المال الرديء أو الحرام من المال - على ما استفاضت به الأخبار في تفسير الآية كما مر في الزكاة والصدقات وذكره المفسرون، ولا يلزم منه تحريم عتق الكافر لأن الانفاق في المالية لا لاعتاق الخبيث، وربما كانت ماليته خير من مالية العبد المسلم، فهو من هذه الحثية ليس بخبيث، مع أن إطلاق الانفاق على مثل ذلك تجوز بعيد لا يصار إليه إلا بدليل، ولو سلم تناوله للكافر منعنا من عموم النهي عن إنفاق الرديء مطلقاً، بل في الصدقة الواجبة للاجماع في النصوص والفتوى على جواز الصدقة المندوبة بالرديء من المال والجيد. وإن كان الرديء أقل فضلاً والمعتبرة الدالة على أنه مأمور بالصدقة ولو بشق تمره ومذقة من لبن وكراع من شاة.

وأما الخبر الأول فقد تقدم تحقيقه والمراد منه، وأن ليس المعتبر فيه إلا إرادة وجه الله تعالى وهي ممكنة في حق المعتق الكافر المقر بالله تعالى من مثله ومن المسلم إذا رجي بعثقه الخير واستجلابه إلى الإسلام، ونحو ذلك من المقاصد الجميلة التي يمكن معها إرادة وجه الله تعالى. ويؤيده فعل علي عليه السلام حيث أعتق ذلك العبد النصراني حيث علم أنه يترتب على عتقه استجلابه إلى الإسلام ولهذا أسلم.

وأما رواية سيف فهي ضعيفة السند بأبي حمزة البطائني مع أنها أخص من المدعى لأن موردها المشرك فلا يدل عليه بالعموم.

نعم، يمكن أن يستدل لهم على المنع بخبر صباح المزني عن ناجية (١) " قال: رأيت رجلاً عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له: جعلت فداك إنني أعتقت خادماً

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٦ ح ٩ وفيه "عليها غذا"، الوسائل ج ١٦ ص ٢٣ ب ١٧ ح ٣ وفيهما " ما فعلت الخادم؟ قال: حية، قال: ردها إلى مملوكتها". مع اختلاف يسير.

لي وها أنا أطلب شراء خادماً لي فما أقدر عليها، فقال: ما فعلت بالخدام؟ فقال: بعته، فقال: ردها في مملكتك ما أغنى الله عن عتق أحدكم، تعتقون اليوم وتكونون علينا غداً، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفاً". والمراد بالعارف هنا المؤمن أو المستضعف لما يأتي من جواز عتقه.

وبخبر علي بن أبي حمزة (١) وقد تقدم في كتاب الوصية " قال: سألت عبداً صالحاً عليه السلام عن رجل هلك فأوصى بعتق نسمة مسلمة بثلاثين ديناراً فلم يوجد ما الذي سمى، قال: ما أرى لهم أيزيدوا على الذي سمى! قلت: فإن لم يجدوا؟ قال: فليشروا من عرض الناس ما لم يكن ناصيباً".

ولا ينافي هذا صحيحة علي بن مهزيار عن أبي علي بن راشد (٢) " قال: قلت: لأبي جعفر عليه السلام: إن امرأة من أهلنا اعتل صبي لها، فقالت: اللهم إن كشفت عنه ففلانة حرة والجارية ليست بعارفة، فأيهما أفضل جعلت فداك تعتقها أو تصرف ثمنها

في وجه الله؟ قال: لا يجوز إلا عتقها " لاحتمال أن يكون المراد بغير العارفة المستضعفة

لصدقه عليها، ولا يستلزم سلب المعرفة بالنسب لأن نقيض الأخص أعم من نقيض الأعم،

والكفر إنما يستلزمه النسب، فلا تحصل المعارضة بين هذا الخبر وما تقدم لتعليق المنع على النسب لأشعار خبر الأول لقوله عليه السلام " ما أغنى " إلى قوله " وغدا تكونون علينا ".

أما الأخبار التي احتج بها المجوز مطلقاً فالعام منها مقيد بهذا الخاص، وما دل على عتق علي عليه السلام للنصراني فلعلمه عليه السلام أنه يؤول له من ترغيبه في

الاسلام ودخوله فيه.

وأما حديث قرب الأسناد فيمكن حمله على التقيية لمطابقتها لفتوى كثير منهم ولأنه من مروياتهم.

(١) الكافي ج ٧ ص ١٨ ح ١٠، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٢ ب ٧٣ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٥٦، الوسائل ج ١٦ ص ٧٤ ب ٦٣ ح ١.

وأما دليل القول المفصل فقد عرفت أنه نفس الجمع بين الخبرين ولا دلالة في شيء من الخبرين على ذلك.

وأما الاستدلال بصحيفة علي بن مهزيار فقد عرفت ما يرد عليها من قبولها للتأويل، بل ينبغي أن يقال بالمنع في النذر، والجواز في غيره لقيام الدليل على اشتراط الرجحان في النذر سيما إذا كان المنذور العتق، ألا ترى إلى خبر علي ابن أبي حمزة الذي مورده بالوصية قد أذن في شرائه من عرض الناس حيث لا يوجد المسلمة، واشترط أن لا يكون ناصيبا. فالأقوى إذا المنع من عتق الكافر وسيما إذا كان مشركا أو ناصيبا وما أوهم الجواز يجب حمله على التقية أو على ما لو كان مستضعفا.

أما ولد الزنا فهو موضع خلاف لاختلافهم في أن الأصل إسلامه لا كفره إذا لم يظهر كلمة الكفرة، والمشهور جواز عتقه على كراهة ما لم يظهر كلمة الكفر أو يشترط أن يظهر كلمة الإسلام لما ثبت من التلازم الغالبي بين البغض لعلي عليه السلام

وبين كونه ولد زنا، والقول بعدم صحة عتقه بناء على كفره وإن أظهر الإسلام للمرتضى وابن إدريس، والحق جواز عتقه إذا أظهر كلمة الإسلام بعد بلوغه، وأما قبل ذلك فالأصل كفره، وقد جمعنا بين الأخبار في كثير من مزبوراتنا. ويدل على جواز عتقه صحيفة سعيد بن يسار (١) كما في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: لا بأس بأن يعتق ولد زنا ".

ومثله خبره (٢) كما في الكافي والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام مثله " . وكذلك ولده لموثقة سعيد بن يسار (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " في الرجل

(١) الفقيه ج ٣ ص ٨٦ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٢ ب ١٦ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٢ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٢١٨ ح ١٣.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٤٨ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٣ ب ١٦ ح ٢ وفيهما " فيولد لهما ولدا يعتق " .

يكون عنده العبد ولد زنا فيزوجه الجارية فيولد له ولد يعتق ولده يلتمس به وجه الله؟ قال: نعم لا بأس فليعتق إن أحب. ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: لا بأس فليعتق

إن أحب "

وأما حديث " أن ولد الزنا لا ينجب " فهو لا يدل على كفره، فلا يجوز التمسك به في المنع لأن النجاسة المنفية مغايرة للاسلام لغة وعرفا، وقد جاء نفي النجاسة عن جماعة من آحاد المؤمنين ولو كان باعتبار صناعته كما جاء في الحايك أنه لا ينجب

إلى سبعة آباء مثل ما ورد في ولد الزنا.

وجاء في خبر سعيد بن جناح (١) كما في الخصال رفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام " قال: ستة لا ينجبون: السندي والزنجي والتركي والكردي والخوزي ونبك الري " والخوزي أهل خوزستان والنبك المكان المرتفع، ويحتمل أن يكون إضافته إلى الري بيانية وفي بعض النسخ تقديم الباء على النون وهو بالضم أصل الشيء وخالصة.

وقد جاء فيهم أيضا أنه لا يدخل الايمان في قلوبهم كما جاء في خبر مطرق (٢) مولى معن كما في الخصال عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه قال: لا يدخل حلو الايمان

في قلب سندي ولا زنجي ولا خوزي ولا كردي ولا بربري ولا نبك الري ولا من حملته أمه من الزنا "

وفي مرفوعة داود بن فرق (٣) عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام " قال:

ثلاثة لا ينجبون: أعور يمين وأزرق كالفص ومولد السند "

إلى غير ذلك من الأخبار الشاهدة لمجموعة هذه الصفات المؤمن وإن لم يكن

(١) الخصال ج ١ و ٢ و ص ٣٢٨ ح ٢١ طبع مؤسسة النشر الاسلامي - قم.

(٢) الخصال ج ١ و ٢ ص ٣٥٢ وفيه " الايمان قلب "

الخصال ج ١ و ٢ ص ١١٠ ح ٨٠ وفيه " أبي جعفر أو أبي عبد الله "، الوسائل

ج ١٤ ص ٥٥ ب ٣١ ح ٣ وفيه " أعور عين "

إيمانه كاملاً.

الرابعة: لو شرط المعتق في عتقه على المملوك شرطاً سائغاً من خدمة أو غيرها لم ينافي القربة لزمه الوفاء به، وفاقاً للأكثر، فليزِم العبد به. أما لو شرط إعارته في الرق مع المخالفة فهو موضع خلاف، فالمشهور أنه كذلك، وقيل: يبطل العتق لأنه اشتراط للاسترقاق ممن ثبت حرّيته. وقيل: يبطل، بل قد نقل جماعة عليه الاجماع الشرط خاصة.

و يدل على الحكم الأول المستفيضة من النبوية وغيرها، ومنها الصحيحة وغيرها (١) "المؤمنون عند شروطهم".

وما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما عليهما السلام " في الرجل يقول لعبدته: أعتقك على أن أزوجك ابنتي فإن تزوجت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك فيتزوج أو يتسرى، قال: عليه مائة دينار ". ورواه في الصحيح عن يعقوب بن شعيب (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

رجل أعتق جارّيته وشرط عليها أن تخدمه خمس سنين فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها؟ قال: لا ".

وما رواه ابن بابويه في الصحيح عن أبي العباس البقباق (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال سألته عن رجل قال: غلامي حر وعليه عمالة كذا وكذا، قال: هو حر وعليه العمالة ".

وموثقة عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: أوصى أمير

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩ ح ٢١ وص ٧٥ ح ٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٣ ب ٤ ح ٣ و ٥ و ٧ وفيهما "المسلمون".

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٨ ب ١٢ ح ٤ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٧ ب ١١ ح ١.

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٧٥ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ١٦ ب ١٠ ح ٢ وفيهما " كذا وكذا سنة ".

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ١ وفيه " أبا نيزر"، الوسائل ج ١٦ ص ١٦ ب ١٠ ح ١.

المؤمنين عليه السلام فقال: إن أبا نيروز ورباحا وجبيرا أعتقوا أن يعملوا في المال
خمس
سنين "

وموثقة عبد الرحمن بن أبي عبد الله (١) عن أبي عبد الله عليه السلام بل صحيحته كما
في التهذيب (٢) " قال: سألته عن رجل قال: غلامي حر وعليه عمالة كذا وكذا
سنة، قال: هو حر وعليه العمالة "

وصحيحته الأخرى (٣) كما في الفقيه مثله، وزاد " قلت: إن ابن أبي ليلى يزعم
أنه حر وليس عليه شيء، قال: كذب، إن عليا عليه السلام أعتق أبا نيروز وعياضا
ورباحا وعليهم عمالة كذا وكذا سنة ولهم كسوتهم ورزقهم بالمعروف في تلك
السنين "

وصحيحة إسحاق بن عمار (٤) وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن
الرجل يعتق مملوكه وغيره ويزوجه بابنته، ويشترط عليه إن هو أغارها أن يرده
في الرق، قال: له شرطه "

وصحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٥) " أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن
رجل

قال لغلامه: أعتقك على أن أزوجك جاريتي هذه، فإن تزوجت عليها أو تسريت
فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك، فنكح أو تسرى، أعليه مائة دينار ويجوز
شرطه؟ قال: يجوز عليه شرطه " " قال: وقال أبو عبد الله عليه السلام في رجل أعتق
مملوكه على أن يزوجه ابنته وشرطه عليه إن تزوج أو تسرى عليها فعليه كذا
وكذا، قال: يجوز "

(١) في الفقيه والتهذيب والوسائل " عن أبي العباس عن أبي عبد الله "

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٧ ح ٩٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٦ ب ١٠ ح ٢.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٧٥ ح ٧ وفيه " أبا نيزر "، الوسائل ج ١٦ ص ١٦ ب ١٠ ح ٣.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٨ ب ١٢ ح ٣ وليس فيهما " وغيره "

(٥) الفقيه ج ٣ ص ٦٩ ح ١٥ و ١٦، الوسائل ج ١٦ ص ١٧ ب ١٢ ح ١ و ٢ وفيهما " فإن
نكحت "

وهل يشترط في لزوم الشرط على القول به قبول المملوك؟ قيل: لا، وهو ظاهر اختيار المحقق، لأن المولى مالك العبد ومنافعه وله الضريبة عليه وهي إلزامه بمال من كسبه، فإذا شرط عليه خدمة أو مالا فقد فك ملكه عنه وعن منافعه واستثنى بعضها فكان له ذلك.

وقيل - والقائل العلامة في التحرير -: ويشترط مطلقا لاقتضاء التحرير تبعية المنافع فلا يشترط شيئا منها إلا برضا المملوك.

وفصل العلامة في القواعد ما اشترط في اشتراط المال دون الخدمة. واختاره فخر المحققين في شرحه على القواعد واستدلا على اشتراط قبوله في المال بما رواه حريز (١) في الصحيح " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه: أنت

حر ولي مالك، قال: لا يبدأ بالحرية قبل المال فيقول له: لي مالك وأنت حر إلا أن يرضى المملوك " فالمال للسيد، وفي وصفه الرواية بالصحة ونسبتها إلى حريز نظر لأن حريز بن عبد الله السجستاني تأبى روايته هنا القبليّة والبعدية، مع مخالفته لما هو موجود في التهذيب لأن الراوي أبو حريز (٢) وهو غير موثق لأنه واقفي فلا تكون الرواية من الصحيح، ومع ذلك فليست مما نحن فيه من شيء لأن موردها مال العبد عند عتقه، لأنه لا يصير للسيد إلا باشتراطه حيث يكون عالما به، وإذا كان غير عالما به فالمال للسيد كما جاء في عدة أخبار معتبرة، فعرفه عليه السلام طريق الاشتراط بأن يكون سابقا على العتق لا من باب اشتراط المال في مقابلة عتقه أو مخالفته لشرطه كما علمت من الأخبار السابقة ومحل ذلك الخلاف.

(١) الفقيه ج ٣ ص ٩٢ ح ١ وفيه " قال: يبدأ بالمال قبل العتق - برضا من المملوك ".
التهذيب ج ٨ ص ٢٢٤ ح ٣٩ وفيه " أبي جرير قال: سألت أبا الحسن - برضا المملوك ".
الوسائل ج ١٦ ص ٣٤ ب ٢٤ ح ٥ وفيه " أبي جرير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام - برضا المملوك فإن ذلك أحب إلي ".
(٢) وفي التهذيب " أبو جرير "

فمن تلك الأخبار المشار إليها موثقة زرارة (١) كما في الكافي والتهذيب والفقيه عن أبي جعفر عليه السلام " قال: إذا كان للرجل مملوك فأعتقه وهو يعلم أن له مالا ولم يكن استثنى السيد حين أعتقه المال فهو للعبد ".
وصحیحة زرارة وحسنه (٢) عن أحدهما عليهما السلام كما في الفقيه والكافي " في رجل أعتق عبدا له وله مال، لمن مال العبد؟ قال: إن كان علم أن له مالا تبعه ماله وإلا فهو للمعتق " وزاد في الفقيه " وقال في رجل باع مملوكا وله مال: إن علم مولاه الذي باعه أن له مالا فالمال للمشتري، وإن لم يعلم البائع فالمال للبائع ".
وخبره (٣) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق عبدا وللعبد مال، لمن المال؟ فقال: إن كان يعلم أن له مالا تبعه ماله وإلا فهو له ".
وصحیحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته

عن رجل أعتق عبدا له وللعبد مال وهو يعلم أن للعبد مالا فتوفي الذي أعتقه، لمن يكون مال البعد؟ يكون للذي أعتق العبد أو للعبد، قال: إذا أعتقه وهو يعلم أن له مالا فماله له وإن لم يعلم فماله لولد سيده ".
وحيث كان مؤدى هذه الأخبار كما ترى وأنه لا يصير المال إذا كان معلوما للمولى إلا بالشرط عرفه طريقه الشرط ليصير ذلك المال له، فأمره أن يذكره

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٠ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٦٩ ح ١٩، التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٧، الوسائل ج ١٦ ص ٣٣ ب ٢٤ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٠ ح ٣، الفقيه ج ٣ ص ٦٩ ح ١٨ وفيه " عبدا له مال لمن مال العبد؟ - قال: إن علم مولاه " الوسائل ج ١٦ ص ٣٤ ب ٢٤ ح ٢ و ٣.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٦ وفيه " أعتق عبدا له "، الوسائل ج ١٦ ص ٣٤ ب ٢٤ ح ٤.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٨، الوسائل ج ١٦ ص ٣٥ ب ٢٤ ح ٦ وفيهما " أن له مالا - أيكون ".

أولا فلا يمكن الاحتجاج به على هذه الدعوى، إذ لو كان كذلك لالتزم ذكره أولا قبل العتق كما هو مقتضى هذا الخبر، والعجب من غفلة علمائنا عن مؤاده حتى احتجوا به لقول العلامة ومن تبعه.

وأعجب من هذا غفلة السيد في شرحه على النافع حتى قال بعد طعنه في صحة الرواية: لكن لا بأس بالمصير إلى هذا القول اقتصارا في الحكم بإلزام العبد شيئا لسيدته بدون رضاه على موضع اليقين.

فالحق لزوم ذلك الشرط مطلقا، سواء قدمه أو أخره، رضي به العبد أم لم يرض لاطلاق تلك النصوص.

أما الشرط الثاني وهو اشتراط إعادته في الرق إن خالف وهو موضع الخلاف المتعلق بصحة العتق والشرط أو بطلانها معا أو صحة العتق خاصة وبطلان الشرط فالأخبار بالنسبة إلى هذه الأقوال كلها منتفية سوى القول بصحتها لعموم المؤمنين عند شروطهم.

ولمعتبرة إسحاق بن عمار (١) المتقدمة عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ويشترط عليه إن أغارها أن يرده في الرق، قال: له شرطه ".

وقد ضعف المحقق هذه الرواية في النكت لشذوذها وضعف سندها ومنافاتها لأصول المذهب.

وفيه نظر، لأن الخبر ليس بضعيف إلا من جهة رميهم لإسحاق بن عمار بالفطحية ولم يثبت، وأما الشذوذ فلا معارض لها في الأخبار بل عمل المشهور عليها مع تأييدها ب " المؤمنون عند شروطهم " . أما ما استندنا إليه في البطلان بأن صحة الشرط يستلزم عود من ثبت حرите إلى الرق وهو غير جائز ولا معهود

(١) الكفى ج ٦ ص ١٧٩ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٨ ب ١٢ ح ٣ وفيهما " إن هو أغارها " .

ففيه: أن هذه الكلية لم تثبت، وعلى تقدير ثبوتها فيجوز تخصيصها بالنص على أنه لم يعتق عتقا مطلقا بل عتقا مشروطا بقيامه بالشرط، ومع المخالفة يعود في الرق كما جاء في عتق المكاتب المشروطة، وليس ذلك إلا من جهة الشرط. وأما القول الثالث الذي هو مختار ابن إدريس وقواه فخر المحققين في شرح القواعد - وهو صحة العقد وبطلان الشرط - فوجهه: أن العتق مستكمل الشرائط فتثبت صحته، وأما الشرط ففساده مختص به لأنه مخالف لمقتضى العتق، إذ من شأن العتق الصحيح أن لا ينتقض وفساد الشرط لا يتعدى إلى العتق إلا بدليل، كما ثبت في كثير من شرائط النكاح والبيوع الباطلة مع صحة الأنكحة والبيوع كما تقدم في كتاب البيع والنكاح لأنهما شيان، ولا يلزم من فساد أحدهما لعارض وهو مخالفته المشروع بطلان الآخر لأن بناء العتق على التغليب كما قررناه غير مرة. وبالجملة: أن المتبع في هذا كله هو الدليل الخاص، ولا دليل من النصوص لما سوى القول المشهور.

وأما ما وجهه ثاني الشهيدان في المسالك بطلانهما معا بأن العتق مجردا عن الشرط غير مقصود وبناء العتق على التغليب لا يدل على صحته من دون القصد فهو من باب معارضة الدليل من الأخبار بالاعتبار.

تتمة

لو كان المشهور في العتق خدمة زمان معين وأخل المعتق بالخدمة المشترطة عليه تلك المدة لم يعد إلى الرق بذلك الاخلال، وليس للمشروط له مطالبته بالخدمة في مثل ذلك المدة للأصل وعدم كون الخدمة مثليا. وكذا ليس لورثته إلزامه بالخدمة لو مات المعتق المشترط لفوات الخدمة المعينة بالزمان. وقد اختلفوا في أنه هل تثبت مثل أجره الخدمة المشروطة للمالك أو ورثته؟ "

قال الشيخ في نهايته وأتباعه وابن الجنيد: لا، لصحيحة يعقوب بن شعيب (١) التي رواها المحدثون الثلاثة " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريته

و شرط عليها أن تخدمه خمس سنين فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها؟ قال: لا "

وقال ابن إدريس والمحقق والمتأخرون: إنه يجب عليه أجره مثل تلك الخدمة لأنها حق متقدم بالمال فيثبت في الذمة قيمته وهو أجره المثل. وهذه الروايات الصحيحة غير منافية لذلك لأنها إنما نفت مماثل الخدمة، ونحن نقول به لأن مدة الخدمة المعينة قد فاتت وهي ليست مثلية حتى تلزم الخدمة في مثلها وإنما عليه أجره مثلها لأنها مستحقة عليه وقد فوتها عليهم، ونفي الاستخدام لا يقتضي نفي الأجر الثانية لهم عوضا عما فوت عليهم من الحق. وهذا حسن وقد تقدم له في أحكام المهور من النكاح ما يماثله كمن تزوج على تعليم سورة ثم طلقها قبل الدخول وقبل أن يعلمها أو بعد أن علمها فإن المهر ينتصف هنا بنصف أجره المثل على تعليمها.

ففي خبر زرارة (٢) عن أبي جعفر عليه السلام كما في الكافي والتهذيب " في رجل تزوج

امراة على تعليم سورة من كتاب الله ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فبم يرجع عليها؟ قال: بنصف ما يتعلم به تلك السورة "

وهاهنا فروع

الأول: لو نذر عتق أول مملوك يملكه فاتفق ملكه جماعة دفعة واحدة فلا كلام في صحة النذر للدليل، وإن كان المنذور مبهما فإنه جائز فيه كما يجوز

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٦٩ ح ١٧، التهذيب ج ٨ ص ٢٢٢

ح ٣٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٧ ب ١١ ح ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٢ ح ١٤ وفيه " على سورة - فيما - يعلم به مثل "، التهذيب

ج ٧ ص ٣٦٤ ح ٣٨ وفيه " بم يرجع "، الوسائل ج ١٥ ص ٢٧ ب ١٧ ح ١.

نذر العين الأصل والنصوص.
ثم إنه إن اتفق ملك واحد ببيع أو هبة أو ميراث أو غيرها من الأسباب عتق، وهل يشترط في عتقه أن يملك آخر بعده؟ وجهان، بل قولان مبنيان من أن الأولوية من الأمور النسبية التي تقتضي أمرين: أحدهما ثبوتيه وهو سبقه لغيره، والآخر عدمي وهو عدم سبق غيره له، وعلى الشك في اقتضائه الأمر الأول عرفاً، والأظهر عدم الاشتراط وإن ملك جماعة كما هو فرض المسألة المذكورة ثم ملكهم دفعة واحدة، ففيه أقوال:

أحدها: لزوم عتق واحد منهم ويخرج بالقرعة، أما لزوم العتق فالمقتضي النذر لوجود شرطه، فوجب الوفاء به لأن الأولوية موجودة في كل واحد منهم لأنه بملكه الجماعة صدق أنه ملك واحد لأنه من جملة الجماعة. وأما إخراجة بالقرعة فلانتفاء الأولوية عن أحدهم، ولصحيحة الحلبي (١) التي مر ذكرها عن الصادق عليه السلام " في رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر، فورث سبعة جميعاً، قال:

يقرع بينهم ويعتق الذي يخرج سهمه ". وهذا مختار الشيخ في النهاية وقبله الصدوق وجماعة.

ومثل صحيحة الحلبي خبر عبد الله بن سليمان (٢) " قال: سألت عن رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر، فلم يلبث أن ملك ستة، أيهم يعتق؟ قال: يقرع بينهم ثم يعتق واحد ".

وربما استشكل انعقاد النذر هنا لأنه إنما تعلق بعتق مملوك واحد يصدق عليه أنه أول، فإذا ملك جماعة لم يوجد الشرط. وفيه: أن الأولوية صادقة مع الوحدة والتعدد إلا أنها هنا محتملة التعلق

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٤، الوسائل ج ١٦ ص ٦٩ ب ٥٧ ح ١ وفيهما " ويعتق الذي قرع ".

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٥ ح ٤٣، الوسائل ج ١٦ ص ٧٠ ب ٥٧ ح ٢ وفيهما " واحداً ".

بكل واحد منهم، ولهذا حكم الشارع باستخراجه بالقرعة ليعلم ما عند الله فيما هو متساو بحسب الظاهر.

وقال ابن الجنيدي: يتخير الناظر مع بقائه وقدرته إلا فالقرعة. واختاره الشيخ في التهذيب والمحقق في نكت النهاية.

واستدل عليه في التهذيب بما رواه عن الحسن الصيقل (١) وكذلك الصدوق في الفقيه " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر، فأصاب ستة، فقال: إنما كان لله عليه واحد فليتخير أيها شاء فليعتقه ". فأجاب عن رواية القرعة بالحمل على أن ذلك هو الأولى والأحوط وإن كان التخير جائزا.

واستجوده السيد في شرح النافع لو تكافأ السندان لكنه قال: إن رواية القرعة صحيحة السند وفي طريق هذه الرواية عدة من الضعفاء فلا تصلح لمعارضة تلك الرواية. وكأنه - قدس سره - أراد بالضعف ما يشمل إهمال الحال، وإلا فليس في طريقها من حكم بضعفه سوى إسماعيل بن يسار الهاشمي، وإلا فعبد الله ابن غالب الذي هو في طريقها الظاهر أنه الأسدي الشاعر أخو إسحاق بن غالب وهو ثقة، وأما الحسن الصيقل راويها فهو مهمل ولم يكن مقدوحا عليه، هذا إن لم يكن متحدا بالعطار أو الضبي، وإلا كان ثقة فلم تتعدد الضعفاء فيها كما ترى. ولهذا قال جده في المسالك: وهذه - يعني رواية الصيقل - ضعيفة السند فإن في طريقها إسماعيل بن يسار وهو ضعيف والحسن الصيقل مجهول الحال. فكان على السيد متابعة جده في هذا القدر والتحرز عن هذه العبارة الموهمة، وكأنه - قدس سره - لم يراجع كلام جده هنا كمال المراجعة.

(١) الفقيه ج ٣ ص ٩٢ ح ٢ وفيه " إنما كانت نيته "، التهذيب ج ٨ ص ٢٢٦ ح ٤٥ وفيه " إنما كان نيته "، الوسائل ج ١٤ ص ٧٠ ب ٥٧ ح ٣ وما في المصادر " نيته على واحد فليختر أيهم ".

ومع هذا كله فالرواية الناطقة بالقرعة المؤيدة بخبر عبد الله بن سليمان - وقد مر ذكره - وهذه الرواية لا مؤيد لها، فحملها على تعذر القرعة حسن وعند إمكانها فلا تخيير.

وأما الجمع بينهما بالاستحباب كما فعله العاملون بهذه الرواية الضعيفة بحمل صحيحة الحلبي على الاستحباب ففيه نظر، لعدم التكافؤ في العدد والسند، فالعمل بها متعين لعدم المعارض في الحقيقة، وتحمل هذه الضعيفة على ما قلناه من تعذر القرعة، ويمكن حملها على التقية لعدم اعتبار القرعة عندهم وإن رووها في صحاحهم لأنهم خصوا جوازها بزمن النبي صلى الله عليه وآله. وقد ذهب ابن إدريس إلى

بطلان هذا النذر من أصله لعدم تحقق محله لأنه لا يتحقق إلا مع الوحدة، لأن من يملك جماعة في أول وهلة لا أول لها لينعقد نذره، وقد عرفت الجواب عنه. واحتمل العلامة في القواعد حرية الجميع لتحقيق الأولية في كل واحد، كمن قال من سبق فله عشرة، ثم ضعفه بوجود الفرق بين الصيغتين بأن " من " للعموم و " مملوك " للخصوص لأن المراد منها حال الإيجاب فردا بعينه. وقال شهيد الدروس: إنه لو أراد بمملوك الجنس ملغي فيه اعتبار الفردية ساوى " من " في الحكم والعموم، وهو مشكل، لأن الجنس يتحقق بالواحد فلا يعتق ما عداه، بخلاف " من " فإنها في اللفظ موصولة وهي من صيغ العموم. ولو عبر في هذا

النذر بصيغة الموصول بأن يقول أول ما أملكه من المماليك فهو حر ووجب عتق الجميع بغير إشكال.

الثاني: لو نذر عتق أول ما تلده أمته وكان ما تلده مملوكا له فولدت تو أمين عتقا جميعا، والوجه في ذلك أن " ما " في " ما تلده " موصولة فتتناول الجميع بخلاف لفظ المملوك في المسألة السابقة فإنه نكرة في الإثبات فلا تعم. ويدل عليه من الأخبار خبر عبد الله بن الفضل الهاشمي (١) عن أبيه رفعه " قال:

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٥ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٤٢ ب ٣١ ح ١.

قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل نكح وليدة رجل أعتق ربها أول ولده تلده فولدت توأما، فقال: أعتق كلاهما ".

لكن مورد الرواية كما ترى إنما هو النكرة في سياق الإثبات. وظاهر كلام جملة من المتأخرين اعتبار عتقهما معا متوقف على التعبير بالموصول، وأنه لو تعلق النذر هنا بأول ولد تلده المرأة لم يتناول المتعدد وكأنهم لم يلتفتوا إلى هذا النص إما لعدم الوقوف عليه أو لضعفه بالارسال ومخالفته للقواعد. وفيه نظر، لأن التوأمين إن دخلا في الأولية لتنزيلهما منزلة الولد الواحد فلا إشكال في صدق الأولية عليهما، وإن نظر إلى كونهما متعددين تعلق العتق بمن تلده أولا، وإن خرجا دفعة أو اشتبه حاله فالمحكم فيه القرعة أو التخيير في المسألة الأولى، فالحق اتباع النص في ذلك. وقد حكم بعتقها معا إما لصدق الأولية عليهما معا أو لأنهما بمنزلة الولد الواحد.

وقد اعتبر جماعة من المتأخرين في عتقهما معا عند التعبير ب " ما " الواردة دفعة واحدة، وإن كان نادرا قالوا: إذ لو سبق خروج أحدهما لكان هو الأول. وأطلق الأكثر الحكم من غير تقييد بالدفعة تبعا لاطلاق الرواية المذكورة. قال ثاني الشهيدان في المسالك بعد نسبتها هذا الكلام إلى الأكثر: وهو حسن لو صلحت الرواية لإثبات الحكم، وهذا ظن منهم بأن التعبير وقع فيها بلفظ " ما " ولم نقف عليها كذلك.

هذا كله إذا ولدت الأول حيا وإلا عتق الثاني لأن الميت لا يصلح للعتق ونذره صحيحا يدل على موته التزاما وقيل: يبطل هنا لفوات متعلقه. ولو ولدته مستحقا للعتق كالمقعد والأعمى فالوجهان، وأولى بعدم عتق الثاني هنا لصلاحية الأول العتق، غاية الأمر اجتماع سببين لعتقه، وهذا غير مضر. أما لو قال في نذره " أول حمل " عتق التوأمين مطلقا بغير إشكال الحمل اسم

التوأمين معا.

الثالث: لو أعتق بعض مماليكه فقيل له: هل أعتقت ممالكك؟ فقال: نعم لم ينعق بهذا الاقرار إلا من سبق عتقه وإن كان ظاهر الصيغة العموم. والأصل في هذه المسألة موثقة سماعة (١) كما رواه شيخ التهذيبيين " قال: سألته عن رجل قال لثلاثة ممالك له: أنتم أحرار وكان له أربعة، فقال له رجل من الناس: أعتقت ممالكك؟ فقال: نعم أوجب العتق للأربعة حينئذ جميعهم؟ أو هو للثلاثة الذين أعتق؟ فقال: إنما يجب العتق لمن أعتق ". وقد رواها الصدوق (٢) أيضا من الموثق، وهي مستند المشهور. والظاهر أن مرادهم لا ينعق في نفس الأمر إلا من سبق عتقه لأن قوله " نعم " في جواب ذلك السؤال لا يكفي في حصول العتق. أما في الظاهر فالحكم مشكل لأنه يجب عليه الحكم بعتق الجميع لأن قوله " نعم " عقيب الاستفهام عن عتق عبيده الذي هو جمع مضاف مفيد للعموم، فيفيد الاقرار بعتق جميع عبيده. ويمكن أن يكون الاستفهام عن عبيده الذي سمع المستفهم بعتقهم فتكون الإضافة عمدية فيلغى العموم عنها، فلا يدخل في الظاهر والواقع إلا من أجرى العتق عليهم لأن الاقرار إنما يجري على الظواهر عموما وخصوصا حيث يجرى عن القرينة وإلا فعند وجودها فلا يحكم إلا بما دلت عليه.

وبهذا اندفع ما أورده ثاني الشهيدان في المسالك من البحث والاشكال حيث قال: وفي هذا الحكم بحث، وفيه على إطلاقه إشكال، لأن الحكم إن كان جاريا على ما في نفس الأمر من دون أن يعتبر لفظه إقرارا بالعتق ظاهرا فالحكم كذلك، ولا فرق فيه بين كون من أعتقهم بالغين حد الكثرة أو عدمه، فلو كان قد أعتق واحدا منهم وعين بذلك لم يعتق سوى من كان قد أعتقه، لأن الاقرار ليس من الأسباب

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٦ ح ٤٦، الوسائل ج ١٦ ص ٧٠ ب ٥٨ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٦٨ ح ١٢.

الموجبة لانشاء العتق في الحال وإنما هو إخبار فيما سبق، فلا يصح إذا لم يكن [له] مطابق

[في] الخارج سابق عليه مستند إلى سبب اقتضائه، فما كان وقع عليه العتق انصرف إليه وغيره يبقى على أصل الرق، قليلا كان أم كثيرا. وإن كان جاريا على ظاهر الاقرار فمقتضاه الحكم بانعتاق جميع مماليكه، لأن " ممالك " جمع مضاف وهو يفيد العموم، و " نعم " يقتضي تقرير السؤال وإعادته

فيكون إقرار بعتق الجميع، والرواية قاصرة عن إفادة قصر الحكم على ما في نفس الأمر وإطراح الاقرار ظاهرا من حيث إنها مقطوعة ضعيفة السند، إلا أن الشيخ لا يراعي في علمه تصحيح الرواية خصوصا في النهاية، وتبعه الجماعة زاعمين انجبار الضعف بالشهرة بل بصيغة جمع الكثرة، فكيف ينصرف الاقرار إلى ما أعتقه خاصة وتحصل المطابقة بين عتقه لواحد وبين قوله عتقت مماليكه. ولأجل ذلك استترب العلامة في القواعد اشتراط الكثرة في المعتق ليطابق لفظ الاقرار، والاشكال فيه أقوى من الاطلاق لأنه لا يجري على الظاهر ولا على ما في نفس الأمر.

أما الظاهر فلما ذكرناه من استلزام الاقرار عتق الجميع من حيث إن " ممالك " جمع مضاف وقد أقره بالاقرار به. وأما في نفس الأمر فلأن العتق لم يقع فيه إلا على من باشر عتقه خاصة، وصيغة الاقرار ليست من الأسباب المسببة لعتق باقي العدد المعتبر في الكثرة منه لما وقع عليه العتق.

واعتذر له ولده فخر الدين - رحمه الله - بأنه إذا أعتق ثلاثة من مماليكه يصدق قوله هؤلاء مماليكه حقيقة. فإذا قيل له: أعتقت مماليكك؟ فقال: نعم وهو يقتضي إعادة السؤال وتقريره، فيكون إقراره بعتق الممالك الذين انعتقوا فلا يلزمهم لأصالة البراءة، ولأن الاقرار إنما يحصل على التحقيق والمتيقن لا على ما فيه احتمال.

ثم قال: وهل يشترط في الاقتصار على كثيرة بحيث يصدق عليه الجمع حقيقة أم لا؟ قولان ومنشأهما: أن اللفظ إنما يحمل على الاقرار على أصل الحقيقة ومن حيث أصل البراءة ومن جواز التجوز به، فعلى عدم الاشتراط يكتفي بالواحد على الاشتراط ويلزم بعق ما يصدق عليه الجمع، ويكون في الباقي كالمشتبه، ثم جعل هذا البحث مبتنياً على الحكم بمجرد الاقرار ظاهراً، أما البحث عما في نفس الأمر فلا ينعق إلا ما وقع عليه العتق.

ثم قال - قد سره - بعد انتهاء الكلام إلى هذا المقام من كلام العلامة وابنه: وفيه نظر من وجوه:

الأول: ظهور الفرق بين المتنازع فيه وهو قوله "أعتقت ممالكي" الذي هو مقتضى قوله "نعم" جواباً لمن (١) "أعتقت مماليكك" وبين قوله عن ثلاثة من مماليكه "هؤلاء ممالكي وإن اشتركا في صيغة العموم، لأن لفظ العموم يستغرق ما يصلح له ويدخل فيه دون غيره، فقوله "أعتقت ممالكي" يصلح الجميع من هو داخل في ملكه وإن بلغوا ألفاً فيتناولهم العموم، وقوله "هؤلاء ممالكي" إنما يتناول المشار إليهم دون غيرهم فلا يلزم من صدق قوله عن الثلاثة هؤلاء ممالكي اختصاص الحكم بعق الثلاثة إذا قال أعتقت ممالكي الدال بلفظه على الجميع.

الثاني: قوله "فيكون إقراراً بعق الممالك الذين انعتقوا فلا يلزم بغيرهم" لا يتم إلا بحسب نفس الأمر، أما بحسب الظاهر فقد وجد الاقرار بالعتق الدال بالوضع على الجميع فلا يختص بالبعض، وبهذا يقطع أصل البراءة، وقد اعترف بأن الحكم مبني على الظاهر لا على نفس الأمر حينئذ.

الثالث: قوله "إن الاقرار إنما نحمله على التحقيق والتميق في نفس الأمر لا على ما فيه احتمال" إن أراد به المتيقن بحسب مدلول اللفظ فمسلم، لكن لا

(١) والصحيح "لمن قال".

ينفعه في الاقتصار على الثلاثة لأن مدلول اللفظ والمتيقن منه يتناول لجميع مماليكه بالنظر إلى عموم لفظة الاقرار، وإذا أراد المتيقن في نفس الأمر ويقتي المحتمل خروجه وإن دل عليه لفظ الاقرار فظاهر فساده لأن الانسان مؤاخذ بما دل عليه لفظه وإن احتمل في نفس الأمر براءته منها. وكذا لو قال أعتقت عبيدي ولم يكن أعتق أحد منهم فإنه يؤخذ بإقراره ويحكم عليه بعتق الجميع أو البعض على حسب ما قد علم.

الرابع: ترتيب الخلاف في الحكم على عتق واحد خاصة أو أقل الجمع على الظاهر مع وجود اللفظ الدال على الجميع، والعموم غير مطابق، بل اللازم من العمل بالظاهر الحكم عليه بعتق الجميع أو الجمع.

أما الاختصار على الواحد فلا يقتضيه اللفظ بوجه، ولا يقول أحد بأن من أقر بشئ بصيغة الجمع فضلا عن العموم يلزم واحد خاصة، وإنما الخلاف في حمل الجمع على اثنين أو على ثلاثة فصاعدا، أما على الواحد فليس محل نظر أصلا. ثم قال: والحق في هذه المسألة العمل بالظاهر والحكم بعتق الجميع نظر إلى مدلول لفظه قوله، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحكم عليه إلا بعتق من أعتقه خاصة ولا يزيد عنه إلى أقل الجمع ولو كان أقل منه قطعاً.

نعم لو دلت القرائن على أنه لا يريد باللفظ مدلوله كما لو مر على عشار وأراد أن يأخذ عليهم مظلمة فأقر بذلك مع ظاهر إرادته بخلاف مدلول لفظه اتجه عدم الحكم عليه به ظاهراً كما لا يحكم به باطنا.

وعليه دلت رواية الوليد بن هشام (١) " قال: قدمت من مصر ومعى رقيق فمررت بالعاشر فسألني فقلت، هم أحرار كلهم، فقدمت المدينة فدخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي للعشار، فقال لي: ليس عليك شئ ". فلم يحكم عليه السلام بظاهر إقراره، وأقره على ما في نفس الأمر. وكذلك الرواية السابقة ظاهرة في إرادة ما في نفس الأمر لا الظاهر بقوله عليه السلام

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٧ ح ٤٨، الوسائل ج ١٦ ص ٧١ ب ٦٠ ح ١.

" إنما يجب العتق لمن أعتق " إلى هنا كلامه - قدس سره - .
وفيه نظر من وجوه: أما (أولا) ففي قوله " والرواية قاصرة عن إفادة أصل
الحكم " إلى قوله " زاعمين انجبار الضعف بالشهرة " لأن الرواية لا قصور فيها
بل هي واضحة فيما قلناه من قصر الحكم على ما في نفس الأمر، وليس فيها إطراح
للاقرار لأنه أقر بما استفهم عنه السائل المطلع على ما أعتقه من الاقرار، وأراد
بهذا السؤال معلومية ما أخبر به بالاستظهار عليه من جهته فيكون بمنزلة المثال
الذي ذكره العلامة، فالصيغة وإن كانت من صيغ العموم إلا أن القرينة
خصصتها وجعلت إضافتها عهدية كما أن اسم الإشارة في قوله " هؤلاء مماليكي "
مشيرا بها إلى ما أعتقه من الثلاثة صار منحصرا لهذه الصيغة.
(وثانيا) بأن الرواية لا قطع فيها ولا إرسال لأنها من باب الاخبار، وقد
أسمعناك فيما سبق أن هذا الاضمار إنما وقع على معين وهو المسؤول عن الأئمة
عليهم السلام في صدر الأسئلة، وإنما نشأ الاضمار من اقتطاع الأخبار بعضها من
بعض،
وكذلك ليس مقدوحا عليها بالضعف كما زعمه، لأنها بالاصطلاح الجديد من الموثق
لأن رجاله ثقات إلا أنهم غير إماميين، وأما على طريقة القدماء فليس ببعيد أن
تكون من الصحيح لأن مدار الصحة عندهم على القرائن لا على وثاقة الرجل
وكونه إماميا كما يعلم من طريقة الشيخ بل من تأخر عنه كالمحقق كما مضى
الكلام عليه من قريب.
(وثالثا) في قوله " بل بصيغة جمع الكثرة، فكيف ينصرف الاقرار إلى ما أعتقه
خاصة فتحصل المطابقة " إلى قوله " ولأجل ذلك استقرب العلامة في القواعد " لأن
جموع الكثرة وصيغها لا تحمل على ذلك الاصطلاح الخاص في الأقارير ولا في
الوصايا
لابتناء هذه الأحكام على العرف العام، وقد حقق هو هذا الحكم في كثير من المسائل
في الكتاب وغيره، فإن قاعدة جمع الكثرة والقلة غير معتبرة وإنما هما مشتركتان
في القلة والكثرة نعم الخلاف إنما وقع في تحديد القلة من كونها ثلاثة أو اثنين.

وأما (رابعاً) فلأن قوله في الاعتراض على العلامة من ظهور الفرق بين المتنازعين فيه وهو قوله "أعتقت مماليكى" الذي هو مقتضى قوله "نعم" جواباً لمن قال "أعتقت مماليكك" وكذا قوله "فيدخل فيه دون غيره" لأن هذا الفرق غير ظاهر فيما نحن فيه، لأن كلا من الصيغتين من صيغ العموم وجموع الكثرة، وإنما ادعى الفرق بينهما بحصول التخصيص في الثانية دون الأولى. وأنت قد عرفت أنه لا فرق بينهما لوجود القرينة في كل منهما

. نعم، أن استدلالهم على هذا الحكم فيما لو كان المعتوق واحداً أم اثنين بهذه الرواية في غير محله، لأنها إنما تدل على أن موضع هذا الحكم فيما لو كان المعتوق ثلاثة فصاعداً ويكون المملوك أكثر عنه عدداً فينصرف المقر به وإن كان بصيغة العموم الشاملة لجميع لأفراد إلى ما وقع عليه العتق خاصة، لكن بشرط أن لا ينقص عن الثلاثة ليتطابق الظاهر والواقع بعد تخصيص الظاهر. بالقرينة، وهذا الذي قصده العلامة - قدس سره - ووجه به ابنه كلامه في الجملة. فالواجب قصر هذا الحكم على مدلول الرواية وموردها، وقد عرفت البحث أن موردها الثلاثة فلا يجري فيما لو كان المعتوق واحداً أو اثنين، لأن تخصيص صيغة الجمع التي ظاهرها العموم وإرجاعها إلى الواحد من المجازات البعيدة التي لا يصار إليها إلا في مواضع نادرة كقولهم "بنو فلان قتلوا زيدا" وإنما قتله واحد منهم أو عند قصد التعظيم كآية "الذين يؤتون الزكاة وهم راكعون" (١) حيث نزلت في علي عليه السلام. وبهذا يتبين لك وجه النظر في الوجوه التي تنظر بها على الشيخ والعلامة.

والعجب منه أنه قد ذكر في آخر كلامه أنه لو دلت القرائن على أنه لا يريد باللفظ مدلوله كمرور المالك على العاشر وإقراره بأن مماليكه أحرار حذراً من المظلمة فيلغى ذلك الإقرار ويعتمد على القرائن ونفس الأمر، ويلغى

(١) سورة المائدة - آية ٥٥.

الاقرار بالمرة، ويمنع ذلك في الرواية التي هي مورد هذا الحكم مع اشتمالها على تلك القرينة.

ولهذا قال في آخر كلامه " وكذلك الرواية السابقة ظاهرة في إرادة ما في نفس الأمر ". نعم في قوله " لا الظاهر " نظر لأن الظاهر هنا مطابق لما في نفس الأمر حيث إن السؤال مخصص للجواب وصارف الإضافة عن الاستغراق إلى العهدية كما سمعت، فبطلت هذه المناقشات و المؤاخذات من أصلها.

الخامسة: لو نذر كل عبد قديم أو أوصى بعقده كذلك انصرف إلى من مضى عليه من ملكه ستة أشهر فصاعدا كما ذكره الشيخ في النهاية وتبعه عليه جماعة من المتأخرين، حتى ابن إدريس الذي من شأنه القدرح في أخبار الآحاد والرد لها، وما ذاك إلا لصحة هذا المستند عنده.

والأصل في هذا الحكم خبر داود النهدي (١) عن بعض أصحابنا " قال: دخل أبو سعيد المكاربي على أبي الحسن الرضا عليه السلام " وساق الحديث إلى أن قال: فقال

له: رجل قال عند موته كل مملوك لي قديم فهو حر لوجه الله، قال: نعم إن الله يقول في كتابه " حتى عاد كالعرجون القديم " (٢) فما كان من مماليكه أتى له ستة أشهر فهو قديم حر "

ورواه الشيخ بهذا الإسناد كما في الكافي (٢) وبإسناد آخر لا يخلو عن شائبة الإرسال أيضا.

ورواه في عيون أخبار الرضا عليه السلام (٤) بطريق معتبر " قال: دخل أبو سعيد

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣١ ح ٦٨ وفيه " فقال: رجل "، الوسائل ج ١٦ ص ٤٠ ب ٣٠ ح ١.

(٢) سورة يس - آية ٣٩.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٩٥ ح ٦.

(٤) عيون أخبار الرضا ج ١ ص ٢٣١ طبع قم، الوسائل ج ١٦ ص ٤٠ ب ٣٠ ح ١.

المكاري " وذكر الحديث.

ورواه المفيد في إشارة (١) مرسلًا: قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى فقال: أعتق عني كل عبد قديم في ملكي فلما مات لم يعرف الوصي، بم يصنع؟ فسئل عن ذلك فقال: يعتق عنه كل عبد في ملكه ستة أشهر، وتلا قوله تعالى " والقمر قدرناه منازل حتى عاد كالعرجون القديم " وقد ثبت أن العرجون إنما ينتهي بالشبه بالهلال في تقوسه بعد ستة أشهر من أخذ الثمرة منه ".
والروايات الأولى كما ترى قد اشتملت على لفظ " المملوك " الشامل للذكر والأنثى ولكن الشيخ عبر بلفظ " العبد " وتبعه من تأخر عنه. حتى أن العلامة في القواعد استشكل الحكم في الآية، وأورد عليه ولده في الشرح الموسوم بالايضاح بأن في خبر أبي سعيد المكاري كل مملوك وهو يتناول الأمة فيكون منصوصا عليها.

ثم أجاب عنه بأن المصنف - يعني والده - لم يستند في قوله إلى هذه الرواية بل إلى إجماع الأصحاب وهو بلفظ العبد، وفيه ضعف لأن المسألة لم تكن إجماعية، لأن كثيرا من العلماء كابن الجنيد والصدوق وسائر لم يتعرضوا لها، وإنما الأصل فيها الشيخ وطريقه في النهاية الاستناد إلى مجرد الروايات من غير بحث عن طرقها أو ندورها كما هو المعلوم من عاداته، ولكن اتباع ابن إدريس له مع تصلقه (٢) في الأخبار حملهم على شبهة الاجماع، حيث إنه لا يعتمد على أخبار

الآحاد مطلقا، فعلمه بمضمونها مما يدل على فهمه أنه مجمع عليه. هذا أقصى ما أمكن أن يوجه به كلامهم.

وأنت قد عرفت من الأخبار التي أوردناها في هذه المسألة بعضها بلفظ " المملوك "

(١) ارشاد المفيد ص ١١٨ طبع بيروت، الوسائل ج ١٦ ص ٤١ ب ٣٠ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) كذا، ولعله " تصلبه ".

وبعضها بلفظ " العبد " وفي إطلاق كل من اللفظين على آخر في أماكن متعددة دالة على أنهما مترادفان، وأنه في مقام التعميم والكلية يعتبر فيه تغليب الذكر على الأنثى، فالأمة داخلة على التقديرين، والفرق تحكم وإن كان العموم في المملوك أظهر وأشهر.

واعلم أن المتأخرين اختلفوا في تعدي هذا الحكم من النذر الوصية بالملك إلى النذر بالصدقة بالمال القديم، وكذلك في الاقرار وإبراء كل غريم قديم ونحو ذلك، لشبهة أن القديم من الحقائق الشرعية في ذلك القدر فيتعدى معتضدا بتعليل الرواية واستدلالها بقوله " حتى عاد كالعرجون القديم " فإنه يقتضي ثبوت القدم بالمدة المذكورة مطلقا ومن معارضة اللغة والعرف ومنع تخصيصه شرعا لضعف المستند العاجز عن إثبات الحقائق الشرعية وقصر الاجماع المدعى لو تم على مورده، وهذا هو الأقوى.

ولو قصر الجميع عن ستة أشهر ففي عتق أولهم تملكا اتحد أم تعدد، وبطلان النذر وجهان، وعلى الصحة لو اتفق ملك الجميع دفعة ففي اعتناق الجميع أو البطلان لفقد الوصف الوجهان أيضا، والأقوى الرجوع في غير موضع النصوص والوفاق المدعى من العرف، فإن لم يدل على اتصاف شيء من متعلق النذر بالقدم بطل اتباعا للنصوص المخرجة هذا اللفظ عن حقيقته اللغوية والعرفية إلى الحقيقة الشرعية، وهو قصره على المماليك من عبد أو أمة في النذور والوصية، وفيما سواها فليس إلا القواعد اللغوية والعرفية.

السادسة: لو نذر عتق أمته إن وطأها فخرجت عن ملكه انحل النذر واليمين وإن عادت له بملك مستأنف كما هو مجمع عليه بين الإصحاب. وأما المستند في ذلك من الأخبار فهو ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم (١)

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٦ ح ٤٧، الوسائل ج ١٦ ص ٧١ ب ٥٩ ح ١ وفيهما " عن محمد - عن ملكه " مع اختلاف يسير.

عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته عن الرجل تكون له الأمة فيقول يوم يأتيها فهي حرة، ثم يبيعهها من رجل ثم يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها قد خرجت من ملكه "

وأورد على هذا الاستدلال بعدم صراحتها في نذر العتق المعلق على الوطاء شكرا أو زجرا، بل الظاهر منها أن العتق وقع معلقا على شرط في غير النذر، وقد عرفت أن هذا مما يفسد العتق لاشتراط التنجيز فيه، لكن الأصحاب حملوها على النذر صرفا لهذا العتق المعلق على شرط إلى ما يصححه وهو النذر. وحملها ابن إدريس على ما إذا تعلق النذر بوطئها وهي في ملكه، ولا ريب في انحلال النذر بخروجها عن ملكه بهذا التقدير، كما أنه لا إشكال مع إطلاق النذر، ولا يبعد مساواته لصورة التعميم.

وفي تعدي حكمها إلى غير الأمة أو إلى التعليق بغير الوطاء وجهان بل قولان: من مخالفتها للأصل حيث إن خروجها عن ملكه لا مدخل له في انحلال النذر، لأن غايته صيرورتها أجنبية منه والنذر يصح تعلقه بالأجنبية كندر عتقها إن ملكها وهي في غير ملكه ابتداء كما تقدم في نظائره. ومن حيث الإيماء في الرواية إلى العلة بقوله " قد خرجت عن ملكه " وذلك موجب للتعدي إلى ما يوجد فيه العلة المنصوصة.

والأقوى الأول لأن هذه العلة ليست حقائق حقيقة وإنما وضعت تقريبا للأفهام وإجماعا للعوام.

لكن في هذه الرواية على تقدير حملها على النذر دلالة على جواز التصرف للمالك في المال المنذور المعلق على شرط قبل حصول الشرط، وفيه خلاف مشهور، وموضع الحكم بانحلال النذر ما إذا لم يعمم نذره ولو بالنذر ما يشمل الملك العائد، وهذه الرواية مما تفردت بهذا الحكم حيث لم يكن في الباب سواها على ما بلغنا. نعم هي من مرويات الفقيه والتهذيب، وفي كليهما من الصحيح.

السابعة: من أعتق من المماليك وله مال بناء على أن المملوك يملك شيئاً في الجملة كما هو مذهب المشهور، لا كما زعمه ثاني الشهيدان في المسالك من أن الأكثر على العدم فهو للمولى سواء أعتق أم بقي على الرقية ما لم يعلم أن أصله من جهة خارجة.

ثم إنه على القول بجواز ملكه حيث يعتق وكان بيده مال فهو له، فإن علم به المولى ولم يستثنه وإلا فهو للمولى، وقد قدمنا لك جملة من المعبرة في بيان اشتراط المولى على العبد شيئاً من الشرائط حالة عتقه. فمن تلك الأخبار صحيحة زرارة (١) عن الباقر عليه السلام " قال: سألته عن رجل أعتق عبداً له وللعبد مال، لمن المال؟ فقال: إن كان يعلم أن له مال تبعه وإلا فهو له ".

وفي رواية أخرى عن زرارة (٢) أيضاً وقد تقدمت عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا كاتب الرجل مملوكه وأعتقه وهو يعلم أن له مالا ولم يكن استثنى السيد المال حين أعتقه فهو للعبد ".

وقد توقف العلامة في المختلف مع حكمه بعدم ملك العبد نظراً إلى صحة هذه الرواية.

وفي الاستدلال بهما نظر، لأن (الأولى) وإن صح طريقها على الاصطلاحين القديم والحديث إلا أنه ليس فيها ذلك الحكم مع استثناء المولى يكون له، بل أطلق فيها أنه مع علمه بالمال ولم يستثنه فيكون للعبد.

(والثانية) وإن دلت على الحكم المدعى في القول لكن في طريقها عبد الله بن بكير وحاله مشهور لانتسابه إلى الفطحية، لكن قد نقل الشيخ إجماع العصاة على

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٠ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٣٤ ب ٢٤ ح ٤ وفيهما " سألت أبا جعفر عليه السلام " مع اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٠ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣٣ ب ٢٤ ح ١ وفيه " أو أعتقه ".

تصحيح ما يصح منه وإن كان فطحيا، لكن أيضا هذه العبارة مشتبهة ولهذا احتملوا فيها معاني متعددة. فعلى هذا يمكن التمسك بظاهرها في صحة رواياته لمكان هذا الاجماع، فيمكن الاستناد إلى روايته. فيجب حمل الأولى عليها بمعنى أنه لو لم يستثنه حملا للمطلق على المقيد.
ثم على تقدير توقف ملك المولى على استثناء المال عند العلم به لا فرق عندهم بين أن يقدم على العتق وبين أن يؤخره مع الاتصال لأنه كلام واحد لا يتم إلا بآخره.

والشيخ قد اشترط تبعا للروايات الآتية تقديم الاستثناء على التحرير لرواية جرير (١) التي نسبها فخر المحققين في شرح القواعد لوالده إلى حرير ووضعها بالصحة غفلة عن القرينة القبلية والبعدية " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه: أنت حر ولي مالك، قال: لا يبدأ بالحرية قبل العتق تقول: لي مالك وأنت حر برضا المملوك " ولأنه إذا قدم التحرير انعتق بقوله: أنت حر، فلا يقع الاستثناء موقعه. هذا كلامه.

وتنظر فيه ثاني الشهيدان في المسالك بما حاصله: أن الرواية قد تضمنت شرطا زائدا وهو اعتبار رضا المملوك وهم لا يقولون وبأنا نمنع حصول التحرير قبل تمام الكلام لأن الشرط من جملة الصيغة، وهذا محقق.
وأما باقي الروايات التي أشرنا إليها فيما سبق فهي ترجع إلى موافقة هذه الروايتين وليس فيها تعرض لما في رواية أبي جرير الواقفي من تقديم هذا الشرط هي مطلقة، لكن يمكن ردها من جهة الاطلاق إليها، والأحوط مراعاة ما اشتملت عليه من التقديم والرضا، حيث إن باقي الروايات لا تأبى هذا التقييد.

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٤ ح ٣٩، الوسائل ج ١٦ ص ٣٤ ب ٢٤ ح ٥ وفيهما " أبي جرير - قبل المال يقول: " .

نعم قد جاء في بعض الروايات في هذا الحكم ما يدل على أن في بعض معتقات علي عليه السلام وكان له مال وأنه جعل المال لهم معا ثم جعل ما يخصه عليه السلام

للعبد، ولعل هذا على جهة الاستحباب أو لاحتمال أن يكون له مال في نفس الأمر ولم يتعلق له علمه عليه السلام العادي، فاشتراط جمع ذلك للعتق من باب التفضيل منه عليه السلام، وحينئذ فتنتطبق الأخبار على وتيرة واحدة.

ومن تلك الأخبار أيضا صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجل أعتق عبدا له وللعبد مال وهو يعلم أن له مالا فتوفي الذي أعتق العبد، لمن يكون مال العبد؟ يكون للذي أعتق العبد أو للعبد؟ قال: إذا أعتقه وهو يعلم أن له مالا فماله له، وإن لم يعلم فماله لولد سيده "

وفي خبرين آخرين لزراعة (٢) أحدهما من الصحيح والآخر من الضعيف غير ما تقدم " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق عبدا وللعبد مال، لمن المال؟

فقال: إن كان يعلم أن له مالا تبعه وإلا فهو له ".
وأما الخبر المشتمل على فعل علي عليه السلام في جعله المال لعبده فهو خبر إسحاق ابن عمار (٣) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام " أن عليا عليه السلام أعتق عبدا فقال له: إن ملك لي ولك وقد تركته لك "

الثامنة: إن من أوصى بعتق ثلث ممالিকে استخرج ذلك الثلث بالقرعة، وقد جرت عادة أصحابنا في مؤلفاتهم أن يذكروا هذه المسألة تارة في العتق وتارة في الوصية، ثم إنه إذا تساوا عددا وقيمة أو اختلفوا وأمكن التعديل أثلاثا

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٨ وفيه " عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألته -
أكون للذي "، الوسائل ج ١٦ ص ٣٥ ب ٢٤ ح ٦.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٦، الوسائل ج ١٦
ص ٣٤ ب ٢٤ ح ٤.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٧ ح ٨٨، الوسائل ج ١٦ ص ٣٥ ب ٢٤ ح ٧ وفيهما " أعتق
عبدا له - ولكن قد تركته لك "

فلا بحث، وإن اختلفت القيمة ولم يكن التعديل أخرج ثلثهم قيمة وأطرح اعتبار العدد. وفيه تردد لمخالفته لاطلاق النصوص. وإن تعذر التعديل عددا وقيمة أخرجناها بالقرعة على الحرية حتى يستوفي الثلث قيمة ولو بجزء من آخر. ثم إنه يقع هذا في حالين: (أحدهما) إذا أعتقا جزء مشاعا كالثلث مثلا والثاني) ما لو أعتق المريض الجميع فلم تنفذ وصيته إلا في الثلث واحتيج إلى إخراج الجزء المذكور استخرج بالقرعة.

وفي كفييتها طرق، وهذه الطرق يشملها النص في ذلك، وهو صحيحة محمد ابن مسلم (١) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يكون له المملو كون فيوصي

بعث ثلثهم، كان علي عليه السلام يسهم بينهم ".
وصحيحة أبان عن محمد بن مروان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إن أبي ترك

ستين مملوكا فأقرعت بينهم فأخرجت عشرين فأعتقهم ".
ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن مروان (٣) أيضا.
وهذه الأخبار كما ترى قد دلت على القرعة ولكن لم تشمل على بيان طرقها فتشتمل الطرق المناسبة لها أجمع.

وقد ذكر الشهيد في الدروس في كيفية القرعة وجهين: (أحدهما) أن يكتب أسماء العبيد بعد تجزئتهم ثلاثة أجزاء وبعد التعديل، ثم يخرج على الحرية أو الرقية، فإن خرج على الحرية كفت الواحدة، وإلا أخرج رقتين.
(وثانيهما) أن يكتب الحرية في رقعة والرقية في رقعة ويخرج على أسماء العبيد.

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٤ ح ٧٥، الوسائل ج ١٦ ص ٧٧ ب ٦٥ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٤ ح ٧٦ وفيه " وأوصى بعث ثلثهم "، الوسائل ج ١٦ ص ٧٧ ب ٦٥ ح ٢.
(٣) الفقيه ج ٣ ص ٧٠ ح ٢٣.

والذي روته العامة عن النبي صلى الله عليه وآله في ذلك وذكره كثير من علمائنا تبعاً لهم

في ذلك جمع كل ثلث في رقعة وقد كانوا ستة فجزأهم ثلاثة أجزاء اثنين اثنين، وهو الذي ذكره المحقق - رحمه الله - في الشرايع وهو يتم مع تساويهم قيمة وقبول العدد التجزئة أثلاثاً كالسنة، ولهذا كتب اسم كل اثنين في رقعة من غير أن يتعرض في الكتابة للحرية والرقية، ثم يسترها ويخرج، فإن أخرج على الحرية عتق الاثنان الخارجان أول مرة وصارت الأربعة المتخلفة أرقاء، وإن أخرج على الرقية استرق الخارجان واحتيج إلى إخراج أخرى، ويتخير حينئذ بين الإخراج على الحرية أو الرقية، وعلى أيهما أخرج حكم الخارج به وبقي من الرقعة الأخرى للآخر.

وإن كتب في الرقاع الحرية والرقية كما هو في الطريق الثاني من الطريقتين المذكورين من غير أن يكتب أسماء العبيد بالطريق الثاني فليكتب في رقعة حرية وفي رقتين رقية على نسبة المطلوب في القلة والكثرة، ثم يخرج باسم أحد أجزاء الثلاثة الذين ترتبوا سابقاً، فإذا خرجت رقعة الحرية انفصل الأمر، وإن خرجت رقعة الرق استخرج المخصوصون بها وأخرجت كما مر.

والطريق الثالث الذي ذكره البعض أن يكتب رقاع في الفرض المذكور إما بأسماء الستة اسم كل واحد في رقعة ثم يخرج على الحرية والرقية كما مر إلى أن يستوفي المطلوب، أو يكتب في اثنين حرية وفي أربع رقية ثم يخرج على واحد واحد إلى أن يستوفيه. وهذا الطريق أعدل لأن جمع اثنين على حكم واحد ويمنع من افتراقها في الحرية والرقية.

ومن الممكن خروج أحدهما حراً والآخر رقاً لكن المشهور بين الفقهاء وهو الأول لوروده في الرواية المشار إليها، والأقوى جواز العمل على الجميع لعدم نهوض الرواية المذكورة بالتعيين هذا كله إن أمكن تجزئتهم أثلاثاً بالعدد والقيمة كأن يكون قيمة كل واحد منهم مائة.

وكذا لو اختلفت القيمة مع إمكان تعديلهم أثلاثا بالعدد كسنة، قيمة ثلاثة منهم ستمائة كل واحد مائتان وثلاثة ثلاثمائة كل واحد مائة، فيضم كل خسيس إلى نفيس ويجعلان أثلاثا.

ولو اختلفت القيمة وأمكن التعديل بها دون العدد كما لو كان قيمة واحد مائتين وقيمة اثنين مائتين وقيمة ثلاثة مائتين ففي تعديلهم بالقيمة أو العدد وجهان، بل قولان، أظهرهما اعتبار القيمة فيجعل الواحد ثلثا والاثنين ثلثا والثلاثة ثلثا لأن المقصود الذاتي من العبيد المالية دون الأشخاص، ووجه اعتبار العدد موافقة المروي من فعل النبي صلى الله عليه وآله مع استبعاد تساوي الستة في القيمة بكل وجه،

وفي بعض الأخبار أنهم كانوا متساوين قيمة.

ولو أمكن التعديل خاصة كست قيمة اثنين مائة واثنين مائة وخمسين واثنين ثلاثمائة قسموا ثلاثمائة بالعدد، فإن أخرج على الحرية فخرج اثنان مساويات الثلث قيمة فلا كلام، وإن خرجا ناقصين عتقا وأكمل الثلث من الباقيين بالقرعة، وإن خرجا زائدين أعيدت القرعة بينهما وعتق من تخرجه الحرية ومن الآخر تمة الثلث.

وإن لم يمكن تعديل عدد ولا قيمة كخمسة قيمة واحد مائة واثنين مائة واثنين ثلاثمائة ففي تجزئتهم وجهان: (أحدهما) تجزئة ثلاثة بالعدد مراعاة لتقريب القيمة إلى التسوية ما أمكن، وإنما فعل ذلك تقريبا إلى المروي وإن لم يكن مثله. (والثاني) وهو الأصح الاعتداد بالطريق الثالث خاصة فتكتب خمس رقاع وتخرج - كما فصل - إلى أن يستوفي الثلث ولو بجزء من واحد. وهذا مختار المحقق في الشرايع حتى لم يذكر غيره.

ولو كان قيمة الخمسة على السوي فعلى الطريق الأول يجزيه اثنين واثنين وواحد، وعلى الطريق الثاني يكتب خمس رقاع بأسمائهم ويخرج على الحرية والرقية إلى أن يستوفي الثلث قيمة. والوجه استعمال هذه في جميع الفروع

لا سيما عند تعذر التعديل قيمة وعددا.
واعلم أن اعتبار القرعة في كتابة الرقاع هو المعروف بين علمائنا لأنه
موافق للرواية عن النبي صلى الله عليه وآله ولروايات " من ولد وليس له ما للرجال ولا
ما للنساء "

كما سيجئ في الميراث، ولبعده من التهمة، وينبغي أن تكون متساوية، وأن
تدرج في بندق من طين أو شمع وتجعل في حجر من لم يحضر عملها، وأن تغطي
بثوب أو تحت المصلى ويدخل من يخرجها بيده من تحت الثوب، كل ذلك ليكون
أبعد من التهمة.

واختلفوا في تعيين العمل بالرقاع وعدمه وإن كانت الرقاع أفضل. وتنظر
في ذلك شهيد المسالك، قال: لعدم دليل مخصص، وكما روي من فعل النبي صلى الله
عليه وآله

بالرقاع كذلك فيما روي أنه أقرع في بعض الغنائم بالبعر وأنه أقرع مرة أخرى
بالنوى. فلو قيل بجواز القرعة في ذلك كله وأشباهه كان وجهها لحصول الغرض
وإن كان الوقوف مع المشهور أولى.

وفيه نظر، لأن هذين الخبرين من طريق العامة وليس من مروياتنا، ولم
يجئ في أخبارنا إلا الرقاع والبندق فكذلك أصحابنا لم يذكروا سواهما، وفي
خبر الاحتياج والغيبة المرويين عن صاحب الزمان عليه السلام فيما خرجا من التوقيع
للحميري النهي عن سوى الرقاع والبندق في الاستخارة والقرعة لكنه - قدس سره -
لم يقف على الرواية، واغتر بما روته العامة من الأخبار الموضوعة للغواية،
ولكنهم - قدس الله أسرارهم - في مقام الروايات إما إفراط أو تفريط على وجه
لا ينتهي إلى غاية. وهذا البحث آت في جميع أفراد القرعة الواقعة في القسمة
وغيرها بالخصوص لها في هذه الواقعة، لأن دائرتها في الأحكام والفتوى واسعة.
التاسعة: من اشترى أمة بثمن مؤجل نسية ولم ينقد شيئا من ثمنها فأعتقها
و تزوجها وجعل مهرها عتقها ومات ولم يخلف سواها بطل عتقه ونكاحه ورجعت
على البائع رقا، ولو جعلت كان ولدها رقا.

وقد تكلموا على هذا الحكم في موضعين بل في مواضع ثلاثة: (أحدها) في النكاح (والثاني) في العتق (و الثالث) في الميراث. وقد قدحوا في مستند هذا الحكم في أصله لمخالفته للقوانين المعتبرة في النكاح وفي العتق وفي الأولاد، ومن ذلك عدل مشهور المتأخرين عنها وقالوا لا يبطل العتق ولا يرق الولد وطعنوا في أسنادها، وقد ذكرها المحقق في شرايعه مرتين، مرة في النكاح ومرة في العتق، واستوفى شارحوا كلامه هنا في النكاح، وقد تقدم من شارح الأصل كلام مستوفى في نكاح الإماء، ولا بأس بإعادة بعض ذلك الكلام تشييدا لذلك البناء وتنبهها عما عسى قد أغفله عن المناقشات التي يترتب عليها إزالة بعض الاشكالات هنا.

وأصل مستندهم في هذا الحكم موثقة أبو بصير (١) " قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكرا إلى سنة فلما قبضها المشتري

أعتقها من الغد وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال أبو عبد الله عليه السلام:

إن كان للذي اشتراها إلى سنة مال أو عقدة (يوم اشتراها وأعتقها) يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته، فإن عتقه وتزويجه جائز، وإن لم يكن للذي عتقها وتزوجها مال ولا عقد يوم مات يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته فإن عتقه ونكاحه باطل لأنه أعتق ما لا يملك، وأرى أنها رق لمولاها الأول، قيل له: فإن كان قد علقت من الذي أعتقها وتزوجها فما حال ما في بطنها؟ قال: ما في بطنها مع أمها كهيتها "

قال المحقق في النكت بعد ذكره لهذه الرواية: إن سلم هذا النقل فلا كلام لجواز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول المنافية لعله لا نتعلها: لكن عندي أن هذا خبر واحد لا يعضده دليل فالرجوع إلى الأصل أولى.

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢٣١ ح ٧١، الوسائل ج ١٦ ص ٣٥ ب ٢٥ ح ١ وما في المصادر " عن هشام بن سالم " مع اختلاف يسير وما بين القوسين ليست في الرواية.

وفي الشرايع في مباحث النكاح صرح بردها، وقبله الفاضل ابن إدريس لمخالفتها الأصول الشرعية المقتضية لصحة التزويج والعتق لمصادفتها الملك الصحيح وصدورهما من أهلها في محلها الموجب لصحتها وحرية الولد. والمتأخرون حيث اعتنوا بشأنها لصحة سندها عندهم، حيث إنها تارة رواها هشام عن أبي بصير كما في موضعين من التهذيب، وفي ثالث عن هشام عن أبي عبد الله عليه السلام بغير واسطة وكذلك في الكافي، وكذلك نسبها شهيد المسالك إلى الاضطراب.

ومع ذلك فقد قدحوا في هشام المذكور لما ينسب له من العقائد الفاسدة وإن كان الأقوى براءة ساحته، فاحتاجوا بعد قبولها إلى تأويلها وردّها إلى القواعد فحملها العلامة على وقوع العتق والنكاح والشراء في مرض الموت بناء على مذهبه من بطلان التصرف المنجز مع وجود الدين المستغرق وحينئذ فترجع رقا وتبين بطلان النكاح.

واعترضه السيد عميد الدين بأنها قد حكمت يعود ولدها رقا كهيتها، وهذا التأويل لا يتمشى في عود الولد لأن غايته بطلان العتق في المرض فتبقى أمته، فإذا وطأ الحر أمته لا يرجع ولده رقا بل غايته أن أمه تباع في الدين. وابنه فخر المحققين أجاب عن هذا الاشكال بأنه ليس في الرواية ما يدل على رقية الولد، إذ ليس فيها سوى قوله في شأنه " كهيتها " وهو أعم من أن يكون كهيتها في حال حررتها قبل ظهور عجزه من الثمن فيكون حرا أو بعده فيكون رقا.

ورده أول الشهيد في شرح نكت الارشاد بأن هذا إيراد على النص، فإن المفهوم من قوله " كهيتها " ليس إلا أن حكمه كحكمها في حال السؤال، وقد حكم بذلك قبل رقيتها فيكون ولدها رقا. فتدل هذه العبارة بالمطابقة على رقيته لأن هذا اللفظ موضوع لهذا المعنى، وارتكاب هذا التأويل يمنع التعلق

بجميع النصوص وفي التزامه فساد لا يخفى على المتأمل ورجوع عن طريقة الاستدلال ونكوص.

ومع ذلك أنه لا يتم في الولد ولا في الأم أيضا من وجه آخر وهي من أن الرواية دلت على عودها رقا للبائع، وأين هذا من الحمل ومقتضاه لأن مقتضاه جواز بيعها في دينه لا عودها إلى ملك بائعها.

وحملها بعضهم على ما هو أبعد من فساد البيع وعلم المشتري به فيكون زانيا فتلحقه الأحكام.

ورد بأن الرواية قد فرقت في هذا الحكم بين ما إذا خلف ما يقوم بقضاء ما عليه وبين عدمه لصحة النكاح والعتق في الأول دون الثاني، وعلى القول بفساد البيع لا يمكن جوازهما، خلف شيئا أم لم يخلف.

ونزلها ثالث على أنه فعل ذلك مضارة ومن شرائط العتق القرية. ورد بأنه لا يتم أيضا في الولد.

وبالجملة: أن كلامه على هذه الرواية في القبول والرد إفراط وتفريط وكلما أتوا به من النصوص والأجوبة عنها مخدوشة، فليس سوى تلقيها بالقبول وإخراجها بالاستثناء من تلك القوانين والأصول، صونا لأخبارهم عليهم السلام عن النقوض

ومخالفة المنقول. نعم يجب الاقتصار على مؤداها فيقيد الثمن بالنسية ويكون التزويج على هذه الهيئة ومهرها عتقها ووقوع وفاته وهي حامل وتكون النسبة إلى سنة، ومن عمل بها لم يعتبر ذلك كله، نظرا إلى عدم أدخلية مثل ذلك في الحكم، وكذلك يعتبر بكارتها، ولا يصح إجراء حكمها في العبد ولو اشتراه نسبة أو مطلقا فأعتقه، لما بينهما من الفرق عند الاقتصار على مورد النص المخالف لقوانين العامة، وحيث إنه لا بد من قبولها لقوة طريقها وعمل القدماء بمضمونها فلنقتصر على المنصوص بالخصوص، للسلامة من هدم تلك القواعد التي هي كالبناء المرصوص.

العاشرة: إذا أوصى شخص بعق عبده فخرج من الثلث كما هو شأن الوصية لزم الورثة اعتاقه، فإن امتنعوا عتقه الحاكم عليهم جبرا فيحكم بحريته حين الاعتقاق لا حين الوفاة، فيكون ما بين الاعتاق والوفاة من المدة لم يخرج عن الرق إذ لا ينفك عن آخر هذين الأمرين.

فلو اكتسب قبل الاعتاق وبعد الوفاة فلمن يكون كسبه؟ له لاستقرار سبب العتق بالوفاة؟ أو للوارث لتحقق العتق عند الاكتساب؟ قولان، أحدهما للشيخ وهو أن يكون كسبه في ذلك الوقت له، وهذا في المبسوط مستدلا بما ذكره المحقق وغيره من استقرار سبب العتق الوفاة، ويتجه أن السبب المقتضي لانتقال مال الوصي عن ملك الوارث وانصرافه إلى الوصية مستند إلى الوصية والموت. فكل منهما جزء لسبب وبالموت يتم السبب، فيكون العبد الموصى بعنقه بعد الموت بمنزلة الحر وإن توقفت حرته على الاعتقاق فيتبعه الكسب لكن لا يملكه إلا بعد العتق لأنه قبله رق لا يملك، وإنما كان أحق به.

ورده المحقق بمنع استقرار السبب بالموت لأنه مركب من ثلاثة أشياء: الوصية والموت وإيقاع صيغة العتق. كما يتوقف ملك الوصية لو كانت لمعين على قبوله مضافا إلى وصيته، وموت الموصي قبل القبول لا يملك وإن حصل الأمران الأخيران، ولو كان سبب العتق قديما واستقر وجب أن يثبت معلوله وهو العتق وهذا لا يقول به حيث حكم بالرقية، وإنما يتحرر بالاعتاق، وحيث لم يكن تاما لم يثبت معلوله، وملكه له متوقف عليه ولما امتنع خلو الملك عن المالك ولم يكن العبد مالكا قبل العتق تعين أن يكون لا وارث إذ لا ثالث لهما. واستشكل ذلك ثاني الشهيدان في المسالك بأن الله تعالى جعل الإرث بعد الوصية النافذة كما هو صريح الكتاب والسنة والاجماع، والغرض هنا كذلك وذلك يمنع من ملك الوارث له لخروجه عن ملكه بالوصية، غايته أن يكون الملك مراعى بالاعتاق فيتبعه الكسب، ويكشف عن سبق ملكه له كما يكشف عن

سبق الموصى له عن الوصية من حين الموت، وفي حكم ما لو أوصى بعقار يوقف في بعض الجهات وأخرج من الثلث قبل أن يوقف فإن نماءه يسبل لتلك الجهات أما الموصى به على وجهه لا يتوقف على الصيغة كقوله أخرجوا عني العين الفلانية في حجة ونحوها، فنماؤها بعد الموت وقبل الاخراج في الجهة تابع لها قطعاً لتعيينها لتلك الجهة وخروجها عن ملك الوارث بالموت.

الحادية عشرة: لو أعتق المالك مملوكه عن غيره بإذنه فالمشهور بين الأصحاب وغيرهم صحة ذلك العتق ووقوعه عن الأمر، خلافاً لابن إدريس حيث حكم بوقوعه عنه، نظراً إلى أن وقوع العتق عن الشخص مترتب على ملكه له، لقوله صلى الله عليه وآله في الأخبار المستفيضة " لا عتق إلا في ملك " وهو منتف عن الأمر قطعاً

وموجود في المعتق، فيقع عنه لا عن الأمر.

وقد أجاب القائلون بوقوعه عن الأمر بانتقال الملك إليه آناً ما، وهو عند نية عتقه ليتحقق شرط صحة العتق، استدلوا على الأمرين بصحيفة بريد بن معاوية العجلي (١) عن الباقر عليه السلام " قال: سألته عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات

قبل أن يعتق، فانطلق ابنه فابتاع رجلاً من كسبه فأعتقه عن أبيه، وأن المعتق أصاب بعد ذلك ما لا ثم مات وتركه، لمن يكون تركته؟ قال: فقال: إن كانت الرقبة التي كانت على أبيه في ظهار أو شكر أو وجبت عليه فإن المعتق سائبة لا سبيل لأحد عليه " وساق الحديث إلى أن قال: " وإن كانت الرقبة على أبيه تطوعاً وكان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة فإن ولاء المعتق ميراث لجميع ولد الميت من الرجال (٢) قال: وإن كان ابنه الذي اشترى الرقبة فأعتقها عن أبيه من ماله بعد

(١) الكافي ج ٧ ص ١٧١ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٥٣ ب ٤٠ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) وفيهما هنا " قال: ويكون الذي اشتراه وأعتقه بأمر أبيه كواحد من الورثة إذا لم يكن للعتق قرابة من المسلمين أحراراً يرثونه ".

موت أبيه تطوعا منه من غير أن يكون أبوه أمره بذلك فإن ولاءه وميراثه للذي اشتراه من ماله وأعتقه عن أبيه إذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته".
ووجه الولاء له أن ثبوت الولاء للآمر متوقف على انتقال الملك إليه ووقوع العتق (عتقه خ ل) عنه تبرعا لا في حق واجب عليه وقد أثبت له فثبت اللزوم وهو الملك له

وتنظر في هذا التوجيه جماعة بما حاصله: أنه قبل الموت لا يتصور الملك له لأن المفروض أن الولد إنما اشترى النسمة بعد موته فكيف يحكم بملكه لها قبل الشراء؟ وكذا بعد الموت لا يعقل ملك الميت لما قد تجدد سببه، والولاء حكم شرعي إذا جعله الشارع حقا لمن أعتق عنه، وإن لم يكن مالكا صح، وهو هنا كذلك.

ولا يلزم انتفاء ملك الميت بعد موته لما للغير. ويمكن الجواب بأن الميت يمكن أن يملك بعد الموت إذا كان وقد أحدث سببا له وإن له يتم كما لو نصب شبكة وهو حي ثم وقع فيها الصيد بعد وفاته، وهنا كذلك لأن أمره بالعتق جزء السبب المملك أو تمام السبب، والعتق شرط، فصح أن ينكشف به ملكه قبل موته والرواية الصحيحة مؤيدة لذلك. وقد اختلف العلماء في وقت انتقال الملك إلى الأمر إلى أقوال:

أحدها: أن الملك يحصل عقيب الفراغ من لفظ الاعتاق على الاتصال، وفيه أنه يستلزم تأخر العتق عن الاعتاق بقدر ما يتوسطهما الملك، واعتذروا بأن تأخر الاعتاق عن العتق بسبب أنه إعتاق عن الغير، ومثله يقع في قوله: أعتقت عبدي عنك بكذا وكذا درهما، فإن عتقه يتوقف على قبول المعتق عنه ويلزم منه تأخر العتق عن الاعتاق.

ونسب المحقق - رحمه الله - هذا القول إلى التحكم، لأن الدليل الدال على صحة هذا العتق إن سلم دلالاته على انتقال الملك فليس فيه توقيت له، فتخصيصه

بهذا الوقت تحكم.
وثانيها: أنه يحصل الملك بشروعه في لفظ الاعتاق، ويعتق إذا تم اللفظ بمجموع الصيغة فالجزء الأخير علة للعتق وهو ملك الأمر، والكل سبب لزوال ملكه عنه للاعتاق، وهو قول المفيد والعلامة وولده فخر المحققين في شرحه على القواعد.

وفيه أنه يستلزم صيرورته ملكا للأمر قبل تمام الصيغة، فلو فرض ملكه قبل إكمالها خرج عن ملكه ولم يقع المعتق.
وثالثها: أنه يحصل الملك للمستدعي بالاستدعاء، ويعتق عليه إذا تلفظ المالك بالاعتاق.

ويرد عليه ما ورد عليه ما ورد على السابق وزيادة.
ورابعها: أنه يحصل الملك والعتق معا عند تمام الاعتاق، وفي هذا سلامة عن المحذور السابق، لأن اشتراط وقوع العتق في الملك يقتضي تقديم الملك على العتق فلا يتم وقوعهما معا في وقت واحد عند تمام لفظ العتق.
خامسها: أنه يحصل بالأمر المقترن بصيغة العتق فيكون تمام الصيغة كاشفا عن سبق الملك عليها وعدم إيقاعها بعد الاستدعاء لو قطعها أو وقع خلل فيها، دال على عدم حصول الملك بالأمر لعدم حصول ما يعتبر في صحته وهو اقترانه بالأمر بالعتق.

وفيه أن الاقتران المذكور يكون شرطا في سبق الملك ولا يتحقق الاقتران إلا بتمام صيغة العتق فليزم تأخر الملك عن الاعتاق وإلا لتأخر الشرط عن المشروط.

ولأجل كثرة هذه المؤاخذات والنقوض وورود هذه الاشكالات على هذه المقالات قال المحقق - رحمه الله - ونعم ما قال: إن الوجه في ذلك كله هو الاقتصار

على الثمرة وهو صحة العتق من الأمر وبراءة ذمته من الكفار والحق الواجب،

ولا يجب علينا البحث والتفتيش عن وقت الانتقال إليه فإن ذلك ظنون وتخمين لا يرجع إلى دليل صالح متين. ولو كان المعتق في هذا الحال أب الأمر صح عتقه ولو في الكفارة على إشكال. ووجهه احتمال عدم الاجزاء لأنه إما أن يكون ملكه قبل اعتاقه أو لا، وأيا ما كان فالظاهر عدم الاجزاء. (أما الأول فلأن ملكه يستلزم عتقه عليه قهرا بالسبب لا اختيارا، فلا يصح عتقه عن الكفارة لاشتراطه بالاختيار.

(وأما) عن الثاني فلا يصح العتق أصلا فضلا عن عتقه في الكفارة، لما ثبت أنه لا عتق إلا في ملك، ولأن شرط العتق النية لأنه عبادة ولا يمكن تحققها إلا بعد تحقق الملك إذ قبل الملك لا يصح نية العتق ويكون قبل تحقق العتق فتكون بينهما، وهذا محال لأنه لا فاصل بينهما متحقق فيه النية.

ويحتمل الاجزاء لأن الموجب للعتق هنا الصيغة التي وضعها الشارع للعتق الصادر اختيار منه بالنية لا غيرها، لأن ذلك الغير إما الملك أو النسب أو هما أو حكم الشارع بشرط وجود الملك والنسب، والظاهر انتفاء الأولين، إذ الملك علة معدة لوجود خاصتها فيه، وكذا النسب لاجتماعه مع الملك ابتداء، وعلة العدم لا تجامع الوجود ابتداء، وليس هذا محل تحقيقه.

ولو سلمنا فإنه إنما يقتضي مع عدم المانع، والمانع هنا من تأثير ذلك السبب موجود وهو الصيغة، فإن اقتضاءها الملك مشروط بكونها صالحة لكونها موجب العتق لأنها إن لم توجب هي ولا جزؤها الملك لم توجب العتق، وكونها صالحة للتأثير في إيجاب العتق يمنع من إيجاب الملك أو النسب أو حكم الشرع للعتق لا بسببها فيعتق بها لا غيرها، وهذا الملك لا يصلح للاعتاق بالنسب ولا لكونه شرطا له، وكذا النسب هنا لأنه إعتاق بالنيابة ولا شئ من العتق النسبي كذلك، فكل عتق بالصيغة الموضوع للعتق شرعا تجزي عن الكفارة، فالأولى إذا الاجزاء. فلا يرد هنا ما قرروه من الاشكال على هذه المسألة وهو لزوم الدور الفقهي

وتقريره على ما ذكره شارح القواعد أن ثبوت ملكه المترتب عليه العتق عنه يؤدي إلى عدمه وكلمة يستلزم ثبوته عدمه محال. أما الأولى فالأن ملكه يستلزم عدم انعاقه لأن عتقه إما بوكالة عنه أولاً، فالأول محال لأنه قد يكون وكله في عتق عبد غيره فلا يصح لأن الوكالة معلقة حينئذ، والثاني محال لأن العتق لا يقف على الإجارة إذ لا يقع فضولياً بل يبطل إذا وقع على ملك الغير، وقد تقدمت أدلته المعتبرة الصحيحة، وبطلان عتقه يستلزم عدم ملكه قطعاً، لأننا نجيب عن ذلك بأن عتقه بإذنه والإذن هنا يصح لأن الملك مستلزم للعتق، والإذن هنا يصح إيقافه على شرط إلا أنه ليس بوكالة.

الثانية عشرة: لو نذر عتق العبد المقيد انحل قيده وعتقه إن نقص وزن القيد عن عشرة دراهم مثلاً فشهد عدلان عند الحاكم بالنقص فحكم بعتقه وأمر بحل قيد فظهر كذبهما عتق بحل القيد وظهر أنه لم يعتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به.

وتقرير هذه المسألة على جهة التفصيل وإن كانت مسلوقة الدليل من النصوص، بالخصوص إنه إذا علق نذر العتق بكل واحد من شيئين وجعل كل واحد منهما سبباً تاماً، فأيهما حصل حصل وجود العتق به كما في المثال الذي ذكرناه، وتوجيهه مبني على مسائل:

الأولى: أن إزام الحاكم بالعتق بالقهر إن كان مطابقاً لنفس الأمر فهو ليس لاكرهه، والعتق الصادر من المالك بالقهر المذكور صحيح لأنه قهر شرعي، وإنما يبطل التصرف بالاكراه إذا كان الاكراه غير شرعي، فإن كان شرعياً في الظاهر وغير شرعي في نفس الأمر لم يكن العتق صحيحاً في نفس الأمر وإن حكم به الحاكم، فإذا ظهر كون القهر غير شرعي في نفس الأمر ظهر بطلان العتق. والثانية: إنه إذا نذر عتقه إن كان قيده ناقصاً عن عشرة دراهم وعتقه انحل بصيغة البناء للمجهول ترتب على حله من أي شخص كان.

الثالثة: أن الحاكم لا يأمر بحل القيد بمجرد الحكم بوجود العتق، بل أوقع صيغة العتق الشرعية إما هو أو وكيله أو الحاكم إن امتنع أو غاب أو مات من غير وارث بالغ. فقولهم في المسألة " حكم بعتقه " أي بعد أن أُلزم بالعتق، فلما عتق بأحد المذكورين حكم الحاكم بعتقه ثم أمر بحل قيده. ثم إنه على تقدير كذبهما وعتقه بحل القيد هل يضمنان بقيمة العبد أم لا؟ إشكال من أن الحكم - وهو العتق له - لم يحصل بشهادتهما بل بحل قيده ولم يشهدا به، ولأنه لو باشرا الحل لم يضمننا، فعدم الضمان بشهادتهما أولى، ومن أن شهادتهما الكاذبة سبب إتلافه، وكلما أتلفا شيئاً بسبب الشهادة الكاذبة ضمنا، كما عليه النص والاجماع كما في غير هذه المسألة، ولأنه قد ثبت في أسباب الضمان للمتلف أن سبب السبب موجب للضمنان، فإن وازع الحجر في الطريق - إذا عثر به غيره فوقه في بئر حفر ظلماً - ضامن دون الحافر، وأيضاً أنه السبب الأولى.

وأما قولهم في الوجه الأول " أنه لو باشرا حله لم يضمننا " فهنا أولى، إنما لم يضمننا قيمة العبد لأنهما سبب لوجوب العتق عليه يجعله سبباً والأصل له حصول الثواب على الله تعالى لأنه فعل ما كلف به.

لا يقال: كيف يجامع عدم الضمان بالشهادة؟ لأننا نقول: إن شهادة الزور يعاقب عليها ولا يعاقب على الحل لتشديد الشارع فيها، لكن في عدم ضمانها بالحل منع سنصرح به، فالأصح أنه لا ضمان عليهما.

ولو حله أجنبي لم يضمن، عالماً كان بالنذر أو جاهلاً به، نهاه المالك أو لا، على إشكال. ووجه هذه الفروع أنه إذا حله أجنبي وترتب عليه العتق المذكور فإما أن يكون عالماً بالنذر أولاً، وعلى كل تقدير فإما أن يكون حله بأمر المالك أو مع نهي المالك أو لا مع أمره ولا نهيه، فالأقسام ستة: الأولى: أن يكون عالماً وأمره المالك.

والثاني: أن يكون جاهلا وأمره المالك، ولا إشكال في أنه لا يضمن في هاتين الصورتين قطعا.

والثالث: أن يكون عالما ونهاه المالك، فيحتمل هنا الضمان لأن المتلف من أوجد السبب الموجب للتلف لا من جعله سببا، ولا يوصف بالقبح هنا بل إنما يوصف مع وجود التلف به، فإن من ألقى الغير إلى النار لا توصف بسببته النار بالقبح هنا بل إنما يوصف الالتقاء به وهو فعل الملقى، ولأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه وحصل التلف بسببه فيضمن، ويحتمل عدمه لأن سبب العتق النذر، والحل ليس عقلا ولا شرعا بنفسه، وأن المالك يحصل له بعثته الثواب الدائم، ولو ضمنه الغير لحصل للمالك العوض وزال ما بإزاء المال، وليس كذلك.

الرابع: أن يكون جاهلا ونهاه المالك، والاشكال كما تقدم، وجاهل الحكم لا يعذر في حقوق الآدميين.

الخامس: أن يكون عالما ولا توجه أمر المالك ولا نهيه، والاشكال كما تقدم، والضمان في الأولين أقوى.

السادس: أن يكون جاهلا ولا يأمر به ولا ينهاه، ووجه الاشكال ما تقدم.

الثالثة عشرة: لو أعتق ثلاث إماء في مرض الموت وليس له مال سواهن أخرجت واحدة بالقرعة، فإن كان بها حمل تجدد لها بعد الاعتاق، فهو حر بالنص والاجماع إن كان متولدا من حر، وإن كان سابقا على الاعتاق فهو موضع خلاف، فالمشهور أنه لا يتحرر بتحرر أمه، وهو حمل كما سيحجى.

والشيخ في كتابي الأخبار والنهية على تحرره بتحرر أمه إذا كان حملا كما في خبر السكوني وخبر الجعفریات، وسيأتي ذكرهما في الفروع الآتية.

وقد سبقه إلى ذلك الإسكافي لذينك الخبرين ولأنه بمنزلة الجزء منها، وإنما أخرجت بالقرعة لأن كل واحدة منهن ثلث التركة، فلو كن مختلفات في القيمة أخرج الثلث خاصة ولو كان جزء من واحدة، فما زادوا على تقدير

دخوله لا بد من تقويمه أيضا ليحتسب على الورثة.
ثم إن ولد قبل موت المعتقد قوم منفصلا حال الوفاة - على ما تقرر في
الوصية - وإن بقي حملا إلى أن مات قوم حملا وإن انفصل بعد ذلك، ولأن الزيادة
بالوضع حصلت في ملك الوارث إن اتفقت، وهذه المسألة ليس في النصوص ما يدل
عليها بالنصوص لكنه متفرع على كون المنجزات في مرض الموت من الثلث.
وأما على تقدير أنها من الأصل يسقط هذا البحث من أصله، وقد تقدم في
الوصايا الكلام على هذه المسألة، ومنه شيخنا هناك على أن المختار أنه من الأصل
لدلالة أكثر الأخبار على أن الانسان مسلط على ماله ما دامت الروح فيه.
الرابعة عشرة: إذا أعتق ثلاثة عبيد في مرض الموت وقلنا إن المنجزات
من الثلث ولم يملك غيرهم ثم مات أحدهم أقرع بين الميت والأحياء، فإن أخرجت
القرعة الميت حكم بحريته واسترق الحيان، وإن خرجت بأحد الحيين حكم
على الميت أنه مات رقا لكنه أنه لا يحتسب من التركة ويقرع بين الحيين
قرعة أخرى أو يحرر منهما ما يحتمله الثلث من التركة الباقية وهي الاثنان لأنه
ليس له سواهما، ولو عجز أحدهما عن الثلث أكمل من الآخر.
وتقرير هذه المسألة على التفصيل بأنه إذا أعتق ثلاثة أعبد في مرض الموت
- وهو لا يملك غيرهم بعد موت السيد أو قبله - قبل قبض الوارث أقرع بين
الميت والحيين ولا ينزل الميت ابتداء كالمعدوم وأبقى للوارث مثلا ما فات،
لأن الميت إنما مات بعد عتقه في نفس الأمر حيث يخرج القرعة بعتقه، وهو
قبل القرعة صالح للحرية والرقية، فإذا أقرع بينهم ظهر حاله، فإن خرج عليه
سهم الحرية بان أنه مات حرا مورثا عنه، واسترق الآخرا على تقدير
تساويهم قيمة، فورثته يجهزوه إن كان له مال من أصل ماله، وإلا فعلى الوارث
إن أوجب موته التجهيز على الوارث، وربما قيل إنه من بيت المال ولم يثبت.
وإن خرج له سهم الرق لم يحسب على الورثة لأنهم ييغون المال ومنفعته،

ويحتسب به على المعتق يتغى به الثواب وتعاد القرعة بين الحيين وينزلان منزلة ما لو لم يكن سواهما مال وقد أعتقهما. فمن خرج له سهم العتق أعتق ثلثاه واسترق ثلثه والعبد الآخر، وإن خرج سهم العتق على أحد الحيين ابتداء أعتق ثلثاه وبقي ثلثه والآخر رقا كما في المسألة الأولى بعد الاقراع الثاني ويبقى موت الآخر رقا.

ولو كان موته بعد قبض الوارث ففي احتسابه عليه وجهان، أقواهما نعم، حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيين عتق كله، وذلك لأن الميت دخل في أيديهم وضمائمهم.

ووجه العدم أنهم لا يتسلطون على التصرف وإن ثبت أيديهم الحسبة، فيكون كما لو مات قبل ثبوت أيديهم وقبضهم.

وظاهر عبارة المحقق - رحمه الله - في الشرايع القول الثاني لاطلاق كلامه بعدم الاحتساب على الورثة، ولو كانت الضرورة بحالها ومات اثنان أقرع بينهم أيضا، فإن أخرج السهم الحرية على أحد الميتين أعتق نصفه خاصة وجعل للورثة مثليه وهو العبد الحي. وإن خرج سهم الرق عليه أقرع بين الميت الآخر وبين الحي، فإن خرج سهم الحرية على الميت الآخر أعتقنا نصفه وحولنا الحي للورثة وهو مثلا ما أعتق، وإن خرج سهم الرق عليه لم يحتسب على الورثة وأعتق ثلث العبد الحي.

ولو كان موت الميت منهم بالقتل الموجب للقيمة دخل القتل في القرعة مطلقا لأن قيمته تقوم مقامه على تقدير رقيته، فلا يفوت الوارث المال، ثم إن خرج سهم العتق لأحد الحيين عتق أجمع وبقي للورثة الآخر وقيمة القتل، وإن خرج على القتل ظهر كونه قتل حرا وعلى قاتله الدية لورثته. هذا كله مع تساويهم في القيمة كما فرضناه في أصل المسألة.

أما لو اختلفت القيمة فالواجب عتق ثلث الجميع بالقيمة، فإن خرجت لواحد القرعة وكانت قيمته بقدر الثلث فذاك، وإن نقص أكمل من الآخر، ولو زاد كان فاضله رقا.

فوائد

الأولى: من أقر بعتق مماليكه للتقية أو دفع الضرر لم يلزم بهذا الاقرار ولم يقع العتق عليهم.

لخبر الولد بن هشام (١) وغيره " قال: قدمت من مصر ومعى رقيق فمررت بالعاشر فسألني فقلت: هم أحرار كلهم، فقدمت المدينة ودخلت على أبي الحسن عليه السلام

فأخبرته بقولي للعاشر، فقال لي: ليس عليك شئ "

ورواه الصدوق بإسناده عن الحسين بن سعيد (٢) نحوه.

الثانية: لو أقر أحد الورثة و شهد بعتق المملوك جازت شهادته في حصته لا في حصة الباقيين، ولا تقع السراية في باقية مع ضمان المقر لقيمته للورثة، وذلك إذا كان المقر مرضيا لعدالته، بل يستسعى العبد في باقي قيمته.

لصحيحة محمد بن مسلم (٣) كما في التهذيب و الفقيه، ولخبره (٤) كما في التهذيب

عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته عن رجل ترك مملوكا بين نفر فشهد أحد هم أن

الميت أعتقه، قال: إن كان الشاهد مرضيا لم يضمن، و جازت شهادته في نصيبه، ويستسعى العبد فيما كان للورثة "

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٧ ح ٤٨، الوسائل ج ١٦ ص ٧١ ب ٦٠ ح ١.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٨٤ ح ٨.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٧٠ ح ٢٤، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٤ ح ٧٧، الوسائل ج ٦ ص ٦٦ ب ٥٢ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٦ ح ١٢١.

وصحيحة منصور بن حازم (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل هلك وترك غلاما، فشهد بعض ورثته أنه حر، قال: إن كان الشاهد مرضيا جازت شهادته، وليستسعى فيما كان لغيره من الورثة "

وخبر منصور (٢) أيضا كما في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل مات وترك

عبدا، فشهد بعض ولده أن أباه أعتقه، قال: تجوز عليه شهادته ولا يغرم، ويستسعى الغلام فيما كان لغيره من الورثة "

وكذلك خبره (٣) المروي في الكافي ومرسلته (٤) المروية في الكافي أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألت عن رجل مات وترك مملوكا، فشهد بعض ورثته

أنه حر، فقال: إن كان الشاهد مرضيا جازت شهادته في نصيبه، واستسعى فيما كان لغيره من الورثة "

وسياتي تنمة المسألة في الاقرار.

الثالثة: إن من أعتق عبدا وعلى العبد دين لم يلزم السيد إلا أن يكون قد استدانه لمولاه أو أذن له بالتجارة واستدان فيها بإذنه.

كما تضمنته روايتا ظريف ببيع الأكفان كما في التهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام لقوله في الأولى (٥) " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام لي كنت أذنت له في

الشراء والبيع فوقع عليه مال للناس وقد أعطيت به مالا كثيرا، فقال أبو عبد الله

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٦ ح ١٢٢، الوسائل ج ١٦ ص ٦٦ ب ٥٢ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) الفقيه ج ٤ ص ١٧٠ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠١ ب ٢٦ ح ١.

(٣) الكافي ج ٧ ص ٤٢ ح ١.

(٤) الكافي ج ٧ ص ٤٣ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٢ ب ٢٦ ح ٤ وفيهما " وترك غلاما مملوكا "

(٥) التهذيب ج ٦ ص ١٩٦ ح ٥٦، الوسائل ج ١٣ ص ١١٨ ب ٣١ ح ٢ وفيهما " مال الناس "

عليه السلام: إن بعته لزمك ما عليه وإن أعتقه فالمال على الغلام وهو مولاك
" والثانية (١) " قال عليه السلام إن بعته لزمك وإن أعتقه لم يلزمك الدين، فأعتقه
ولم يلزمه شيء. "

ورواه الكليني (٢) مرسلا عنه عليه السلام ".
وفي خبر أشعث (٣) عن أبي الحسن عليه السلام " في الرجل يموت وعليه دين وقد
أذن لعبده في التجارة وعلى العبد دين، قال: يبدأ بدين السيد ".
وخبر شريح (٤) " قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في عبد بيع وعليه دين قال:
دينه على من أذن له في التجارة وأكل ثمنه ".

وهذان الخبران مقيدان لذينك الخبرين وهما أعم من أن يعتق العبد وأن
لا يعتق. وقد تقدم الكلام من المصنف في كتاب الديون.

الرابعة: لو أبق العبد ولم يعلم بموته ولا بحياته فالأصل حياته فيجوز عتقه
ولو في الكفارات الواجبة على الأصح. وللأصحاب في هذه المسألة خلاف ذكره
في كتاب الكفارات وأعرضوا عنه في كتاب العتق، وربما ذكره بعضهم في العتق
أيضا، والمشهور بين أصحابنا ما ذكرناه، ومنع بعضهم تبعا لبعض الشافعية،
واستوجه في المختلف فيه إلى الظن فيصح عتقه مع ظن حياته ويبطل مع ظن
وفاته واشتباه الحال، والأصح ما قلناه.

ويدل عليه من الأخبار صحيحة أبي هاشم الجعفري (٥) كما في الكافي

(١) التهذيب ج ٦ ص ١٩٩ ح ٦٨، الوسائل ج ١٣ ص ١١٨ ب ٣١ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٠٣ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٨ ح ١٢٩، الوسائل ج ١٦ ص ٦٧ ب ٥٥ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٨ ح ١٣٠، الوسائل ج ١٦ ص ٦٨ ب ٥٥ ح ٢.

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٩٩ ح ٣، الفقيه ج ٣ ص ٨٦ ح ١٣ وفيه " عن رجل له مملوك
قد أبق منه يجوز... " وتنتهي الرواية فيه إلى " منه موتا "، التهذيب ج ٨ ص ٢٤٧ ح ١٢٣
وما في المصادر الثلاثة " كفارة الظهار " فقط، الوسائل ج ١٦ ص ٦٢ ب ٤٨ ح ١ وما في
المصادر " يعرف " بدل " تعرف ".

والفقيه والتهذيب " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أبق منه مملوكه،
أيجوز

أن يعتقه في كفارة اليمين والظهار؟ قال: لا بأس به ما لم تعرف منه موتا. قال
أبو هاشم: وكان سألتني نصر بن عامر القمي أن أسأله عن ذلك " إلا أنه في الفقيه
أسقط لفظ اليمين.

وخبر أحمد بن هلال (١) كما في الفقيه " قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام
كان علي عتق رقبة فهرب لي مملوك ولست أعلم أين هو يجزي عتقه؟ فكتب عليه
السلام: نعم " .

الخامسة: أن من أعتق أمة حبلى ولم ينص على ولدها بالعتق لم يكن الولد
معتقا ولا يصح عتقه حملا بالانفراد إلا بضمه لأمه وتكون أمه مدبرة عند علوقها
بالحمل فيقع الحمل مدبرا، وكذلك المكاتب، وسيجيء بيان ذلك كله مفصلا.
وخالف الشيخ والإسكافي قبله فحكما بعتق الحمل بمجرد عتق أمه وإن
استثنى الحمل من العتق فبلغ الشرط عندهما لما رواه الشيخ والصدوق بإسناديهما
عن السكوني (٢) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام " في رجل أعتق أمة وهي
حبلى

فاستثنى ما في بطنها، قال: الأمة حرة وما في بطنها حر لأن ما في بطنها منها " .
وقد مضي في كتاب البيع نوع تحقيق لهذه المسألة حيث إن الشيخ وابن
الجنيد حكما بتبعية الحمل للأمة في البيع عند إطلاق بيع الأم، كما حكما
بذلك في العتق، مستدلين بذلك بأن الحمل منزلة العضو منها، وبخبر السكوني
المذكور بتنصيبه على تبعية الأمة في العتق وإن استثنى. والأولى حمل هذا الخبر
على التقية لمغايرة الحمل لها، لأنه كثير ما يتحرر دونها كما لو كان والده حر

(١) الفقيه ج ٣ ص ٨٥ ح ١٢، الوسائل ج ١٦ ص ٦٣ ب ٤٨ ح ٢ وفيهما " لست -
يجزيني " .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٨٥ ح ٨، التهذيب ج ٨ ص ١٣٦ ح ٨٤ وفيهما " عن جعفر عن أبيه
عليهما السلام في رجل "، الوسائل ج ١٦ ص ٧٩ ب ٦٩ ح ١ وفيه " عن جعفر عن آبائه " .

ولأنه تلزمه أحكام لا تلزمها كإسلامه وعتقه دونها، ولأن الجناية عليه غير الجناية عليها، وأمثال ذلك من اللوازم المذكورة في مظانها، وستجئ البينة زيادة على ما هنا في التدبير والمكاتبة.

السادسة: في مسنونات العتق ومكروهاته عند مباشرته.

(فمنها) استحباب عتق من أغنى نفسه دون لم يكن كذلك كالولدان الصغار والشيخ الكبير وإن جاز عتق الجميع.

ففي صحيحة هشام بن سالم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن من أعتق من النسم؟ فقال: أعتق من أغنى نفسه ".

وصحيحة علي بن جعفر (٢) عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل عليه عتق رقبة وأراد أن يعتق نسمة، أيهما أفضل أن يعتق شيخا كبيرا أو شابا أجرد؟ قال: أعتق من أغنى نفسه، والشيخ الكبير الضعيف أفضل من الشاب أجرد " وخبره (٣) كما في قرب الأسناد وصحيحه كما في كتاب المسائل عن أخيه موسى عليه السلام، وذكر مثله إلا أنه قال فيهما " شابا جلدا " وقال في آخره " من الشاب الأجرد ".

وفي صحيحة محمد بن مسلم (٤) عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته عن الصبي يعتقه رجل؟ قال: نعم، قد أعتق عليه السلام ولدان كثيرة ".

(ومنهما) أنه إذا أعتق من لا حيلة له وكسب استحباب نفقته عليه استحبابا مؤكدا.

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٢٢ ب ١٥ ح ٣ وفيهما " أعتق النسمة ".

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٦ ح ١٠، الوسائل ج ١٦ ص ٢١ ب ١٥ ح ٢ وفيهما " الشاب الأجرد ".

(٣) قرب الإسناد ص ١١٩ وفيه " الشاب الجلد "، الوسائل ج ١٦ ص ٢٢ ب ١٥ ذيل ح ٢.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٢١ ب ١٥ ح ١ وفيهما " يعتقه الرجل - أعتق علي عليه السلام ولدانا ".

ففي صحيحة ابن محبوب (١) كما في الكافي " قال: كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام وسألته عن رجل يعتق غلاما صغيرا أو شيخا كبيرا أو من به زمانة ولا حيلة له، فقال: من أعتق مملوكا لا حيلة له فإن عليه أن يعوله حتى يستغني عنه، وكذلك كان أمير المؤمنين عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار ومن لا حيلة له " (ومنها) استحباب عتق العبد على عتق الأمة لما تقدم في خبر إبراهيم بن أبي البلاد (٢) والمروي في الكافي مسندا وفي الفقيه مرسلا وفي ثواب الأعمال مسندا وكذا في التهذيب " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أعتق مؤمنا أعتق الله بكل

عضو منه عضوا من النار، وإن كانت أنثى أعتق الله بكل عضوين منها عضوا منه من النار، لأن المرأة نصف الرجل " .

(ومنها) استحباب عتق الأرحام الذين لا يعتقون بالقرابة خصوصا الوراث وكراهة تملكهم.

ففي موثقة سماعة (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يملك ذا رحم، أيحل له أن يبيعه أو يستعبده؟ قال: لا يصلح له أن يبيعه وهو مولاه وأخوه، فإن مات ورثه دون ولده، وليس له أن يبيعه ولا يستعبده " .

وموثقة علي بن جعفر (٤) عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام كما في التهذيب وخبره (٥) كما في كتاب قرب الأسناد وصحيحه كما في كتاب المسائل له عن

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٠ ب ١٤ ح ١ وفيهما " عن الرجل " .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٠ ح ٣، الفقيه ج ٣ ص ٦٦ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢١٦ ح ٣،

ثواب الأعمال ص ١٦٦ طبع طهران، الوسائل ج ١٦ ص ٦ ب ٣ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٢ ح ١٠٨، وفيه " هل يحل له "، الوسائل ج ١٦ ص ١٨

ب ١٣ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٢ ح ١٠٩، الوسائل ج ١٦ ص ١٩ ب ١٣ ح ٢ وفيهما

" أو عمه أو ابن عمه " .

(٥) قرب الإسناد ص ١٠٩ وفيه " رجل تزوج جارية أخته أو عمته أو عمه أو ابن أخته فولدت

ما حاله؟ قال: إذا كان الولد ممن يملكه عتق "، الوسائل ج ١٦ ص ١٩ ب ١٣ ح ٢ .

أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل زوج جاريتته أخاه أو ابن عمه أو ابن أخيه فولدت، ما حال الولد؟ قال: إذا كان الولد يرث من ملكه شيئاً عتق ".
والظاهر أن هذا مبني على كون الولد رقاً إما لكون أبويه رقيقين أو بناء على اشتراط رقيته أو على تبعيته لأمه في الرقية وإن كان الأب حراً. وموثقة محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام " قال: يملك الرجل أخاه وغيره

من ذوي قرابته من الرجال ".

وموثقة سماعة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل يملك ذا رحمه، هل يصلح له أن يبيعه أو يستعبده؟ قال: لا يصلح له أن يبيعه ولا يتخذه عبداً وهو مولاه وأخوه في الدين، وأيهما مات ورثه صاحبه إلا أن يكون له وارث أقرب إليه منه ".
(ومنها) استحباب اختيار عتق المملوك في الرخاء على بيعه والصدقة بثمنه، واختيار البيع والصدقة على العتق في الغلاء، وكراهة عتق الفاسق وشارب الخمر.

لصحيحة بكر بن محمد الأزدي (٣) كما في الكافي والفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام

" قال: سأله رجل وأنا حاضر فقال: يكون لي الغلام فيشرب الخمر ويدخل في هذه الأمور المكروهة وأريد عتقه، فهل أعتقه أحب إليك أم يبيعه وأتصدق بثمنه؟ فقال: إن العتق في بعض الزمان أفضل والصدقة في بعض الزمان أفضل، فإن كان الناس حسنة حالهم فالعتق أفضل، فإذا كانوا شديدة حالهم فالصدقة أفضل، وبيع هذا أحب إلي إذا كان بهذا الحال ".

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١١٥، الوسائل ج ١٦ ص ١٩ ب ١٣ ح ٣.
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٨٠ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ١٩ ب ١٣ ح ٥ وفيهما " لا يصلح له يبيعه ".
(٣) الكافي ج ٦ ص ١٩٤ ح ٤ وفيه " فهل عتقه "، الفقيه ج ٣ ص ٧٩ ضمن ح ٦ وفيه " فأعتقه "، الوسائل ج ١٦ ص ٣٧ ب ٢٧ ح ١ وما في المصادر " وفي بعض الزمان الصدقة أفضل " مع اختلاف يسير.

(ومنها) استحباب عتق المملوك الصالح وكرهه استخدامه.

ففي الفقيه (١) مرسلًا وفي عيون أخبار الرضا عليه السلام (٢) مسندًا وكذلك في صحيفة الرضا (٣) عن الرضا عليه السلام والأولى عن أبي جعفر عليه السلام حيث قال: " دخل أبو جعفر الباقر عليه السلام الخلاء فوجد لقمة خبز في العذرة فأخذها وغسلها ودفعتها إلى مملوك معه قال: تكون معك لآكلها إذا خرجت، فلما خرج عليه السلام قال للملوك: أين اللقمة؟ فقال: أكلتها يا بن رسول الله، فقال: إنها ما استوت في جوف أحد إلا وجبت له الجنة، فاذهب أنت حر، فإنني أكره أن أستخدم رجلاً من أهل الجنة ". وفي العيون وصحيفة الرضا عليه السلام أسند الرضا القضية إلى الحسين عليه السلام وقد تقدمت في أحكام الخلاء.

وخبر بشر النبال (٤) كما في ثواب الأعمال " قال: سمعت محمداً أبا جعفر عليه السلام يقول: من أعتق نسمة صالحه كفر الله بكل عضو منها عضواً منه من النار ". (ومنها) تأكد استحباب عتق المملوك المؤمن بعد سبع سنين وكرهه استخدامه بعدها وبعد العشرين السنة أكد.

ففي رسالة محمد بن عبد الله بن زرارة (٥) عن بعض آل أعين عن أبي عبد الله عليه السلام " فقال: من كان مؤمناً فقد عتق بعد سبع سنين، أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، ولا يحل خدمة من كان مؤمناً بعد سبع سنين ".

ومرسلة الحسين بن علوان (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: صحبة عشرين قرابة "

(١) الفقيه ج ١ ص ١٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٦ ص ٣٨ ب ٢٨ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) عيون أخبار الرضا ج ٢ ص ٤٣ ب ٣١ ح ١٥٤ طبع طهران.

(٣) مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٤١ ب ٢٤ ح ٢.

(٤) ثواب الأعمال ص ١٦٦، الوسائل ج ١٦ ص ٣٨ ب ٢٨ ح ٢ وفيهما " بشير النبال - جعفر بن محمد " مع اختلاف يسير.

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٩٦ ح ١٢، الوسائل ج ١٦ ص ٤٣ ب ٣٣ ح ١.

(٦) الكافي ج ٦ ص ١٩٩ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ٤٣ ب ٣٣ ح ٢ وفيهما " صحبة عشرين سنة قرابة ".

رواه في كتاب الاقبال عن الحسين بن علوان مثله.
وموثقة زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: إذا أتى المملوك ثمنه بعد سبع سنين فعليه أن يقبله "

(ومنها) استحباب عتق المملوك إذا ضربه المولى ولو كان في حق، وقيده
الأصحاب بما إذا ضربه فوق الحد أو ضربه ظلما، والأخبار لا تساعد على ذلك
كما ستسمعها.

ففي رواية أبي بصير (٢) كما في كتاب الحسين بن سعيد وهو كتاب الزهد
عن أبي جعفر عليه السلام " قال: إن أبي ضرب غلاما له واحدة بسوط وكان بعثه في
حاجة

فأبطأ عليه فبكى الغلام، فقال: الله تبعثني في حاجتك ثم تضربني! قال: فبكى
أبي وقال: يا بني اذهب إلى قبر رسول الله فصل ركعتين وقل: اللهم اغفر لعلي
ابن الحسين خطيئته، ثم قال للغلام: اذهب فأنت حر، فقلت: كان العتق كفارة
للذنب؟ فسكت "

وخبر عبد الله بن طلحة (٣) كما في ذلك الكتاب أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام "
أن

رجلا من بني فهد كان يضرب عبدا له والعبء يقول: أعوذ بالله، فلم يقلع عنه،
فقال: أعوذ بمحمد صلى الله عليه وآله و، فأقلع عنه الرجل الضرب، فقال رسول الله
صلى الله عليه وآله:

يتعوذ بالله فلا تعيده ويتعوذ بمحمد فتعيذه! والله أحق أن يجار عائذه من محمد،
فقال الرجل: هو حر لوجه الله، فقال: والذي بعثني بالحق نبيا لو لم تفعل
لواقع وجهك حر النار "

والذي ذكره الأصحاب في هذا المقام أن من ضرب مملوكه فوق الحد استحباب
له التكفير بعتقه، وظاهر القدماء كالشيخ وأتباعه أن ذلك على السبيل الوجوب.

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٩ ح ١٣٧ وفيه " قمة ثمنه "، الوسائل ج ١٦ ص ٤٤ ب ٣٣ ح ٤.

(٢) الزهد ص ٤٣ ب ٧ ح ١١٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٢ ب ٣٠ ح ١.

(٣) الزهد ص ٤٤ ب ٧ ح ١١٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٢ ب ٣٠ ح ٢.

وجعلوا المستند في ذلك صحيحة أبي بصير (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: من ضرب مملوكا حدا من الحدود من غير حد أوجبه المملوك على نفسه لم يكن لضاربه كفارة إلا عتقه "

وقد أنكر هذا الحكم رأسا ابن إدريس لعدم دليل يدل عليه. والمحقق والعلامة وأكثر المتأخرين عدلوا إلى الاستحباب، واحتج له في المختلف بأنه فعل محرم، والعتق مسقط لذنب القتل وهو أعظم من الضرب، فاستحب العتق، ولو استند إلى الرواية كان أجود، وإن لم تكن صريحة فيما ادعوا لأن ظاهرها أنه إذا ضربه حدا من الحدود من غير موجب أوجبه المملوك على نفسه، لا أنه إذا ضربه زيادة عن الحد بل لأنه ضربه حدا غير مستحق لضربه، والمتبادر من الحد هنا هو المقدار من العقوبة المستحقة على ذلك الفاعل مع إطلاق الحد عليه شرعا، فلا يدخل التعزير لأنه مقدر بنظر الحاكم، ويعتبر فيه حد العبيد لا الأحرار. وقيل: يعتبر حد الأحرار ولأصالة بقاء الملك سليما عن تعلق حق الملك على مالكة، وهذا إنما يتأتى على القول بالوجوب.

أما على القول بالاستحباب فلا، لأن المعلق على مفهوم كلي يتضمن في وجوده في أي فرض من أفرادها، وحمله على حد لا يتعلق بالمحدود بعيد جدا، ولا فرق

في ذلك بين الذكر والأنثى لتناول المملوك لهما. ومن هذا القبيل ما تقدم في رواية الاقبال والمناقب فيما كان يصنعه علي بن الحسين عليه السلام بمماليكه في شهر رمضان، حيث إنه يعتقهم في مقابلة ما يذنبون

في هذا الشهر من المعاصي بعد كتابته عليهم حتى إذا كان آخر الشهر أوقفهم بين يديه وعرفهم بذنوبهم ذنبا ذنبا ثم سألهم العفو عن تقصيراته فيهم ثم يعتقهم بعد عفوهم عن تقصيراته.

وقد جاء استحباب العتق عند التماس العبد العفو عن تقصير فعله كما

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١٧، الوسائل ج ١٨ ص ٣٣٧ ب ٢٧ ح ١.

صنعه علي بن الحسين عليه السلام مع جاريتها التي توضيه علي ما رواه ابن بابويه في
الأمالي عن
عبد الرزاق (١) " قال: جعلت جارية لعلي بن الحسين عليه السلام تسكب الماء عليه
وهو

يتوضأ للصلاة، فسقط الإبريق من يد الجارية علي وجهه فشجه فرفع علي بن
الحسين رأسه إليها، فقالت الجارية: إن الله عز وجل يقول: والكاظمين الغيظ،
فقال لها: قد كظمت غيظي، قالت: والعافين عن الناس، قال لها: عفا الله عنك،
قالت: والله يحب المحسنين، قال: اذهبي فأنت حرة "

(ومنها) ما لو اشترى حبلى فوطاً قبل مضي أربعة أشهر ومضى عشرة أيام
كره له بيع الولد، سواء كان الحمل من زنا أو من غيره، وفاقا لابن إدريس
والمحقق، وحرمة الشيخان وسالار وبنو زهرة وحمزة والبراج. وادعى ابن زهرة
عليه الاجماع، واستحب عندما سوى الشيخ وابن حمزة أن يعزل له قسطا من ماله،
ويعتقه، وأوجب الشيخ وابن حمزة العتق وعزل القسط.

وتدل عليه صحيحة إسحاق بن عمار (٢) " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن
رجل اشترى جارية حاملا وقد استبان حملها فوطأها، قال: بئس ما صنع، فقلت:
ما تقول فيها؟ قال: عزل عنها أم لا؟ قلت: أجبني في الوجهين، قال: إن كان قد
عزل عنها فليتق الله ولا يعد، وإن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد ولا
يورث ولكن يعتقه ويجعل له شيئا من ماله يعيش به فإنه قد غداه بنطفته ".
وموثقة غياث بن إبراهيم (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: من جامع أمة
حبلى من غيره فعليه أن يعتق ولدها ولا يسترقه لأنه شارك فيه، ولأن الماء
تمام الولد "

(١) الأمالي للشيخ الصدوق ص ١٦٨ ح ١٢ طبع مؤسسة الأعلمي.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٨ ح ٤٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٧ ب ٩ ح ١ وفيهما
اختلاف يسير.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٨٨ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٧ ب ٩ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

وخبر السكوني (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " أن رسول الله صلى الله عليه وآله دخل على رجل من الأنصار وإذا وليدة عظيمة البطن تختلف، فسأل عنها فقال: اشتريتها يا رسول الله وبها هذا الحبل، قال: أقربتها؟ قال: نعم، قال: أعتق ما في بطنها، قال: يا رسول الله بما استحق العتق؟ قال: لأن نطفتك غدت سمعه وبصره ولحمه ودمه ".
وموثقة إسحاق بن عمار (٢) على ما في الكافي عن أبي الحسن عليه السلام مثل صحيحته

المتقدمة.

(ومنها) ما لو انهدمت دار على قوم فبقي منهم صبيان أحدهما مملوك والآخر حر فاشتبهها فيقرع بينهما، فإن خرج السهم على أحدهما بحرته جعل المال له واعتق الآخر. استحبابا في المشهور، خلافا للشيخ وجماعة حيث ذهبوا إلى الوجوب.

وتدل على هذا الحكم صحيحة حريز (٣) عن أحدهما عليهما السلام " قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام باليمن في قوم انهدمت عليهم دار لهم فبقي صبيان أحدهما مملوك والآخر حر، فأسهم بينهما فخرج السهم على أحدهما، فجعل المال له وأعتق الآخر ".
ومثلها صحيحته الأخرى (٤) كما في التهذيب.

وموثقة محمد بن الحسين بن المختار (٥) " قال: قال أبو عبد الله عليه السلام لأبي حنيفة:

يا أبا حنيفة ما تقول في بيت سقط على قوم وبقي منهم صبيان أحدهما حر والآخر مملوك لصاحبه. فلم يعرف الحر من المملوك؟ فقال أبو حنيفة: يعتق نصف هذا ويعتق نصف هذا ويقسم المال بينهما، فقال أبو عبد الله عليه السلام: ليس كذلك، ولكن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٧ ح ٢ و ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٧ ب ٩ ح ٣ و ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٧ ح ٢ و ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٧ ب ٩ ح ٣ و ١.

(٣) الكافي ج ٧ ص ١٣٧ ح ٤، الوسائل ج ١٧ ص ٥٩٢ ب ٤ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٩ ص ٣٦٢ ح ١٢، الوسائل ج ١٧ ص ٥٩٢ ب ٤ ح ١.

(٥) الكافي ج ٧ ص ١٣٨ ح ٧، الوسائل ج ١٧ ص ٥٩٢ ب ٤ ح ٢.

يقرع بينهما، فمن أصابته القرعة فهو الحر، ويعتق هذا فيجعل مولى له ".
ومثلها مرسله إرشاد المفيد (١) " قال: قضى علي عليه السلام في قوم وقع عليهم
بيت فقتلهم وكان في جماعتهم امرأة مملوكة والأخرى حرة، وكان للحر ولد طفل
من حر، وللجارية المملوكة طفل مملوك من مملوك، فلم يعرف الحر من
الطفلين، فقرع بينهما، وحكم بالحرية لمن خرج سهم الحر عليه منهما،
وحكم بالرقية لمن خرج عليه سهم الرق منهما، ثم أعتقه وجعله مولاه،
وحكم في ميراثهما بالحكم في الحر ومولاه، فأمضى رسول الله صلى الله عليه وآله
هذا القضاء ".

(ومنها) استحباب عتق العبد في المرض قبل أن تحضره أمارات الموت، فإن
حضرت أماراته كره عتقه.

ففي صحيحة علي بن مهزيار (٢) " قال: كتبت إليه أسأله عن المملوك يحضره
الموت فيعتقه مولاه في تلك الساعة فيخرج من الدنيا حراً، هل للمولى في ذلك
أجر؟ أو يترك فيكون له أجره إذا مات وهو مملوك؟ فكتب: يترك العبد مملوكاً
في حال موته فهو أجر لمولاه، وهذا إذا أعتق في هذا الحال لم يكن نافعاً له ".
وخبر الفضل بن المبارك (٣) " أنه كتب إلى أبي الحسن علي بن محمد عليهما السلام
في رجل له مملوك فمرض، أيعتقه في مرضه أعظم لأجره؟ أو يتركه مملوكاً؟
فقال: إن كان في مرض فاعتق أفضل، لأنه يعتق الله عز وجل بكل عضو منه
عضواً منه من النار، وإن كان في حال حضور الموت فيتركه مملوكاً أفضل له
من عتقه ".

(١) إرشاد المفيد ص ٩٤ طبع طهران (دار الكتب الإسلامية)، الوسائل ج ١٧
ص ٥٩٣ ب ٤ ح ٥.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٥ ح ٨ وفيه " وهذا عتق في هذه الساعة ليس بنافع له "، الوسائل
ج ١٦ ص ٤٢ ب ٣٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٩٣ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٤٢ ب ٣٢ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(ومنها) لو شهد مملوك كان بحرية ولد الميت وثبت بشهادتهما ذلك فيستحب لمن شهدا له بذلك أن يعتقهما ويكره أن يسترقهما.
وتدل عليه موثقة داود بن فرقد (١) كما في الفقيه والكافي " قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كان في سفر ومعه جاريتان وغلaman مملوكان، فقال لهما: أنتما أحرار لوجه الله تعالى، واشهدا إن ما في بطن جاريتي هذه مني، فولدت غلاما، فلما قدموا على الورثة أنكروهم واسترقوهم، ثم إن الغلامين أعتقا بعد فشهدا بعد ما أعتقا أن مولاهما الأول أشهدهما أن ما في بطن جاريتيه منه، قال: تجوز شهادتهم للغلام ولا يسترقهما الغلام الذي شهدا له لأنهما أثبتا نسبه ". والذي يدل على الاستحباب لأنهما يرجعان رقين بحسب الظاهر.
وصحيحة الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل مات وترك جارية حبلى ومملوكين

فورثهما أخ له، فأعتق العبدین وولدت الجارية غلاما، فشهدا بعد العتق أن مولاهما كان أشهدهما أنه كان ينزل على الجارية وأن الحبل منه، قال: تجوز شهادتهما ويردان عبدین كما كانا "

(ومنها) استحباب اشتراء العبد من مال الزكاة إذا كان تحت الشدة أو كان أبا لذي الزكاة ويعتق، وقد تقدم في الزكاة ما يدل عليه من الأخبار.
فمن تلك الأخبار خبر أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن الرجل يجتمع عنده من الزكاة الخمس مائة والست مائة يشتري منها نسمة ويعتقها، قال: إذا يظلم قوما آخرين حقوقهم، قال: ثم مكث مليا ثم قال: إلا أن

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٠ ح ١٦، الفقيه ج ٤ ص ١٥٧ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٠ ب ٧١ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٥٠ ح ٣٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦١ ب ٧١ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٣ ص ٥٥٧ ح ٢، الوسائل ج ٦ ص ٢٠٢ ب ٤٣ ح ١.

يكون عبدا مسلما في ضرورة فيشتريه ويعتقه ".
وخبر أبي محمد الوابشي (١) الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سأله بعض أصحابنا عن رجل اشترى أباه من الزكاة - زكاة ماله -، قال: اشتر خير رقبة لا بأس بذلك ".

(ومنها) استحباب أن يكتب له كتابا بعد عتقه مشتملا على عتقه وكيفيته
كما في صحيحة إبراهيم بن أبي البلاد (٢) " قال: قرأت عتق أبي عبد الله عليه السلام فإذا هو:

هذا ما أعتق جعفر بن محمد، أعتق فلانا غلامه لوجه الله لا يريد به جزاء ولا شكورا
على أن يقيم الصلاة ويؤتي الزكاة ويحج البيت و يصوم شهر رمضان ويوالي أولياء
الله ويتبرأ من أعداء الله، شهد فلان وفلان وفلان ثلاثة ".
ورواه في المقنع مرسلا، ورواه الشيخ في التهذيب من الصحيح أيضا عن

الحسين بن سعيد عن إبراهيم بن أبي البلاد (٣).
وصحيحة عبد الله بن سنان (٤) كما في الكافي " عن غلام أعتقه أبو عبد الله عليه
السلام:

هذا ما أعتق جعفر بن محمد، أعتق غلامه السندي فلانا على أنه يشهد أن لا إله إلا الله
وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله وأن البعث حق وأن النار حق،
وعلى أنه يوالي أولياء الله ويتبرأ من أعداء الله، ويحل حلال الله ويحرم حرام
الله، ويؤمن برسول الله، ويقر بما جاء من عند الله، أعتقه لوجه الله لا يريد به
جزاء ولا شكورا، وليس لأحد عليه سبيل إلا بخير، شهد فلان ".
(ومنها) كراهة عتق ولد الزنا وإن أظهر الايمان بقاء على جواز إيمانه

- (١) الكافي ج ٣ ص ٥٥٢ ح ١، والوسائل ج ٦ ص ١٧٣ ب ١٩ ح ١.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ١ وفيه " فإذا هو شرحه: - ويتولى "، الوسائل ج ١٦
ص ١٠ ب ٦ ح ١.
(٣) المقنع ص ١٥٥، التهذيب ج ٨ ص ٢١٦ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٠ ب ٦ ح ١.
(٤) الكافي ج ٦ ص ١٨١ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٠ ب ٦ ح ٢.

وإلا كان حراما.

وقد تقدم في الأخبار ما يدل عليه أيضا خبر عمار بن مروان (١) " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أن أبي حضره الموت فقيل: أوص، فقال: هذا ابني - يعني عمرا - فما صنع فهو جائز " وساق الحديث إلى أن قال: " وأوصى بنسمة مؤمنة عارفة، فلما أعتقناه بان لنا أنه لغير رشده، فقال: قد أجزت عنه " .

وزاد الكليني (٢) في روايته " إنما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحية على أنها سمينة فوجدها مهزولة فقد أجزت " .

ومثلها رواية الفقيه (٣) أيضا.

(ومنها) استحباب عتق العبد عند الموت إذا كان ضربه في حال حياته ولو بحق.

لموثقة إسحاق بن عمار عن أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: أعتق أبو جعفر

عليه السلام من غلمانة عند موته شرارهم وأمسك خيارهم، فقلت: يا أبة تعتق هؤلاء وتمسك

هؤلاء؟ فقال: إنهم قد أصابوا مني ضربا فيكون هذا بهذا " .

المقصد الرابع

في عتق الشقص وما يترتب عليه من عتق السراية

وما يشتمل على أبحاث: الأول: (٥) كما يجوز للمولى أن يعتق المملوك

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٣٦ ح ١٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٨١ ب ٩٥ ح ٢ وفيهما " فقيل له - عمر - قد أجزأت عنه " .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤٨١ ب ٩٥ ح ٣ وفيهما " مثل رجل - فقد أجزأت عنه " .

(٣) الفقيه ج ٤ ص ١٧٢ ح ٥ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٥٥ ح ١٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٢ ب ٨٤ ح ١ .

(٥) كذا في النسخة.

بكمالهِ يجوز له أن يعتق جزء منه لقبوله للتبويض. وهذا الحكم مجمع عليه بين علماء الاسلام، والأخبار به مستفيضة، إلا أن علماءنا قد اختلفوا في أنه لو أعتق البعض هل يسري إلى ما بقي قهراً أو لا تجب السراية وإنما يعتق عنه ذلك الجزء خاصة؟ المشهور الأول لكنهم قالوا: من أعتق شقصا عبده سرى المعتق فيه كله إذا كان المعتق صحيحاً جائز التصرف.

وأما الأخبار الواردة فيه فرواية غياث بن إبراهيم (١) الموثقة عن جعفر عن أبيه عليهما السلام " أن رجلاً أعتق بعض غلامه. فقال علي عليه السلام: هو حر كله ليس لله شريك ".

وخبر طلحة بن زيد (٢) عن جعفر بن أبيه عليهما السلام " أن رجلاً أعتق غلامه، فقال: هو حر كله ليس لله شريك ".

ومثلها مرسله المقنع (٣).

وخالف السيد جمال الدين أحمد بن طاووس في كتابه " ملاذ العلماء " الإمامية فاستوجه عدم السراية على معتق بعض مملوكه إلى الباقي، نظراً إلى ضعف تلك الأخبار وعدم ثبوت الإجماع المدعى مع معارضة تلك بروايات تدل على عدمه كرواية حمزة بن حمران (٤) التي صح سندها إليه عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته

عن رجل أعتق نصف جاريتته ثم قذفها بالزنا، فقال: أرى أن عليه خمسين جلدة ويستغفر الله عز وجل، قلت: أرايت إن جعلته في حل أو عفت عنه، قال: لا ضرب عليه إذا عفت عنه من قبل أن ترفعه، قلت: فتغطي رأسها عنه حين أعتق نصفها؟ قال: نعم، وتصلي وهي مخمرة الرأس، ولا تتزوج حتى تؤدي ما عليها

(١) التهذيب: ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٥٧ وفيه " فقال عليه السلام "، الوسائل ج ١٦ ص ٧٥

ب ٦٤ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٥٨، الوسائل ج ١٦ ص ٥٧ ب ٦٤ ح ٢.

(٣) المقنع ص ١٦٠.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٨ ح ٥٩، الوسائل ج ١٦ ص ٧٥ ب ٦٤ ح ٣.

أو يعتق للنصف الآخر ".
وصحيحة النضر بن شعيب عن الحارثي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل توفي

وترك جارية له أعتق ثلثها فتزوجها الوصي قبل أن يقسم شيئا من الميراث أنها تقوم وتستسعى هي زوجها في بقية ثمنها بعد ما تقوم، فما أصاب المرأة من عتق أو رق جرى على ولدها ".
ورواه الصدوق في المقنع (٢) مرسلا مثله.

وصحيحة عبد الله بن سنان (٣) " أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أعتقت ثلث

خادمتها عند موتها، على أهلها أن يكاتبوها إن شاءوا وإن أبوا؟ قال: لا، ولكن لها من نفسها ثلثها وللوارث ثلثاها، يستخدمها بحساب الذي له منها، ويكون لها من نفسها بحساب الذي أعتق منها ".
وصحيحة علي بن جعفر (٤) كما في كتاب المسائل له وفي كتاب قرب الإسناد أيضا لكن بأسناد غير نقي عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل أعتق نصف

مملوكه وهو صحيح، ما حاله؟ قال: يعتق النصف ويستسعى في النصف الآخر ويقوم قيمة عدل ".
وموثقة الحلبي (٥) " قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أعتقت عند الموت ثلث خادمتها، على أهلها أن يكاتبوها؟ قال: ليس ذلك لها: ولكن لها ثلثها فلتخدم بحساب ما أعتق منها ".

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٩ ح ٦٠ وفيه " عن الحارثي "، الوسائل ج ١٦ ص ٧٦ ب ٦٤ ح ٤.

(٢) المقنع ص ١٦٠.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ٧٦ ب ٦٤ ح ٧ وفيهما " خادمها ".

(٤) قرب الإسناد ص ١٢٠، بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٦٣، الوسائل ج ١٦ ص ٧٧ ب ٦٤ ح ٨.

(٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٠ ح ٦٢، الوسائل ج ١٦ ص ٧٦ ب ٦٤ ح ٦ وفيهما " خادمها ".

وخبر السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام " أن رجلا أعتق عبدا له عند موته لم يكن له مال غيره، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: يستسعى

في ثلثي قيمته للورثة "

ومرسلة أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل يعتق جاريته ويقول لها عتقك مهرك ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، قال، يرجع نصفها مملوكا ويستسعيها في النصف الآخر "

وموثقة يونس بن يعقوب (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل أعتق أمة وجعل عتقها صداقها ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، قال: يستسعيها في نصف قيمتها فإذا أبت كان لها يوم وله يوم في الخدمة، قال: وإن كان لها ولد فإن أدى عنها نصف قيمتها عتقت "

وخبر عباد بن كثير (٤) " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل أعتق أم ولد له وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: يعرض عليها أن تستسعى في نصف قيمتها فإن أبت هي فنصفها حر ونصفها رق "

فهذه الأخبار مع صحتها وصراحتها قد دلت على عدم السراية كما هو مختار السيد ابن طاووس، وقد أوردت هذه الصحاح بما سيأتي من ثبوت السراية على الشريك كما هو ثابت بالصحاح المستفيضة والفتوى، وهذا يقتضي السراية على ملكه بطريق أولى لاشتراكهما في الدلالة على سباق الشرع بتكامل العتق، فإذا أكمل والباقي لغيره واحتيج إلى أداء المال إليه لأن يكمل والباقي له أولى. وحينئذ تبقى الروايات مؤيدة وإن ضعف سندها لأن الدليل غيرها.

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٩ ح ٦١، الوسائل ج ١٦ ص ٧٦ ب ٦٤ ح ٦.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ب ١٥ ح ٣.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ب ١٥ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ب ١٥ ح ٤.

وقد أجابوا عن صحيحة ابن سنان بإمكان حملها على ما إذا لم يملك غيرها فيحجر عليه فيما زاد عن الثلث واحتمل الشيخ في رواية حمزة بن حمران لا يملك نصفها الآخر. وكل هذه المحامل تكلفات مستغنى عنها ولا طريق للحمل سوى الترجيح، ولا شك في رجحان الأخيرة، فالقول به قوي مع احتمال تلك الأخبار البقية أيضا.

وأما الاستدلال بطريق الأولوية فبعد الاغماض عن كونها من القياس الذي لا نقول به يضعف عن معارضة هذه الصحاح، ويمكن حمل تلك الأخبار على أن ذلك الكلام كناية عن حثه على إعتاق الجميع وترغيب للمعتق في ذلك، وسيأتي في الموارد ما يدل على عدم السراية أيضا، وقد تقدم في الوصايا ما يرشد إلى ذلك في عتق العبد المشترك إذا أعتق أحد الشريكين حصته، قليلة كانت أو كثيرة، فإنه يقوم عليه إن كان مؤسرا ويسعى العبد في فك ما بقي منه إذا كان المعتق معسرا، هذا هو المشهور.

وقال الشيخ: إنه لا يسري عليه إلا إذا قصد الاضرار بالشريك وكان مع اليسار، وأما مع قصد القربة لا يقوم عليه مطلقا، وإن قصد الاضرار مع الاعسار فالعتق باطل ولا سراية.

وفي المسألة أقوال أخرى: (أحدها) أن المعتق يقوم عليه نصيب الشريك إن كان مؤسرا، ويسعى العبد في فك باقيه إن كان معسرا، وهذا مختار المفيد والسيد المرتضى وابن بابويه.

(وثانيها) استسعاء العبد مطلقا من غير تقوم على الشريك، ذهب إليه أبو الصلاح الحلبي.

(وثالثها) وهو للإسكافي، وهو أنه إن أعتق وكان غير مضار تخير الشريك بين إلزامه قيمة نصيبه إن كان مؤسرا أو بين استسعاء العبد. ولا بن إدريس قول سادس وهو أنه لو أعتق مع قصد الاضرار بطل مع اليسار

والاعسار، ولأن العتق شرط صحته التقرب، والمراد باليسار أن يملك حال العتق زيادة عن داره وخادمه ودابته وثيابه المعتادة وقوت يومه له ولعِياله مما يسع نصيب الشريك أو بعضه على الأقوى وأمر بعد العتق فلا تقويم. وللسراية هنا عند مثبتيتها كما هو المشهور شرطان آخران: (أحدهما) كون العتق اختيار أو يكفي اختيار السبب كالشراء والأتهاب للقريب، وفي التنكيل إشكال من تحريم السبب ومن تأثيره في ملكه، فلو ورث شقصا من قريبه لم يسر عند المجلسيين، وقال الشيخ يسري. (وثانيهما) أن لا يتعلق بالشقص حق لازم كالوقف والكتابة والاستيلاء، وترجيحا لأشهر الحقين، وقيل بالسراية للعموم، وسيجئ تحقيق هذه الشرائط في ذيل فروع هذا البحث على التفصيل.

احتج للمشهور بصحيفة الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " في جارية كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، قال: إن كان مؤسرا كلف أن يضمن، وإن كان معسرا خدمت بالحصص ".
وصحيفة محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: من كان شريكا في عبد

أو أمة قليل أو كثير فأعتق حصته وله سعة فليشتره من صاحبه ويعتقه كله، وإن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم أعتق منه ما أعتق، ثم يسعى العبد في حساب ما بقي حتى يعتق ".

وصحيفة سليمان بن خالد (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن المملوك يكون بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، قال: إن ذلك فساد على أصحابه فلا يستطيعون

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢١٩ ح ١٨، وفيه " أخدمت "، الوسائل ج ١٦ ص ٢٦ ب ١٨ ح ٧.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢١ ح ٢٤، الوسائل ج ١٦ ص ٢٥ ب ١٨ ح ٣ وفيه " حصته ولم يبعه فليشتره ".

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٠ ح ٢٣، الوسائل ج ١٦ ص ٢٧ ب ١٨ ح ٩ وفيهما " يقوم قيمة ".

بيعه ولا مؤاجرتة، قال: يقوم قيمته فيجعل على الذي أعتقه عقوبة، وإنما جعل ذلك لما أفسده".

ومرسلة حريز (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه سئل عن رجل أعتق غلاما بينه وبين صاحبه، قال: قد أفسد على صاحبه، فإن كان له مال أعطى نصف المال، وإن لم يكن له مال عومل الغلام يوم للغلام ويوم للمولى يستخدمه، وكذلك إن كانوا شركاء".

وحسنة الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألت عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، قال: إن ذلك فساد على أصحابه لا يقدر على بيعه ولا مؤاجرتة، قال: يقوم قيمته فيجعل على الذي أعتقه عقوبة، وإنما جعل ذلك عليه عقوبة لما أفسده".

وخبر سماعة (٣) " قال: سألت عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: هذا فساد على أصحابه يقوم قيمته ويضمن الذي أعتقه لأنه أفسده على أصحابه".

وحسنة عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٤) وخبره كما في الكافي والتهذيب " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم ورثوا عبدا جميعا فأعتق بعضهم نصيبه منه، كيف يصنع

بالذي أعتق نصيبه منه؟ هل يؤخذ بما بقي؟ قال: نعم يؤخذ بما بقي منه من قيمة يوم أعتق".

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢١ ح ٢٦، الوسائل ج ١٦ ص ٢٧ ب ١٨ ح ١١ فيهما " يوما للغلام ويوما للمولى ويستخدمه".

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٢ ح ١ وفيه " قيمة - عليه لما أفسده"، الوسائل ج ١٦ ص ٢٥ ب ١٨ ح ١ وفيه " قيمة - فلا يستطيعون بيعه".

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٠ ح ٢٢ وليس فيه " هذا فساد على أصحابه"، الوسائل ج ١٦ ص ٢٦ ب ١٨ ح ٥ وفيه " يقوم قيمة".

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٨٣ ح ٦ وفيه " بقيمته يوم"، التهذيب ج ٨ ص ٢١٩ ح ١٧ وفيه " يؤخذ بما بقي"، الوسائل ج ١٦ ص ٢٦ ب ١٨ ح ٦ وفيه اختلاف يسير.

وحسنة الحلبي (١) أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فقال: إن كان مؤسرا كلف أن يعتقه كله وإلا يستسعى العبد في باقي النصف الآخر ".
ومثلها صحيحته (٢) كما في الفقيه.
وموثقة محمد بن قيس (٣) كما في الكافي عن أبي جعفر عليه السلام ثم ذكر مثل صحيحته المتقدمة.

واحتج الشيخ في النهاية والمبسوط وكتابي الأخبار من القول بالتفصيل - وهو أنه إن قصد بالاضرار بالشريك فكه إن كان مؤسرا وبطل العتق إن كان معسرا، وإن قصد القرابة لم يلزمه فكه، وسعى العبد في حصة الشريك، فإن امتنع استقر ملك الشريك على حصته - بما رواه الكليني في الحسن وابن بابويه (٤) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما

نصيبه، قال: إن كان مضرا كلف أن يعتقه كله وإلا استسعى العبد في النصف الآخر ".
وما رواه الشيخ وابن بابويه في الصحيح عن محمد بن مسلم (٥) " قال: قلت

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٢ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٢٠ ح ٢١، الوسائل ج ١٦ ص ٢٥ ب ١٨ ح ٢ وما في المصادر " إن كان مضارا - وإلا استسعى العبد في النصف الآخر ".
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٦٧ ح ٨ وفيه " إن كان مضارا - استسعى العبد في النصف الآخر ".
(٣) الكافي ج ٦ ص ٦٨٣ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٢٥ ب ١٨ ح ٣.
(٤) الكافي ج ٦ ص ١٨٢ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٦٧ ح ٨، الوسائل ج ١٦ ص ٢٥ ب ١٨ ح ٢ وما في المصادر " إن كان مضارا ".
(٥) الفقيه ج ٣ ص ٦٨ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ٢٢١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٦ ص ٢٨ ب ١٨ ح ١٢ وما في المصادر اختلاف يسير.

ولأبي عبد الله عليه السلام: رجل ورث غلاما وفيه شركاء فأعتق لوجه الله نصيبه، فقال:

إذا أعتق لوجه الله نصيبه مضارة هو مؤسر ضمن للورثة، وإذا أعتقه لوجه الله كان الغلام وقد أعتق منه حصة من أعتق، ويستعملونه على قدر ما أعتق منه له ولهم، فإن كان نصفه عمل لهم يوما وله يوما، وإن أعتق الشريك مضارا وهو معسر فلا عتق له لأنه أراد أن يفسد على القوم، وترجع القوم على حصصهم". ولمضمون هذه الرواية أوجب الشيخ العمل بها لكونها صحيحة السند مفصلة والمفصل يحكم على المجمل.

ومن هنا عمد محدث الوافي حيث مال لمذهب الشيخ إلى أخبار حجة المشهور فقيدها إطلاقها به فقال - في بيانات أخبار المشهور - : إطلاق هذه الأخبار مقيد بما إذا كان المعتق مضارا غير مريد به وجه الله تعالى وكان ذا سعة من المال، أما لو لم يكن ذا ولا ذلك استسعى العبد في بقيته إن أراد كما يظهر من الأخبار، الآتية، ويستفاد من بعضها عدم وقوع العتق لو كان مضارا معسرا معا. وأشار بذلك البعض إلى صحيحة محمد بن مسلم المفصلة.

وكانهم حملوا صحيحة محمد بن قيس (١) الأخرى عن أبي جعفر عليه السلام " قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في عبد كان بين رجلين فحرر أحدهما نصيبه وهو صغير

وأمسك الآخر نصفه حتى كبر الذي حرر نصفه، قال: يقوم قيمة يوم حرر الأول، وأمر المحرر أن يسعى في نصفه الذي لم يحرر حتى يقضيه".
والمحرر هنا بفتح الراء بقرينة يسعى، فإنه إنما يقال في العبد على ما لو كان عتقه لوجه الله وكان معسرا، وإلا كان إطلاقه منافيا للأخبار السابقة التي هي حجة المشهور وحجة الشيخ، وكان حجة لأبي الصلاح الحلبي.

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٣ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٢٦ ب ١٨ ح ٤ وفيه " فحرر أحدهما نصفه - وأمر الأول".

وكذلك حملوا إطلاق خبر الحسن بن زياد (١) " قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل أعتق شركا له في غلام مملوك، عليه شيء؟ قال: لا ".
وكذا موثقة يعقوب بن شعيب (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله، على ما لو قصد بالعتق وجه الله لا الاضرار وأنه يستسعى العبد فيما بقي، ويستحب له أن يشتري ما بقي ويعتقه واستدل بما مضى ويأتي وحملها المشهور على ما لو كان غير مؤسرا.
وكذلك إطلاق رواية علي بن أبي حمزة (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوك بين أناس فأعتق بعضهم نصيبه، قال: يقوم قيمة ثم يستسعى فيما بقي، ليس للباقي أن يستخدمه ولا يأخذ منه الضريبة ".
وكذلك إطلاق خبر السكوني (٤) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام " أن رجلا أعتق عبدا له عند موته لم يكن له مال غيره، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول:
يستسعى في ثلثي قيمة للورثة " على ذلك التفصيل أيضا، وهو أن يكون المعتق معسرا.
وكان إطلاق هذه الأدلة الدالة على الاستسعاء للعبد مطلقا - إن أراد ذلك - هو مستمسك أبي الصلاح الحلبي، وكان مستمسك ابن الجنيد هو وجه الجمع بين هذه الأخبار الدالة على الاستسعاء مطلقا وبين الأخبار الدالة على تقويمه على المولى عند اليسار بالتخيير لصاحب الحصة الذي لم يعتق، وهو وإن كان له وجه في الجمع إلا أن الخبر المفصل الصحيح الذي تمسك به الشيخ وهو صحيحة محمد ابن مسلم مما تأباه.
وأما خبر الصباح الكناني (٥) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجلين

-
- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢١٩ ح ١٩ و ٢٠، الوسائل ج ١٦ ص ٢٧ ب ١٨ ح ٨.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١٩ ح ١٩ و ٢٠، الوسائل ج ١٦ ص ٢٧ ب ١٨ ح ٨.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢١ ح ٢٥، الوسائل ج ١٦ ص ٢٧ ب ١٨ ح ١٠ وفيه " ليس للباقي أن يستخدم ".
(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٩ ح ٦١، الوسائل ج ١٦ ص ٧٦ ب ٦٤ ح ٥.
(٥) الفقيه ج ٣ ص ٦٧ ح ٦ وفيه " لا أريد أن تقومني - ولكن يقومها "، الوسائل ج ١٦ ص ٢٨ ب ١٨ ح ١٣ وفيها " للذي لم يعتق - لا أريد ".

يكون بينهما الأمة، فيعتق أحدهما نصفه، فتقول الأمة للذي يعتق نصفه: لا تريد أن تعتقني ذرني كما أنا أخدمك، وإنه أراد أن يستنكح النصف الآخر، قال: لا ينبغي له أن يفعل، إنه لا يكون للمرأة فرجان، ولا ينبغي له أن يستخدمها ولكن يعتقها ويستسعيها".
وكذلك خبر أبي بصير (١) مثله إلا أنه قال " وإن كان الذي أعتقها محتاجا يستسعيها".

ففيهما إشارة إلى أن ذلك مع عجز المعتق، سيما الثانية. وقد أورد على الشيخ فيما جمع به إشكال حاصله أن المعتق لمضارة الشريك مناف للقربة، فيتجه بطلان العتق إذا وقع على هذا الوجه مطلقا، سواء كان المعتق مؤسرا أو معسرا، فإن لم يكن منافيا للقربة - كما ذكره في المختلف من أن المراد به تقويمه على الشريك قهرا مع إعتاق نصيبه لوجه الله - اتجه صحة العتق الواقع على هذا الوجه من المؤسر والمعسر أيضا، فالفرق بينهما لا يظهر له وجه. وأيضا أن المعتق مضارة إذا قلنا إنه لا ينافي القربة كيف يجعل العتق لوجه الله تعالى قسيما له.

ويمكن دفعه بأن المضارة مع اليسار قصد التقديم على الشريك، وذلك لا ينافي وقوع التقرب من المعتق لا عتاق حصته، وبالمضارة مع الاعسار قصد تضييع مال الشريك وإتلافه عليه، وذلك مناف للقربة، فيبطل العتق الواقع على هذا التقدير، وبالعتق لوجه الله العتق على هذا الوجه مع الذهول عن التقديم على الشريك إما للجهل بذلك أو للغفلة عنه.

وهنا فروع بها تبين أحكام هذه المسألة على جهة التفصيل وبها تتميز الأقوال فذكرها كاشف عن أدلتها وبيان عللها مفصلة وبيان الراجح من هذه الأقوال.

(١) الفقيه ج ٣ ص ٦٧ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٢٨ ب ١٨ ح ١٤ وفيهما " فليستسعيها".

الأول: قد اختلف الأصحاب في وقت انعقاد نصيب الشريك مع اجتماع شرائط السراية، فالشيخان والمحقق والعلامة وجماعة من المتأخرين على أنه عند أداء القيمة. والشيخ في المبسوط أنه مراعا بالأداء، فإذا حصل تبين كون العتق من حين عتق نصيبه. وقال ابن إدريس: ينعق بالاعتاق، أي باللفظ المقتضي العتق نصيبه، لأن ذلك معنى السراية شرعا.

والأقوى الأول لأن للأداء مدخلا في العلية، ولهذا لا ينعق مع الاعسار، ولأنه لو أعتق بالاعتاق لزم الاضرار بالشريك بتقدير هوية أو تلف مال ولظاهر صحيحة محمد بن قيس المتقدمة عن الباقر عليه السلام وموثقته حيث قال فيهما " من كان

شريكا في عبد أو أمة، قليل أو كثير، فأعتق حصته وله سعة فليشتري من صاحبه فيعتق كله " والمراد بشرائه منه هو تقويم على نفسه وأداء قيمته لشريكه لعدم اعتبار الشراء الحقيقي إجماعا.

وأما الشيخ في المبسوط فدليله ظواهر تلك الأخبار، وفيه جمع بين الأدلة. وأما ابن إدريس فقد تمسك بأن هذا مقتضى السراية ومدلول الأخبار الدالة عليها من العامة والخاصة كقول النبي صلى الله عليه وآله " إذا كان العبد بين اثنين

فأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال فقد عتق كله ". ويروى " فهو حر كله " ويروى " فهو عتيق ". وقول علي عليه السلام " فهو حر ليس لله شريك ". وقول الصادق عليه السلام في صحيحة

سليمان بن خالد وغيرها مما تقدم ذكره " أنه قد أفسد على صاحبه " والافساد إنما حصل بالعتق.

وقد توقف العلامة في كثير من كتبه وولده في شرح القواعد وأول الشهيدين في شرح الارشاد، مع أنه قد رجح في الدروس اعتبار الأداء لصحيحة ابن قيس وموثقته المتقدمتين، وتنظر ثاني الشهيدين في المسالك في صحة الرواية المذكورة بناء على أن ابن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقة وغيره، فلا تكون

الرواية صحيحة مطلقا وإنما صحتها بالنسبة إضافية إلى غيره وذلك غير كاف في

الحكم بها حيث يعتبر الصحيح أو يعارض غيره.
ثم قال: والحق أن الأخبار من الجانبين ليستا من الصحيح، والأخبار الدالة على اعتبار وقت العتق أكثر.
وفيه نظر من وجوه: أما (أولا) فلأن رواية محمد بن قيس لا إشكال في صحتها، كما جزم به غير واحد هنا، لأن الراوي فيها عنه عاصم بن حميد وهو قرينة الثقة البجلي.
(وثانيا) أن اعتبار الصحة فيها وجعلها إضافية مما لا وجه له بعد ثبوت الاشتراك وليس في الصحة إضافية على مقتضى مصطلح أهل الدراية من المتأخرين، نعم يمكن ذلك على مصطلح القدماء حيث إن اعتبار الصحة عندهم مبني على القرائن لا على وثاقة الراوي وإماميته فتقبل الشدة والضعف.
(وثالثا) أن قوله " والحق أن الأخبار من الجانبين ليستا من الصحيح " من أغرب الغريب وأعجب العجيب لأن أكثر ما ذكرناه من الأخبار من الصحاح في الجانبين، فإن رواية سليمان بن خالد لا إشكال في صحتها، كذلك صحيحة الحلبي وصحاح ابن مسلم وصحيحة حريز، ولكنه - قد سره - لم يستوف تلك الصحاح في الذكر كما هي عادته الجارية. وكذا قوله " إن الأخبار الدالة على اعتبار وقت العتق أكثر " لا يخلوا عن نظر لأنها ليست صريحة فيما ادعي بل ولا ظاهرة "، نعم هي في نفسها كثيرة.
ثم إنه يتفرع على هذه الأقوال فروع أخرى: (ومنها) ما لو عتق اثنان من الشركاء الثلاثة مترتبين، فإن قلنا: يعتق بالاعتاق - كما هو مختار ابن إدريس ومن تبعه - قوم على المعتق أولا. فإن قلنا بالأداء - كما هو المشهور - ولم يكن الأول قد أدى قوم عليها. وإن قلنا بالمرعاة احتمال تقويمه عليهما أيضا لأن عتق الثاني صادف ملكا فوق صحاحا فاستويا باقي الحصص الأخرى. ويحتمل تقديم الأول لأنه بالأداء تبين انعتاق نصيب الشريك قبل أن يعتق حصته فيقع

عتقه لغوا لكن في الأول قوة.
(ومنها) اعتبار القيمة، فإن قلنا ينعق بالاعتاق اعتبرت من حينه قطعاً كما تدل عليها ظواهر تلك النصوص لا حالتها القيمة على وقت العتق. وكذا إذا قلنا بالمراعاة والكشف لمساواته للاعتاق في تلك الحال. وإن قلنا بالأداء - كما هو المشهور - فوجهان: من كون التلف إنما يحصل بالأداء فلا يعتبر قبله، ومن أن الحجر على المالك يحصل يوم العتق، وهو الذي اختاره المحقق في الشرايع معللاً ذلك بالحيلولة، وله وجه وجيه تدل عليه تلك الأخبار. وفي المسألة وجه ثالث وهو اعتبار أقصى القيم من يوم الاعتاق إلى يوم الأداء، لأن الاعتاق سبب يدوم أثره إلى التلف فيكون بمنزلة جراحة العبد ثم يموت بعد مدة، فإن المعبر أقصى قيمته من حين جرحه إلى موته، وقد تقرر أن هذا الضمان بمنزلة الاتلاف.
(ومنها) إذا أعسر المعتق بعد الاعتاق وقبل أداء القيمة، فإن أثبتنا السراية بنفس الاعتاق فالقيمة في ذمته. وإن قلنا بالآخرين لم يعتق نصيب الشريك، أما موته فلا يؤثر على الأقوال كلها، أما على التعجيل فظاهر، وأما على التوقف فلأن القيمة تؤخذ من تركته كالدين، والاعتاق صار مستحقاً عليه حالة الحياة، وقد يوجد سبب الضمان في الحياة و يتأخر الوجوب عنها كمن حفر بئراً في محل عدوانا فتردى فيها بهيمة وإنسان بعد موته.
(ومنها) ما لو مات العبد قبل أداء القيمة، فإن قلنا يحصل بالاعتاق مات حراً موروثاً منه ويؤخذ قيمة الشريك. وكذا إن قلنا بالتبين والكشف وقف إلى أداء القيمة، فإذا أدت بان الأمر كذلك.
وإن قلنا بتأخر السراية إلى وقت الأداء فوجهان، أظهرهما أنها تسقط لأن وجوب القيمة لتحصيل العتق و الميت غير صالح له كما تقدم. والثاني المنع لأنه مال استحق في الحياة فلا يسقط بالموت، وعلى هذا فقد تبين بالأداء أن العتق حصل قبل موته وبهذا ينكشف ضعفه.

(ومنها) إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة لم ينعق إن أثبتنا السراية في الحال. ولو أخرناها لأداء القيمة فوجهان: أحدهما أنه لا ينفذ لأن المعتق استحق أن يملكه بالقيمة ليعتق عليه ويكون ولاؤه له، ولا يجوز صرف العتق عن المستحق إلى غيره. والثاني أنه ينفذ بمصادفته الملك ولأن المقصود يكتمل العتق وقد حصل، وأغنى عن التكليف بأداء القيمة، وهذا أقوى. ثم إذا قلنا بنفوذ الاعتراف ففي نفي نفوذ البيع والهبة ونحوهما وجهان: من أنه مالك ومن الحجر عليه في مثل هذه التصرفات وأخرجنا العتق لموافقته لمطلب الشارع منه، وهذا أقوى.

(ومنها) ما لو وطأ الجارية قبل أداء القيمة، فعلى القول بتعجيل السراية يكون كوطء الحرة فيلزمه حكمه في حالتي الاختيار والاجبار فليس عليه مهر في الأول ويلزمه المهر في الثاني، وعليه الحد مع العلم بالتححرر. وإن قلنا بتوقفه على الأداء وجب نصف المهر بنصفها الحر مع الاقرار على القول بالمراعاة يحتمل ذلك أيضا لكونها حال الوطاء مملوكة له، وثبوت جميعه لها بعد الأداء لانكشاف كونها حرة حينئذ، ولا حد من جهة الحصص لحصول الشبهة بالاختلاف في ملكه، وفروع الباب كثيرة مبنية على غيره. الثاني: لو كان المملوك بين ثلاثة واعتق اثنان قوما حصصا الثالث عليهما بالسوية، تساوت حصصهما فيه أو اختلفت. هذا إن أعتقا نصيبهما معا كما لو وكل أحدهما الآخر أو علقا على شرط واحد. وإن كان التعليق مترتبا فوجد الشرط، فإن كان أحدهما مؤسرا قوم عليه نصيب الثالث، وإن كانا مؤسرين قوم نصيب الثالث عليهما بالسوية، لا على قدر الملكين، لأن القيمة الواجبة هنا حكمها حكم ضمان المتلفات، والحال هنا لا يفترق هنا فيها بين قلة الأسباب وكثرة أمثاله كمثال ما لو جرح واحد جراحة والآخر جراحات وسرت الجراحات أجمع فمات المجروح منها فإن الدية تكون

عليهما بالسوية.
وللعامة قول بأن القيمة عليهما بحسب الأنصبا كالشفعة، فإذا أعتق النصف
وصاحب السدس عزم صاحب الثلث ثلاثة أرباع قيمة الثلث وصاحب السدس ربعها،
ويضعفه حصول الفرق، فإن الأخذ بالشفعة من توابع الملك موافقة فيكون على
قدر الملك كالثمرة والنتاج، بخلاف القيمة الواجبة هنا لما بيناه من الوجه. ومع
هذا الفرق بين الأمرين فقد قيل بالشفعة أنها على عدد الرؤوس لا على قدر الأنصبا
عند القول بها مع تعدد الشركاء، وقد دلت بعض الأخبار على ذلك كما ذكر
في الشفعة.

فعلى كل تقدير فتعتبر القيمة وقت العتق كما اقتضته الأخبار لأنه وقت
الحيلولة، سواء قلنا بانعاقه في العتق أم بالأداء، والأمر على الأول ظاهر.
وأما على الثاني فإنه وإن لم ينعق بالفعل قبل الأداء لكن قد تعلق به حق
العتق واستحق الشريك المطالبة بالقيمة وذلك فرع ثبوتها وإن توقف العتق بالفعل
على أمر آخر، ومعنى كونه وقت الحيلولة أنه يحجر على الشريك حصته
وإن لم تنتقل عن ملكه.

والعلامة - قدس سره - في كتبه قد وافق المحقق شيخه في إطلاق اعتبار
يوم العتق تبعا لظواهر النصوص المذكورة، واستوجه الشهيد الثاني مقويا له،
ترتب القيمة على وقت العتق بالفعل، فإن جعلناه بالانعتاق اعتبرت حينئذ،
وكذا على القول بالمراعاة.

وعلى القول باشرطه بالأداء تعتبر القيمة عنده، وهو الذي يظهر من كلام
المبسوط فإنه نقل القول بانعاقه للعتق، ثم فرع عليه فروعا منها اعتبار القيمة
وقت العتق، ثم نقل القول الآخر. وأول الشهيدين في دروسه ظاهره ذلك أيضا
حيث أطلق اعتبار القيمة وقت الأداء بعد أن اختار اتصافه بالأداء و لم يذكر

اعتبارها يوم العتق، وهذا موافق لمختار ثاني الشهيدين، لكن الأخبار مما تأباه إلا أن يجعل ما في الأخبار دليلاً على اعتبار قول ابن إدريس أو قول الشيخ في المبسوط من المراعاة، والكل محتمل، وعلى كل تقدير فينبغي اعتبار قيمته يوم العتق.

الثالث: لو هرب المعتق صبر عليه حتى يعود، وإن أعسر نظر إلى اليسار بناء على أنه ينعقد بالاعتاق لأن القيمة تكون دينا عليه و إن أداها برئ وعند هربه وإعساره ينتظر وقت الامكان، وهذا واضح.

أما لو قلنا متوقفة على الأداء - كما اختاره المحقق ومختار المشهور - فمقتضى التفريع أن الحكم كذلك أيضاً، بمعنى أن حق العتق لا يبطل بذلك بل يستمر إلى أن يتمكن من الأداء لوجود السبب المقتضي له وهو الاعتاق. وأن يتوقف على شرط آخر أو على تمام السبب فلا يكون كالحق الفوري يبطل بالتأخير، وحينئذ فيبقي المعتق بالنسبة إلى الشريك رقيقاً إلى أن يؤدي إليه القيمة، وهل يحتمل الحجر عنه بذلك؟ يحتمله، حذراً من تعطيل ملكه عليه بغير بدل، ومن أن عليه العتق قد ثبت فيلزم. وتظهر الفائدة في المنع عن نقله عن الملك ببيع أو هبة أو نحوها لا بالاستخدام.

ولو اختلفا في القيمة فقال المعتق قيمته مائة وقال الشريك قيمته مائتان مثلاً فإن المملوك حاضراً والعهد قريب، أو قلنا إن المعتبر قيمته وقت الأداء فصل الأمر بمراجعة المقومين من أهل الخبرة، وإن مات العبد أو غاب أو تقادم العهد واعتبرنا قيمة يوم العتق، ففي المصدق بيمينه منهما قولان: (أحدهما) هو الذي اختار المحقق والعلامة وجماعة من المتأخرين أن القول قول المعتق لأنه الغارم والأصل معه كما إذا اختلف المالك والغاصب في المذهب الأشهر والأقوى في قيمة المغصوب بعد تلفه، فإن الغاصب مصدق والأصالة البراءة من الزائد.

(والقول الثاني) أن المعتق يملكه عليه قهرا فيصدق المتملك عليه فلا ينزع من يده إلا بما يرضيه كما إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن المأخوذ به فإن المصدق المشتري.

وربما بني القولان على الخلاف السابق، فإن قلنا: إن السراية تتعجل بالعتق فالمصدق المعتق لأنه هو الغارم. وإن قلنا بتأخرها فالمصدق هو الشريك لأنه ملكه باق فلا ينتزع إلا بما يرضيه كما في المشتري مع الشفيع. والمحقق - رحمه الله - مع حكمه بتأخر العتق عن الأداء قدم قول المعتق وهو خلاف البناء المذكور. ووجهه أنه المنكر حقيقة، حيث إن الأصل عدم الزيادة على التقديرين.

ولو ادعى المعتق فيه عيبا فأنكر الشريك كان القول قول الشريك، لأن الأصل عدم العيب وكون المملوك على الخلقة الأصلية، ولا فرق بين دعواه العيب في أصل الخلقة بأن يقول أكمه أو أحرص فيقول الشريك بل كان بصيرا ناطقا وبين دعواه حدوث العيب بعد السلامة بأن زعم ذهاب بصره أو كونه أبقا أو سارقا بل الحكم في الثاني أولى وأظهر لأصالة عدم حدوث العيب مع اتفاقهما على عدمها في الابتداء.

الرابع: قد علمت مما سبق أن اليسار المعتبر هو أن يكون مالكا بقدر قيمته نصيب الشريك فاضلا عن قوت يومه وليلته وليس المراد من اليسار في هذا الباب هو الغنى عرفا بل المراد من يملك من المال ما بقي بقيمة نصيب شريكه وإن لم يملك غيره لظاهر تلك الأخبار سيما قوله عليه السلام "وله قوم عليه الباقي" فيصرف في هذه الجهة كل عين تباع في الدين مما زاد عن قوت يومه له ولعيله الواجبي النفقة ودست ثوب.

وظاهر المحقق في الشرايع أنه لا يستثنى له المسكن والخادم، والأقوى استثنائها كما في الدين لأن هذا من جملتها، وإطلاق كلام المحقق وجماعة

يشمل ما إذا كان عليه دين مثل ما يملكه أو أكثر. فلا يمنع الدين السراية - وهو أحد القولين في المسألة - لأنه مالك لما في يده نافذ تصرفه فيه حتى لو اشترى به عبدا فأعتقه نفذ فكذلك يجوز أن يقدم عليه، وعموم الأخبار السابقة يشملها، والشريك حينئذ أحد الغرماء، ولأنه لو طالبه صاحب الدين وجب عليه إبقاؤه وإن كان للباقيين ما يستغرق ماليته، فلو كان وجود المستغرق يصير معسرا لحرم مطالبته على كل واحد منهم، كما تحرم مطالبة المعسر والمعتق أولى لبناء العتق على التغليب، ووجه القول بكونه معسرا التحاقه بالفقراء وذلك يحل له الزكاة. وفيه: منع الملازمة، فإن استحقاق الزكاة لا يلتزم الاعسار بل هو أعم والملك متحقق. ويفهم من قولهم أن يكون مالكا بقدر قيمة نصيب الشريك أنه لو ملك البعض لم يعتق، وهو أحد القولين في المسألة. واستجوز ثاني الشهيدين في ذلك عتق الميسور منه وإن قل لعموم " إذا أمرتم بأمر فأتوا منه ما استطعتم " وخصوص قوله عليه السلام " وله مال قوم عليه الباقي " وهو قوي.

الخامس: ولو ورث شقصا ممن ينفق عليه فالمشهور بين الأصحاب عدم السراية لأن من شروطها - كما تقدم - وقوع العتق بالأخبار كما دلت عليه تلك الأخبار لتعلقها على إعتاقه لا على مطلق انعتاقه لصراحته في المباشرة للعتق اختيارا وهو ... (١) بالاختيار، ولأن الأصل عدم وجوب التقويم إلا ما أخرجه الدليل ولم يدل الدليل إلا على المباشرة، فلا يرد ما قيل: إن دلالة تلك الأخبار على نفي السراية فيها عدا المباشرة من باب دليل مفهوم الخطاب وليس بحجة في الأقوى، ولما تقدم من أن التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات ولم يكن له في غير الاختيار صنع ولا قصد إتلاف، بخلاف ما لو اشترى من ينعق عليه أو فعل أحد الأسباب الصادرة بالاختيار، فإن فعل السبب اختيار كفعل المسبب.

وقال الشيخ في الخلاف: يسري وإن ملكه بغير اختياره كالإرث، محتجا

(١) كلمة غير مقروءة، ولعلها " المعتق " .

بالاجماع والأخبار. مع أنه في المبسوط ذهب إلى القول الأول، وما ادعاه من وجود الأخبار في ذلك لم نقف على شئ منها إلا أن يكون أشار بها إلى الأخبار المعللة لعتق السراية بأنه ليس لله شريك. وقد عرفت من الأخبار ما يعارضها لدلالته على وقوع الشركة مع الله في العتق وحصول التبويض في مواضع عديدة. والمعتمد هو القول المشهور قصدا للحكم المذكور بكونه مخالفا للأصل على محل النصوص.

السادس: لو أوصى بعتق بعض عبده أو بعتقه وليس له غيره لم يقوم على الورثة باقية، وكذا لو أعتقه عند موته ونجز عتقه في مرض الموت أعتق من الثلث ولم يقوم عليه في المشهور.

أما عدم عتقه على الوارث على تقدير إعتاقه له بعد موت مورثه الوصي بذلك فلأنه لم يعتقه عن نفسه وإنما أعتقه عن المورث إنفاذا لوصيته، فلا يكون من صنعه وفعله، فلا وجه للسراية عليه ولا على الميت.

وإن كان وقت الوصية مؤسرا لانتقال التركة للوارث بالموت فصار بالاعتاق مؤسرا فلا يقوم على من لا يملك شيئا بعد نفوذ العتق، كما لو وكله في عتق الشقص وهو مؤسر فأعتقه الوكيل بعد أن أعسر.

والشيخ في الخلاف قوله بالسراية عليه أيضا كالعتق القهري إن وسعه الثلث.

واختاره في الدروس محتجا سبق السبب على الموت وبرواية أحمد بن زياد الواقفي (١) على ما رواها المحمدون الثلاثة عن أبي الحسن عليه السلام " قال: سألته عن

الرجل تحضره الوفاة وله ممالك لخاصة نفسه وله ممالك في شركة رجل آخر فيوصي في وصيته: ممالكي أحرار، ما حال ممالكه الذين في الشركة؟ فكتب عليه السلام: يقومون عليه إن كان ماله يحتمل فيه فهم أحرار".

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٠ ح ١٧، الفقيه ج ٤ ص ١٥٨ ح ٧، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٢ ح ٢٢ الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٣ ب ٧٤ ح ٢ وما في المصادر اختلاف يسير.

وطعن في الرواية بضعف راويها وبمعارضتها لخبر الجارية المعتبر الصحيح
عن أبي عبد الله عليه السلام وبخبر الحارثي وبخبر النضر بن شعيب المحاربي (١) عن
أبي

عبد الله عليه السلام " في رجل توفي وترك جارية أعتق ثلثها فتزوجها الوصي قبل أن
يقسم

شيئا من الميراث، أنها تقوم وتستسعى هي وزوجها في بقية ثمنها بعد ما تقوم، فما
أصاب المرأة من عتق أو رق جرى على ولدها "

وبموثقة عبد الله بن سنان (٢) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام " وقد تقدمت
الرواية " عن امرأة أعتقت ثلث خادمها بعد موتها، أعلى أهلها أن يكاتبوها شاءوا
أو أبوا؟ قال: لا، ولكن لها ثلثها وللوارث ثلثها، ويستخدموها بحساب الذي
لهم منها، ويكون لها من نفسها بحساب الذي أعتق منها "

ومثلها صحيحة هشام بن سالم وعبد الله بن مسكان (٣) جميعا عن أبي عبد الله
عليه السلام نحوه، وهي شاملة للوصية والمنجزة في مرض الموت، وقد دلت على نفي
السراية فيهما، إلا أنهما مطلقة، وذلك الخبر خاص ومقيد مع إمكان حملها على
ما إذا لم يكن لها سواها كما احتمله محدث الوسائل تبعا للشيخ.

ويمكن حمل الحديث المذكور على ما لو فهم الوصي من كلام الموصي أعتق
جميع العبيد على وجه يشمل المشترك والمختص ولو على وجه الشراء وإنفاذ الوصية
بعد ذلك أو على التقية، لأن المشهور بينهم السراية في جميع الحالات. والأحوط
العمل بمقتضى ذلك الخبر، حيث إنه لا معارض له في الحقيقة لأنه خاص وما
عارضه عام. وعلى هذا فينبغي للشريك قبول القيمة وإنفاذ الوصية للسلامة عن
الاختلاف في النصوص والفتوى.

وأما إذا أعتقه المريض فإنه محجور عليه فيما زاد على الثلث بناء على مذهب
المشهور، حتى الشيخ القائل بالسراية فكان في غير الثلث معسرا فلا يسري عليه

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٠ ح ١٨، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٣ ح ٢٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٣ ب ٧٤ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٥ ح ٣٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٤ ب ٧٤ ح ٣.

(٣) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٣ ح ٣٦، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٤ ب ٧٤ ح ٣.

وإن باشر العتق، فلو كان له فيه شريك فأعتق المريض نصيبه نظر، فإن خرج جميع العبد من الثلث قوم عليه نصيب الشريك وعتق لأنه تصرف المريض في ثلث ماله كتصرف الصحيح، وإن لم يخرج إلا نصيبه عتق نصيبه ولا تقويم، وإن خرج نصيبه وبعض نصيب الشريك قوم عليه ذلك القدر على الخلاف.

وبالجملة: فالمريض بالنسبة إلى الثلث كالصحيح في الكل، وفيما زاد على الثلث معسر للحجر عليه عما زاد للميت عن الثلث، فالمعتبر إيساره عند نفوذ عتق الشقص في ثبوت السراية، فإذا كان قد أوصى بعتق الشقص فالاعتبار بقيمته عند الوفاة لأن ذلك هو وقت خروجه عن الوارث وانتقال التركة إليه فيعتبر وصول مثليه إليه وإن كان قد نجز عتقه في المرض فالمعتبر قيمته عند الاعتاق لأنه وقت خروجه عن ملك الوارث المعترف في نفوذه بقاء مقدار ملكه للوارث.

ثم لا يعتبر وجود الضعف حينئذ للاحتمال أن يتلف قبل موت المريض بل المعترف بقيمته عند قبضه إياه، فلو فرض أنه لم يكن له مال عند العتق ولكن تجدد عند موته مقدار ذلك نفذ العتق، ولو انعكس فتلف المال قبل الموت أو بعده قبل قبض الوارث له لم يحتسب عليه.

ولو كان عند الموت بقدر ضعفه ثم تجدد له زيادة نماء بحيث تقابل حصة الشريك وضعفها لم يسر لأن الزيادة ملك الوارث لانتقال التركة إليه بالموت، ولهذا ظهر أن المعترف في التركة أقل الأمرين من حين الوفاة إلى حين قبض الوارث. وللعلامة - قدس سره - قول بأن العتق المنجز والمؤخر سواء في اعتبار القيمة عند الموت إن نقصت قيمة المنجز، لأنه لو بقي عبدا لم يحفظ على الورثة سوى قيمته الناقصة فلم يتلف عليهم أكثر منها. وأما إذا زادت القيمة كانت بمنزلة الكسب للعلم بعتق شيء منه وقت الاعتاق، فإذا زادت قيمة المعتق لم يحتسب من التركة ولا عليه.

وأما الرق فيحتسب زيادته منها، فإن خلف ضعف قيمته فصاعدا من غيره

أعتق كله، وإن خلف أقله أو لم يخلف شيئاً حسب نصيب الرقية من التركة فتكثر التركة فيكثر العتق فيقل الرق فتتقص التركة فيقل المعتق، وذلك دور. فلو كانت قيمته وقت العتق مائة فصارت عند الوفاة مائتين ولم يخلف سواه فإن أعتق منه شيء وله من زيادة القيمة شيء وللورثة شيئان بإزاء العتق فهو في تقدير أربعة أشياء فيعتق منه نصفه وهو الآن يساوي مائة وقد كان يساوي خمسين وللورثة نصفه الذي يساوي مائة وهو ضعف ما عتق منه.

ولو بلغت قيمته ثلاث مائة قلنا عتق منه شيء وله من الزيادة شيئان وللورثة شيئان ضعف ما عتق منه، فيصير في تقدير خمسة أشياء ثلاث له واثنان للورثة، فيعتق منه مائة وثمانون وللورثة مائة وعشرون.

فلو صارت قيمته مائتين وخلف السيد مائة غيره قلنا عتق منه شيء وله من نفسه باعتباره الزيادة شيء آخر وللمولى منه ومن المائة شيئان ضعف ما عتق منه، فالمجموع في تقدير أربعة أشياء شيئان للعبد من نفسه وشيئان للورثة منه ومن المائة. فالشيء خمسة وتسعون فيعتق منه ثلاثة أرباعه وتسلم المائة والربع الآخر للورثة.

وعلى هذا لو فرض نقصان قيمة المنجز عند الوفاة عنها عند الاعتاق فعلى قول العلامة لا يتغير الحكم لو لم يكن غيره واعتبره القيمة عند الوفاة، وإن كان له غيره اعتبر ضعف قيمته الآن.

وعلى ما ذكره المحقق في الشرايع ومن تبعه يلزم الدور المذكور لأن التركة معتبرة بالوفاة فلا يحصل للوارث ضعف ما أعتق مورثهم لأن المعتق منه ثلثه، فلو كانت قيمة عند الاعتاق مائة ورجعت إلى خمسين فثلثه يساوي عند الاعتاق ثلاثة وثلثين وثلثا إن لم يكن لهم ضعفاً إن لم يكن لهما ضعفهما (١) عند الوفاة، وهو متعذر لأن الباقي منه قدر ما عتق فينقص المعتق عن الثلث، وكل

(١) كذا في النسخة.

ما فرض عتقه كان للوارث ضعفه، فيكثر نصيب الوارث بقلة العتق والعتق بقلة النصيب فيقل النصيب، وهكذا. فنقول: عتق منه شيء ثم عاد إلى نصف شيء فبقي العبد، في تقدير خمسين إلا نصف شيء يعدل ضعف ما عتق، فيكون الخمسون إلا نصف شيء يعدل ستين، فإذا جبرت وقابلت صارت خمسين كاملة تعدل ستين ونصفا، فالشئ عشرون. ولما حكمنا رجوع الشئ إلى نصف شيء وتبين أن المعتق خمسة إلا نصف شيء وخمس الستين ونصف وكان قيمة النصف وهو خمس العبد عشرين يوم العتاق تعادل عشرة وبقي للورثة أربعة أخماسه وقيمة يوم الموت أربعون وهو ضعف قيمة جزء المعتق منه يوم الاعتاق.

السابع: إذا ادعى كل واحد من الشريكين على صاحبه وكانا مؤسرين أنك أعتقت نصيبك وطالب بالقيمة وأنكر صاحبه فكل واحد منهما مصدق بيمينه فيما أنكره، وإذا حلفا فلا مطالبة في القيمة. ثم إن أوقفنا العتق على الأداء كما هو المشهور أو قلنا بالتوقف والتبين كما هو مذهب الشيخ في المبسوط فالعبد رق كما كان، وهذا هو الذي جزم به محقق الشرايع مفرعا له على مذهبه. وإن قلنا بتعجيل السراية - كما هو مختار ابن إدريس - عتق جميع العبد لاعتراف كل منهما بسراية العتق إلى نصيبه.

ولو كان المدعي أحدهما خاصة على الآخر ولا بينة فالمصدق المنكر أيضا مع يمينه، وإن حلف رق نصيبه، وإن نكل حلف المدعي اليمين المردودة واستحق القيمة.

وهل يحكم بعتق نصيب المدعى عليه؟ وجهان: من أن اليمين المردودة إما كالبينه على المدعى عليه أو كإقراره، وكلاهما يوجبان العتق، ومن أن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب القيمة، وإلا فلا معنى للدعوى على إنسان أعتق عبده وإنما ذلك وظيفة العبد، وهذا هو الأقوى.

ثم إن شهد هذا المدعي مع آخر عدل يثبت العتق بالشهادة الحسية، وأما

نصيب المدعي فيبني على عتقه على أن السراية حيث تتوقف على الأداء، فعلى الأول يعتق باعترافه بسراية المدعى عليه إلى نصيبه سواء حلف المدعى عليه أم نكل.

وإن قلنا بالتوقف بقي إلى أن يأخذ القيمة، وإذا أعتق نصيبه لم يسر إلى نصيب المنكر إن كان المدعى عليه مؤسرا لأنه لم يتبين العتق، فأشبه ما لو ادعى أحد الشريكين على رجل أنك اشتريت نصيبي وأعتقته وأنكر المدعى عليه، فإنه يعتق نصيب المدعي ولا يسري ولأن نصيبه عتق لا باختياره بل قضية لقوله أعتقت نصيبك، فكان كما لو ورث بعض من ينعق عليه.

ولو كان المدعى عليه معسرا أو أنكر وحلف لم يعتق شيء من العبد، فإن اشترى المدعي نصيب شريكه بعد ذلك عتق ما اشتراه لاقاراره بأنه أعتقه ولا يسري إلى الباقي.

أما لو كان المدعيان في المسألة الأولى معسرين لم يعتق أيضا إلا أن يشترى أحدهما نصيب الآخر فيحكم بعنق ما اشتراه لاقاراره بعنق شريكه له، ولا يسري لأنه لم يثبت إعتاقه.

لكن على تقدير إعسارهما يخرج العبد من أيديهما أو يستسعى في قيمته لهما باعتراف كل منهما بأن نصيبه محل لاستسعاء العبد في فكه بسبب ادعائه عتق الآخر وعدم السراية، بخلاف ما إذا كانا مؤسرين فإنه يدعي استحقاق القيمة في ذمة شريكه فلا يستوفيهما من المملوك. ويحتمل استيفاؤها منه لتعذر الأداء فينزل منزلة الاعسار.

أما لو كان أحدهما مؤسرا والآخر معسرا عتق نصيب المعسر خاصة إن قلنا بتعجيل السراية باتفاقهما عليه في الدعوى والاقرار، أما المؤسر فبدعوى المباشرة، وأما المعسر فبدعوى السراية.

أما على القول باشتراط الأداء أو بجعل الأداء كاشفا لم يعتق نصيب المعسر،

أما نصيب المؤسر فلا يعتق مطلقا لانكاره المباشرة، ودعواه عتق المعسر لا يقتضي السراية لفقد شرطها، ولا تقبل شهادة المعسر عليه لأنه يجر النفع إلى نفسه، لكنه يجب عليه أن يحلف و يبرأ من القيمة والعتق.

ثم إذا دفع المعتق قيمة نصيب شريكه وقلنا إن العتق متوقف على الأداء فهل ينعق عند الدفع أو بعده؟ قولان، وقد تردد المحقق في الشرايع وجعل الأشبه أنه بعد الدفع ليقع العتق عن ملك، ولو قيل بالاقتران كان حسنا، وكان هذا من فروع الخلافات التي مر ذكرها المترتب على تعجيل السراية أو توقفها. فإن قلنا بتعجيلها وقع بعد العتق بغير فصل، وكذا إن قلنا بالمرعاة كما عليه الشيخ في المبسوط كون الأداء كاشفا عن سبقه.

وأما على ما اختاره المشهور من اشتراطه بالأداء فهو محل هذا الخلاف المذكور فشيخ المبسوط أنه يقع بعد أداء القيمة لما ذكرناه من وقوع العتق عن ملك لا اشتراط صحة العتق مطلقا بالملك السابق عليه لاستفاضة الأخبار من النبوية وغيرها بأن لا عتق إلا في ملك أو بعد ملك، ولأنه يترتب عليه الولي وهو يقتضي وقوعه في الملك.

واستوجه المحقق الاقتران، بمعنى أنهما يقعان معا ويكون الملك قبل تمام الدفع ضمينا كما في عتق الأمور، وهذا حسن. ويجيء على القول بتعجيل السراية توجه الحكم بعتق صدورهما معا من غير تأخر السراية عنه لما ذكر، ولظاهر قوله عليه السلام " هو حر كله ليس لله شريك " .

الثامن: قد تقدم في جملة من الأخبار بأنه إذا شهد بعض الورثة بعتق مورثهم لبعض العبيد عد إقرار وسرى في سهمه العتق، فإن شهد اثنان من الورثة وكانا عدلين ثبت العتق على جميع الورثة لوجوب المقتضي لقبول الشهادة وانتفاء المانع، ولو لم يكونا مرضيين نفذ الإقرار في نصيبهما خاصة. وعلى كل تقدير فلا سراية في باقي أسهم الورثة إلا إذا تحققت شهادة

العدلين، وذلك من باب الثبوت لا من باب السراية " و ليس للعبد أن يحلف مع الواحد منهما بناء على أن العتق لا يثبت بشاهد ويمين كما هو المشهور، وكذا في المسائل السابقة.

وفي قواعد العلامة في هذا المحل حكم بثبوتة بحلف العبد مع الشاهد ووافق المشهور على عدم الصحة في باب الشهادات.

وظاهر الصدوق - رحمه الله - في من لا يحضره الفقيه اشتراط عدم السراية على المقر من الورثة بالعدالة كما هو ظاهر عدة من المعتبرة مثل صحيحة محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته عن رجل ترك مملوكا بين نفر فشهد

أحدهم أن الميت أعتقه، قال: إن كان الشاهد مرضيا لم يضمن و جازت شهادته في نصيبه فاستسعى العبد فيما كان للورثة ".
ومرسلة منصور بن حازم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجل مات وترك غلاما فشهد بعض ورثته أنه حر، فقال: إن كان الشاهد مرضيا جازت شهادته في نصيبه و استسعى فيها كان لغيره من الورثة ".
وعلى هذا فيجب حمل إطلاق صحيحة منصور و خبر يونس عن منصور (٣) أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل مات و ترك عبدا فشهد بعض ولده أن أباه أعتقه

فقال: يجوز عليه شهادته ولا يغرم و يستسعى الغلام فيما كان لغيره من الورثة على ما إذا كان مرضيا " حملا للمطلق على المقيد، فيدل على مفهومه على الضمان مع انتفاء العدالة لأنه أضرهم بهذا الاقرار.

والمشهور بين الأصحاب عدم السراية مطلقا فكأنهم ألغوا مفهوم الخبرين المفصلين وعملوا بالأخبار المطلقة لأن الاقرار لا يوجب العتق في نفس الأمر، كما

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٦ ح ١٢١ وفيه " سألت أبا جعفر عليه السلام "، الوسائل ج ١٦ ص ٦٦ ب ٥٢ ح ١ وفيهما " بين نفر - ويستسعى العبد ".
(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٣ ح ٢ وفيه " وترك غلاما مملوكا "، الوسائل ج ١٦ ص ٦٦ ب ٥٢ ح ٢.
(٣) الكافي ج ٧ ص ٤٢ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠١ ب ٢٦ ح ١.

أنه لا يوجب النقل والتمليك، ولعله اشتراطه العدالة للأمر باستسعاء العبد لا لانتفاء السراية، والاحتياط لا يخفى.

والعجب من الأصحاب سيما المتأخرين حيث ذكروا هذا الفرع في كتبهم المبسوطة والمتون وشروحها ولم يتعرضوا لشيء من هذه الأدلة ولم يتكلموا على مضامينها بنفي ولا إثبات، وكان عليهم أن ينقحوا مناط هذه الأخبار على وجه يندفع به التنافي بينها.

المقصد الخامس

في أحكام العتق للقراية

وفيه مسائل، وحيث إن جامع الأصل قد تكلم على هذا المقصد في كتاب البيوع واستقصى البحث عنه كما هي طريقة كثير من الفقهاء، حيث يذكرون هذا المبحث في موضعين من كتبهم أحدهما في البيوع والثاني في العتق، فلا بأس لو أعدنا الكلام عليه ثانيا ولو بتجديد ما تقادم عهده فنقول:

الأولى من تلك المسائل: أن من ملك الرجال البالغين ولو على جهة القهر أحد أصوله أو أحد أولاده وإن نزلوا ذكورا وإناثا عتقوا عليه، وكذلك النساء البالغات، ويختص الرجل بعتق محارمه من النساء. والأصل فيه بعد الاجماع عليه الأخبار المستفيضة قد تقدم كثير منها هناك.

من تلك الأخبار صحيحة محمد بن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: لا يملك الرجل

والديه ولا ولده ولا عمته ولا خالته ويملك أخاه وغيره من ذوي قرابته من الرجال ".
وصحيحة عبيد بن زرارة (٢) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يملك الرجل

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ ح ١٠١، الوسائل ج ١٦ ص ١١ ب ٧ ح ٢.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ ح ١٠٠ وفيه " لا يملك والديه ولا ولده ولا أخته ولا ابنة أخيه ولا ابنة أخته - من ذوي القرابة "، الوسائل ج ١٦ ص ١٢ ب ٧ ح ٤ وفيه " لا يملك والده ولا والدته ولا أخته ابنة أخيه ولا ابنة أخته ".

من ذوي قرابته، فقال: لا يملك والديه ولا أخته ولا ابنة أخته ولا عمته ولا خالته وهو يملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوي قرابته ".
وصحيحة أبي بصير وأبي العباس وعبيد بن زرارة (١) كذلك كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه

- وذكر أهل هذه الآية من النساء - أعتقوا جميعا ويملك عمه وابن أخيه والخال ولا يملك أمه من الرضاعة ولا أخته ولا عمته " ثم ساق الحديث إلى أن قال: " يملك الذكور ما خلا والدا أو ولدا ولا يملك من النساء ذوات رحم فقلت: كيف يجري في الرضاع؟ قال: نعم ".
وصحيحة محمد بن مسلم (٢) الأخرى كما في التهذيب عن أبي جعفر عليه السلام " ثم

قال: لا يملك الرجل والده ووالدته ولا عمته ولا خالته ويملك أخاه وغيره من ذوي القرابة من الرجال ".
وصحيحة محمد بن مسلم (٣) أيضا كما في الكافي عن أبي جعفر عليه السلام مثله. وخبر معاوية بن وهب عن عبيد بن زرارة (٤) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام " وذكر مثل صحيحته المتقدمة.

وصحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٥) وحسنه كما في الكافي والتهذيب " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتخذ أباه أو أمه أو أخاه أو أخته عبيدا، فقال: أما الأخت فقد أعتقت حين يملكها، وأما الأخ فيسترقه، وأما الأبوان فقد

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٣ ح ١١٠، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ ح ١٠١ وفيه " والديه ولا ولده "، الوسائل ج ١٦ ص ١١ ب ٧ ح ٢ وفيهما " من ذوي قرابته ".

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٧ ح ٢.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ ح ١٠٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٢ ب ٧ ح ٤.

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ ح ٩٩ وفيه " عبدا "، الوسائل ج ١٦ ص ١٢ ب ٧ ح ٥.

عتقا حين يملكهما " .
وموثقة عبيد بن زرارة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام كما في التهذيب " قال: سمعته يقول: لا يملك الرجل ذات محرم من النساء ولا يملك أبويه ولا ولده، وقال: إذا ملك والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخته - وذكر أهل هذه الآية من النساء - أعتقوا " .

وحسنه كليب الأسدي (٢) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يملك أبويه وإخوته، قال: إن ملك الأبوين فقد، عتقا، وقد يملك إخوته فيكونون مملوكين ولا يعتقون " .

وخبر سدير (٣) كما في المجالس لابن بابويه " قال: قلت لأبي جعفر الباقر عليه السلام: هل يجزي الولد والده؟ قال: ليس له جزاء إلا في خصلتين: أن يكون الولد مملوكا فيشتريه فيعتقه، أو يكون عليه دين فيقضيه عند " .
وموثقة أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته وبنت أخيه أو بنت أخته - وذكر أهل هذه الآية من النساء - عتقوا جميعا، وقال: يملك الذكور ما خلا والدا أو ولدا ولا يملك من النساء ذوي محرم " .

وخبر أبي عيينة (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قلت له: غلام بيني وبينه رضاع، يحل له بيعه؟ قال: إنما هو مملوك، إن شئت أمسكته وإن شئت بعته،

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤١ ح ١٠٤ وفيه " وذكر هذه الآية "، الوسائل ج ١٦ ص ١٢ ب ٧ ح ٧ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤١ ح ١٠٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٣ ب ٧ ح ٨ .

(٣) أمالي الصدوق مجلس ٧٠ ص ٣٧٣ ح ٩ طبع بيروت، الوسائل ج ١٦ ص ١٣ ب ٧ ح ١٠ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٣ ح ١١٢ وفيه اختلاف يسير، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ٢ .

(٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١١٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ٤ .

ولكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حران ".
وأما ما يدل على معتوقات المرأة زيادة على ما تقدم هناك وهنا فصحيحة
أبي حمزة (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة ما تملك من قرابتها؟
قال: كل

أحد إلا خمسة: أبوها وأمها وابنها وابنتها وزوجها ".
ومعنى عدم ملكها لزوجها أنها لا تملك مع بقاء الزوجية لأنها إذا ملكته
بطل العقد وحرمت عليه ما دام عبدها. والمراد بالملك المنفي عن المذكورين
الملك المستقر، وإلا فأصل الملك متحقق في الجميع، وقد كشف عن ذلك أكثر
أخبار هذا الباب لأن ما دل منها على نفي الملك قرر في أثناء كلامه تعلق ذلك
بعتقه، وكيف يثبت العتق بغير ملك؟ ولا فرق بين أن يدخل القريب في ملكه كالإرث
واختيارا بعقد معاوضة كالشراء ولو بمال المضاربة إذا ظهر للعامل ربح وكذلك
كغيرها من المعاملات كالهبة والوصية، وفرق بين عتق القريب والسراية، حيث
لم تثبت السراية إلا عند الاختيار، لأن العتق صلة وإكرام للقريب ولا يستدعي
الاختيار، والسراية توجب التعميم والمؤاخذة، وإنما يليق ذلك بحالة الاختيار.
 ويفهم من هذه الأخبار وإناطة الحكم بالرجل والمرأة أن الصبي والصبيبة
لا يعتق عليهم ذلك لو ملكوه إلى أن يبلغوا، يعضده أصالة البراءة وإن كان خطاب
الوضع غير مقصور على المكلف.

وفي إلحاق الخنثى هنا بالرجل والمرأة نظر: من الشك في الذكورية التي
هي سبب عتق غير العمودين فيوجب الشك في عتقهم والتمسك بأصالة بقاء الملك،
ومن إمكانها فيعتقون بينائه على التغليب، وكذا الأشكال لو كان مملوكا، وإلحاقه
بالأنثى في الأول والذكر في الثاني لا يخلو من قوة، تمسكا بالأصل فيهما وقرابته
الشبهة بحكم قرابة النكاح الصحيح، بخلاف قرابة الزنا على المشهور والأقوى،
لأن الحكم الشرعي تابع للشرع لا للغة.

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٢ ح ١٠٦، الوسائل ج ١٦ ص ١٥ ب ٩ ح ١.

الثانية: لو ملك الرجل من جهة الرضاع وكذا المرأة، من ينعق عليهما بالنسب؟ هل ينعق عليهما؟ فيه روايتان، بل قولان ناشئان عن اختلاف الروايات، أشهرهما ما ذهب إليه الشيخ وأتباعه وأكثر المتأخرين إلا ابن إدريس على الانعتاق كالنسب للروايات الآتي ذكرها ولما تقدم. وذهب المفيد وابن أبي عقيل وسلار وابن إدريس إلى عدم الانعتاق.

والروايات الدالة على المذهب الأول مستفيضة منها صحيحة عبد الله بن سنان (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ترضع غلاما لها من مملوكة حتى فطمته،

هل يحل لها بيعه؟ قال: لا، حرم عليها ثمنه، أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله:

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟ أليس قد صار ابنها؟ ".
وصحيحة الحلبي (٢) عنه عليه السلام " في امرأة أرضعت ابن جاريتها، قال: تعتقه ".
وصحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " في حديث قال:

وسألت عن المرأة ترضع عبدها أتخذها عبدا؟ قال: تعتقه وهي كارهة، أو قال: يعتقونه وهم له كارهون ".

ومثلها روايته (٤) كما في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام.
وصحيحة الحلبي وعبد الله بن سنان (٥) جميعا عن أبي عبد الله عليه السلام " في امرأة

أرضعت ابن جاريتها، قال: تعتقه ".

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١١٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٤ ب ٨ ح ٣ وفيهما " تفضمه يحل لها بيعه فذهبت اكتبه، فقال أبو عبد الله عليه السلام: أوليس مثل هذا يكتب ".

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٣ ح ١١١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ٣ وفيهما " عن الحلبي وابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام ".

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ ح ٩٩، الوسائل ج ١٦ ص ١٤ ب ٨ ح ٢.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ١٤ ب ٨ ح ٢.

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ١٣ ب ٨ ح ١.

وقد تقدم في صحيحة أبي بصير وأبي العباس وعبيد بن زرارة (١) من التهذيب والفقهاء " لا يملك أمه من الرضاعة ولا أخته ولا عمته ولا خالته إذا ملكن عتقن، فقال: ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع " وفيها " قلت: يجري في الرضاع مثل ذلك؟ نعم يجري في الرضاع مثل ذلك ".
وموثقة أبي بصير (٢) مثلهما، وقال فيها: " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب "

وخبر مسمع كردين (٣) " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: امرأة لها أخت من الرضاعة أتبعها؟ قال: لا، قلت: فإنها لا تجد ما تنفق عليها ولا ما تكسوها، قال: فإن بلغ الشأن ذلك فنعم إذا " لا ينافي ما تقدم، لأن النهي محمول على الكراهة بدليل قوله " فإن بلغ الشأن ذلك فنعم إذا " .

واحتج الزاهبون إلى العدم بعدم برواية أبي جميلة عن أبي عينية (٤) " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: غلام بيني وبينه رضاع، يحل له بيعه؟ قال: إنما هو مملوك إن شئت بعته وإن شئت أمسكته " .

ورواية إسحاق بن عمار (٥) عن الكاظم عليه السلام " قال: سألته عن رجل كانت له خادمة فولدت جارية فأرضعت خادمته ابناً له وأرضعت أم ولده ابنة خادمة فصار الرجل أبا ابنة الخادم من الرضاع، قال: نعم إن شاء باعها وانتفع بثمنها " .

-
- (١) الفقيه ج ٣ ص ٦٦ ح ٣ وفيه " فإذا ملكهن عتقن - قلت: وكذلك يجري في الرضاع؟ " التهذيب ج ٨ ص ٢٤٣ ح ١١٠ وفيه " فإنهن إذا ملكن "، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١١٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ٢.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٨٣ ح ٧٠، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠ ب ٤ ح ٥.
(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١١٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ ح ٤ وفيهما " يحل لي بيعه " .
(٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١١٧، الوسائل ج ١٦ ص ١٤ ب ٨ ح ٤ وفيهما اختلاف يسير.

ورواية عبد الله بن سنان (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا اشترى الرجل أباه وأخاه ومملكه فهو حر إلا ما كان من قبل الرضاع ".
ورواية الحلبي (٢) عنه عليه السلام " في بيع الأم من الرضاع، قال: لا بأس بذلك إذا احتاج ".

وأجيب عن هذه بعد الطعن وجميعا لضعف السند فلا تعارض الصحيحة، لأن الأولى لا تدل على المطلوب لظهورها من أن المراد من الغلام الأخ.
وعن الثانية بما أجابه به الشيخ بأن الضمير في " باعها " عائد إلى المرضعة الخادم دون ابنتها بقريظة قوله في آخرها " فيبيع الخادم وقد أرضعت ابنا له! - متعجبا من ذلك - فقال: نعم، وما أحب له أن يبيعهها ".
وعن الثالثة بأن الاستثناء عائد إلى الأخ دون الأب، ومع ذلك فهي مشتملة على ما لا يقولون به من مشاركة الأخ للأب في الانعتاق فلا يمكن الاعتماد عليها ولا حاجة إلى ما تكلفه بعض علمائنا من جعله " إلا " فيها عاطفة بمعنى الواو لمجيئها في كثير من المواضع بمعناها، فيكون المعنى: إذ ملك الرجل أباه فهو حر وما كان من جهة الرضاع.
وعن الرابعة بأن يكون إنما جاز بيع الأم من الرضاع لأب الغلام دون الولد.

وأوجه المحامل في هذه الأخبار التقية، لأن المشهور بينهم على أنها ضيقة عاجزة عن المعارضة لتلك الصحاح مع تكررها.
الثالثة: كما ينعق جميعه بالملك ينعق بعضه لاشتراكهما في المعنى المقتضي للحكم والدليل ثم إن ملك البعض بغير اختياره كالإرث - فقد تقدم الخلاف في السراية
على الباقي وإن ملكه باختياره بأن اشتراه أو أتبهه - فهل يسري عليه؟ قولان: أحدهما

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٥ ح ١١٨.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٥ ح ١١٩.

نعم، ذهب إليه شيخ المبسوط وجماعة لأن ملكه مع العلم بأنه ينعقد عليه بمنزلة مباشرته للعتق لتساويهما في السببية، فيتناوله عموم " من أعتق شقصا " لأن فاعل السبب اختيارا كفاعل المسبب. وتردد المحقق في ذلك من حيث إنه إنما اختار الملك لا العتق فلا يصدق عليه أنه أعتق حقيقة. ويمنع أن اختيار السبب يمنع اختيار المسبب مطلقا أو فعله يقتضي فعله لأن المسبب يترتب على السبب على وجه الإيجاب لا الاختيار. واحتمل ثاني الشهيدين في المسالك التفصيل، والفرق بين

العالم بالحكم والسبب فيسري عليه والجاهل بهما أو بأحدهما فلا يسري، إذ لا يتجه اختيار المسبب بدون السبب بذلك.

الرابعة: ليس للمولى على الطفل والمجنون أن يشتريا لهما من ينعقد عليهما بالقرابة، فإن فعل فالشراء باطل لأنه إتلاف مال محض، أما لو وهب أقربيهما أو وصى به إليهما نظر، فإن كان الصبي معسر جاز له قبوله، فإذا قبله عتق عليه لأنه لا ضرر فيه على الصبي، هذا إن قلنا بانعتاقه عليه. أما لو لم ينعقد عليه في الحال كما حققناه فيما سبق من أن العتق بالقرابة يتوقف على ملك البالغ، ولا بأس بالقبول وبالشراء. ثم إنه يباع في الحال بل هو في تلك الحال على تقدير انعتاقه عاجلا جمالا، وربما كان له فيهما منفعة، وقد يكتسب فينفق على الصبي، ولا اعتبار بأن الصبي قد يؤسر فلا تجب النفقة عليه وإنما يعتبر الحال.

وعلى هذا عند توجه المصلحة هل يجب على الولي القبول؟ وجهان: من ظهور المصلحة للمولى عليه بتخليص قريبه من الرق مع انتفاء الضرر مع رجاء النفع في كثير من الحالات فكان أبلغ من حفظ ماله اليسر والتكسب به على بعض الوجوه وهو اختيار شيخ المبسوط، ومن أصالة العدم، وظاهر محقق الشرايع والنافع لاقتصاره على مجرد الجواز، مع أنه لا ينافي الوجوب فيمكن رد اختياره له وإن كان المولى عليه مؤسرا، فإن كان القريب بحيث تجب نفقته في الحال

بأن يكون زمنا أو غير كسوب لم يجز للمولى القبول لئلا يتضرر الصبي بالانفاق عليه من ماله، وإن كان مما لا تجب نفقته كمحارمه من النساء غير العمودين فعلى ما تقرر في المعسر.

ولقد أحسن الشيخ في المبسوط حيث قال: فإن كان صحيحا ولا يكون أبدا إلا فقيرا فإنه مملوك نظر، فإن كان مكتسبا لم تجب نفقته على ولده فعلى وليه أن يقبله، أما إذا أوصى له بالبعض أو وهب له، فإن كان المولى عليه معسرا قبله قبله الولي لما تقدم من عدم دخول الضرر عليه به بل فيه الجمال والمنفعة بلا مؤونة ولا تقويم عليه، وإن كان مؤسرا فإن لم تجب النفقة عليه ففيه حينئذ قولان: (أحدهما) أنه لا يقبل لأنه لو قيل العتق على الصبي وإذا عتق سرى ولزمه قيمة الشريك وفيه إضرار بالصبي.

(الثاني) يقبل ويعتق عليه ولا يسري إذا تضرر الصبي، ووجهه أيضا بأن الاختيار له في حصول الملك.

وتنظر ثاني الشهيدان في المسالك في الوجه الأخير بأن اختيار الولي كاختياره، وكيف كان فالمختار ما اختاره المحقق، والأكثر من عدم السراية، وهو اختيار الشيخ في المبسوط، وإن ذهب في الخلاف إلى السراية لعدم الدليل على ذلك.

الخامس: لو اشترى الزوج والولد أمة صفقة واحدة وهي حامل بنت قومت حصة الزوج على الابن وعتقت البنت عليهما معا لأنها بنت للزوج وأخت للابن وليس لأحدهما على الآخر شيء.

وكذا لو وهبت لها وقبلها دفعة، ولو قبلها الابن أولا عتقت هي وحملها وغرم القيمة للزوج أو الواهب على إشكال، ووجهه في هذه المسألة أن قبول الزوج تأخرا لا ينافي التواصل المشروط بين الإيجاب والقبول كالنفس، أو تم قبول الابن عند قبول الأب مع اتصاله وعدم انقطاعه، والاشكال ناش من أن سبب ملك

الزوج العقد المركب من الايجاب والقبول، والمركب متأخر عن كل واحد من أجزائه، والمسبب لا يتقدم على السبب، فقبل القبول لا يملك الزوج، وإذا هلك غير الموهوب قبل القبول بطلت الهبة فتكون القيمة للواهب، وهذا هو الصحيح عند جماعة من محققي أصحابنا فخر المحققين والمحقق الثاني في حواشي الارشاد وأول الشهيدين في شرح نكت الارشاد.

ويحتمل أن يكون للموهوب لأن القيمة قائمة مقام العين وقد تعلق حق الزوج باستحقاق تملكها فيتعلق بالقيمة كذلك.

وهذا الاحتمال بعيد جدا بل ليس له وجه كما حققه فخر المحققين في إيضاح القواعد لأن مستحق القيمة إنما هو المالك حقيقة لا من يملك إن يملك، ولا مع من ملكه مع السراية ووجوب القيمة بعدها ومبنى هذه المسألة على أن السراية بلفظ هو سبب العتق، فعلى كونها للواهب يكون على الابن نصف القيمتين للواهب وعلى كونها للموهوب يغرم للزوج نصف قيمة الأم، ولو قبل الزوج أولاً عتق عليه الولد كله، ثم إذا قبل الابن عتق عليه الأم كلها، وإنما كان كذلك لأنه إذا قبل الزوج أولاً دخلت الزوجة وبنيتها في ملكه وانعتقت البنت لمكان ملكه لها وملك الزوجة لأنها لا تنعتق على الزوج وإن انفسخ النكاح، ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الأم كلها ويتقاصان على الأول ويرد كل منهما الفضل على صاحبه نصفه بالملك والنصف الآخر بالسراية، ويضمن قيمة الولد للابن على الاحتمال، فإذا قبل الابن ملك نصف الأم وانعتقت عليه بالملك والسراية فيضمن للزوج نصف قيمة الأم فيتقاصان ويرد من فضل على صاحبه المفضل. هكذا قرر الحكم العلامة في القواعد، وتنظر فيه ابنه في شرحه عليها، لأن التقاص مبني على أن قيمة السراية للموهوب له، فإذا كان الموهوب له ممن ينعنق عليه المملوك ففي التقاص نظر، لأن العلامة على تقدير أن تكون القيمة للموهوب له لم يوجب للزوج نصف قيمة البنت لأنها تنعتق

عليه، وهو يقتضي أن لا يكون للولد مطالبته بقيمة نصف أخته لأنها تنعتق عليه أيضا، فلا تقاص. فالحكم باستحقاق الابن الرجوع على الزوج بنصف قيمة البنت مع تقدم قبول الزوج وتقدم رجوع الزوج بنصف قيمة البنت على الابن لو تقدم قبول الابن والتقاص مما لا يجتمعان.

لكن العلامة لم يصرح بعدم تقويم نصف البنت على الزوج أولا، ولما كان الحق عند القيمة للواهب كما تقدم في المسألة الأولى فإذا تقدم قبول الزوج كان نصف الأم له وبطل نكاحه ولم ينعتق عليه وله نصف البنت أيضا وينعتق عليه ويسري ويغرم قيمة البنت للواهب، ومع قبول الابن يملك نصف الأم وينعتق عليه ويسري إلى النصف الذي يملكه الزوج وعليه قيمته للزوج، وإن تقدم قبول الابن انعتقت عليه وضمن نصف القيمة للواهب.

وليست الوصية كالهبة في هذه المسائل والفروع لأن القبول في الهبة جزء من السبب إجماعا.

وأما من الوصية فخلافا مشهور، فقال بعضهم: قبول الموصي أنه كاشف له عن قبول قوله بالموت، ورده يكشف عن عدم ملكه وبطلانها لأن استحقاقه يتعلق بالموت فأشبه الميراث، ولقوله تعالى " من بعد وصية يوصي بها أو دين " (١) وكذلك الأخبار الدالة على أنه يبدأ بالدين ثم الوصية ثم الميراث كما تقدم في كتاب الوصايا، وليس ثم غير مجرد الايضاء من غير اعتبار القبول، ولأنه جعل الميراث بعد الايضاء، فقبل القبول إما أن لا يكون ملكا لأحد وهو محال أو يكون ملكا للميت وهو محال لأنه بالموت خرج عن صلاحية الملكية إذ الموت سبب تام لنقل الملك عنه، ولا الوارث لأن البعيد لا يكون قبلا ولا غيرهم إجماعا فتعين الموصي لهم فيكون القبول كاشفا.

(١) سورة النساء - آية ١١.

وقيل: القبول سبب، وهو الأقوى لأنه تمليك بعقد فيتوقف على القبول كسائر العقود، لأن العقد مركب وجزء السبب التام ناقص لا تام. ويتفرع على القولين النماء المتجدد بين الإيجاب والقبول، وعلى هذا فتكون الوصية كالهبة، ويتوجه كلام العلامة وإطلاقه، إلا أنه كما ترى موضع خلاف فلا تكون المسألة إجماعية كالهبة.

السادس: لو اشترى الوكيل بعض من ينعق على موكله جاهلا بالنسب، فالكلام هنا في موضعين:

أحدهما: هل يقع هذا الشراء أم يتوقف على إجازة المالك؟ فيه نظر ينشأ من إطلاق الموكل الإذن في شراء مملوك، وهذا مملوك وقع عليه الشراء، ومن حيث إن الظاهر أن الموكل إنما أذن له في شراء مملوك يستقر ملكه عليه، وهذا ليس كذلك بل فيه إتلاف المال لأنه وقع بإزاء ملك لا يستقر مع إيجاب نفقته عليه إن كان مما تجب نفقته، وحينئذ يصير الشراء فضوليا فيقع إما باطلا أو موقوفا على الإجازة على الخلاف المشهور، والمختار البطلان. ويتفرع على ذلك العتق، فمتى صح الشراء انعتق، فصحة الشراء والعتق هنا متلازمان، والأقوى أن صحة الشراء موقوفة على تضمن وكالته شراء النسب الذي ينعق على الموكل.

ثانيهما: على القول بعتقه هل يقوم عليه الباقي أم لا؟ وفيه نظر، ووجهه أنه ملك بعض قريبه بسبب اختياري لأنه من وكيله وأفعاله منسوبة إلى اختيار موكله وإلا لم يصح، ومن حيث إنه لو فعله الوكيل عالما لم ينفذ إلا مع إجازة الموكل، فمع الجهل أولى لأنه غير مقصود للوكيل، لأن المقصد مشروط بالعلم ولأن الشراء في العالم اختيار للعتق لأنه اختيار للسبب بخلاف الجاهل، وعلى ما اخترنا وهو أنه إن ضمنت الوكالة شراء القريب صح الشراء وانعتق وقوم عليه أيضا، وإلا فلا.

ولو اشتراه وهو جاهل بالسبب فانعتق فهل يقوم عليه؟ فيه نظر، منشأه مبني علي مقدمتين: (أحدهما) اختيار السبب هل هو اختيار المسبب؟ (ثانيهما) أن فاعل السبب هل هو فاعل المسبب أم لا؟ وهذه مسألة كلامية اختلف المتكلمون فيها وتبعهم الفقهاء في الخلاف أيضا، إلا أن المشهور بين الفريقين أن فاعل السبب فاعل المسبب سيما في الأسباب الشرعية، فعلى الأول يقوم عليه وعلى الثاني فلا. وأما ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن قيس (١) عن الصادق عليه السلام ورواه علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام من الصحيح وغيره كما مر في كتاب

المضاربة

وفيها " رجل دفع إليه رجل آخر ألف درهم مضاربة فاشتري أباه وهو لا يعلم، فقال: يقوم، فإن كان درهم واحد أعتق ويستسعى في مال الرجال " فإن الضمير في " أباه " الظاهر رجوعه إلى العامل والضمير في " يستسعى " للعبد المعتقد. لكن في دلالة هذه الرواية على أحد المذهبين نظر لجواز كون العامل معسرا فلا يقوم عليه، والأقوى الانعتاق عليه مع اليسار ويقوم عليه الباقي لاختياره السبب، ويستسعى العبد مع إعساره مثل ما لو أعتقه ابتداء.

المقصد السادس

في أحكام العتق بالعوارض وبقية الأسباب وهو يشتمل على مسائل:

الأولى: في عوارض آفات البدن وهو العمى والجذام والاقعاد، وانعتاق العبد والأمة بهذه الأسباب مشهور بين الأصحاب حتى كاد يكون إجماعيا والروايات به عن أهل البيت مستفيضة.

أما العمى والجذام فيدل عليها من الأخبار خبر حماد بن عثمان (٢) عن

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٢ ح ١٠٧ وفيه " محمد بن ميسر "، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٨ ب ٨ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٩ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٨٤ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٣١ ب ٢٣ ح ١. وما في المصادر " فقد عتق ".

أبي عبد الله عليه السلام " قال: قال: إذا عمي المملوك عتق ". ورواه الصدوق مرسلًا. وخبر السكوني (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذ عمي

المملوك فلا رق عليه والعبد إذا جزم إذا جزم فلا رق عليه " هكذا في الكافي، ورواه الصدوق في الفقيه بإسناده عن السكوني مثله إلا أنه قال " إذا عمي العبد " .

وخبر أبي البختري (٢) كما في الكافي والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إن أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا يجوز في العتاق إلا الأعمى والمقعد ويجوز الأشل والأعرج " .

وخبر أبي البختري (٣) أيضًا كما في الفقيه وقرب الأسناد مثله إلا أنه قال " لا يجوز في العتاق إلا الأعمى والأعور " . ورواه الصدوق في المقنع مرسلًا.

وخبر إسماعيل الجعفي (٤) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: إذا عمي المملوك عتقه صاحبه ولم يكن له أن يمسكه " .

وصحيحة حماد بن عثمان (٥) كما في محاسن البرقي عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا عمي الغلام عتق " .

وقد إحقق ابن حمزة بالجذام البرص، وقال ثاني الشهيدان في مسالكه بعد نقله لذلك عنه: ونحن في عويص من إثبات حكم الجذام لضعف المستند إن لم يكن إجماع، فيكف يلحق به البرص؟ وكأنه أشار بهذا الكلام إلى رواية السكوني

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٩ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٨٤ ح ٣ وفيه " أجزم "، الوسائل ج ١٦ ص ٣٢ ب ٢٣ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٦ ح ١١، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٠ ح ٦٥، الوسائل ج ١٦ ص ٣٢ ب ٢٣ ح ٤.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٨٥ ح ١٥، قرب الإسناد ص ٧٤، المقنع ص ١٦٢، الوسائل ج ١٦ ص ٣٢ ب ٢٣ ح ٥.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٨٩ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٣٢ ب ٢٣ ح ٦ وفيهما " أعتقه " .

(٥) المحاسن ص ٦٢٥ باب اتخاذ العبيد والإماء، الوسائل ج ١٦ ص ٣٣ ب ٢٣ ح ٧.

حيث لم تضمن شئ من الأخبار المذكورة للجذام سواهما، إلا أن الاجماع قد نقله غير واحد.

وأما الاقعاد فقد اعترف غير واحد من المتأخرين بأنه لم نقف له على مستند وأما المحقق في النافع فنسبه إلى الأصحاب مؤذنا بعدم وقوفه على دليله، ولكن لم يظهر فيه مخالف، حتى ابن إدريس وافق عليه لشبيهة أنه إجماع، وهو من هؤلاء عجيب جدا.

وقد جاء في الروايات ما يدل على ذلك مثل خبر أبي البختری المتقدم بطرق عديدة كما سمعت وفيها " لا يجوز في العتاق إلا الأعمى والمقعد ويجوز الأشل والأعرج " .

وموثقة غياث بن إبراهيم (١) كما في التهذيب عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام " قال: لا يجوز الأعمى في الرقبة ويجزي عما كان فيه مثل الأشل والأقطع

والأعرج ولا يجوز المقعد " .

وخبر السكوني (٢) كما في التهذيب عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام " قال: العبد الأعمى والمجذوم والمعتوق والمقعد لا يجوز في الكفارات لأن رسول الله صلى الله عليه وآله أعتقهم " .

وهذه الأخبار كافية في ثبوت هذا الحكم بعد قيام الاجماع عليه وبدونه.

وأما ما قاله ثاني الشهيدين في المسالك بعد نسبه إلى الأصحاب العتق لهؤلاء بهذه الأسباب، وفي الحقيقة الحكمة في انتقاء المملوك بهذه العوارض غير واضحة لأن عجزه عن الاكتساب يناسبه استصحاب الرق لتجب نفقته على المولى

(١) التهذيب ج ٨ ص ٣١٩ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ٢٧ ح ٢ وفيهما " ما كان منه مثل الأقطع والأشل والأعرج والأعور " .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٣٢٤ ح ٢٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ٢٧ ح ٣ وفيهما " الأجدم والمعتوه لا يجوز " .

فيقتصر منه على محل الوفاق أو النص الصالح لا ثبات الحكم. وفيه نظر، لأن فكه من حبل العبودية وقيودها ليس إلا لمكان راحته مع اتصافه بصفات أهل الايمان وأهل البلاء والبلوى، مع أن العجز من الأسباب المرجحة للعتق وسيما إذا جعل له ما يقوم بأكله ومؤونته. الثانية: في بيان عتق من مثل به مولاه كما هو المشهور بين الأصحاب، وعليه قد دلت جملة من الروايات، وتردد فيه المحقق في الشرايع وجعل العتق بالتنكيل رواية، وخالف ابن إدريس ونسب الحكم إلى رواية الشيخ، ولا وجه في إخراجها عن العوارض السابقة لأن مستند غير العمى أضعف منه وفتوى الأصحاب مشتركة، ومستنده من الأخبار:

خبر جعفر بن محبوب (١) عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الكافي والتهذيب " قال: كل عبد مثل به فهو حر ". وموثقة أبي بصير (٢) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن

نكل مملوكه أنه حر لا سبيل له عليه سائبة يذهب فيواري إلى من أحب فإذا ضمن حدثه فهو يرثه ".

وصحيحة هشام بن سالم (٣) كما في الفقيه عن أبي جعفر عليه السلام مثله. وموثقته (٤) كما في الكافي مثله. ورواه في المقنع (٥) مرسلًا.

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٩ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٤، الوسائل ج ١٦ ص ٣٠ ب ٢٢ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٣ ح ٣٥ الوسائل ج ١٦ ص ٣١ ب ٢٢ ح ٢ وفيهما " فيتولى إلى من ".

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٨٥ ح ٥.

(٤) الكافي ج ٧ ص ١٧٢ ح ٩.

(٥) المقنع ص ١٦٠.

ومرسلة الفقيه (١) " قال: روي في امرأة قطعت ثدي وليدتها أنها حرة لا سبيل لمولاتها عليه "

والرواية الأولى من هذه الروايات قد قدح في طريقها شهيد المسالك بجهالة الراوي مع الارسال. وفي الثاني بأن في طريقها عبد الحميد، وهو مشترك بين الثقة والضعيف، بل الظاهر أنه خارج عن القسمين لأن طبقتة أعلى من طبقتة فيكون مجهولا، وعلى التقديرين يضعف الطريق، وأبو بصير - قد عرفت مرارا - أنه مشترك فتكون ضعيفة، ومع هذا فقد وصفها في المختلف بالصحة، وليس كذلك.

وفيه نظر، لأن طريقها في الفقيه من الصحيح لخلوها عن عبد الحميد وأبي بصير لأن راويها هشام بن سالم وإن كان رواها تارة عن نفسه وتارة عن أبي بصير إلا أن الظاهر أن المراد بأبي بصير ليث المرادي بتصريح جماعة بأن هشام بن سالم من قرائبه، فيكون ما ذكره في المختلف هو الأوضح. ولعل وجه تردد المحقق في هذا الحكم هو ما ظهر له في بادي الرأي من ضعف المستند ومن اشتهاؤه بين الأصحاب، وقربه إلى التردد مخالفة ابن إدريس، وإلا فقد عرفت أن الحكم ما تقدم سيما الجذام أولى بذلك.

وإذا تقرر ذلك فالتنكيل لغة فعل الأمر الفضيع بالغير، يقال: نكل به تنكيلا إذا جعله نكالا وغيره لغيره، مثل أن يقطع لسانه أو أنفه أو أذنيه أو شفيته أو نحو ذلك، وليس في كلام الأصحاب ما يدل على المراد بل اقتصروا على تعليق الحكم على مجرد الاسم لا طلاق النصوص.

وفي بعض روايات العامة ما يدل على أن الجذع تنكيل حيث رووا (٢) " أن زنباعا أبا روح وجد غلاما مع جارياة له فجدع أنفه وجبه، فأتى النبي صلى الله عليه وآله

(١) الفقيه ج ٣ ص ٨٥ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ٣١ ب ٢٢ ح ٣.

(٢) مسند أحمد بن حنبل ج ٢ ص ١٨٢ طبع بيروت.

فقال: من فعل هذا بك؟ قال: زنباع، فدعا النبي صلى الله عليه وآله فقال: ما حملك على هذا؟

فقال: كان الأمر كذا وكذا، فقال النبي صلى الله عليه وآله اذهب فأنت حر". وفي رواية أخرى (١) من طريقهم " قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله صارخا

فقال له: مالك؟ قال: سيدي وافاني أقبل جارية له فجب مذاكيري، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: اذهب فأنت حر".

ثم قال ثاني الشهيدین: وليس ببعيد. ويترتب على هذا أن المماليك الخصيان ينعقون على مواليهم إذا فعلوا بهم ذلك فلا يصح شراءهم لمن علم ذلك، وعلى اشتباه كون الفعل من مولاه مبني على بقاء أصالة الملك.

وعلى هذا حمل صحيحة رفاعة (٢) التي مر ذكرها في مقدم كتاب العتق وفي البيوع، وإن كان ظاهرها أن ذلك فعل مواليهم بهم لأن صورتها هكذا: " قلت لأبي الحسن عليه السلام إن الروم يغيرون على الصقالبة فيسرقون أولادهم من الجواري والغلمان، فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم، ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار، فما ترى في شرائهم ونحن نعلم أنهم قد سرقوا وإنما أظهرنا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال: لا بأس بشرائهم، إنما أخرجوهم من الشرك إلى دار الإسلام " يحمل ما وقع في السؤال من قوله " فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم " من أن ذلك لم يقع من مواليهم على سبيل اليقين وإنما هو على سبيل الظن والتخمين، ولو تحقق ذلك أوجب له الانعتاق وأدخله في التنكيل لعموم الدليل.

والجمع بين صحيحة رفاعة وبين ما رواه في الجعفریات (٣) بالاسناد المشهور عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عليهم السلام " قال: رفع إلى علي بن أبي طالب عليه السلام رجل

(١) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٩٤ ب ٢٩ ح ٢٦٨٠ كتاب الديات طبع بيروت.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٠ ح ٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧ ب ٢ ح ١ وفيهما " وإنما أغاروا عليهم ".
(٣) الجعفریات ص ١٢٣.

أخصى عبده فأعتق علي عليه السلام العبد وعاقبه، وقال: من مثل بعبده أعتقنا العبد مع تعزير شديد نعزر السيد ". وفي الجعفریات (١) بإسنادها المشهور أيضا في غير الخصي

من التنكيل عن علي بن الحسين عليه السلام " أنه قضى في رجل جدد أنف عبده فأعتقه

علي عليه السلام وعزره ". وفيه (٢) أيضا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عليهم السلام " قال:

قضى علي عليه السلام في رجل جدد أنف عبده فأعتقه علي عليه السلام وعاقبه ". وبهذا اتضح لك قوة هذا الدليل وتكثر الروايات به، وفيها الصحيح وغيره.

نعم يجب عند الشك في بعض العقوبات وإطلاق التنكيل عليها كقلع العين الواحدة والأذن الواحدة ونحو ذلك الرجوع فيه وفي كل موضع من مواضع الاشتباه إلى حكم الأصل وهو استصحاب حكم الرق إلى أن يثبت المزيل، لكن الظاهر من خبر الجعفریات الأخيرة ومن مرسله الفقيه حصول التنكيل بقطع إذن واحدة وثدي واحد بإطلاق الخبرين المذكورين وإن احتملا إرادة الجنس.

الثالثة: في إسلام المملوك في دار الحرب سابقا على مولاه، فإن المروي أنه من أسباب العتق.

واشترط الشيخ خروجه إلينا قبله أيضا لما رواه في التهذيب والفقيه من قوله عليه السلام " أيما عبد خرج قبل مولاه فهو حر " .

وظاهر المحقق عدم اشتراط خروجه قبله، وبه صرح ابن إدريس لحصول الاسلام المانع من ملك الكافر له، وهو ممنوع لأن الاسلام إنما يمنع من دوام الملك وبقائه لا مطلقا، والمحقق في الجهاد اشترط خروجه قبله، ولعله أجمل الحكم في كتاب العتق اتكالا على ما سبق.

وأما الرواية المشار إليها في التهذيب فقد رواها الشيخ عن السكوني (٣) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام " أن النبي صلى الله عليه وآله حيث حاصر أهل الطائف قال:

(١) الجعفریات ص ١٢٣ .

(٢) الجعفریات ص ١٢٣ .

(٣) التهذيب ج ٦ ص ١٥٢ ح ١ .

أَيُّمَا عَبْدٍ خَرَجَ إِلَيْنَا قَبْلَ مَوْلَاهُ فَهُوَ حُرٌّ، وَأَيُّمَا عَبْدٍ خَرَجَ إِلَيْنَا بَعْدَ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَبْدٌ " .
 فَيَكُونُ مَا اشْتَرَطَهُ الْمَشْهُورُ تَبَعًا لِلشَّيْخِ مِنْ خُرُوجِهِ قَبْلَ مَوْلَاهُ مَعْتَبَرًا وَالْإِطْلَاقُ
 لَا مُسْتَنْدَ لَهُ، وَضَعْفُ الرَّوَايَةِ هُنَا فِي الْإِصْطِلَاحِ الْجَدِيدِ غَيْرُ مُضِرٍّ عَلَى مَخْتَارِ الْقَدَمَاءِ
 لِأَنَّ الْمَدَارَ فِي الصَّحَّةِ عَلَى الْقُرَّائِنِ لَا عَلَى تَعْدِيلِ الرَّوَاةِ وَجَرَحَهَا.
 الرَّابِعَةُ: قَدْ بَقِيَ مِنَ الْأَسْبَابِ الْمَوْجِبَةِ لِلْعِتْقِ انْحِصَارُ الْإِرْثِ فِيهِ. وَمَقْتَضَى
 الْإِحْقَاقِ السَّبْبِيَّةِ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ يَنْعَتَقُ بِمَجْرَدِ اشْتِرَائِهِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ لَمَّا سَيَّأْتِي
 فِي الْأَخْبَارِ الْوَارِدَةِ بِهِ. وَكَذَلِكَ الْفَتْوَى فِي كِتَابِ الْمِيرَاثِ التَّصْرِيحُ بِعِتْقِهِ بَعْدَ
 الشِّرَاءِ فَتَكُونُ السَّبْبِيَّةُ الْمُنْتَسِبَةُ إِلَى الْإِرْثِ وَإِلَى الشِّرَاءِ سَبْبِيَّةً بَعِيدَةً وَمَقُولَةٌ
 عَلَى ذَلِكَ بِالْتَّجَوُزِ، وَسَيَّأْتِي تَفَاصِيلُ أَحْكَامِهَا وَتَفَاصِيلُهَا فِي أَحْكَامِ الْمِيرَاثِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ
 تَعَالَى، وَلَا بَأْسَ بِذِكْرِ بَعْضِ الْأَخْبَارِ الْوَارِدَةِ فِي ذَلِكَ لِيُنْكَشِفَ بِهَا وَجْهَ السَّبْبِيَّةِ،
 وَلِيَكُنْ هَذَا الْكِتَابُ مُشْتَمِلًا عَلَى ذِكْرِ جَمِيعِ الْأَسْبَابِ.
 فَمِنْهَا صَحِيحَةُ سَلِيمَانَ بْنِ خَالِدٍ (١) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ " سَمِعْتُهُ يَقُولُ فِي
 الرَّجُلِ الْحُرِّ يَمُوتُ وَلَهُ أُمٌّ مَمْلُوكَةٌ، قَالَ: تَشْتَرِي مِنْ مَالِ ابْنِهَا ثُمَّ تَعْتَقُ ثُمَّ يُوْرَثُهَا " .
 وَصَحِيحَةُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانَ (٢) " قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ فِي رَجُلٍ
 تُوْفِي وَتَرَكَ مَالًا وَلَهُ أُمٌّ مَمْلُوكَةٌ، قَالَ: تَشْتَرِي أُمَّهُ وَتَعْتَقُ ثُمَّ يَدْفَعُ إِلَيْهَا بَقِيَّةَ الْمَالِ " .
 وَصَحِيحَةُ جَمِيلٍ (٣) " قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الرَّجُلُ يَمُوتُ وَلَهُ ابْنٌ
 مَمْلُوكٌ،
 قَالَ: يَشْتَرِي وَيَعْتَقُ ثُمَّ يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَا بَقِيَ " .
 وَالْأَخْبَارُ بِهَذَا الْمَعْنَى كَثِيرَةٌ جَدًّا، وَأَمَّا تَفَاصِيلُ شُرَائِطِ هَذَا الْعِتْقِ وَبَيَانُ
 مَحَالِّ مَوَاضِعِهِ الْمَنْصُوصَةِ وَالْمَخْتَلَفِ فِيهَا وَالْمَتَّفِقِ عَلَيْهَا فَمَوْكُولَةٌ بِبَيَانَاتِهَا إِلَى
 كِتَابِ الْمِيرَاثِ.

(١) التهذيب ج ٩ ص ٣٣٤ ح ٤، الوسائل ج ١٧ ص ٤٠٦ ب ٢٠ ح ٧ وفيهما " قال:
 كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول " .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٤٧ ح ٢ و ٤، الوسائل ج ١٧ ص ٤٠٤ ب ٢٠ ح ٢ و ٤ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ١٤٧ ح ٢ و ٤، الوسائل ج ١٧ ص ٤٠٤ ب ٢٠ ح ٢ و ٤ .

المقصد السابع

في بيان العتق بالتدبير

وهو مشتق من الدبر، والمراد به تعليق العتق بدبر الحياة، سمي تدبيراً لأنه دبر أمر دنياه باستخدامه واسترقاقه وأمر آخرته بإعتاقه، وهذا راجع إلى الدبر أيضاً لأن التدبير في الأمر مأخوذ من لفظ الدبر لأنه نظر في عواقب الأمر وإدباره، ولا خلاف بين علماء الإسلام في صحة عتق المملوك معلقاً على وفاة مولاه.

واقصر المحقق وجماعة على تعريفه بما ذكرناه إيثارة لتعريف الفرد المتفق عليه لا الحصر، وإن كانت الصيغة تقتضيه من جهة أن المبتدأ منحصر في الخبر، والحصر إضافي لا مطلقاً.

وقد اختلف الأصحاب - رضوان الله عليهم - في صحته معلقاً على وفاة غير المولى في الجملة، فذهب جماعة منهم المحقق والعلامة وقبلهما الشيخ وأتباعه إلى الصحة، وذهب ابن إدريس إلى المنع من تعليقه بوفاة غير المولى مطلقاً، وربما قيل بجواز تعليقه بموت غير الآدمي، ومنهم من علقه على موضع النص وهو من شرط الخدمة له.

والذي وقفنا عليه من الأخبار الدالة على جواز تعليقه على وفاة غير المولى صحيحة يعقوب بن شعيب (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له

الخدّام فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرة، فتأبى الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها بعد ما أبقت؟ فقال: لا، إذا مات الرجل فقد أعتقت "

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٤ ح ٢٨، الوسائل ج ١٦ ص ٩٦ ب ١١ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

وخبر محمد بن حكيم (١) كما في التهذيب " قال: سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام عن رجل زوج أمته من رجل آخر وقال لها: إذا مات الزوج فهي حرة، فمات الزوج، فقال: إذا مات الزوج فهي حرة تعتق، فعدتها عدة المتوفى عنها زوجها، ولا ميراث لها منه لأنها صارت حرة بعد موت الزوج ".
فالأحوط إذا القول بقصد التدبير على هذه الثلاثة الأصناف وهو المولى والمشروط له الخدمة والزوج، ويختص الأخيرين بالأمة، ولا يمكن أن يحتج بهذين الخبرين على التعميم كما وقع للشيخ وأتباعه بناء على أصل الجواز ولقبول العتق التأخير كقبوله للتنجيز، ولا تفاوت بين الأشخاص، وقد جاء معلقا بوفاة المولى مطلقا، فيجوز بوفاة غيره لمرجع هذا الاستدلال إلى القياس، ولأن الرواية الصحيحة المذكورة التي هي الركن الأعظم في الاستدلال إنما دلت على جواز تعليقه بوفاة المخدم، فتعديته إلى غيره [و] غير الزوج من القياس أيضا، وهم لا يقولون به لعدم توجه قياس الأولوية، بل مورد هذا النص الصريح كما ترى الأمة، وكذلك خبر محمد بن حكيم إلا أن ثاني الشهيدين قال: وخصوصية الذكورية والأنوثية قد يدعى أنها ملغاة.

وأما الأصل فمدفوع بأن التدبير إن كان عتقا معلقا فهم لا يقولون بجوازه مطلقا بل هو مقصور على محل النص والوفاق، وإن كان وصية - كما هو القول المشهور - فلا يجوز تعليقه بوفاة غير المولى إجماعا.
وبهذا يحصل الفرق بين وفاة المولى وبين غيره بجواز التعليق وعدمه، فلا يجوز من جوازه معلقا على بعض الوجوه لمكان الدليل جوازه مطلقا.
وبالغ ابن إدريس في المنع من تعليقه بوفاة غير المولى مطلقا تمسكا بموضع الوفاق وردا للخبر وإن صح طريقه لأنه عنده من أخبار الآحاد، وادعى أن

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٤ ح ٣٨، الوسائل ج ١٦ ص ٩٧ ب ١١ ح ٢ وفيهما " من رجل حر " مع اختلاف يسير.

التدبير شرعا تعليق عتق وفاة المولى فلا يتعدى إلى غيره، وبأنه لو صح معلقا على وفاة غيره للزم بطلانه بالإباق كما يبطل المعلق بموت السيد. ورد دليله الأول بأنه مصادرة ومقابلة للنص بالاجتهاد، ورد النافي بمنع الملازمة. والفرق في ذلك مقابلة نعمة السيد بالكفر فقر بل بنقيض ذلك كقاتل العمدة في حرمانه الإرث بخلاف الأجنبي، وقد أسند المحقق في شرايعه جواز تعليقه على موت الزوج إلى الدليل كمن جعلت له الخدمة. وقال منازعه ثاني الشهيدين في مسالكه: ومقتضى هذا الكلام وجود النقل على صحة ذلك.

ثم قال: وليس كذلك وإنما الوجود من النقل ما حكيناه من الرواية مشيرا بها إلى صحيحة يعقوب بن شعيب وهي مختصة بتعليقه على وفاة المخدوم فإن تعديته إلى غيره غير مسندة إلى النقل، فإن روعيت الملابس فهي لا تخرج عن ربة القياس، فلا وجه لاختصاصه بهذين لأن وجوه الملابس لا تختص، فيجئ على هذا جواز تعليقه بالوفاة مطلق الملابس بل مطلق الناس لفقد ما يدل على غير المخدوم، وهو قول في المسألة.

وقد سمعت مما سبق أنه ربما قيل بجواز تعليقه بموت غير الآدمي لاشتراك الجميع في معنى التدبير لغة، وهي تعليق العتق على الوفاة، فأكثر الأصحاب لم يتعرضوا لغير المروي، وهو الأنسب، لكن تبقى فيه بأن النصوص واردة في الأمة فتعديتها في العبد لا يخلو من نظر. ومما اشتهر من خصوصية الذكورية والأنوثية ملقاة وأن الطريق متحد لا يقطع الشبهة وإن كان متجها، إلى هنا كلامه. وفيه نظر لما سمعت من صراحة خبر محمد بن حكيم الذي طريقه إليه من الصحيح، وهو من مرويات التهذيب، وهو مشتمل على تعليق التدبير على موت الزوج، فكيف هذا الإنكار على المحقق مع أنهم بمرأى ومسمع منه؟ لكنهم - قدس الله أرواحهم - لا يتدبرون في أخبار كتب الأربعة ولا لما فيها مودعة، فضلا

من غيرها مما هي متشعبة متسعة.
وأعجب منه سبطه في شرح النافع حيث تبعه في إنكار هذا النص، وما ذكره المحقق عنده في الشرايع غير ناجع حتى قال: "والحق للعلامة في بعض كتبه بتعليقه بوفاة المخدوم تعليقه بوفاة زوج المملوكة فواعجابه كيف ننسب اللاحق للعلامة مع أن القائل بذلك الشيخ ومن تبعه في عدة مواضع، ونص على ذلك محقق الشرايع، بل يظهر من المسالك أنه مذهب الأكثر هنا لك. وأعجب من هذا قوله بعد أن حكى عن العلامة ذلك اللاحق وقال: وربما ظهر من العلامة في المختلف جواز تعليقه بوفاة غير المولى مطلقا، وهما ضعيفان لأن المنقول من الشارع جواز تعليقه بوفاة المولى ووفاة المخدوم، فيجب قصر الحكم على ذلك، ولكنهم - قدس الله أسرارهم - يقلد المتأخر منهم المتقدم من غير تتبع ولا تفهم، فالحق ما قلناه من قصر جواز التعليق على المنصوص، ولم نقف على هذين الموضوعين بعد وفاة المولى بالخصوص.
إذا تمهد هذا فنقول: إن الاتيان على مسائل التدبير وأحكامه يتوقف على أمور:

الأول: الكلام على لفظه الصريح وصيغته التي وردت من الشارع واشتهرت بين فقهاءنا، وقد جاءت بعبارات أصرحها "أنت حر بعد وفاتي" ولا ريب في وقوع التدبير بها لدلالاتها على المطلوب صريحا وفي معناها "أنت عتيق أو معتق بعد وفاتي" وكذا يقع بقوله: أعتقك بعد وفاتي أو حررتك قاصدا به الانشاء. ويظهر من المحقق في شرايعه ونافعه قصد الصراحة والامضاء عند الجميع على الأولى خاصة، أعني قوله: أنت حر بعد وفاتي. وعلى كل تقدير فهذه الصيغة تارة يقع بها مطلقا وتارة يقع بها مقيدة مثل أن يقول: إذا مت فعبدني حر أو أنت حر بعد وفاتي. وفي المقيد إذا قلت: إذا مت في سفري هذا أو في مرضي هذا أو في سنتي هذه أو في يومي أو في هذا

البلد إلى غير ذلك من القيود الزمانية والمكانية، أو تقدير مصدر ذلك الفعل العلق عليه مثل: إن مت حتف أنفي.

وكذلك يصح تقييده بقيود متعددة ك: إن مت في سنة كذا في مكة حتف أنفي ونحو ذلك فيعتبر في عتقه اجتماع الشروط كلها. وألحق الشيخ في المبسوط التدبير المقيد بالمعلق على شرط في البطلان نظرا إلى اشتراطهما في التعليق.

وقد اختلف الأصحاب - رضوان الله عليهم - في بعض الصيغ مثل قولهم: أنت مدبر أو دبرتك، في أنه هل هو صريح فيقع به التدبير وإن لم يقصده؟ أو كناية فيقع مع القصد؟ أو لا يقع به مطلقا؟ على أقوال:

جزم المحقق في الشرايع بالأخير منها وقول شيخ الخلاف لخلوه عن لفظ العتق والحرية، ولا يكاد يستعمل عند استعمال العقد إلا مع التعرض للحرية، ولأنه إما عتق بصفة أو وصية به وكلاهما يفتقر إلى ذكر العتق، أما الأول فظاهر وأما الثاني فلأن الوصية لا بد لها من التصريح بمتعلقها.

والثاني: أنه يقع بذلك لصراحته فيه بظهور التدبير في هذا المعنى وشهرته فيه شرعا، بل هو متبادر منه فيه عند كل أحد، كما أن البيع وغيره ظاهر في معناه حتى أن التدبير كان معروفا في الجاهلية، وقد أقره الشارع ولم ينقله من هذا المعنى حتى يكون كناية، وهذا لقول مختار شيخ المبسوط والعلامة في جملة من كتبه.

والثالث أنه كناية يصح مع البينة لا بدونها، والمراد بالبينة هنا هو نصب القرينة الكاشفة عن إرادة اللفظ به في الاستعمال العتق بعد الوفاة فلا يحكم به ابتداء، وهو اختيار ابن الجنييد وابن البراج، لأن فيه جمعا بين الدليلين ولأصالة بقاء الرقية إلى أن يثبت المزيل. ويرد أنه لا يقع بالكنايات عندنا كنظائره، والأدلة المتعارضة لا تجتمع

بذلك والأصالة عند مجوزه انقطعت بالصيغة المخرجة عنه.
وأوسط الأقوال أوسطها لدلالة جملة من الأخبار على استعمال لفظ التدبير
فيه من غير نصب قرينة كما لا يخفى على المتتبع لما دبره عليهم في حياتهم وبعد
مماتهم، بل لم يأت في الأخبار سوى لفظ التدبير.
ففي صحيحة محمد بن مسلم (١) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام كما في الكافي
والتهذيب - عن رجل دبر مملوكا له ثم احتاج إلى ثمنه، فقال: هو مملوكه "
وساق الحديث إلى أن قال: " فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه ".
وحسنة الوشاء (٢) وروايته كما في الفقيه والكافي " قال: سألت الرضا عليه السلام
عن الرجل يدبر المملوك وهو حسن الحال ثم يحتاج، أيجوز أن يبيعه؟ قال: نعم ".
وفي صحيحة الحلبي (٣) وصحيحة محمد بن مسلم (٤) عن أحدهما عليهما السلام
والأولى عن أبي عبد الله عليه السلام " في الرجل يعتق غلامه أو جاريته في دبر منه ثم
يحتاج
إلى ثمنه، أيبعه؟ قال: لا ".
وصحيحة أبي مريم (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سئل عن رجل يعتق
جاريته
عن دبر أيطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها في حياته؟ قال: أي ذلك
شاء فعل ".
والأخبار بهذا المعنى مستفيضة في جميع أحكام التدبير كما سيأتي ذكرها
مفصلة.

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٥ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ٢٥٩ ح ٦، الوسائل ج ١٦
ص ٩٨ ب ١٣ ح ١.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٣ ح ١ وفيه " هل يجوز له "، الفقيه ج ٣ ص ٧١ ذيل ح ٥،
الوسائل ج ١٦ ص ٨٥ ب ١ ح ٣ وما في المصادر " قال: نعم إذا احتاج إلى ذلك ".
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٣.
(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٢ وفيه " وجاريته عن دبر "، الوسائل ج ١٦ ص ٨٥
ب ١ ح ٦ وفيهما " فقال: لا إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته ".
(٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٤ وفيه " فقال: نعم "، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٣ ح ١.

نعم قد جاء في صحيحة يعقوب بن شعيب المجوزة تعليق التدبير على من له الخدمة، وكذلك خبر محمد بن حكيم المجوزة تعليقه على موت الزوج التصريح بلفظ الحرية لقوله في الأولى ما سمعت " هي لفلان تخدمه ما عاش "، فإذا مات فهي حرة " وفي الثانية " إذا مات الزوج فهي حرة " وتقدم في أخبار الوصايا الاستعمال كل من الصيغتين، فلا إشكال إذا في مساواتها هذه الصيغة المعبر فيها بلفظ التدبير للصيغ المعبر فيها بلفظ الحرية ولفظ العتق فيهما في الصراحة سواء، وليست من الكناية في شيء، فلا تحتاج إلى قصد المتكلم بها إلى لفظ مدلولها بل يحكم عليه بالقصد بمجرد سماع الصيغة منه وإن كان القصد في الواقع معتبرا. ولو كان المملوك لشريكين فقالا: إن متنا فأنت حر انصرف قول كل واحد منهما إلى نصيبه وتعلق عتقه على موته خاصة، وهذا عند قصد تدبير كل منهما نصيبه وتعلق عتقه على موته خاصة.

أما لو علق كل واحد من النصيين على موتها معا أو أطلق اللفظ كذلك حينئذ ولم يقصدا واحدا معينا من الأمرين فموضع إشكال، للابهام الواقع فيه ولا فضائه إلى وقوع التدبير في التعليق على موت غير المولى باعتبار نصيب الآخر، ثم إنه على تقدير الوقوع إن ماتا معا انعتق النصيان دفعة، وإن مات أحدهما قبل الآخر عتق نصيب الميت بشرطه وهو إذا وسع ثلثه ذلك التدبير وبقي نصيب الآخر موقوفا على موته، والكسب المتخلل بين المدبر والمالك الحي بنسبة الملك. وإن قصد تعليق عتقه على موتها معا كما هي الصورة الثانية المختلف فيها بحيث لا يعتق منه شيء مع موت أحدهما بني الحكم بالصحة على أحد أمرين: أما جواز تعليق التدبير على وفاة غير المولى مع الملازمة أو مطلقا، أو جواز تعليق العتق على الشرط كما هو مختار القاضي وابن الجنيدي في مطلق العتق. فإن أجزنا ذلك صح أيضا وكان التدبير على الأول معلقا بموتها معا، فإن ماتا دفعة انعتق جميعه لحصوله شرطه، وإن ماتا على الترتيب بقي على الرق

جميعه إلى أن يموت الآخر وهو بين الموتين لورثة الميت والحي، وإن لم يجز الأول وأجزنا الثاني كان عتقا بشرط وحكمه كالسابق إلا أنه ليس تدييرا بل عتق معلق على شرط لا يتم إلا بموتهما، وللورثة بين الموتين التصرف فيه بما لا يزيل الملك كالأستخدام والإجارة، وليس لهم بيعه لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك. وفي جوازه - لو جعلناه تدييرا - نظر من جواز الرجوع في التديير، وهذا من جزئياته، وفي الارشاد جزم بعدم جوازه على هذا التقدير نظرا إلى ذلك. وإن لم نجوز التديير مطلقا على موت الغير مطلقا أو الملابس إما بأن منعنا من تعليقه على موت غير المولى مطلقا أو أجزناه بموت الزوج والمخدوم - كما هو المختار ودلت عليه الأخبار - كان لفظهما لاغيا. وإن أطلق اللفظ ولم يعنيا ما قصدا من تلك العبارة ففي حمله على أيهما قولان:

(أحدهما) للشيخ في المبسوط والمحقق في الشرايع، وهو الحمل على الأول لأن اللفظ كما هو صالح لتعليق العتق على شرط فهو صالح أيضا لتعليق نصيب كل منهما على موت نفسه فيحمل على الصحيح صونا لكلامه عن الهذر وترجيحا لجانب الصحة الموافق لغرض الشارع مع إمكان حمله عليه. (والثاني) حمله على الثاني بظهور معناه فيه لغة لأن اللفظ إنشاء، ولا يتحقق بالنسبة إلى موت الآخر إلا بتعليقه عليه بخلاف الحمل على السابق فإنه إنشاء بالنسبة إلى تعليق عتق نصيبه على وفاة نفسه، وإخبار بالنسبة إلى الحكم بعته أجمع على تقدير تعليقه على وفاتهما معا، وهذا هو الأظهر. ثم على تقدير حمله عليه يترتب عليه ما يلزم الأصل الصحة والبطالان، فعلى المشهور يتوجه البطلان، وعلى قول القاضي وابن الجنيد يصح: واضطرب كلام العلامة في كتبه، ففي الارشاد والتحرير حكم بالبطالان، واضطرب كلامه في القواعد، ففي صدر المسألة حكم بالصحة والتنزيل على المعنى

الأول الصحيح، وفي آخرها خص الصحة بما إذا قصد توزيع الاجزاء على الاجزاء. وأول الشهيدين في دروسه اقتصر على بيان حكم المسألة علي سبيل القصد، ولم يتعرض للاطلاق الذي هو موضع البحث والخلاف وفي اشتراط نية القربة بناء على أنه عتق بشرط، وعدمه بناء على أنه من الوصايا أو أنه معاملة خارجة عنهما، والأقوى عدم اشتراطها فيه لما سيأتي من ترجيح كونه وصية بالعتق أو لأنه أمر مستقل برأسه وإن شبههما، ولا دليل على اشتراطهما فيه، والأصل يقتضي العدم وصحته بدونها.

نعم في الأخبار التي قدمناها وسيأتي ما يشعر بأنه عتق معلق وسيما صحيحة يعقوب بن شعيب ورواية محمد بن حكيم. إلا أنه قد شارك الوصية في جواز الرجوع فيه ما دام حيا وفي إجزائه من الثلث حيث إنه قد علقه ولم يقع منجزا وما علق من العتق قد بنت بالأدلة الصحيحة جواز التصرف فيه قبل وقوع الشرط وإن لم يكن تدييرا. وقد سمعت تلك الأدلة وسيجيء ما يرشد إليه أيضا منها. فمراعاة القربة كسائر العتق متجهة وإن شارك الوصية في هذه الأحكام بمقتضى الدليل، وهل يشترط تجريده عن الشرط والصفة كما هو المشهور بين الأصحاب؟ أم يجوز معلقا على الشرط والصفة كما هو مختار الإسكافي والقاضي سواء تقدم على الموت أم تأخر كما إذا قال له: إن أديت إلي أو إلى ولدي كذا فأنت حر بعد وفاتي؟ أقواها عدم جواز التعليق فيه كما تقدم في غيره، وقد صرح في مختصره الأحمدي بذلك في مواضع عديدة، كما ذكره شهيد المسالك. وفي المختلف أنكر ذلك كله وادعى على بطلان العتق المعلق بالشرط، والاجماع ممنوع أما الدليل فقد تقدم ذكره مفصلا وإن أنكر وجوده أولئك الفضلاء لعادتهم التي قد ارتكبوها آخرا وأولا.

الثاني: في شرائط المدبر، شرطه أن يكون بالغا عاقلا، وللشيخ قول بجواز تدبير ابن العشر، وأن يكون مختارا جازا التصرف، فلا يقع التدبير من

الصبي وإن كان مميزاً، ولا يصح من المجنون ولا السكران ولا الملجئ إلى التدبير ولا من السفه ولا من المحجور عليه في الدين ولا من العبد إلا بإذن السيد. وبالجملة: أن كل ما يثبت من الشرائط لأصل العتق بالأدلة والفتوى فهو ثابت للتدبير، فهو وإن لم يرد فيه بالخصوص أدلة كما ورد في غيره إلا أنه يستفاد في جميع هذه الأحكام من تلك الأدلة التي مر فيها الكلام لعمومها، هذا على تقدير أن يكون عتقا. وعلى تقدير جعله وصية أو معاملة ثالثة غيرهما فالأقرب جواز التعليق واعتبار باقي الشرائط لمشاركة الوصية وسائر المعاملات العتق فيها. الثالث: أن المدبر والمدبرة باقيا على الرق ولم يخرجوا عن ملك مولاهما بالتدبير سواء جعلناه وصية أم عتقا مطلقا أو معاملة أخرى غيرهما فللمولى التصرف فيهما بالاستخدام وغيره.

ولو كان أمة فله وطؤها كما له التصرف فيها بغيره ولجواز وطء المستولدة وحق المعتق فيها أكد لتحريم بيعها في الجملة إجماعاً، بخلاف المدبرة فإنها أبعد من الحرية ما دام مولاها حيا وإن كان في جواز بيعها خلاف إذا لم يرجع في التدبير، وسيجئ بيانه. فإن وطأها وحملت منه اجتمع فيها سببان للعتق التدبير والاستيلاء، والأول أسبق، والعتق فيهما متوقف على موت المولى، فإذا مات والولد حي عتقت من ثلثه بالتدبير، فإن لم يف الثلث بها عتق الباقي بالسبب الآخر - أعني الاستيلاء - فيحسب من نصيب ولدها، وتعتق إن وفي بذلك وإلا استسعت في الباقي.

ويدل على جواز وطئها رواية أبي مريم (١) الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دبر، أيطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته؟ فقال: نعم أي ذلك شاء فعل ".

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٤، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٣ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

ومرسلة ابن أبي عمير (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه سئل عن المدبرة يقع عليها سيدها؟ قال: نعم ".

الرابع: لو حملت المدبرة بمملوك بعد التدبير بحيث يدخل في ملك مولاهما تبعها في التدبير سواة كان الولد من عقد أم شبهة أم زنا، إلا أنه في الأولين ظاهر لتبعيته لهما، أما في الأخير فيشكل مع علمها بالتحريم لانتفاء السبب بينهما شرعا، إلا أنه لما صدق عليه كونه ولدها لغة وكان جانب المالية والحيوانية مغلبا فيها ومن ثم كان الولد لمولاهما دون مولى الزاني لو كان عبدا أطلق الشيخ وتبعه الأكثر كالمحقق والعلامة ومن تأخر عنهما بتبعيته لها في التدبير من غير فرق. وكذلك الأخبار جاءت بذلك مطلقة بل عامة في أن ما ولدت فهم بمنزلتها، ولا شبهة في أنه يصدق على ولدها من الزنا أنها ولدت فيكون بمنزلتها لمقتضى هذا العموم والاطلاق 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. وتلك الأخبار الواردة فيها صحيحة أبان بن تغلب (٢) كما في الكافي والتهذيب " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبر مملوكة ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها وترك أولادا منها، قال: أولاده منها كهبيئتها، فإذا مات الذي دبرها فهم أحرار ".

وخبر عثمان بن عيسى الكلابي (٣) عن أبي الحسن الأول عليه السلام " قال: سألته

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٨١ ح ١٣٨، الوسائل ج ١٦ ص ٨٦ ب ١ ح ٨ وفيه " أيطأها " وفيهما " عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه ".

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٥٩ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٨٩ ب ٥ ح ١ وما في المصادر " دبر مملوكته " مع اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ٩٠ ب ٥ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

عن امرأة دبرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة ما حال المولودة هي مدبرة أو غير مدبرة، فقال لي: متى كان الحمل بالمدبرة؟ أقبل ما دبرت أو بعد ما دبرت؟ فقلت: لست أدري أجنبي فيهما جميعا، فقال: إذا كانت المرأة دبرت وبها حبل ولم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبرة والولد رق، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير أمه ".
ورواه الصدوق في الفقيه (١) مرسلا نحوه وزاد فيه " لأن الحمل حدث بعد التدبير "

وخبر الوشاء (٢) كما في الكافي وكذا التهذيب و [ح كما في] الفقيه عن أبي الحسن الرضا عليه السلام " قال: سألته عن رجل دبر جاريته فقال: إن كان علم بحبل الجارية فما

في بطنها بمنزلتها، وإن كان لم يعلم كان ما في بطنها رق ". وفي التهذيب بطريق صحيح عن الحسن بن علي الوشاء (٣) مثله.

وخبر يزيد بن إسحاق شعر (٣) المعتبر عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن جارية أعتقت عن دبر من سيدها، قال: فما ولدت فهم بمنزلتها وهم من ثلثه، وإن كانوا أفضل من الثلث استسعوا في النقصان " الحديث.

وخبر أبي البخري (٥) كما في قرب الأسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام

" قال: ما ولدت الضعيفة المعتقة عن دبر بعد التدبير فهو بمنزلتها يرقون برقها ويعتقون بعقها، وما ولد قبل ذلك فهم ممالك لا يرقون برقها ولا يعتقون بعقها "

-
- (١) الفقيه ج ٣ ص ٧١ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٩٠ ب ٥ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٧١ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ٩٠ ب ٥ ح ٣ وما في المصادر اختلاف يسير.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٠ ح ٩.
(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٦١ ح ١٤ وفيه " فإن كانوا أكثر "، الوسائل ج ١٦ ص ٩١ ب ٥ ح ٤.
(٥) قرب الإسناد ص ٦٣، الوسائل ج ١٦ ص ٩١ ب ٥ ح ٥.

أما ما في رواية علي بن جعفر وصحيحته (١) كما في كتاب قرب الأسناد وكتاب المسائل له عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألته عن رجل قال: إذا مت فجاريتي

فلانة حرة، فعاش حتى ولدت الجارية أولادا ثم مات، ما حالها؟ قال: أعتقت الجارية وأولادها ممالك " فهما محمولان على التقية أو على أنه قد صارت أولادها ممالك لغير المولى، أو على أنهم ممالك لعدم إحاطة الثلث بالأولاد. وأما ما يدل على حكم أولاد المدبر إذا كانوا من مملوكة المولى المدبر فصحيحة بريد بن معاوية العجلي (٢) المروية في التهذيب والكافي والفقهاء " قال: سألت

أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبر مملوكا له تاجرا مؤسرا، فاشترى المدبر جارية بإذن مولاه فولدت منه أولادا فمات قبل سيده، قال: فقال: أرى أن جميع ما ترك المدبر من مال أو متاع فهو للذي دبره، وأرى أن أم ولده للذي دبرته، وأرى أن ولدها مدبرون كهيئة أبيهم، فإذا مات الذي دبر أباهم فهم أحرار " . وإذا تقرر ذلك فنقول: إن استمر المولى على تدبير الأم أو الأب فلا إشكال ولا خلاف في تبعية الأولاد لهما، وإن رجع في تدبير الأم أو الأب جاز أيضا لعموم الأدلة الدالة على جواز الرجوع في التدبير ما دام حيا. ثم إذا رجع فيها فهل يجوز له الرجوع في الأولاد منفردين أم لا؟ قولان، فالشيخ وتبعه المحقق في الشرايع على أنه لا يجوز الرجوع فيهم مطلقا لصحيحة أبان بن تغلب الآتي ذكرها، وقد ادعى الشيخ في الخلاف الوفاق. وقال ابن إدريس بجواز الرجوع وتبعه العلامة وولده في إيضاح القواعد والشهيد الأول وأكثر المتأخرين لعموم الأدلة على جواز الرجوع في التدبير، ولأن تدبير الولد فرع

(١) قرب الإسناد ص ١١٩، بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٨٦ وفيه " ما حالهم "، الوسائل

ج ١٦ ص ٩١ ب ٥ ح ٦ و ٧.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٥ ح ٨، الفقيه ج ٣ ص ٧٣ ح ١٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٦١

ح ١١، الوسائل ج ١٦ ص ٩٢ ب ٦ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

تدبير الأبوين، فلا يزيد الفرع على أصله. والأقوى الأول، فإننا نمنع عموم الدعوى بعد ورود هذه الرواية الصحيحة وغيرها المخرجة لهذا الفرد من عموم هذه القاعدة. وتلك الرواية هي صحيحة أبان بن تغلب (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبر مملوكته ثم زوجها وترك أولادا منها، قال: أولادها منها كهيتها فإذا مات الذي دبر أمهم فهم أحرار، قال: قلت له: أيجوز للذي دبر أمهم أن يرد في تدبيره إذا احتاج؟ قال: نعم، قلت: أرأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج وبقي أولادها من الزوج الحر، أيجوز لسيدتها أن يبيع أولادها وأن يرجع عليهم في التدبير؟ قال: لا، إنما كان له أن يرجع في تدبير أمهم إذا احتاج ورضيت هي بذلك "

وأما الفرق بين حكم الفرع والأصل بعد النص، أن تدبير الأصل لما كان بمباشرة المالك جاز له الرجوع في وصيته بخلاف الولد، فإن حكم تدبيرهم قهري من الله فلا اختيار له فيه، لكن ربما قرح في الرواية من حيث اشتغالها على كون أبيهم حرا وهو يوجب تبعيتهم له فيها، وحملت تارة على اشتراط الرقية كما هو اختيار المشهور، واستضعفه في المسالك لعدم ظهوره منها. والأقوى أن هذا الخبر من هذه الأخبار الدالة على تبعية الولد لأحد الأبوين في الرق كما عليه العامة ومختار الإسكافي من علمائنا، وقد تقدمت أخبار صحاح في كتاب النكاح وأحكام الأولاد التي على ذلك فتكون دالة على حكم التدبير، ويمكن حملها على تأخر حرية الأب عن الاستيلاء وإن كان بعيدا.

الخامس: أنه إذا دبرها ثم رجع في تدبيرها فأتت بولد لدون ستة أشهر من حين الرجوع ولم يجاوز أقصى مدة الحمل من حين التدبير فلا كلام في بقاءه على التدبير لتحقق علوقها به في زمن التدبير، كما لا إشكال في انتفاء تدبيره

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ٩٢ ب ٧ ح ١ وفيهما " زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها وترك أولاده منها - أولاد منها " مع اختلاف يسير.

لو ولدت لأقصى الحمل فصاعدا من حين الرجوع.
أما إذا ولدت فيما بين ذلك فقد أطلق المحقق والأكثر أنه لا يكون تدييرا
لاحتمال أن يكون تجدد بعد الرجوع، ولم يفرقوا في ذلك بين أن يكون فراشا
وعدمه، ووجهه أصالة تقدمه وأصالة بقاءه على ملك مالك التام، وقد تقدم الفرق بين
الحالين في مواضع عديدة، فإنه إذا لم يكن لها زوج يمكن تجدده منه حكم
بوجوده إلى إقصاء الحمل حملا لحال المسلم على الصحيح، والفرق بين الأمرين
غير واضح.

أما لو دبرها حاملا قبل أن يعلم بالحمل فالمشهور بين الأصحاب أن الحمل
لا يتبع الحامل في شيء من الأحكام إلا بالنص عليه بالتبعية، فلا يتبعها في
التدبير إلا مع التصريح بإدخاله، حتى أن الشيخ مع حكمه بالحاقها في البيع
والعتق وافق في المبسوط والخلاف هنا المشهور على عدم التبعية، لكنه في النهاية
ذهب إلى التبعية أيضا عند العلم به وإلا فلا استناد إلى رواية الوشاء (١)
المتعددة الطرق، وقد مر ذكرها، وفيها الحسن والضعيف عن الرضا عليه السلام " قال:
سألته عن رجل دبر جاريته وهي حبلى، فقال: إن كان علم بحمل الجارية فما في
بطنها بمنزلتها، وإن كان لم يعلم فما في بطنها رق "

وقد عمل بمضمونها كثير من المتقدمين والمتأخرين ونسبوها إلى الصحة،
وقد عرفت أن الصحة فيها بالاصطلاح المحدث غير ثابتة، والحق أنها باصطلاح
القدماء صحيحة لأن مدارهم في الصحة على القرائن.
وأما باصطلاح المتأخرين فهي بطرق كأحد الطريقتين من الضعيف وفي
الفقيه وأحد طريق التهذيب من الحسن، واحتمل فيها شهيد المسالك الصحة
الإضافية لأن الحسن كذلك وإن كان خلاف المصطلح، لأن رواية الحسن من الحسن
لأنه ممدوح وليس بثقة، بل ربما قدح في روايته بعض المتأخرين حيث إنه كان

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٨ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٩٠ ب ٥ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير.

يقول بالوقف فرجع عنه لمعجزة شاهدها من الرضا عليه السلام ولم يعلم من رواياته أنها

قبل الرجوع أو بعده. إلا أن إطباقهم على عد رواياته في الحسن ربما كشف عن كون روايته بعد الرجوع كما حققه شيخنا البهائي في حبل المتين. وذهب المحقق في الشرايع والعلامة في جملة من كتبه تبعاً لشيخ المبسوط والخلاف وابن إدريس إلى عدم تبعيتها مطلقاً، علم به أو لم يعلم، للأصل وانفصاله عنها حكماً كنظائره.

ولموثقة عثمان بن عيسى (١) عن الكاظم عليه السلام أو ضعيفته " قال: سألته عن امرأة دبرت جارية لها " وساق الحديث كما تقدم إلى أن قال: " إن كانت المرأة دبرت وبها حبل ولم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبرة والمولود رق، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير أمه ".

وفي المسألة قول آخر بسراية التدبير إلى الولد مطلقاً. وأقوى الأقوال أوسطها لما سمعت من الأدلة المطلقة والمفصلة والمبينة والمجملة، وإن كان الاحتياط في العمل برواية الوشاء.

السادس: قد سمعت فيما سبق اشتراط البلوغ والتكليف، فلو دبر الصبي لم يقع تدبيره. وذكر المحقق في الشرايع رواية مرسلة في جواز تدبير ابن عشر سنين إذا كان مميزاً ولم نقف عليها بعد التتبع التام، وقد فسرها شارح كلامه بالرواية المذكورة في مطلق العتق والوصية، بناء على أن التدبير مختص فيهما إلا أن فيه بخصوصه رواية كذلك.

وفيه نظر، لأن الظاهر من عبارته وجود روايته بالخصوص، والأظهر عدم الصحة فيه، والمحقق - رحمه الله - رجح جواز وصيته كما هو المشهور فتوى ورواية، عملاً بالأخبار الكثيرة، وتردد في العتق وجزم هنا بعدم صحة تدبيره مع أنه راجع إليهما كما عرفت، ومثله العلامة في الارشاد في الوصية والتدبير. وقال

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ٩٠ ب ٥ ح ٢ وفيهما " والولد رق ".

ثاني الشهيدين في المسالك: وبرجوعه إلى الرجوع أولى من الفرق بما لا يجدي.
أما اشتراط الاسلام فلا مستند له وفاقا للمحقق ومن تبعه، وشرطه ابن
إدريس وقد بنى الخلاف في ذلك على أن التدبير هل هو وصية أو عتق؟
فعلى الأول) يصح من الكافر مطلقا لعدم اشتراط نية القربة، ولدلالة
الأخبار التي تقدم ذكرها في الوصية الدالة على وجوب إنفاذها من الكافر،
يهوديا كان أو نصرانيا أو حربيا، لعدم اشتراط نية التقرب فيها.

وعلى (الثاني) يبنى على اشتراطها في العتق وعدمه كما تقدم عن قريب
الكلام عليه، أو على أن المراد بها قصد القرب سواء حصل أم لا، فعلى الأول
لا يصح تدبير الكافر مطلقا، وعلى الثاني يصح، وعلى الثالث يصح ممن أقر لله
تعالى كالكتابي دون غيره، وأما الفرق بين الحربي والذمي فلا مدخل له في هذا
الحكم إن جعلنا الحربي شاملا للكتابي الذي لا يلتزم أحكام الذمة، وقد تقدم
الكلام في ذلك مستوفا. وأن الأصح صحة التدبير من الكافر مطلقا لعموم أخبار
التدبير وعدم قيام دليل على اشتراط الاسلام في العتق فضلا عن التدبير المحتمل
لأن يكون وصية أو معاملة غير الوصية وغير العتق.

السابع: فلو دبر المسلم عبده ثم ارتد، فإن كان ارتداده عن غير فطرة لم
يبطل التدبير لاستمرار الملك، فإن استمر على تدبيره إلى أن مات عتق المدبر
لوجود المقتضي له وانتفاء المانع، وإن كان عن فطرة ففي بطلان التدبير وجهان
بل قولان:

من زوال ملك المرتد عن فطرة والمدبر قابل للخروج عن ملكه، وقد
حصل سببه وهو الارتداد فيزول شرط استمرار الصحة لأن شرطها بقاء الملك إلى
الموت، والمشروط عدم عند عدم شرطه.

ومن سبق حق المدبر على حق الوارث فلا ينتقل إليه خصوصا عند من
يمنع عن بيع المدبر، فإذا مات السيد انعتق ثلثه حسب إذ لا مال له سواه. وهل

يجعل للورثة الثلثان؟ يحتمله لعدم الفائدة في حبسه عنهم إن نقل بقبول توبته، وإلا فالفائدة محتملة لتجدد مال آخر له على تقدير التوبة. أطلق الشيخ في المبسوط القول ببقاء التدبير مع الارتداد، والأشهر التفصيل، وإن كان ما اختاره شيخ المبسوط متجها لما ثبت في الأخبار من قبول توبته فيما بينه وبين الله. وربما قيل بانعاقه بالارتداد عن فطرة تنزيلا له منزلة الموت، ولهذا تعتد امرأته وتقسم تركته وبنفذ وصاياه، وهو بعيد.

ولو ارتد قبل التدبير ثم دبر صح تدبيره إن كان ارتداده لا عن فطرة، وأطلق الشيخ - رحمه الله - الجواز، وهو قول ابن الجنيد أيضا، وهو في الفطري مشكل لانتقال أمواله إلى ورثته.

ثم إن المرتد بالنسبة إلى التدبير وما في معناه بمنزلة الكافر، فإن اشترطنا نية التقرب بطل تدبيره مطلقا، وإلا صح وقوعه من غير الفطري كالكافر. وأما في الفطري ففيه إشكال، منشأه ما هو المشهور من انتقال ما له عنه فلا يتصور منه التدبير المشروع بالملك، مضافا إلى ما علل به الملي، وأطلق الشيخ وابن الجنيد جوازه ويدل على انتقال المال عنه، وهذا بمذهب ابن الجنيد أنسب، حيث إن المرتد يستتاب مطلقا إذا لم يفرق بين الملي والفطري كالمشهور، إلا أن استفادة الفرق بينهما وإثبات هذه الأحكام مع كونها مشهورة من النصوص مشكل، وسيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى.

الثامن: إذا دبر الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد نظر، فإن رجع السيد عن التدبير بالقول ببيع عليه وجوبا قولاً واحداً، وإلا ففي بيعه عليه قولان. أظهرهما ذلك، لانتفاء السبيل للكافر على المسلم، ولخبر حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام كما في نهاية (١) الشيخ ومرسلته (٢) كما في الكافي والتهذيب

(١) النهاية ص ٣٤٩ ح ٢ وفيه " أتى بعبد لذمي "

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٣٢ ح ١٩، التهذيب ج ٦ ص ٢٨٧ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ٨١

ب ٧٣ ح ١ وما في المصادر " أتى بعبد لذمي "

عن أبي عبد الله عليه السلام " أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد ذمي قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقروه عنده ". ولقوله صلى الله عليه وآله (١)

" الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ". وطاعة المولى علو منه وفي ملكه له إذلال للمسلم ولا يؤمن أن يستخدمه فيذله

وقال ابن البراج: يتخير بين الرجوع في التدبير فيباع وبين الحيلولة بينه وبين كسبه للمولى وبين استسعائه. وحينئذ فينفق عليه من كسبه، فإن فضل منه شيء فهو للمولى على القولين، فإذا مات قبل بيعه ورجوعه عتق من ثلاثة، فإن بقي منه شيء سعى فيه للورثة إن كانوا مسلمين، وإلا بيع عليهم لبطلان التدبير بالموت.

التاسع: يصح التدبير لمن تعذر عليه النطق كالأخرس أو لمن اعتقل لسانه بالمرض بالإشارة المفهومة لذلك، وكذا رجوعه، وكذلك بالكتابة عند نصب القرينة كما تقدم في العتق، كما يصح ذلك في تصرفاتهم وسائر معاملاتهم لأن الإشارة والكتابة قائمتان مقام اللفظ، سواء كان المانع أصليا أم عارضا، لعموم الأدلة ولخصوصها أيضا، وسواء أخرج بعد التدبير فيرجع بالإشارة أم قبله، لاشتراك الجميع في المقتضى ويشترط فيهم إشارته ولو بعدلين ليثبت به حيث يحصل النزاع. وقد ثبت في موثقة يونس بن يعقوب (٢) التي مر ذكرها، وكذلك في صحيحة الحلبي (٣) " أن أمامة بنت أبي العاص وأمها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله كانت تحت علي بن أبي طالب عليه السلام بعد فاطمة، فخلف عليها بعد علي عليه السلام المغيرة بن نوفل

وذكرت أنها وجعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها فجاءها الحسن والحسين عليهما السلام ابنا علي عليه السلام وهي لا تستطيع الكلام فجعلا يقولان لها - والمغيرة كاره لذلك -

(١) الفقيه ج ٤ ص ٢٤٣ ح ٣، الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٦ ب ١ ح ١١.

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤١ ح ٢٨، الفقيه ج ٤ ص ١٤٦ ح ٢ وفيهما " أعتقت فلانا وأهله؟ فجعلت تشير برأسها نعم، وكذا "، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ب ٤٩ ح ١ وفيه اختلاف يسير.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٥٨ ح ١٦٩، الوسائل ج ١٦ ص ٥٩ ب ٤٤ ح ١.

أعتقت فلانا وأهله؟ فجعلت تشير برأسها لا، وكذا وكذا؟ فجعلت تشير برأسها نعم لا تفصح بالكلام، فأجازا ذلك لها " .

وصحيحة علي بن جعفر (١) وروايته اللتان تقدمتا عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألت عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهلوهما تسائله: أعتقت فلانا وفلانا؟ فيؤمي برأسه أو تؤمي برأسها في بعض نعم وفي بعض لا، وفي الصدقة مثل ذلك، أيجوز ذلك؟ قال: نعم هو جائز " .

وكذلك في خبر محمد بن جمهور (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في قضية فاطمة بنت

أسد عندما اعتقل لسانها، فجعلت تؤمي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله إيماء، فقبل رسول

الله صلى الله عليه وآله وصيتها، وكان من وصيتها أن أمرت بعتق خادمها " .
وبالجملة: فالأخبار بهذا المعنى مستفيضة وهو موضع وفاق، ولو فهم المملوك ذلك منه خاصة ترتب حكم التدبير فيما بينه وبين الله تعالى، كما لو وقع التدبير من الصحيح بينه وبين عبده بغير إظهار أحد، ولو أنكر بعد ذلك فكانكار الصحيح وهل يعد رجوعاً؟ فيه قولان، وستجئ الإشارة إلى ذلك والتنبيه عليه، وقد خالف بعض العامة فمنع من رجوعه بالإشارة وجوز تدبيره بها بناء على أن الرجوع لا يصح عنده بالقول بل بالفعل، وغاية إشارته أن تقوم مقام القول فلا يزيد الفرح على أصله.

العاشر: قد اختلف في حقيقة التدبير في أنه من أي باب؟ أهو من الوصية أم من العتق أم خارج عنهما وإن ناسبهما من وجوه مخصوصة؟ وعلى كل تقدير فالمشهور بينهم أنه عتق لكن يصح الرجوع فيه ما دام حيا كالوصية. واضطرب كلام المحقق هنا في شرايعه فتارة جعله بصفة الوصية وليس بوصية حقيقية، وفي صدر كتاب التدبير في مقام التعريف له ما هو صريح في ذلك.

(١) قرب الإسناد ص ١١٩، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ب ٤٩ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ١ ص ٤٥٣ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٨ ب ٤٩ ح ٣.

وفي النافع قطع بكونه وصية، وهذا الاختلاف ناش عن اختلاف الأخبار لكونها في غاية الاختلاف.

وصحيحة ابن مسكان (١) كما في الكافي والتهذيب والفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن المدبر من الثلث وأن للرجل أن ينقض وصيته

فيزيد فيها أو ينقص عنها ما لم يمت "

وفي صحيحة معاوية بن عمار (٢) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبر فقال:

هو بمنزلة الوصية يرجع فيما شاء منها "

وموثقة زرارة (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألت عن المدبر هو من الثلث؟ قال: نعم، وللموصي أن يرجع في وصيته أوصى في صحة أم مرض "

وصحيحة محمد بن مسلم (٤) كما في الكافي والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام " قال:

المدبر من الثلث، وقال: للرجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحة أو مرض "

وصحيحة معاوية بن عمار (٥) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبر قال: هو بمنزلة الوصية فيما شاء منها "

وخبر أبي بصير (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: المدبر مملوك ولمولاه أن يرجع

(١) الكافي ج ٧ ص ١٢ ح ٣، الفقيه ج ٤ ص ١٤٧ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ١٩٠ ح ١٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٥ ب ١٨ ح ١ وما في المصادر " وينقض منها "

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٣ ح ٢ وفيه " يرجع فيها وفيما شاء "، الوسائل ج ١٦ ص ٨٦ ب ٢ ح ١.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ٨٦ ب ٢ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٤) الكافي ج ٧ ص ٢٢ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٥ ح ٣٣، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٩ ب ١٩ ح ١.

(٥) الكافي ج ٧ ص ٢٣ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٩ ب ١٩ ح ٤ وفيهما " يرجع فيما شاء "

(٦) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٢ ح ٣ وفيهما " وإن هو تركها ولم يغيرها حتى "

في تدبيره، إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أمهره، وإن تركه سيده على التدبير فلم يحدث فيه حدثا حتى يموت سيده فإن المدبر حر إذا مات سيده وهو من الثلث، إنما هو بمنزلة رجل أوصى بوصية بدا له فغيرها قبل موته فإن هو تركها حتى يموت أخذ بها".
وصحيحة منصور (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: إن حدث بي حدث في مرضي هذا فغلامي فلان حر، فقال أبو عبد الله عليه السلام: يرد من وصيته ما شاء ويجيز ما شاء".

وهي كما ترى بعضها دال على أنه وصية محضة وبعضها بمنزلة الوصية وإن كان التحقيق أنه بمنزلة الوصية لا عينها كما ذكره المحقق هنا، لأنه لو كان وصية محضة لا فتقر إلى صيغة بعد الموت، ولا يلزم من كونه بمنزلتها مساواتها في جميع الأحكام في عتقه بل المراد أنه بمنزلتها في الأحكام المسؤول عنها في الروايات وهو كونه من الثلث وأنه يجوز الرجوع فيه ونحو ذلك، لكن فيه شائبة من العتق وليس بعنق محضا كما قاله ابن إدريس وغيره، وإلا لما صح الرجوع فيه وكونه متردد بينهما في بعض الأحكام ومستقلا بنفسه في بعض، ومن ثم وقع بصيغة خاصة خارجة عن الأمرين أظهر لانطباق هذا القول على جميع أخبار الباب.

الحادي عشر: قد عرفت مما سبق أن التدبير من الايقاعات الجائزة القابلة للفسخ كالوصية، وفسخه قد يكون بالقول كقوله: رجعت في هذا التدبير أو أبطلته أو رفعته وما أشبه ذلك، وقد يكون بالفعل كأن ينقل المدبر لغيره بناقل شرعي حتى لو كانت هبة غير مقبضة فإنها تبطله لدلالاتها على الرجوع، تصح الهبة عند تمام شرائطها، خلافا لابن حمزة حيث شرط في صحتها تقدم الرجوع فيه بالقول وأولى بالرجوع ما لو أعتقه لأنه تعجيل مسبب التدبير - أعني الحرية -

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٩١ ح ١٩، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٧ ب ١٨ ح ٨.

فقد زاده خبر، وكذا يبطل توقفه وإن لم يقبضه لدلالته على الرجوع كالهبة،
والخلاف فيه كالخلاف فيها ومثله الوصية به.
وأما بيعه فالأظهر أنه كذلك لما ذكر، ولأن الوصية تبطل بإخراج الموصى
به عن ملك الوصي، والبيع ناقل للملك، والتدبير وصية أو بمنزلتها كما مر.
ولذلك جملة من الأخبار على ذلك مثل صحيحة محمد بن مسلم (١) كما في
الكافي والتهذيب " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبر مملوكا له ثم
احتاج

إلى ثمنه، قال: هو مملوكه إن شاء باعه وإن شاء أعتقه وإن شاء أمسكه حتى
يموت، فإذا مات السيد فهر حر من ثلثه "

وصحيحة إسحاق بن عمار (٢) " قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يعتق
مملوكه عن دبر ثم يحتاج إلى ثمنه، قال: يبيعه، قلت: فإن كان عن ثمنه غنيا؟
قال: إن رضي المملوك فلا بأس "

وصحيحة جميل (٣) كما في الفقيه والتهذيب " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام
عن

المدبر أبيع؟ قال: نعم إن احتاج صاحبه إلى ثمنه وإذا رضي المملوك حسن
فلا بأس "

وصحيحة محمد بن مسلم (٤) الأخرى " قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل
دبر مملوكه ثم يحتاج إلى الثمن، قال: إذا احتاج إلى الثمن فهو له، يبيع

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٥ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ٢٩٥ ح ٦، الوسائل ج ١٦
ص ٨٤ ب ١ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ١٩ وليس فيه " فلا بأس "، الوسائل ج ١٦ ص ٨٥
ب ١ ح ٤.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٧١ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ٢٠، الوسائل ج ١٦ ص ٨٥
ب ١ ح ٥ وليس في المصادر " حسن " مع اختلاف يسير.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ٢١، الوسائل ج ١٦ ص ٨٦ ب ١ ح ٧ وفيهما في
آخر الصحيحة " فذلك من الثلث "

إن شاء وإن شاء أعتق " .
وخبر أبي بصير (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: المدبر مملوك ولمولاه أن يرجع في تدييره، إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أمهره " .
وخبر الوشاء (٢) " قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يدبر المملوك وهو حسن الحال ثم يحتاج له، يجوز له أن يبيعه؟ قال: نعم. إذا احتاج إلى ذلك " .
هكذا في الكافي والتهذيب ورواه في الفقيه من الحسن.
ويدل عليه إطلاق صحيحة معاوية بن عمار المتقدمة، وكذلك موثقة زرارة وصحيحة محمد بن مسلم لقوله " المدبر بمنزلة الوصية يرجع بما شاء منها " كما في الأولى، وفي الثانية " المدبر من الثلث وللرجل أن يرجع في ثلثه " ، وفي الثالثة " والموصى أن يرجع في وصيته أوصى في صحة أو مرض " .
وفي صحيحة هشام بن الحكم (٣) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يدبر مملوكه، أله أن يرجع فيه؟ قال: نعم هو بمنزلة الوصية " .
قال الشيخ في النهاية: لا يجوز بيعه قبل أن ينقض تدييره إلا أن يعلم المبتاع أنه يبيعه خدمته، وأنه متى مات هو كان حرا لا سبيل عليه.
وقال الصدوق: لا يجوز بيعه إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أو يعتقه عند موته. وقريب منه قول ابن أبي عقيل.
وقال المفيد: متى مات البائع صار حرا لا سبيل عليه وإن لم يشترط وهو قول الشيخ أيضا. ومستند هذه الأقوال ظاهر الروايات المختلفة، وقد تقدم منها ما يدل على جواز الرجوع والبيع.

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٢ ح ٣.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٣ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٧١ ذيل ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ٢٨٥ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ٨٥ ب ١ ح ٣ وما في المصادر اختلاف يسير.
(٣) الكافي ج ٧ ص ٢٢ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٩ ب ١٩ ح ٣.

وقد دلت صحيحة محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام " في الرجل يعتق غلامه أو جاريته عن دبر منه ثم يحتاج إلى ثمنه، أيبعه؟ قال: لا، إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته ".
ومثلها صحيحة الأخرى (٢) كما في الفقيه.
وصحيحة الحلبي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.
وهذه الأخبار حجة الصدوق ومن قال بمقالته. وأما ما يدل على أحد قولي الشيخ من جواز بيع الخدمة فرواية القاسم بن محمد (٤) عن علي " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جارية في حياته، قال: إن أراد بيعها باع خدمتها في حياته، فإذا مات أعتقت الجارية، وإن ولدت أولادا فهم بمنزلتها ".
وخبر السكوني (٥) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام " قال: باع رسول الله صلى الله عليه وآله خدمة المدبر ولم يبع رقبتة ".
وصحيحة أبي مريم (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام وقد تقدمت وفيها " الرجل يعتق جاريته عن دبر أيطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها في حياته؟ فقال: أي ذلك شاء فعل ".
وصحيحة أبي بصير (٧) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد والأمة يعتقان

-
- (١) الفقيه ج ٣ ص ٧١ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٢ وفيه " وجاريته "،
الوسائل ج ١٦ ص ٨٥ ب ١ ح ٦.
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٧١ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٢ وفيه " وجاريته "،
الوسائل ج ١٦ ص ٨٥ ب ١ ح ٦.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٣.
(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٤ ح ٢٦، الوسائل ج ١٦ ص ٨٨ ب ٣ ح ٣ وفيها: " جارية له عن دبر في حياته ".
(٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٠ ح ٨، الوسائل ج ١٦ ص ٨٨ ب ٣ ح ٤.
(٦) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٤ وفيه " فقال: نعم أي "، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٣ ح ١.
(٧) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٥، الوسائل ج ١٦ ص ٨٨ ب ٣ ح ٢ وفيهما " إلا أن يشاء - يبيعه قدر حياته ".

عن دبر، فقال: لمولاه أن يكاتبه إن شاء وليس له أن يبيعه إلا أن شاء العبد أن يبيعه في حياته وله أن يأخذ ماله إن كان له مال".

ورواها الصدوق (١) أيضا من الصحيح كما في الفقيه إلا أنه قال فيها "مدة حياته".

ورواها في المقنع (٢) مرسله.

وهذه حجة الشيخ مضافا إلى الجميع بين الأخبار التي دل بعضها على جواز بيعه مطلقا وبعضها على النهي عنه وبعض على الإذن في بيع الخدمة مدة حياته بحمل الأولى على بيع الخدمة. وحمل ابن إدريس بيع الخدمة على الصلح مدة حياته لأن البيع لا يقع إلا على الأعيان. والعلامة على الإجارة مدة فمدة حتى يموت. والمحقق - رحمه الله - ومن تأخر عنه قطعوا ببطان بيع الخدمة لأنها منفعة مجهولة. وأجيب عن ذلك بالجهالة غير قاذحة لجواز استثناء هذا بهذه الأخبار الواردة فيه بالخصوص على أن المقصود بالبيع في جميع الأعيان هو الانتفاع ولا تقدير فيه للمدة، فإذا وردت الأخبار الكثيرة بجوازه فلم يبعد القول به، واختاره شهيد الدروس.

وعلى هذا فالمتجه جواز بيع الرقية كما دلت عليه الأخبار المستفيضة السابقة وبيع المنفعة منفردة إبقاء للتدبير على أصله كما دلت عليه الأخبار. وأما حمل الشيخ بيع المدبر على بيع خدمته وحصره الجواز فيه إذا لم يرجع في التدبير فليس بجيد، لأن مقصود المشتري الرقية فإذا لم يصح بيعها وصرف إلى بيع الخدمة في المدة المخصوصة كان اللازم بطلان البيع كما لو اشترى شيئا على أنه جنس معين فظهره غيره. وأما تنزيله على أن البيع متناول للرقية مدة الحياة كمشروط العتق

(١) الفقيه ج ٣ ص ٨٢ ح ٨.

(٢) المقنع ص ١٥٨.

ففساد لتصريح الأخبار، والفتوى يتناول بيع الخدمة دون الرقية، ولأن اعتاقه بالموت عن البائع لا من المشتري فيدل على عدم انتقال الرقية إلى المشتري وإلا لكان عتقه عنه إذا لم يشترط عليه عتقه عن البائع بل اعتق بالتدبير السابق، والأصح صحة البيع في رقبته وأن ذلك رجوع في التدبير، ويترتب عليه بطلان التدبير.

ويمكن حمل الأخبار الناهية عن البيع والاقتصار على بيع الخدمة على التقية لأنه مذهب جماعة.

ولو أنكر المولى تدبيره لم يكن رجوعاً في المشهور، لأنه أعم من الرجوع فلا يدل عليه، ولا مكان استناده الإنكار له إلى نسيان التدبير فلم يقصد به الرجوع وقيل: يكون رجوعاً لاستلزامه رفعه في سائر الأزمان وكان أبلغ من الرجوع المقتضي لرفعه في المستقبل خاصة، والأقوى هو المشهور إلا مع قصد الرجوع به، وحينئذ فيرجع إليه في ذلك، وإن لم يعرف بالقصد لم يكن رجوعاً. وكذا القول في سائر الأحكام التي يجوز الرجوع فيها كالوكالة والوصية وإنكار البيع الجائز. وأما إنكار الطلاق وإعداده رجعة فللنص الصحيح الوارد بكونه رجوعاً مع كونه على خلاف الأصل، وقد تقدم تحقيقه فيه.

أما لو ادعى المملوك التدبير وأنكر المولى فحلف لم يبطل التدبير في نفس الأمر، لأن إنكاره وحلفه مع عدم البينة وإن اقتضيا ارتفاعه ظاهراً لكن لا يرتفع في نفس الأمر فهو بحاله ما لم يحصل منه ما يدل على الرجوع، فلو مات على هذه الحالة اعتق المملوك فيما بينه وبين الله تعالى.

وقد تظهر الفائدة ظاهراً كما 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 فائدته أيضاً كما لو كان الحلف لعدم البينة ثم وجدت بعد ذلك.

الثاني عشر: المدبر يعتقد بموت مولاه من ثلث مال المولى، هذا إذا كان تدبيره معلقا على موت المولى ولم يكن منذورا ولا معاهدا عليه ولا يميننا لأنها وصية متبرع بها، أو هو بمنزلتها فيكون بحكمها. ولو جعلناه عتقا فالعتق المعلق على الموت كذلك مثل المنجز في مرض الموت كما مر تحققه في المشهور فالمتأخر عنه أولى.

وقد تقدمت جملة من الأخبار دالة عليه مثل صحيحة محمد بن مسلم (١) لقوله فيها "فهو مملوك" إلى قوله "فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه". وفي صحيحة محمد بن مسلم (٢) الأخرى عن أحدهما عليهما السلام "قال: المدبر من الثلث".

وخبر الحسين بن علوان (٣) عن الزيدية عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام "قال: المعتق على دبر فهو من الثلث". ومرسلته (٤) مثله.

وخبر أبي بصير (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام وتقدمه "قال: المدبر مملوك ولمولاه أن يرجع في تدبيره، إن شاء باعه وإن شاء وهبه" إلى أن قال: "وإن تركه سيده على التدبير ولم يحدث فيه حدثا حتى يموت سيده فإن المدبر حر إذا مات سيده، وهو من الثلث، إنما هو بمنزلة رجل أوصى بوصية" الحديث. وصحيحة محمد بن مسلم (٦) "قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبر مملوكا

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٥ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ٨٤ ب ١ ح ١.
 - (٢) الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٢ ح ٤.
 - (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٦ ص ٩٣ ب ٨ ح ٢.
 - (٤) الفقيه ج ٣ ص ٧٣ ح ١٣، الوسائل ج ١٦ ص ٩٣ ب ٨ ح ٢.
 - (٥) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٩٣ ب ٨ ح ٣.
 - (٦) الكافي ج ٦ ص ١٨٥ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ٨٤ ب ١ ح ١.

له ثم احتاج إلى ثمنه " وساق الحديث كما تقدم إلى أن قال: " فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه " .

وصحيحته الأخرى (١) " قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل دبر مملوكه ثم يحتاج إلى الثمن " وساق الحديث إلى أن قال: " وإن شاء أعتق وذلك من الثلث " .

وفي صحيحته الخامسة (٢) عن أحدهما عليهما السلام " قال: المدبر من الثلث وللرجل أن يرجع في ثلثه " .

هذا كله إذا كان معلقا بموت المولى متبرعا به، فلو علقه بموت المخدوم أو الزوج ومات في حياة المولى وصحته لم يعتبر من الثلث، إذ لا وجه له، فإنه كتعجيل العتق في حال الحياة. وحينئذ فيجب حمل الأخبار المطلقة أو العامة مما قدمناها وتأتي في كونها من الثلث على التدبير الغالب المتفق عليه وهو المعلق بموت المولى، بل فيها ما يدل عليه صريحا كقوله " فإذا مات السيد فهو حر لثلثه " .

ولو مات المخدوم في مرض موت المولى أو بعده فهو من الثلث أيضا كالمعلق على وفاة المولى ولو كان واجبا بنذر أو شبهه كالعهد واليمين، فإن كان في مرض الموت وكانت المنجزات من الثلث لم يتغير الحكم، وإن كان في حال الصحة فإن كان المندور هو التدبير فالأظهر أنه من الثلث أيضا لأنه لا يصير واجب العتق بذلك إنما يجب تدبيره، فإذا دبره فقد برئ من النذر ولحقه حكم التدبير وإن كان قد نذر عتقه بعد الوفاة فهو من الأصل كغيره من الواجبات المالية، ومثله نذر الصدقة ونحوها بمال بعد الوفاة. وفي التحرير ساوى بين الأمرين في خروجه من الأصل ونقله أول الشهيدين

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ٢١، الوسائل ج ١٦ ص ٨٦ ب ١ ح ٧.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ٨٧ ب ٣ ح ٤.

في الدروس عن ظاهر الأصحاب، والأظهر الأول. ولو جوزنا تعليق العتق على شرط كما هو مذهب القاضي والإسكافي كما لو قال: فهو حر قبل مرض موتي بيوم مثلا خرج من الأصل، وكذا لو جعلنا المنجزات من الأصل كما هو المختار فعلقه على آخر جزء من حياته، ولو نذر عتقه أو الصدقة بالمال أو صرفه في بعض الوجوه السابقة في آخر يوم من أيام صحته فكذلك، وفي آخر يوم من حياته على القول الآخر، ولا فرق في اعتبار التدبير بين المتبرع به من الثلث بين الواقع في مرض الموت والصحة كالوصية. ولو تعدد المدبر بتعدد الصيغة وجب إخراج الأول فالأول وإن لم يسع الجميع الثلث إلى أن ينقضي وبطل في الزائد، وإن اتحدت الصيغة أو تعدده وجهل الترتب عتق الثلث بالقرعة كما سبق في العتق المنجز، و يكون حكمه في الأمرين حكم الوصية.

الثالث عشر: لو دبر المالك عبده وعليه دين مستوعب للتركة بطل التدبير وبيع المدبر فيه، لأن التدبير كالوصية كما سمعت، ولا تزاحم الوصية الديون فيتعين في نفوذه كونه فاضلا من الثلث بعد أداء الدين وما في معناه من الوصايا الواجبة والعطايا المنجزة والمتقدمة عليه لفظا، ولا فرق في المشهور بين الدين المتقدم على إيقاع صيغة التدبير والمتأخر عنه كما هو الأصح. والقول بتقديمه على الدين مع تقدمه عليه للشيخ في النهاية وكتابي الأخبار وتمسك المشهور بما تقدم من الأخبار الدالة على أن التدبير كالوصية، ولا إشكال في وجوب تقدم الديون عليها تقدمت أو تأخرت.

وبصحيحة الحلبي (١) وبحسنه كما في الفقيه والكافي " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل قال: إن مت فعبدني حر وعلى الرجال دين، فقال: إن توفي

(١) لم نعثر عليه في الكافي، الفقيه ج ٣ ص ٧٠ ح ٢٢، التهذيب ج ٩ ص ٢١٨ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٣ ب ٣٩ ح ٣ وما في المصادر اختلاف يسير.

وعليه دين قد أحيط بثمن الغلام ببيع العبد، وإن لم يكن أحاط بالعبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه وهو حر إذا أوفى " .

واحتج الشيخ على ما فصل من الحكم بصحيفة علي بن يقطين (١) " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن بيع المدبر، قال: إذا أذن بذلك فلا بأس به، وإن كان على مولى العبد دين فدبره فرارا من الدين فلا تدبير له، وإن كان دبره في صحة وسلامة فلا سبيل للديان عليه ويمضي تدبيره " .

وبموثقة أبي بصير (٢) كما في التهذيب والكافي الفقيه " قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل دبر غلامه وعليه دين فرارا من الدين، قال: لا تدبير له، وإن كان دبره في صحة منه وسلامة فلا سبيل للديان عليه " .

وأجيب عنهما بحملهما على التدبير الواجب بنذر وشبهه، فإذا وقع كذلك مع سلامته من الدين فلا سبيل للديان عليه فلا بأس، وإن كان على مولى العبد دين فدبره فرارا من الدين فلا تدبير له .

ويمكن أن يستأنس المشهور بصحيفة البنظي عن الحسن بن علي بن أبي حمزة (٣) عن أبي الحسن عليه السلام " قال: قلت له: أبي هلك وترك جاريتين فدبرهما

وأنا ممن أشهد لهما وعليه دين كثير، فما رأيك؟ قال: رضي الله عن أبيك ورفع مع محمد صلى الله عليه وآله وأهله عليهم السلام قضاء دينه خير له إن شاء الله تعالى "

وكذا لو نذره فرارا من الدين لم ينعقد نذره لأنه لم يتعمد به الطاعة، وهو محمل بعيد، واحتمل فيه محدث الوسائل عدم استيعاب الدين للتركة، وهو أقرب، ويحتمل التقية لأنه مذهب بعض العامة .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦١ ح ١٣، الوسائل ج ١٦ ص ٩٤ ب ٩ ح ١ .
(٢) لم نعثر عليه في الكافي، الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ١١، التهذيب ج ٨ ص ٢٦١ ح ١٢، الوسائل ج ١٦ ص ٩٤ ب ٩ ح ٢ وما في المصادر " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام " .
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ١٦، الوسائل ج ١٦ ص ٩٥ ب ٩ ح ٣ وفيهما " قضاء دينه " .

الرابع عشر: إذا دبر بعض عبده لم يسر في الباقي، بمعنى أنه يعتقد معجلا بعد عتق الجزء المدبر، لأن التدبير ليس بعقد خالص محقق وإنما هو وصية به، وعلى تقدير كونه عتقا معلقا لم يقع بعد، فلا يدخل في عموم قوله "من أعتق شقصا" وبعد انعقائه لا يبقى المعتق مؤسرا بانتقال ماله عنه بالموت بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفة فوجدت الصفة وهو مؤسر، وجوزنا التعليق على الصفة فإنه يعتق النصيب ويسرى.

وللمرتضى قول بالسراية هنا وهو قول بعض العامة كالعتق المنجز لأنه يوجب استحقاق العتق بالموت فصار كالاستيلاء الموجب التقويم حصص الشركاء عليه، ويرد بمنع الاستحقاق أولا بجواز الرجوع ومنع الملازمة على تقدير الاستحقاق مع عدم تحقق العتق بالفعل لعدم المقتضي. والفرق بين الاستيلاء و التدبير ظاهر، إذ الاستيلاء كالاتلاف حيث إنه يمنع التصرف بالبيع ونحوه من التصرفات المملكة ولا طريق إلى دفعه بخلاف التدبير. ولو دبر بعض المملوك المشترك بينه وبين آخر لم يسر على الشرك كما تقدم في عتق السراية، ولم يقوم عليه نصيب الشريك لما تقدم من الدليل، والمخالف هنا كالسابق والدليل الدليل والجواب الجواب، بل هنا أولى بعدم السراية كما عليه أكثر الأصحاب.

ولبعض العامة هنا قول آخر وهو تخيير الشريك بين أن يضمه القيمة وبين أن يستسعى العبد وبين أن يدبر نصيبه أو يعتقه، ولو كان المالك واحدا ودبره أجمع ثم رجع في بعض التدبير فإنه صحيح كما تقدم، وكما يجوز له الرجوع في بعض الوصية دون بعض ولشمول تلك الأخبار له، وحيث يرجع في البعض لا يسري بما بقي فيه التدبير على ما رجع فيه إلى محض الرق لما تقدم من أنه ليس بعقد مطلقا، والخلاف والدليل والجواب فيها واحد. أما لو كان مشتركا بين اثنين فدبراه معا ثم عجل أحدهما العتق، فهل

يقوم عليه نصيب الآخر؟ فيه قولان، وقد تقدم الكلام عليه في فروع عتق السراية أحدهما لا يسري، فذهب إليه الشيخ في المبسوط محتجا بأن له جهة يعتق بها وهي التدبير فلا يحتاج إلى جهة أخرى، والوجه التقويم لأنه لم يخرج عن ملكه في التدبير فيدخل في عموم " من أعتق شقصا ".
أما لو كانت هذه الصورة بحالها لكن دبر أحد الشريكين حصته ثم عجل عتقها سرى إلى نصيب الشريك قطعاً لعموم وتامة الملك وعدم المانع منه هنا. وكذلك ما لو كانت الصورة بحالها لكن كان المعتق هو الشريك الذي لم يدبر، فهل يسري إلى نصيب شريكه المدبر؟ فيه القولان السابقان، فشيخ المبسوط لا يسري لأن حصة التدبير لها جهة عتق، والأكثر - وهو الأصح - على ثبوت السراية لأنه لم يخرج عن ملكه بالتدبير.
وليس في أخبارنا ما يدل على أصل هذه الفروع سوى ما تقدم في كتاب النكاح من صحيحة محمد بن قيس وموثقته وصحيحة محمد بن مسلم وموثقته (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألته عن جارية بين رجلين دبراها جميعاً ثم أحل أحدهما

فرجها لشريكه، قال: هو له حلال، وأيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي مات ونصفها مدبر، قلت: أرأيت إن أراد منهما الباقي أن يمسها، أله ذلك؟ قال: لا، إلا أن يثبت عتقها فيتزوجها برضا منها مثل ما أراد قلت له: أليس قد ملكت نصف رقبتها والنصف الآخر الباقي منهما؟ قال: بلى، قلت: فإن هي جعلت مولاهما في حل من فرجها وأحلت له ذلك؟ قال: لا يجوز له ذلك، قلت: لم يجوز لها ذلك كما أجزت للذي كان له حين أحل فرجها لشريكه منها؟ قال: إن الحرة لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلله، ولكن لها من نفسها يوم ولذي دبرها يوم، فإن أحب أن يتزوجها متعة بشيء في اليوم الذي

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٥ ح ١٩ و ج ٨ ص ٢٠٣ ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٥ ب ٤١ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشئ قل أو أكثر ".
وهي صريحة في عدم السراية في التدبير وإن كانت بين شريكين وعلى
جواز تعجيل عتق المدبر بعد تدبيره وإن كان بعضا منه.
وعلى هذا ينبغي حمل إطلاق صحيحة ليث المرادي (١) " قال: سألته عن
الرجلين تكون بينهما الأمة فيعتق أحدهما نصيبه فتقول الأمة للذي لم يعتق:
لا أبقى فقومني وردني كما أنا أخدمك، رأيت الذي لم يعتق النصف الآخر أن
يطأها، أله ذلك؟ قال: لا ينبغي له أن يفعل لأنه لا يكون للمرأة فرجان، ولا
ينبغي له أن يستخدمها ولكن له أن يستسعيها، فإن أبت كان لها من نفسها يوم
وله يوم ".

وكذا خبر أبي الصباح الكناني (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن
الرجلين تكون بينهما الأمة فيعتق أحدهما نصيبه فتقول الأمة للذي لم يعتق نصيبه
لا أريد أن تقومني، ردني كما أنا أخدمك، وأنه أراد أن يستنكح النصف
الآخر، قال: لا ينبغي له أن يفعل لأنه لا يكون للمرأة فرجان، ولا ينبغي أن
يستخدمها ولكن يقومها فيستسعيها " على أن العتق هنا فيها مراد به التدبير
وإن بعد من لفظها.

ويمكن حملها على ما تقدم حيث إن المعتق ليس بمؤسر فلا يقع السراية
بل يكون الخيار لمالك النصف الثاني بين إبقائها واستسعاؤها بعد التقويم، كما
هو مذهب جماعة من المتأخرين. والعجب من الأصحاب قديما وحديثا حيث لم
يتعرضوا لشيء من هذه الأخبار في مثل هذه المسائل والأحكام مع أنهم قد تعرضوا

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨١ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٣ ح ٢٢، الوسائل ج ١٤
ص ٥٤٦ ب ٤١ ح ٢ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ ح ٢ وفيه " ذرني كما أنا "، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٦ ب ٤١
ح ٣ وفيهما " لم يعتق نصفه ".

لها في كتاب النكاح وقدحوا في أحكامها المشتملة عليه وتلقاها بعضهم بالقبول وهو المعتمد، إلا أنه باعتبار التدبير وعدم السراية به لم يطعن أحد فيها لمطابقتها قواعد التدبير والسراية، فكان عليهم أن يذكروها هنا.

الخامس عشر: إذا أبق المدبر المعلق تدبيره على موت مولاه بطل تدبيره وكان هو ومن يولد بعد الإباق رقا، فظاهر الأصحاب الاجماع على هذا الحكم وفي الخلاف صرح بدعوى إجماعهم عليه، والأخبار به مستفيضة.
منها رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام كما في الكافي (١) " قال: سألته عن جارية مدبرة أبققت من سيدها مدة سنين كثيرة ثم جاءت بعد ما مات بأولاد ومتاع كثير وشهد لها شاهدان أن سيدها قد كان دبرها في حياته من قبل أن تأبق، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: أرى أنها وجميع ما معها فهو للورثة، قلت: لا تعتق من ثلث سيدها؟ قال: لا، إنها أبققت عاصية لله ولسيدها فأبطل الإباق التدبير "

ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن مسلم (٢) ورواه أيضا مرسلا. وموثقة العلاء بن رزين (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل دبر غلاما له فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم ولم يعلمهم أنه عبد فولد له وكسب مالا فمات مولاه الذي دبره فجاء ورثة الميت الذي دبر العبد فطالبوا العبد، فما ترى؟ فقال: العبد وولده رق لورثة الميت، قلت: أليس قد دبر العبد؟ فذكر أنه لما أبق هدم تدبيره ورجع رقا "

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٠٠ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٩٥ ب ١٠ ح ١ وفيهما " أبي جعفر الأول " مع اختلاف يسير.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٨٧ ح ٤، المقنع ص ١٦٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٥ ح ٢٩ وفيه " وولده لورثة الميت "، الوسائل ج ١٦ ص ٩٦ ب ١٠ ح ٢.

وقدح ثاني الشهيدين في كل من الروايتين بضعف طريقتيهما، ثم إنه أجاب عنهما بأنهما منجبران بالصحة أو الاجماع، وهذا بناء على الاصطلاح الجديد وعلى عدم الموثق في الضعيف، وقد فرقوا بين الإباق والارتداد حيث لم يكن الارتداد مبطلا للتدبير مع اشتراكهما في معصية المولى، وكون الثاني أقوى من حيث إن معصية الله تعالى أعظم، إلا أن الإباق لما كان يقتضي معصية المولين معا والمولى الآدمي محتاج إلى خدمته فقبول بنقيض مقصوده حيث قوتها عليه بخلاف معصية الله تعالى بالارتداد فإنه غني عنه ولا تعلق لذلك بالمولى المحتاج، وهو تعليل متكلف مع النص الذي هو الأصل في الحكم وينتقض بإبائه من عند المخدوم الذي علق تدبيره على موته فإنه لا يبطل بإبائه كما سيجى وتقدم أيضا مع اشتراكهما في الحاجة، وإنما الفارق النص. وعلى هذا فلا يبطل تدبير المملوك الارتداد إلا أن يلتحق بدار الحرب فيبطل للإباق، ولو مات مولاه قبل الالتحاق تحرر. وبالجملة: أن المشهور بين علمائنا - حتى كان أن يكون إجماعيا إلا من الإسكافي على ما سيجى - أن الارتداد لا يبطل التدبير مطلقا وإن حكم بقتله للأصل ما لم ينظم إليه الإباق بأن يلتحق بدار الحرب فيبطل من حيث الإباق كما تقدم. وخالف الإسكافي في حيث اكتفى في بطلان تدبيره بأحد أمرين: ارتداده أو التحاقه بدار الحرب، فيبطل من حيث الإباق والارتداد معا. وكلاهما ممنوع، إذ لا دليل على البطلان بمجرد الارتداد، وإلحاقه بالإباق قياس مع وجود الفارق كما أشرنا إليه في السابق من حاجة المولى وغناء الله تعالى، والتحاقه بدار الحرب لا يشترط انضمام الأسير إليه كما اشترطه هو في الالتحاق بدار الحرب في كلامه لكون الإباق علة مستقلة للبطلان. فعلى هذا لو مات مولاه بعد ارتداده وقبل فراره إلى دار الحرب أو إبائه بغيره تحرر لوجود المقتضي للعتق، فإن قتل قبل مولاه من حيث الارتداد بطل، كما لو مات حتف أنفه.

السادس عشر: لما كان بطلان التدبير بالإباق على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النص فيه وهو إباقه من المولى المعلق تدبيره بوفاته. أما لو جعل خدمته لغيره وعلق تدبيره على وفاة المخدوم لم يبطل بإباقه للأصل وصحيفة يعقوب بن شعيب (١) التي مر ذكرها مرارا حيث قال فيها " عن الرجل

يكون له الخادم فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرة فتأبى الأمة قبل أن يموت بخمس سنين أو ست سنين ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها بعد ما أبقت؟ فقال: لا، إذا مات الرجل فقد عتقت "

وباشتمالها على هذا الحكم ردها ابن إدريس ومن قال بمقالته لما ثبت من الإباق على كل تقدير يلزمه إبطال التدبير فلا يكون هذا تدبيراً، وقد مر الكلام في ذلك منقحا ومجابا عما أورده ابن إدريس.

وبقي ما لو علق تدبيره بوفاة الزوج أو غيره حيث يجوز ما بقي ومقتضى هاتين القاعدتين تابع لخدمته، فإذا لم تكن مجعولة لغير المولى بطل تدبيره بإباقه وإن لم يكن كذلك لم يبطل تدبيره بإباقه. وإن جعل خدمته لغيره وعلق تدبيره على وفاة غير المخدوم كالزوج فأبى بطلان تدبيره بذلك نظر، إذ كل واحد من الروايات الواردة من الجانبين لا تتناول هذا الفرد، لأنه موردها في البطلان المعلق على وفاة المولى، وفي عدمه معلق على وفاة المخدوم والأصل يقتضي عدم البطلان. ولو قيل بقصر عدم البطلان على إباق من جعلت خدمته لغيره وعلق تدبيره على وفاة المخدوم كان حسناً، لأن القاعدة والأصل بطلانه بالإباق وصار في تعليقه على وفاة المخدوم غير مبطل على خلاف ذلك الأصل بالنظر إلى ما ذكره الأصحاب فيقتصر على مورده لأن ظاهرهم الاتفاق على أن الإباق مبطل له إلا ما أخرجه الدليل، هذا عند من أثبتته كما هو المختار.

أما عند من أسقط المعلق بوفاة غير المولى والمخدوم نظر إلى عدم النص

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٤ ح ٢٨، الوسائل ج ١٦ ص ٩٦ ب ١١ ح ١.

الدال على الصحة. والاشكال مندفع لانتفاء ما بني عليه هذا الحكم كما عرفت وبمقتضى التعليل الذي علل به البطلان بالإباق - أعني مقابلة نعمة المولى وخدمته بالإباق والكفر إن أوجب له البطلان - فتثبت الصحة في التدبير المعلق على وفاة الزوج وإن حصل الإباق لعدم الوقوف على دليل يقتضي التعميم كما وقع للأصحاب في هذا المقام.

السابع عشر: إذا اكتسب المدبر مالا بعد موت مولاه وانعاقه في الجملة فإن نهض به الثلث كان الجميع حرا ويكون الكسب تابعا له لوقوعه حال الحرية، وإن لم ينهض به الثلث وعتق منه شيء كان الكسب تابعا لما فيه من الرقية والحرية بالنسبة، هذا إذا كان عتقه معلقا على وفاة المولى.

أما لو كان معلقا على وفاة غيره كمن جعلت له الخدمة أو كالزوج وتأخر موته عن موت المولى فإنه باق على التدبير والرقية إلى أن يحصل موت المعلق عليه العتق أو الوصية.

وهل يجوز للوارث الرجوع في تدبيره فيما بين وفاة المولى والمخدوم كما كان ذلك جائزا للمولى؟ نظر: من إطلاق النصوص والفتاوى بجواز الرجوع في التدبير ما لم يحكم بعتقه، ومن إمكان اختصاص ذلك برجوع المولى المدبر، ومن ثم لم يجز له الرجوع في تدبير أولاد المدبر المتحددين بعد التدبير من حيث إنه لم يدبر وكان وارثه من حيث إنه لم يدبر هم فكان وارثه بالنسبة إلى تدبير المورث بمنزلة المولى في تدبير الأولاد. وربما فرق بينهما بأن الوارث قائم مقام المورثون ووارث حقه من المال وما يتعلق به من الحقوق كحق الخيار والشفعة، وهذا منها بخلاف تدبير الأولاد لاستناده إلى الله تعالى لا إلى المولى فذلك لم يكن له الرجوع فيه، وللنصوص الدالة عليه وهي مفقودة هنا مع أصالة بقاء الملك على مالكة وجواز تصرف المالك في المملوك بأنواع التصرفات إلى أن يثبت المزيل.

الثامن عشر: إذا كان للمدبر مال غائب عن الورثة أو دين على معسر لم يمكن استيفاؤه لم يعتق جميع المدبر لأن عتقه موقوف على إيصال الورثة من التركة ضعفه. وهل يعتق ثلثه معجلاً؟ فيه وجهان، أصحابهما وهو الذي قطع به الأكثر وقواه شيخ المبسوط وقطع به المحقق في الشرايع أنه يعتق لأن الغيبة لا تزيد على العدم، إذ لو لم يكن له إلا هذا المدبر انعتق ثلثه فكذا عند الغيبة، وعلى هذا فثلث اكتسابه بعد موت السيد له ويوقف الباقي، فإن وصل المال إلى الوارث تبين عتقه أجمع وصار كسبه تابعا له.

والقول الثاني أنه لا يعتق حتى يصل المال إلى الورثة، لأن في تنجيز العتق تنفيذاً لمبترع به قبل تسلط الورثة عن الثلثين، إذ لا بد من التوقف في الثلثين حتى يتبين حال الغائب كما تقدم نظيره في الوصايا، فيما لو أوصى بعين تخرج من الثلث وكان باقي المال غائباً، فإن في تسلط الموصى له الوجهين وأصحابهما كما هنا.

ويتفرع على الوجهين فروع منها ما إذا كان قيمة المدبر مائة والغائب مائتين فحصته مائة، فعلى المختار يعتق ثلثاه لأن ثلثه عتق في الحال، فإذا حضر مائة عتق بقدر ثلثها أيضاً، وعلى الثاني يعتق نصفه لحصول مثليه للورثة، فإن حضرت مائة وتلفت مائة استقر العتق في ثلثيه وتسلط الورثة على ثلثه وعلى المائة وربما يخرج على الوجه الثاني أن للورثة التصرف في الثلثين كما يحكم بعتق الثلث مراعاة للحقين المتلازمين، فإن حضر الغائب نقص 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 المال رجع الوارث بما غنم منها.

التاسع عشر: التدبير والمكاتبة حينئذ قد يجتمعان، ويتفرع على اجتماعهما مسائل:

الأولى: إذا كاتبه ثم دبره صح لعدم المنافاة، فإن الكتابة لازمة لا تبطل بطرو الجائز عليها، والكتابة وإن اقتضت تملك المكاتب نفسه إلا أنه ليس ملكا تاما فلا يعارضه التدبير، ولهذا جائز تعجيل عتقه. وحينئذ فيجتمع فيه سببان موجبان للعتق أيهما سبق تحقق العتق به، فإن أدى مال الكتابة في حياة المولى عتق وبطل التدبير ومن ثم جاز تعجيل عتقه. وحينئذ فيجتمع عليه الأمران فإن أدى مال الكتابة في حياة المولى عتق وبطل التدبير، فإن عجز فعجزه المولى بطلت الكتابة وبقي التدبير، فإن مات الأداء والتعجيز عتق بالتدبير إن احتمله الثلث وتبعه ولده.

لكن يبقى البحث والكلام في حكم كسبه في حال الحياة بعد الكتابة فإنه تابع للكتابة غير تابع للتدبير، وفي بطلان الكتابة حينئذ وجهان سيأتيان في أحكام الكتابة. مثلهما ما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء، ولو جرح أنها لا تبطل للأصل فإن بقي من الأحكام شيء ويتوقف عليها تأدى بها، ولو عجز الثلث من عتقه عتق ما احتمله وسقط من مال الكتابة بحسبه وبقي الباقي مكاتبا.

الثانية: أن يدبره أولا ثم يكاتبه، وفي ارتفاع التدبير به قولان مشهوران مبنيان على أن التدبير وصية أو عتق، فعلى الأولى تبطل كما تبطل الوصية بالعبد لانسان، ثم يكاتبه لأن العبد يصير بالكتابة ملكه لنفسه، فكان السيد قد زال ملكه عنه فيكون الحكم كما لو باعه، وهذا اختيار الشيخ.

والأكثر على الثاني لا يبطل، لأن مقصود " بالكتابة " العتق أيضا فيكون مدبرا ومكاتبا، خصوصا على القول بأن التدبير لا يبطل بالبيع، والأصل فيه اللزوم من الطرفين إجماعا، فعدم بطلانه بما وقع الخلاف في بطلانه، وعدمه أولى، وهذا اختيار الإسكافي والقاضي.

وهو ظاهر الرواية الواردة في حكم هذه المسألة وهو ما رواه الشيخ والصدوق في التهذيب والفتاوى في الصحيح عن أبي بصير ليث المرادي (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ٨، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٢٥، الوسائل ج ١٦ ص ٨٩ ب ٤ ح ١.

عن العبد والأمة يعتقان عن دبر، فقال: لمولاه أن يكاتبه إن شاء ".
أما ما جاء في خبر وهب بن وهب (١) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام " أن عليا عليه السلام " قال: لا يباع المدبر " فمؤيد لهذا الخبر في جواز المكاتبه بعد التدبير،
ويجب

حمله وحصره على الاستحباب لما تقدم من جواز بيعه من الأخبار الصحاح الصراح ولو يؤيده أيضا ما دل من الأخبار على جواز المكاتبه عموما، وعلى هذا يكون مدبرا مكاتبا كما لو دبر عبده المكاتب، فإن أدى النجوم عتق بالمكاتبه، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير، فإن لم يخرج من الثلث عتق قدر الثلث وبقيت المكاتبه في الباقي، وإن أدى قسطه عتق، ويقوى هذا مع تصريحه بعدم إرادة الرجوع، أما مع الاطلاق واشتباه الإرادة فالأول أوجه.

الثالثة: أن يدبره أولا ثم يقاطعه على ما يكسبه ليعجل له العتق، وهذا لا يقتضي إبطال التدبير قطعا، لأن عاقبة الوعد بتعجيل العتق على تقدير فعله والمقاطعة غير لازمة لأحدهم وإن استحب الوفاء بها فلا تكون منافيا، والمال الذي يكتسبه للمقاطعة ملك المولى فلا يتغير حكم الرق.

ويؤيده ما في صحيحة محمد بن مسلم (٢) المروية في الكافي والتهذيب عن أبي جعفر عليه السلام " في المملوك يعطي الرجل مالا ليشتريه ليعتقه، قال: لا يصلح له ذلك ".

ووجه عدم الصلوح حيث إن مال المملوك مال لسيده فلا يشتري ماله بماله فكيف يصح عتقه من الأجنبي بعد شرائه من مال المملوك العشرون: إذا دبر حملا صح ولا يسري إلى أمه، ولو رجع في تدبيره صح، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير صح التدبير فيه لكشفه عن وجوده وقت التدبير، وإن كان لأكثر يحكم تدبيره لاحتمال تجدده، وهذا

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٦ ص ٨٩ ب ٤ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٤ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٣١ ح ٦٩، الوسائل ج ١٦ ص ٣٦ ب ٢٦ ح ١.

مذهب الشيخ وجماعة منهم المحقق في الشرايع لاحتمال الحدوث. وينبغي الفرق بينهما إذا كانت خالية من القرائن وعدمه كما سبق في نظائره، لأن الأصل المذكور وإن كان ثابتاً في الحالين إلا أن الظاهر يعارضه وأصالة عدم وطء متجدد وصيانة حال المسلم على تقديره من الحمل على الرق كما تقدم في حكم أولاً التابعين للمدبرين في التدبير. وكما يصح الرجوع في مدبر المدبر بال مباشر يصح الرجوع في تدبير هذا الحمل قبل وضعه لأصول المقتضي له وانتفاء المانع إذ لا مانع سوى كونه حملاً، وهو لا يصلح المانعية لدخوله في العموم. وخالف في ذلك بعض العامة حيث منع من الرجوع في التدبير للقول مطلقاً بل مقصور على الفعل وهو الإخراج عن الملك، والحمل لا يمكن إخراجاً بالبيع منفرداً بل بالتبعية لأمه، فإذا باعها كذلك صح الرجوع عنده وإلا فلا. ولما ثبت أن الرجوع جائز بالقول مطلقاً كالفعل صح في الحمل كغيره لاشتراكهما في التدبير، فلا فرق إذا إلا بما تقدم من أنه لا يكون بالفعل إلا في موضع يصح إفراده بالنقل كالهبة والصلح لا بدونه.

الحادي والعشرون: قد صرح جماعة ممن ذهبوا إلى أن البيع والامهار من مدبر ليس رجوعاً في التدبير بل يبقى على تدبيره وإن قلنا بجواز رجوع المدبر في التدبير بعد نقله لغيره بناقل لازم كالبيع والاصداق، فيتفرع عليه فرع هو موضع خلاف بينهم وهو أنه إذا رجع البائع والزوج في التدبير بعد بيعه أو جعله صداقاً فهل ينتقل ملك الرقبة إلى المشتري والزوجة؟ أو يعود إلى ملك البائع والزوج؟ فيه وجهان ينشئان: من انتقله عنه إلى من نقله إليه وإنما هو متزلزل بقبوله للعتق بموت المولى لا بغيره بسبب التدبير لا بغيره والتدبير قد أبطل فزال التزلزل بزوال سببه، ومن أنه باعه مدبراً وقد بقي حكم التدبير على حاله مع البيع، والبيع متصرف إلى خدمته، وحكم التدبير أن للمدبر الرجوع فيه وإبطاله فيرجع إليه.

والتحقيق أن نقول: إما أن البيع يتناول خدمته خاصة لا رقبته، أو نقول: يتناول الرقبة وينتقل إلى المشتري متزلزلا. فعلى الأول يرجع بالرجوع إلى البيع بمعنى استقرار ملك الرقبة، فإن بالتدبير يتزلزل ملك المدبر وبطلانه يستقر كما كان أولا. وعلى الثاني الأقرب أن يعود إلى المنتقل إليه كالمشتري والزوج لأن البائع أخذ العوض عن العين بعقد لازم وأبطل التدبير برجوعه فانتفى التزلزل واستقر ملك المشتري، أو أن العتق كان حقا للمدبر بسبب التدبير وقد زال فزال حقه، و يحتمل عوده إلى البائع أيضا لأنه إنما باعه على أنه مدبر وأحكام التدبير ثابتة فيه ومن جملتها جواز رجوع المدبر فيه وعود ملكه إليه كما كان في بيع الخيار، وهاهنا فروع:

الأول: أنه على القول بصحة التدبير مع البيع أو الاصداق وعدم جواز رجوع المولى أو بعدم نفوذ الرجوع ينعق المدبر بمجرد موت المولى، وليس العتق فسخا للبيع سواء قلنا بالانتقال المتزلزل أو بصرف العبد إلى خدمته بل بالثمن كله للبائع وينعق المدبر ويزول حق المشتري منه.

الثاني: إذا قلنا ببطلان التدبير برجوع المولى فيه مع بقاء البيع، فإن قلنا بانصراف البيع إلى خدمته ورجوع الرقبة إلى المولى كانت الخدمة حياة المولى للمشتري وبعده لورثة البائع.

الثالث: على القول بانتقال الرقبة انتقالا متزلزلا يحتمل استقرار ملك المشتري على الرقبة ويستمر ملكه على الخدمة أيضا، وليس للمولى في مقابلة إزالة التزلزل شيء، وأما على احتمال رجوع الرقبة إلى المولى فتكون الخدمة مدة حياته للمشتري لأن الرقبة تابعة هنا كما تقدم في ضمن الأبق إلى غيره في البيع وأما بعد موته المولى لوارثه (١).

(١) كذا في النسخة.

الرابع: أنه على تقدير رجوعه إلى المولى هل له أن يدبره مرة أخرى أو يعتقه أم لا؟ الأقوى جوازهما لعدم المانع. وهل يجزي عن الكفارة أم لا؟ قولان، والأقوى أنه لا يجزي.

وكل هذه الفروع عندنا منتفية لأنه بمجرد البيع والاصداق وما شابههما يبطل تدبيره.

الثاني والعشرون: هل يبطل التدبير بالعقود الفاسدة كما يبطل بالعقود الصحيحة؟ قولان، وتحقيق هذين القولين هو أنه إذا تعقتبت هذه العقود الفاسدة للتدبير فيما أن يعلم فسادها أولاً، وعلى التقديرين إما أن يقصد بها الرجوع أو لا، فالأقسام إذا أربعة:

الأول: أن يعلم فسادها ويقصد الرجوع بها، والأقرب أنه يكون رجوعاً وفاقاً للعلامة في القواعد لأن له الرجوع ويحصل بكل لفظ أو فعل يقصد به الرجوع. الثاني: أن لا يعلم بفسادها فيقصد الرجوع فيكون رجوعاً كما تقدم. الثالث: أن يعلم بفسادها ولا يقصد الرجوع فلا يكون رجوعاً. الرابع: أن لا يعلم بفسادها ولا يقصد به الرجوع فيكون رجوعاً لأنه أوقع عقداً وأراد صحته، وإرادة أحد الضدين ينفي الآخر.

ويحتمل أن لا يقتضي البطلان لأنها عقود باطلة فلا يترتب شيء من آثارها عليها، وبطلان التدبير من جملة آثار الصحة فلا يحصل، ولأنه موقوف على أن إرادة إيجاد أحد الضدين يستلزم إرادة نفي الآخر، وفيه منع لجواز الغفلة عنه.

الثالث والعشرون: إذا كان المشتري للعبد المدبر جاهلاً بتدبيره وقلنا بأن البيع لا ينقض التدبير بل ينتقل البيع إلى خدمته ومنافعه فيما أن يكون قد تصرف أولاً، فإن كان قد تصرف فله الأرش سواء كان قد علمه قبل تحريره بموت المولى أو بعده، فإن لم يتصرف كان له الرد سواء كان قد انعتق بموت المولى أو لم يعتق.

ثم إن جاهل الحكم هنا هل يعذر كجاهل التدبير؟ فيه إشكال منشأه أن جاهل الحكم لو عذر لارتفعت الأحكام الشرعية، وعموم النص على أن جاهل الحكم لا يعذر ولأن قوله تعالى " فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون " (١) فيقتضي وجوب علم الأحكام بالأدلة على الكفاية، وقوله تعالى " فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون " (٢) فأوجب التعليم بالتقليد فلا يعذر، ومن أنه حكم خفي لا يكلف المسلم به، قيل: والأقوى عدم المعذورية.

الرابع والعشرون: إذا دبر المريض عبدا تجتمع فيه قيود أربعة: الأول: أن تكون قيمته قبل التدبير ثلاثين.

وثانيها: نقص قيمته إلى أن صارت إلى عشرة دراهم، فهذا النقص ليس للسوق بل بسبب نقص صفة هي استقرار الملك، فإن التدبير يزيل الاستقرار. وثالثها: كل جزء يبطل التدبير فيه تعود قيمة ذلك الجزء إلى ما كان قيمته أولا وهي نسبه من الثلاثين، وكل جزء يصح تدبيره فقيمته نسبه من العشرة أي ينقص قيمته الأصلية إلى نسبه من العشرة. ورابعها: أن التنقيص بالبيع لا ينقص القيمة.

فبيان هذه المسألة متوقف على مقدمات:

(أولها) كلما يصح فيه البيع فقد وصل إليه العوض، عنه وببطلان التدبير فيه ترجع الرقبة إلى المشتري، فلا فائدة للبائع في إبطال تدبيره ما يصح فيه البيع ولأن التدبير بالنسبة إلى المشتري لازم كشرط العتق كما تقدم، فليس للمشتري إبطاله، وكلما يصح فيه التدبير فقد بيع بقيمته بلا محاباة وتزلزل البيع وهو بالمحاباة إن لم يخرج من الثلث، ومعنى التزلزل إن أجازها الوارث صح وإلا فلا.

(١) سورة التوبة - آية ٩.

(٢) سورة النحل - آية ١٦.

(وثانيها) كلما نقص بالتدبير من القيمة يحسب على العبد المدبر، لأنه متبرع عليه به لأنه لنفعه ويفرض كالموجود بالنسبة إلى العبد.
(وثالثها) ما صح فيه التدبير لا يحسب على المشتري إلا بقيمة ناقصة، لأن التدبير لازم بالنسبة إليه وهو من لوازم صحة البيع فيمضي بيعه من الأصل.
(ورابعها) أن الجزء الذي بطل فيه التدبير وعادت قيمته يحسب على الورثة بالقيمة الزائدة حيث رجعت إليهم.

(وخامسها) كلما حصل للورثة من ثمن الجزء الذي صح البيع فيه وهو ما بطل فيه التدبير بقيمته الزائدة يكون مثلي ما نقص من قيمة الجزء الذي صح فيه التدبير لأنه المحسوب من الثلث، وأما ما قابل العوض الذي جعل ثمنًا للجزء الذي صح البيع فيه وصح التدبير فإن تدبيره بمضي من الأصل بوصول عوضه. وإذا تقررَت هذه المقدمات انكشف كون هذه المسألة من المسائل الدورية لأنه لا يمضي البيع والتدبير في الكل لأنهما متلازمان، وصحتهما تسلتزم المحال لاستلزامه تصرف المريض في أكثر من الثلث، وكلما استلزم المحال كان محالاً، وهو بديهي لا يحتاج إلى البرهان.

وهاهنا ثلاثة أشياء: ما صح فيه التدبير وما بطل فيه التدبير والتركة، يتوقف العلم بكل منهما على العلم بالآخرين وبالعكس، فالدور لازم من وجوه ثلاثة: أولها: أنه يتعين معرفة كمية التركة على معرفة ما بطل فيه التدبير، ومعرفة كمية ما بطل فيه التدبير موقوف على معرفة التركة، لأنه إذا بطل من التدبير شيء عادت قيمته الأولى فيجب على الورثة فيكون جزء من التركة، فيتوقف العلم بالتركة على العلم بما بطل فيه التدبير لتوقف العلم بالكل على العلم بالجزء، ولكن معرفة ما بطل فيه التدبير موقوف على معرفة كمية التركة بحيث يعلم أن ثلثها ينقص عنه ولا يحتمله، فيتوقف معرفة كل منهما على معرفة الآخر. وثانيها: أن يتوقف معرفة كمية ما صح فيه التدبير على معرفة كمية

التركة، وهذا ظاهر، ويتوقف معرفة التركة على معرفة ما صح فيه التدبير لأنه لا يعلم كمية التركة حتى يعلم ما صح البيع فيه من الثمن للبائع واستقر عليه ملكه، ولا يعلم ما صح البيع فيه من الثمن إلا مع معرفة قدر ما صح فيه البيع من المبيع وذلك هو ما صح فيه التدبير، فقد توقف كل منهما على الآخر. وثالثها: أنه لا يعلم قدر ما استقر فيه التدبير حتى يعرف استقرار ملك الورثة على ضعفه كما علمت، وهذا الوصف لا يعلم إلا بعد معرفة قدر ما صح فيه فيدور. والجواب من هذا كله بأن هذه الأدوار ترجع إلى دور المعينة لا دور توقف، والمستحيل هو الثاني كما تقرر في محله، وطريق استخراجها أن نقول: قد صح البيع في شيء من العبد بشيء من الثمن فيكون في الذي صح فيه البيع من العبد في تقدير ثلاثة أشياء، لأن الثمن ثلث قيمة العبد، وكلما صح فيه البيع صح فيه التدبير، وقيمتها الأصلية محسوبة على العبد ويملك الوارث ضعفه. وأما الجزء الذي حصل لهم من الثمن ليساويه فلا يحتسب تدبيره من الثلث كما تقدم، فيكون للورثة من العبد ما صح لهم من الثمن أعني مقابلة ما صح البيع فيه من الثمن أربعة أشياء منها من الثمن شيء يبقى ثلاثة أشياء من العبد لأنه لا يملك المريض غير ذلك، فيكون العبد باعتبار القيمة الأولى في تقدير ستة أشياء فالشئ خمسة لأن الثلاثين عند بسطها على الستة تخرج خمسة فنقول: صح البيع في خمسة من العبد وهي لسبب النقص باستقرار التدبير نصف خمسة من الثمن وهي في تقدير خمسة عشر، لأن العشرة بالتدبير حسبت على العبد فيملك الورثة ضعفها فيبطل البيع في نصف العبد وهو يساوي خمسة لو صح فيه التدبير لكنه بطل فصار يساوي خمسة عشر فيحسب على الورثة العشرة الزائدة فيصح البيع في نصف العبد ويبطل من الثمن نصفه في مقابلة نصف العبد وهي خمسة هي قيمته مدبراً، أو نقول:

بطل البيع في شيء من العبد وبطل من الثمن شيء في مقابله، فصار لتركة البائع المدبر شيء من العبد وعشرة الأشياء من الثمن، والشئ الذي من العبد

في تقدير ثلاثة أشياء كما تقدم، فتجبر العشرة بشئ من الثلاثة أشياء فيصير معه عشرة وشيئان هي مثلا ما فات من التدبير، ولم يحصل في مقابله للورثة عوض وهو شيئان فيكون عشرة كاملة وشيئان تعدل أربعة أشياء يسقط شيئان بمثلهما فيبقى شيئان يساوي عشرة، فالشئ خمسة وهو المطلوب.

المقصد الثامن

في عتق المكاتب

وهو مشتمل على مسائل:

الأولى: في معناها شرعا ولغة وهي الكتابة مصدران مزيدان مشتقان من المحرد وهو الكتب، وهو لغة الجمع والضم، يقال: كتبت القربة إذا كتبت رأسها ومنه الكتابة لما فيها من ضم الحروف بعضها إلى بعض. والكتيبة لانضمام بعضهم إلى بعض. فسمي هذا العقد كتابة لانضمام النجم فيه إلى النجم أو لأنها توثق بالكتابة من حيث إنها منجمة مؤجلة، وما يدخله الأجل يستوثق بالكتابة ولذلك قال الله تعالى " إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " (١). وقد علم أن عقد الكتابة خارج عن حد المعاملات من جهة أنها معاملة بين السيد وعبده، وأن العوضين للسيد وأن المكاتب على رتبة متوسطة بين الرق والحرية، وليس له استقرار الأحرار ولا عجز المماليك، ولذلك تكون تصرفاته مترددة بين الاستقلال ونقيضه لأن الحاجة داعية إليها، فإن السيد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجانا، والمملوك يتشمر بالكسب تشمره إذا علق عتقه بالتدبير والأداء، فاحتمل الشرع فيه ما لا يحتمل في غيره كما احتمل للجهالة في ربح القراض وعمل الجهالة للحاجة. وقد دل عليها الكتاب والسنة والاجماع، قال الله تعالى " والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاذبوهم إن علمتم فيهم خيرا " (٢).

(١) سورة البقرة - آية ٢٨٢.

(٢) سورة النور - آية ٣٣.

وأما السنة الواردة في تفسير هذه الآية وغيرها فصحيحة الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " في قول الله عز وجل " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " قال: إن علمتم لهم ديناً ومالاً "

وصحيحة محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما عليهما السلام " في حديث قال: سألته عن قول الله عز وجل " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً " قال: الخير إن علمت أن عنده مالاً "

وصحيحة الحلبي (٣) كما في التهذيب الحسنة كما في الكافي " في حديث أنه قال في قول الله عز وجل " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً " قال: كاتبوهم إن علمتم لهم مالاً "

ومعتبرة العلاء بن الفضل (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " في قول الله عز وجل " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً " قال: إن علمتم لهم مالاً "

وخبر محمد بن مسلم (٥) الصحيح أيضاً كما في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام قول الله عز وجل " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً " قال: الخير أن يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله صلى الله عليه وآله ويكون بيده عمل يكتسب به أو يكون له حرفة "

وفي المقنع (٦) مرسل قال: " روي في تفسير قوله تعالى " إن علمتم فيهم خيراً " إن علمتم لهم مالاً "

قال (٧) " روي في تفسيرها: إذا رأيتموهم يحبون آل محمد صلى الله عليه وآله وسلم فارفعوهم درجة "

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٨٧ ح ١٠، الوسائل ج ١٦ ص ٩٩ ب ١ ح ١ .
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٧ ذيل ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٩٩ ب ١ ح ٢ .
(٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٧ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٨ ح ٨، الوسائل ج ١٦ ص ٩٩ ب ١ ح ٣ .
(٤) الفقيه ج ٣ ص ٧٣ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٠ ب ١ ح ٤ والصحيح " العلي بن الفضيل " كما في المصدرين .
(٥) الفقيه ج ٣ ص ٧٨ ح ٢٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٠ ب ١ ح ٥ .
(٦) المقنع ص ٣٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٠ ب ١ ح ٦ و ٧ .
(٧) المقنع ص ٣٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٠ ب ١ ح ٦ و ٧ .

الثانية: قد اتفق الأصحاب على أنها غير واجبة مطلقا للأصل، كما لا يجب التدبير وشراء القريب ليعتق، ولئلا يتسلط المملوك على سيده، ولكنها مستحبة مع علم الخير للمملوك بها ولقوله تعالى " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " والإمامية وأكثر العامة على أن الأمر هنا للاستحباب ولبعض العامة قول بالوجوب. وقد اختلف في الخير المعلق عليه رجحان الكتابة في الآية والأخبار. وفي صحيحة الحلبي المتقدمة عن أبي عبد الله عليه السلام أن المراد به الدين والمال وهما المعبر عنهما في عبارات الأصحاب بالأمانة والاكتساب، ووجه اعتبار الأمانة لئلا يضيع ما يحصله فيصرفه إلى السيد فيعتق والقدرة على الاكتساب ليتمكن من تحصيل ما يؤديه.

وبعضهم فسره بالمال خاصة لصحيحة الحلبي الأخرى عن أبي عبد الله عليه السلام " في قول الله عز وجل " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " قال: كاتبوهم إن علمتم لهم مالا ". وقد رجح هذا لأن فيه استعمال المشترك في أحد معنييه وفي الأولى استعماله فيهما معا وهو مجاز عند مجاز عند مجوزية على أشهر القولين فلا يصار إليه بدون القرينة.

ويرده أن القرينة هنا موجودة وهي الرواية المتقدمة الصحيحة المؤيدة بصحيحة محمد بن مسلم أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام قد تقدمت وفيها " قال: الخير أن يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله صلى الله عليه وآله ويكون بيده عمل يكتسب معه أو يكون له حرفة " وبما في المقنع مرسلا وقد مر أيضا حيث قال " وروي في تفسيرها " إذا رأيتموهم

يحبون آل محمد صلى الله عليه وآله وسلم ". بل جاء في موثقة سماعة (١) ما يدل على الاكتفاء بالدين وإن لم يكن لهم مال كما هو مختار المحقق في النافع " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد يكتابه

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٧ ح ١١ وفيه " وهو يعلم أنه لا يملك قليلا وكثيرا "، الوسائل ج ١٦ ص ١٠١ ب ٢ ح ١.

مولاه وهو يعلم أن ليس له قليل ولا كثير، قال: يكاتبه وإن كان يسأل الناس ولا يمنعه المكاتبه من أجل أنه ليس له مال فإن الله يرزق العباد بعضهم من بعض والمؤمن معان ويقال: المحسن معان " .

ورواه الشيخ من الموثق أيضا عن سماعة (١) وكذلك فقيه الفقيه إلا أنه قال " يرزق العباد بعضهم من بعض والمحسن معان " بدون قوله " والمؤمن معان " فكأن اشتراط المال لتأكيد الاستحباب .

فالقول بالاكتفاء بالمال وحده والدين وحده قوي وأن تأكيد الاستحباب بهما معا، فلا يقال بأن صحیحتي الحلبي وما وافقهما من النصوص في الجانبين متعارضة

على وجه لا يمكن الجمع، أو أن المشترطة للدين والمال معا مقدمة لأنها مثبتة والمثبت مقدم، لأن جمعنا ما به بينهما دافع لهذا كله .

وإلى هذا الجمع مال ثاني الشهيدین في المسالك حيث قال: نعم يمكن إثبات أصل الاستحباب بوجود المال عن القدرة على كسبه عملا بالرواية الصحيحة، وتأكيد الاستحباب مع وجود الوصفین نظرا إلى الخبر الآخر. إلا أن قول المحقق في الشرايع " ولو عدم الأمران كانت مباحة وكذا لو عدم أحدهما " ينافي ذلك، انتهى وهو في محله .

ولو فقد الشرطان معا لم يستحب لعدم المقتضي له، ولكن اختلفوا في إباحته بغير كراهة أو مع الكراهة إلى قولین: (أحدهما) للشيخ في الخلاف وهي الإباحة بلا كراهة (والثاني) في المبسوط، والأقوى الأول لعدم الدليل على الكراهة. ومفهوم المخالفة في الآية إنما ينفي تأكيد الاستحباب لأصل الإباحة، ولو اتصف بالایمان خاصة لم يستحب عند جماعة لعدم المقتضي له. وربما قيل بالاستحباب أيضا لاستعمال الخير فيه وحده، ولدلالة موثقة

(١) الفقيه ج ٣ ص ٧٦ ح ١٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٧٢ ح ٢٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٠١ ب ٢ ح ١ .

سماعة على ذلك. فقد جاء في تفسير قوله تعالى " فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره " (١)

يعني العمل الصالح وهو الدين، كذلك في قوله تعالى " والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير " (٢) أي ثواب، كما جاء إرادة المال وحده في قوله تعالى " وأنه لحب الخير لشديد " (٣) وقوله تعالى " إن ترك خيرا الوصية " (٤). وضعف ثاني الشهيدين هذا القول بأن استعمال المشترك في أحد المعنيين مجاز لا يجوز بدون القرينة كاستعماله في المعنيين وهي منتفية في جانب الدين وحده بخلاف المال، وقد ترجح جانبه بالرواية الصحيحة.

ثم قال: والتحقيق أن إطلاق اسم الخير على المعنيين المرادين هنا مجاز لأنه في الشواهد المذكورة إنما استعمل في العمل الصالح والثواب ونفس المال، والمراد هنا الأمانة والقدرة على التكسب، وهما ليسا عملا صالحا ولا ثوابا ولا مالا حقيقة وإنما يكون الكسب سببا في المال، وإطلاق اسم السبب على المسبب مجازا، كما أن إطلاق الأمانة القلبية على الأعمال الصالحة المتبادر منها إرادة أعمال الجوارح والثواب ولا يعرفه إلا الله تعالى مجاز أيضا. وحينئذ فإطلاقه عليهما أو على أحدهما موقوف على النقل وهو موجود في إرادتهما وإرادة الثاني منها دون الأول فكان العمل به متعينا.

وفيه نظر يعلم مما حققناه، حيث إن موثقتي سماعة شاهدتان بالاستحباب مع وجود الأمانة وهي الدين وحده، كما أن صحيحة الحلبي الواردة في خصوص المال وكذلك ما ضاهاها من الأخبار دالة على الاكتفاء به، إلا أنه - قدس سره - لما لم يرجع موثقتي سماعه اقتصر على اشتراط المال وحده في الاستحباب ولم

(١) سورة الزلزلة - آية ٧.

(٢) سورة الحج - آية ٣٦.

(٣) سورة العاديات - آية ٨.

(٤) سورة البقرة - آية ١٨٠.

يكتف باشتراط الدين.

الثالثة: قد اختلف العلماء في أصل الكتابة، هل هي عتق يعوض؟ أو بيع للعبد من نفسه؟ أو معاملة مستقلة؟ ومنشأ الاختلاف وجود خواص كل من الأمرين ويشتركان في حصول العتق بالعوض، وتظهر الفائدة في لحوق جميع أحكام ما يجعل منه كالخيار و كوقوعها بصيغة البيع وبالعتق بالعوض والأظهر أنها معاملة مستقلة تتبعها أحكام خاصة ولا يلزم من مشاركتها لبعض المعاملات في حكم أن تلحق به مطلقا.

والقول بأنها بيع لأبي الصلاح الحلبي وابن إدريس، والاستقلال مذهب الأكثر.

وأما القول بأنها عتق بعوض فقد نسب إلى بعض أصحابنا ولم نعرف قائله. ووجه بعدها عن شبه البيع أنه يقتضي المغايرة بين المتعاقدين والمبيع، وهنا المبيع هو المشتري وهو يقتضي قبول المشتري للملك وهو منتف عن المملوك ويكون العوض ملكا للمشتري والمعوض ملكا للبائع، وهما الأمران للمولى وقد خالف شيخ المبسوط حيث حكم بأنها ليست بيعا وجوز إيقاعها بلفظ البيع لإفادة المراد منها. والأصح ما اختاره المحقق ومن تبعه من عدم صحتها بلفظ البيع لما تقدم من أن البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى شخص آخر فلا بد من تحقق إضافة الملك بين المشتري والمبيع لتوقف الإضافة على تغاير المضافين، وهنا ليس كذلك، ولأن ملك العبد الحقيقي موقوف على حريته، وحرية موقوفة على تملكه فيدور، ولأن السيد لا يباع عبده، ومن ثم لا يصح بيعه مالا آخر قولا واحدا.

وعلى القول بصحة البيع - كما عليه الشيخ لدلالة بعض الأخبار عليه - يثبت المال في ذمته ويعتق في الحال كما لو أعتقه على مال ولا يثبت على هذا مع الكتابة خيار المجلس لأنها ليست بيعا وهو مخصوص به، ومن جعلها بيعا لزمه

جواز لحوق الخيار.
وربما فهم من كلام الشيخ في المبسوط أن الخيار منتف هنا وإن جعلنا
بيعا وجعل ذلك وردا على من جعلها بيعا، هكذا فهم البعض من عبارة المبسوط.
وفيه نظر، لأن تفريع الشيخ انتفاء الخيار إنما هو على مذهبه، و لهذا
قال: الكتابة تفارق البيع من وجوه: أحدها أن الكتابة لا بد فيها من أجل و البيع
ليس كذلك، ومنها لا بائع يشترط لنفسه الخيار والسيد لا يشترط في عقد الكتابة
ويتفقان في أن الأجل فيهما لا بد أن يكون معلوما، ولا يصح كل واحد منهما
إلا بعوض معلوم.
والمراد بقوله " أن الكتابة لا بد فيها من الأجل و البيع لا يفتقر إليه " أن البيع من
حيث هو لا يفتقر إلى الأجل وإلا فإن السلم منه مفتقر إليه، فلتكن الكتابة
كذلك إن اعتبرنا فيها الأجل، وبينهما مناسبة في ذلك إلا أنه موضع خلاف
كما سيحى.

الرابعة: لا بد لهذه المعاملة من عقد مشتمل على لفظ مفيد للمعنى المراد
منه كما في سائر عقود المعاملات، والقدر المتفق على صحته أن يقول له: كاتبك
على

ألف درهم مثلا تؤديه في نجمين وأكثر في كل نجم كذا، فإذا أديته فأنت حر،
فيقول: قبلت ولو لم يصرح بتعليق الحرية على الأداء ولكن قصده بقبله ففي
صحته قولان:

(أحدهما) نعم، وهو مختار المبسوط والشرايع، لأن الكتابة دالة على ذلك
والتحرير غايتها فلا يجب التصريح بها كغيرها من غايات العقود، خصوصا لو جعلنا
الكتابة بيعا للبعد من نفسه لأنه مقتضى للعتق، فلا يحتاج إلى لفظ آخر وإنما
يفتقر إلى النية، لأن لفظ المكاتبه مشترك بين المراسلة والمخارجة، فاشتبهت
المشترك المعنوي فافتقرت إلى انضمام القصد إلى اللفظ، وهذا قصد آخر غير القصد
المعتبر في سائر العقود المميز عن عقد النائم والساهي، وقد تقدم تقريره مرارا.
(الثاني) وإليه ذهب في خلاف وهو الظاهر من كلام الحلبي اشتراط التلفظ

بقوله " فإذا أدت فأنت حر " يقتضيه اشتراك اللفظ - أعني المكاتبة بين الأمرين وبين المعاملة الخاصة الشرعية - فلا بد من لفظ مائز يخرجها عن الاشتراك إلى الصريح و يرد عليه أن مفهومها الشرعي متبادر ومفهوم منها والاطلاق منزل عليه. ويتخرج على هذا في المسألة قول ثالث، وهو عدم اشتراط القصد الخاص إلى اللفظ كغيره من الألفاظ الصريحة في معناها، لأن اعتبار القصد المدعى في الاكتفاء باللفظ الأول يوجب عدم الاكتفاء به عند من منع من الكنايات واعتبر اللفظ الصريح، فإن كان صريحا لم يفتقر إلى القصد المميز، وإلا لم يكن وإن ضم إليه القصد. وقريب من هذا الخلاف ما تقدم في التدبير من الاكتفاء بقوله " أنت مدبر "

ومخرج القولين فيهما على أنهما مشتهران في معنييهما عند العوام بحيث لا يعرفهما إلا الخواص فكانا كناية، وبعضهم فرق بين اللفظين اكتفى في التدبير دون الكتابة ووجه الفرق بينهما وجهان:

(أحدهما) أن التدبير واضح المعنى مشهور عند كل أحد حتى العوام، بخلاف الكتابة فإن معناها الشرعي لا يعرفه إلا الخواص.

(و الثاني) أن التدبير كان مستعملا معروفا في الجاهلية في معناه الشرعي والشرع إنما قرره ولم يستعمل في معنى آخر، والكتابة تقع على العقد المعلوم وعلى المخارجة وهو أن توصف على العبد المكتوب كل يوم خراجا ولا يوجب له العتق به، فلا بد من المميز بين اللفظ عند إرادة ذلك المعنى منه وبينه عند إرادة المعنى الآخر. وليس ثمة سوى النية والقصد المخصوص.

والظاهر من الأقوال هو أن الكتابة كالتدبير وإن لم تتعقل معناها ابتداء سوى الخواص لأنها قد صارت من الحقائق الشرعية، فيحكم على التلفظ بها وإن كان من العوام، وإن لم يعلم بقصده كسائر الألفاظ المنقولة.

الخامسة: قد اختلف العلماء في اشتراط الأجل في الكتابة وعدمه، فاعتبره الأكثر كشيخ المبسوط وأتباعه ومحقق الشرايع وأكثر المتأخرين الوجهين.

(أحدهما) اتباع السلف ومن عهد النبي صلى الله عليه وآله وبعده، فإنهم لا يأتون بالكتابة

إلا بعوض مؤجل، فكأنه إجماعي.

(والثاني) أنه لولا التأجيل لثبت الحلول فتتوجه المطالبة في الحال وهو عاجز عن الأداء حينئذ فيكون كالسلم في شيء لا يوجد عند الحلول، ولأنه لا بد من ضرب أجل لئلا يتطرق الجهالة الداخلة في الضرر المنهي عنه. وفيهما نظر لمنع الاجماع على ذلك، ونقل أفراد خاصة لا يقتضي كون جميع ما وقع كذلك. سلمنا. لكن لا يلزم من ذلك بطلان غيره، فإن الاجماع المعتبر في الاستدلال على مثل ذلك هو اتفاقهم على بطلان المتنازع فيه لا عدم استعمالهم له، ولا يلزم من عدم ملكه في الحال على تقدير تسليم عجزه عن الايفاء مطلقا لامكان ملكه عاجلا ولو بالاقتراض، بل قد يوصي له بمال ولو قبل الكتابة ويموت الموصي قبل عقد الكتابة أو يوهب منه عقيب العقد أو يتبرع عنه متبرع فلا يتحقق العجز، وقد يفرض جريان عقد الكتابة على قدر من الملح وهما على مملحة فيمكنه تسليم الملح عقيب عقد الكتابة ولا يلزم البطلان في الحال مطلقا. وأجيب عنه بأن قبول الوصية والهبة لا بد وأن يتأخر عن قبول الكتابة فيكون العوض لازما قبل القدرة والتمكن، وقد لا يتيسر القبول، والملح لا يملك ما لم يأخذه، والأخذ متأخر عن الكتابة، وقد يعوق عنه عائق. والحق أن مثل هذه التعاليل لا تصلح قادحا في صحة العقود الشرعية التي جاءت الأخبار بإطلاقها في صحتها من غير شرط شيء، ومن ثم ذهب شيخ الخلاف وابن إدريس إلى جوازها حالة للأصل ولعموم قوله تعالى " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " خصوصا على القول بأنها بيع خالص أو عتق بعوض فإنهما لا يتوقفان على الأجل وإنما يتوجه القولان المذكوران على القول بكونها مستقلة. ولو ملك شقصا من عبد باقية حر فكاتب ما يملكه منه حالا ففي صحته وجهان مبنيان على الوجهين السابقين. فعلى الأول لا يصح اتباعا لما جرى عليه

الأولون. وعلى الثاني يجوز لأنه قد يملك ببعضه الحر ما يؤديه فلا يتحقق العجز في الحال.

ويصح البيع من المعسر لأن الحرية مظنة القدرة وإن لم يملك شيئاً آخر فإنه قادر على أداء الثمن من المبيع، وحيث يعتبر الأجل أو أزيد يشترط ضبط كل أجل لنسية، ولا يشترط زيادته عن أجل واحد عندنا لحصول الغرض منه، ولو حصر الأجل في حد يتعذر حصول المال فيه عادة بطل على الثاني دون الأول. السادسة: في شروطه باعتبار المتعاقدين وغيرها من الشرائط، وهي مشتملة على شرائط:

(أولها) بلوغ المولى وعقله، فلا تكفي العشر هنا وإن اكتفينا بها في العتق سواء أذن الولي أولاً، ولا يصح من المجنون المطبق ولا الدائر جنونه إلا أن يصادف زمن الإفاقة، ولو كاتب المولى عنهما مع الغبطة والمصلحة فالأقرب الصحة، كما يصح البيع والعتق عنهما وفاقاً للشيخ في الخلاف لأن الولي موضع لمصالحه، وقد لا يحصل المال منه بدون المكاتب بل هو الغالب، وكسبه بعد العتق ليس مالا محضاً للمولى وقبله ليس بموجود حتى تكون المعاملة عليه.

ولصحيحة معاوية بن وهب (١) كما في الكافي والتهذيب والفقهاء قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أني كاتبت جارية لأيتام لنا، واشترطت عليها إن عجزت فهي

رد في الرق وأنا في حل مما أخذت منك، قال: فقال: لك شرطك ".
وذهب الشيخ في المنع استناداً إلى أن الكتابة شبيهة بالتبرع من حيث إنها معاملة على ماله بماله، إذ المال المكتسب تابع للمملوك، وهذا الاحتجاج نوع مما ذكرناه من الوجه والدليل لصحته وصرحته.
ثم على تقدير الجواز يكون محله ما إذا كان يبعه جائزاً اليتيم إليه

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٥ ح ١، ولم نعثر عليه في الفقيه، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٥ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٢ ب ٤ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

ونحوه وهو المعبر عنه بالغبطة، وإلا لم يجر كما هو قاعدة بيع مال اليتيم. ولو ارتد ثم كاتب لم يصح لزوال ملكه عنه، أو لأنه لا يقر المسلم في ملك المرتد، فإنه حيث يكون ارتداده عن فطرة انتقل ملكه عنه ولم يقبل ملكا متجددا، فلم يتصور كتابته لعبد مسلم ولا كافر وإن كان عن ملة صار بحكم الكافر ويبيع المسلم عليه قهرا، ولا تقر يده عليه وإن بقي غيره من أملاكه. ويفهم من الحكم بعدم صحة الكتابة الملية للمسلم أنه لا يكفي في نقل المسلم عن ملك الكافر الكتابي وإلا لصحت كتابته في موضع البيع، ولو كان المملوك كافرا صحت كتابته له لعدم المانع عنه، ومن الشرائط أن يكون المملوك بالغا عاقلا لتصح معاملته كما يشترك في المكاتب الذي هو المولى، قال الله تعالى " والذين يبتغون الكتاب " والصبي والمجنون لا ابتغاء لهما، ولأن مقتضى الكتابة وجوب السعي ولا يجب عليهما شيء، وهكذا قد احتجوا على الاشتراط. وفيه نظر، لأن الابتغاء شرط في استحباب الكتابة ولا يلزم منه المنع منهما مع عدم الأمر. نعم الاستحباب منتف، واقتضاء الكتابة وجوب السعي موضع النزاع والخلاف كما تقدم. ولو سلمنا الوجوب كما ذكرتم لكن الوجوب مشروط بالتكليف، فجاز الحكم على عدم وجوبه على غير المكلف لذلك إذ الدليل على وجوبهما ليس منافيا لذلك، وربما قيل: إنه إجماع فيكون هو الحجة، والحق أن عدم الصحة لعدم الكمال، والكمال شرط في المتعاملين. واختلف في اشتراط الاسلام في صحة المكاتب لتعليقها على علم الخير، والخير مفسر بالدين - كما قد سمعت في عدة من الأخبار - فإن كان في كثير منها الاكتفاء بالمال فعلى الأول يصح كتابة الكافر لعدم الشرط المقتضي لعدم المشروط، وعلى الاكتفاء بالمال يصح لوجود الشرط، هكذا قرر. والخلاف ومبناء المانع أن يمنع من دلالة الآية و الأخبار التي جاءت في تفسيرها على المنع على جميع التقادير، لأن الشرط المذكور إنما وقع للأمر بها الدال على رجحان من الوجوب أو الندب لا لمطلق الإذن فيها، ولا يلزم من

توقف الأمر بها على شرط توقف إباحتها عليه، و الدليل على تسويغ عقد الكتابة غير منحصر في الآية.

وأما الاستدلال بقوله تعالى " وآتوهم من مال الله الذي آتاكم " (١) والكافر لا يستحق الزكاة ولا الصلة لأنه مؤدات له منهي عنها بقوله تعالى " لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله " (٢) ففيه على أن الآية المشتملة على هذا الاتيان قد وقع فيها الأمر بالمكاتبة الراجحة، فالاتيان المذكور فيها مترتب على المكاتب بالمكاتبة الراجحة المراعى فيها الدين والمال، ولا تدل على وجوب الاتيان في مطلق المكاتب، وأيضا أن الاتيان من الواجب مشروط بعجزه المقتضي لاستحقاقه له فهو راجع إلى اشتراطه باستحقاقه، فكما يختص بالمحتاج لدليل جاز أن يختص بالمسلم كذلك لدليل الدال على عدم دفع الزكاة للكافر، وأما استلزام إعانته المؤدات مطلقا ممنوع، ومن ثم قيل بجواز كتابته كما يجوز عتقه، و لأنها معاوضة روعي فيها جانب المالية فلا يمنع الكفر منها وسميا إذا كان المكاتب مسلما.

وأما إسلام المكاتب وهو المولى ففي اعتباره قول، مترتب على أنه عتق بعوض وأن العتق لا يقع من الكافر، وقد تقدم الكلام في ذلك العتق المحض وأنه لا دليل على اشتراط الإسلام في المعتق فكيف في المكاتبه الذي لم يثبت كونه عتقا بل معاملة مستقلة

ثم إنه إذا كان المكاتب والمكاتب كلاهما كافرين فلا كلام لأن يده تقرر عليه بدون الكتابة. وإن كان مسلما ففي صحته كتابته له قولان: من حيث إنه يجبر على نقله من ملكه، والكتابة كما عرفت لا توجب الانتقال التام عن الملك لأنها محتملة للخروج منهم والبقاء، وتمام الخروج موقوف فيها على أداء المال من

(١) سورة النور - آية ٣٣.
(٢) سورة المجادلة - آية ٢٢.

حيث استلزامها رفع اليد في الجملة، وتثبت المكاتبه للحرية ورفع ذلك الحجر عنه في كثير من الأعمال خصوصا عند جعلها بيعا لازمة من جهة المولى، وربما قيل بالفرق بين مطلقتها ومشروطتها، فاكتمى بالأولى دون الثانية لأنه لا يخرج من المشروطة عن الرقية إلا بأداء جميع المال وهو في معرض العجز اختيارا واضطرارا. ويتفرع على هذه الأقوال ما إذا كاتبه في حال كفره فأسلم قبل كمال الأداء، وأولى بالاكتماء لأن الاستدامة أقوى من الابتداء. وعلى المنع من الاكتفاء بها يحتمل هنا الجواز لذلك، والأقوى تساويهما حكما. وعلى تقدير الاكتفاء بها ويتجدد له العجز يحتمل تسلط المولى على الفسخ، وحيث يفسخ يباع عليه قهرا لمقتضى التغيرير وعدم تخيره هنا لاستلزامه تملك المسلم اختيارا. (ومن) الشرائط أيضا القصد إلى المكاتبه، فلا عبرة بعقد الساهي والنائم والغافل والهازل، ولو تنازعا في القصد فالظاهر تقدم مدعي الصحة، ولا عبرة بعقد السكران أيضا وإن أجري عليه أحكام الصاحي في العبادات بحيث يؤمر بقضائها، وكذا سائر عقود باطلة عندنا.

(ومنها) انتفاء الحجر، فلا تصح من السفه إلا بإذن المولى، ولا من المفلس إلا بإذن الغرماء، ويصح من المريض مطلقا إن قلنا إن منجزاته من الأصل كما هو المختار، وعلى المشهور لا يصح إلا إذا قام به الثلث أو إجازة الوارث لأنه معاملة على ماله بماله، ولو برئ لزم مطلقا، وتجاوز من المكاتب لرقيته لكن مع الغبطة والمصلحة، أما غير المكاتب فلا تصح كتابته رقيقة إذا قلنا بملكه الأقوى إلا بإذن السيد الاختيار، فلا تقع من المكروه إلا أن يرضى بعد زوال الاكراه إن جوزنا العقد الفضولي فيه كما هو مذهب جماعة، والأقوى البطلان: ولو أظهر دلالة الاختيار وقع كمخالفة المكروه فيما عين.

(ومنها) استيعاب الجميع عند جماعة، فلو كاتب نصف عبد لم يصح عند الشيخ في المبسوط ومن تبعه للزوم الناقض في السعي سواء كان باقية له أو لغيره ولا تسري

الكتابة. نعم لو أدى انعتق كله عند الشيخ، ويغرم السيد قيمة النصيب ولا يرجع به على العبد، والمختار جواز التبعض فيها كما في الخلاف، وأولى منه لو كان بعضه حرا.

ويدل عليه من الأخبار موثقة أبي بصير (١) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريتته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر " وساق الحديث إلى أن قال: " ولها أن تتزوج في تلك الحال؟ قال: لا، حتى تؤدي جميع ما عليها في نصف رقبتها " .

ولو كان نصفه حرا وبيده مال فكاتبه على قدره فما دون حالا فالأقرب الصحة لاستغنائه هنا عن الأجل.

(ومنها) كون العوض دينا، فلو كاتبه على عين بطل، لأنها إن كانت للسيد فلا معاوضة وإن كانت لغيره فهي كجعل ثمن المبيع من غير مال المشتري، ولو أذن الغير في الكتابة على عين يملكها فهي في قوة المبيع، فإن جوزناه صح. وكذلك لو قلنا بأن العبد يملك فكذلك لارتفاع الحجر عنه برضا لمولى بمكاتبته بها. (ومنها) كون العوض معلوم القدر و الجنس والوصف، فإن كان نقدا وصف بما يوصف به في النسبة، وإن كان عوضا فكالسلم فتمتنع الكتابة على ما لا يمكن ضبط أوصافه كالجارية وولدها والدرّة النفيسة.

ويدل على ذلك من الأخبار صحيحة علي بن جعفر (٢) كما في كتاب المسائل له عن أخيه موسى عليه السلام " قال: سألت عن الرجل يكاتب مملوكه على وصيف فيضمن

عنه ذلك: أيصلح؟ إذا سمي خماسيا أو رباعيا أو غيره فلا بأس " .
ومثله خبره (٣) في كتاب قرب الأسناد عن أخيه موسى عليه السلام مثله.

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٨ ب ٦ ح ٤.
(٢) بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٥٧، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٤ ب ٤ ح ١٤.
(٣) قرب الإسناد ص ١٢٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٠١ ب ٣ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(ومنها) كون العوض مما يملكه المولى، فلو كاتب المسلم عبده المسلم أو الذمي على خمر أو خنزير بطل، ولو كانا ذميين صح، ولو أسلما لم تبطل وإن لم يتقابضا وذلك لأن المعاملة المذكورة صحيحة تقوم عبدا عند كونهما ذميين، ولا فرق بين أن يكون ذلك قبل قبض العوض أو بعده، ولا رجوع للسيد على العبد بشئ لانفصال الأمر بينهما حال التزامهما به، وإن ترافعا قبل القبض إلينا لم نحكم بفسادها، ولا سبيل إلى الرجوع بالتعين لتحريمه في شرع الاسلام فيرجع إلى القيمة لأنها أقرب شئ، والمحرم لم يفسد بل صح فيما بينهم، ولهذا لو قبضهم لم يجب له غير، وإنما تعذر الحكم به شرعا فوجب المصير إلى قيمته عند مستحله كما لو جرى العقد على عين وتعذر تسليمها. وإن اتفق ذلك بعد قبض البعض مضى في المقبوض ولزمه قيمة الباقي وقد ثبت ذلك الحكم في نظيره كالمهر، وقد تقدم في النكاح ما يدل عليه.

مثل خبر طلحة بن زيد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن رجلين من أهل الذمة أو من أهل الحرب تزوج كل واحد منهما امرأة وأمهرها خمرا وخنزير ثم أسلما، قال: ذلك النكاح جائز حلال لا يحرم من قبل الخمر والخنزير، وقال: إذا أسلما حرم عليه أن يدفع إليها شيئا من ذلك يعطيها صداقها ".
وخبر عبيد بن زرارة (٢) " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: النصراني يتزوج النصرانية على ثلاثين دنا خمرا أو ثلاثين خنزيرا ثم أسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها، قال: ينظر كم قيمة الخنازير وكم قيمة الخمر ثم يدخل عليها وهما على نكاحهما الأول ".

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٥ ح ١٠ وفيه " أو خنازير "، الوسائل ج ١٥ ص ٤ ب ٣ ح ١ وفيهما " حرم عليهما أن يدفعا إليهما شيئا من ذلك يعطيها صداقهما ".
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٦ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٤ ب ٣ ح ٢ وفيهما " ويرسل به إليها ثم يدخل ".

ومقتضى هذه الأخبار استقرار أمر الكتابة، ويقوم ما كوتب عليه من الخبر والخنازير عند عارفه من أهل الاسلام أو من غيرهم مع الائتمان ويدفعه المكاتب مثل ما يدفع ما لو كان مكاتبا على مال مستحل من الدارهم والدنانير ونحوها ولا تبطل المكاتبه بالاسلام مع لزومها وإنما يتمول مالها إلى ذلك، وأما ما قبض منه حال كفره فليس عليه بدل.

(ومنها) أنه يعتبر في المملوك البلوغ وكمال العقل، فلو كان غير بالغ أو عاقل لم تنعقد مكاتبتهما، فإن تولى السيد الطرفين وإن كان له ولاية عليهما بأن الشرائط هنا معتبرة في الطرفين ولقوله تعالى " والذين يبتغون الكتاب " والصبي والمجنون لا ابتغاء لهما، ولأن مقتضى الكتابة وجوب السعي وإن كان ملك المال وهو لا يتأتى في حقهما، وكذا إن يعلم فيه خيرا ولا خيرا في الصغير ولا المجنون لعدم الاعتداد بإيمانهما.

وقد تنظر ثاني الشهيد في الاستدلال بالآية على ذلك، لأن الابتغاء شرط في الأمر بالمكاتبه الذي هو عبارة عن استحبابها ورجحانها، فلا يلزم منه المنع منها عدم الأمر وعدم الابتغاء، واقتضاء الكتابة وجوب السعي موضع الخلاف كما قدمنا لكن الوجوب مشروط بالتكليف فجاز الحكم بعدم وجوبه على غير المكلف كذلك، إذ الدليل على وجوبها ليس منافيا لذلك. وربما قيل إنه إجماع فيكون هو الحجة، وحق أن الحجة هو الحجر من الشارع على الصغير والمجنون، وحكمه بفساد معاملته إلى البلوغ والرشد لأن الكتابة داخله في الأخذ والعطاء المعلق صحتها في الأخبار على البلوغ والرشد وهو شامل للحر والعبد. وأما جواز المكاتبه من ولي اليتيم لعبده لحصول الغبطة والمصلحة، ولصحيحة معاوية بن وهب، ولأن المباشر لها الولي واستكمال الشرائط من الطرفين.

(ومنها) اشترط الاسلام في المكاتب، وقد تقدم أنه موضع خلاف وكلام، وقد استظهر جماعة المنع لقوله تعالى " فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " وهذه المسألة

مبنية على أن الخير المجعول في الكتابة هو الدين والمال معا؟ أو الدين وحده؟
والمال خاصة وحده؟

فعلى الأولين لا يصح كتابة الكافر لعدم الشرط المقضي للمشروط. وعلى
الثالث يصح لوجود الشرط، ويفهم من تعليلهم المنع بالآية اختيار إرادة أحد
الأولين.

وقد استظهر جماعة الثاني لوروده في الصحيحين كما سلف، ولمنع دلالة
الآية على المنع على جميع المقادير لأن الشرط المذكور إنما وقع للأمر بها
الدال على الوجوب أو الندب لا لمطلق الإذن والإباحة، فلا يلزم من توقف
الأمر بها على شرط توقف إباحتها عليه، والدليل على تسويغ عقد الكتابة غير
منحصر في الآية.

وأما الاستدلال بقوله تعالى " وآتوهم من مال الله الذي آتاكم " والكافر
لا يستحق الزكاة ولا الصلة، والكافر ليس أهلا لذلك فقد تقدم الجواب عنه وهو أن
الائتاء من الزكاة مشروط بعجزه وإيمانه فيخص الايتان بمن هذه صفته، ومن ثم
استظهر جماعة جواز مكاتبته كما يجوز عتقه، ولأنها معاوضة يغلب فيها جانب المالية
فلا يمنع من المسلم والكافر.

(ومنها) اشتراط الأجل، وقد مر الكلام فيه والخلاف وتحقيق الأدلة من
الطرفين، وهل يشترط اتصال الأجل بالعقد؟ فيه خلاف وتردد، منشأه أصالة
الصحة ووجود المقضي لها من العقد المشتمل على الأجل والمال ومن أصالة بقاء
الملك وعدم نقل مثله، وهو اختيار الشيخ في المبسوط، واستظهر الأكثر الأول
لا طلاق الأدلة، وقد تقدم الخلاف في نظائره من الإجازة وغيرها، وعندني أن اعتباره
أقوى وأحوط.

(ومنها) اشتراط أن يكون وقت الأداء معلوما مضبوطا لئلا يؤدي إلى الغرر
والجهالة، فلو قال: كاتبتك على أن يؤدي إلي كذا في سنة، بجعل السنة ظرفا

للأداء لم يصح، ووجه البطلان ما قلناه، لأن الأجل على هذا التقدير مجهول لأن " في " لا تقتضي إلا الظرفية ولم يتبين أنه يؤديها في دفعة واحدة أو دفعات ولا أنها يؤديه في أولها أو وسطها أو آخرها.

وقال ابن الجنيّد بالجواز لعموم الأخبار ولصدق التأجيل بذلك، ويتخير في دفعه في مجموع ذلك الوقت.

(ومنها) أنه على تقدير اشتراط التأجيل هل يكفي الأجل الواحد؟ أم لا بد من التعدد؟ المشهور بين الأصحاب بل جميعهم الاكتفاء بأجل واحد، وهو مذهب أكثر العامة أيضا للأصل وعموم قوله تعالى " وكتبوهم " وعموم الأخبار الواردة في تفسير الآية، وفي الكتابة بقول مطلق.

وخالف فيه بعض العامة واشترط كونه نجمين فصاعدا لأنه المأثور عن الصحابة قولاً وفعلاً، حتى نقل عن بعضهم أنه غضب على مملوك له فقال: لا عاقبك ولا كاتبك على نجمين، وهذا مشعر لأنه غاية التضييق، ولما تقدم من أن الكتابة مأخوذة من ضم النجوم بعضها إلى بعض، وأقل ما يحصل به الضم نجمان وأيضا أن الكتابة عقد إرفاق ومن تمتته تعدد النجم.

والجواب عن ذلك كله لا يفيد الحصر، ولا حجة في العمل بدون الاجماع والنصوص، وهو غير واقع، بل الواقع الخلاف في المسألة قديماً وحديثاً، واشتقاق الكتابة جائزاً بناه على الغالب وهو الكتابة الراجحة كما تقدم في تعريفها وهي الخطبة، وللأصل وعموم النص يدفع ذلك كله، ودخل في تجويز الكثرة من غير وقوف بها على حد بعد ضبطها والعلم بها أنه لا فرق بين جعلها إلى مدة لا يعيشان إليها غالباً أو عدمه فيصح للأصل، وينتقل الحكم بعدهما إلى الوارث وسيما في جانب المولى لأنها لا تبطل بموته. أما جانب المكاتب فيشكل بطلانها بموته مطلقاً إذا كان مشروطاً، وفي الباقي بالنسبة إلى المطلق فيكون الاشتراط الزائد منافياً لمقتضى العقد.

وقد أطلق الشهيد - رحمه الله - في بعض تحقیقاته جواز التأجيل لذلك مطلقا وحکم بانتقال الحکم إلى الوارث بعد الموت، وهذا لا یخلو فی جانب المكاتب من إشکال. وقد اختلفوا أيضا فی جواز مثل هذا التأجيل فی البيوع المؤجلة نسبية وسلمما لهذه العلة، واختار فی التذكرة جوازه، وهو متجه لأنه لا مانع من انتقال الحق فيه إلى الوارث كما فی فرض موت المولى هنا، وعلى هذا فیجوز أن تتساوى النجوم وإن تختلف.

ولو قال: كاتبك على خدمة شهر ودينار بعد الشهر صح إذا كان الدينار معلوم الجنس، ومرجع هذه المسألة إلى الجمع بين العوض بين المال والخدمة، ثم إطلاق شهر الخدمة محمول على المتصل بالعقد كظائره، وشرط كون الدينار بعده يقتضي تأجيل إلى نجم واحد وهو صحيح. وإنما يتوجه عليه المنع عند من شرط تعدد النجوم.

ولو مرض العبد شهر الخدمة وكانت مشروطة أو جعل خدمة الشهر مجموع العوض بطلت الكتابة لتعذر العوض.

أما لو جمع بينه وبين المال كالصورة السابقة وكانت المكاتب مطلقا لم تبطل وروعي أداء المال وعتق بنسبته وإطلاق المحقق في الشرايع البطلان يقتضي أن تكون هذه الصورة مقطوعة عن المسألة السابقة، وإلا لم يتم الإطلاق.

أما لو قال: على خدمة شهر بعد هذا الشهر، قيل: يبطل على القول باشتراط اتصال المدة بالعقد. وتردد في ذلك المحقق لكنها من فروع اشتراط اتصال الأجل بالعقد وعدمه، وإنما أفردوها بالذكر حملا للفرع السابق على المال كأن يشترط عليه مائة دينار مثلا يؤديها بعد شهر أوله بعد هذا الشهر فذكر اشتراط الخدمة، وقد منع من ذلك الشيخ في المبسوط وجماعة.

(ومنها) أنه لا يشترط في العوض العين فتجوز المكاتب على منفعة معينة من خدمة أو خياطة أو بناء وتكون في الذمة كالعين.

وتوهم الفرق بينهما والقدح في جعل الخدمة عوض الكتابة - من حيث إن المنفعة ملك المولى فلا يعاوض على ماله بماله، بخلاف الملك المتجدد فإنه ليس بموجود ولا داخل تحت قدرته، بخلاف الخدمة فإنها مقدورة له فكانت كالعين الحاضرة، ومن ثم جاز عتقه منجزا بشرط خدمة معينة بغير رضاه دون اشتراط مال بغير رضاه - مندفع أسلفناه من أن مقتضى عقد الكتابة مخرج المملوك عن ملك المولى محضا وإن كان انتقالا متزلزلا ومن ثم حرم مناكحته وسقطت عنه فطرته ولم يكن له استخدام غير ذلك من توابع الملك، فكانت منفعته وما يتجدد من كسبه تابعة لرقبته بالانتقال عن ملكه فجاز جعله عوضا عن فك رقبته. ولما كان العتق المنجز مقتضيا ملك المعتق منافع نفسه وكسبه اعتبر رضاه في اشتراطه المال دون الخدمة لأنها تصير كالمستثناة مما يخرج عن ملكه بالتحريم المتبرع به، وهذا لا يلزم منه بطلان جعل الخدمة عوضا في الكتابة الواقعة برضا المكاتب مضافا إلى عموم الأدلة.

(ومنها) اشتراط المعلوماتية في عوض المكاتب، ولا يقدر في معلوميتها الجمع بينها وبين شيء من المعاوضات مما يراعى فيها المعلوماتية كالبيع والنكاح والإجارة لأن المعتبر العلم بمجموع العوض والمعوض، ولا يعتبر العلم بما يخص الأجزاء، وإنما يحتاج إلى معرفته على بعض الوجوه كما لو ظهر استحقاق بعض الأعيان وبطلان بعض الصفقة، فيكتفي حينئذ بمعرفة ما يخص كل واحد بالحساب ونسبة بعضها إلى بعض، وهذا من ذلك القبيل، قد تقدم ذلك في فروع البيع والنكاح. فإذا قال للعبد: كاتبتك وبعتك هذا الثوب بمائة إلى شهر مثلا وكاتبتك وآجرتك الدار بكذا، أو جمع بين الثلاثة فقال: قبلت الكتابة والبيع أو قبلتهما جميعا أو الجميع صح وانعقدت العقود الثلاثة، فإذا أدى المال المعين عتق، واستقر ملكه بالمبيع واستئجار الدار وغير ذلك مما يضاف إليها، فإذا احتيج إلى معرفة ما يخصه من مال الكتابة كأن ظهر المبيع مستحقا ولم يجز المالك وزع العوض

على قيمة وقت الكتابة وعلى قيمة المبيع وأجرة مثل الدار تلك المدة ويسقط من العوض ما قابل الفاسد.

وربما تطرق احتمال البطلان في الصفقة المجتمعة كذلك لأنها بمنزلة عقود متعددة، فيعتبر العلم بعوض كل واحد على الانفراد خصوصا مع اختلاف أحكامها كالبيع والكتابة والإجارة، والكتابة أشدها شبهة، وهي أن الكتابة لا تستقل بالتصرف إلى أن يتم عقد الكتابة، وحينئذ يقع البيع والإجارة قبل ملكه للتصرف، فيقع باطلين.

وجوابه منع كون الصفقة والمجتمعة عقودا متعددة بل هي عقد واحد كما لو باعه ثوبين أو أكثر بثمن واحد، فإن احتمال تعدد الصفقة آت كالبيع والكتابة والإجارة، بل في ثوب واحد لو ظهر بعضه مستحقا وهو غير قاذح اتفاقا نصا وفتوى، واختلاف الأحكام لا يقدح في الجميع لأنه يلزم كل واحد حكمه، وإنما القاعدة جمع الكل في صيغة واحدة وأما شبهة الاستقلال فمندفعة برضا المولى بذلك، فإن الحجر عليه إنما كان لحق المولى. والأخبار المصرحة بالحجر عليه إنما هي فيما لا يقع بإذنه كما وقع في صحيحة معاوية بن وهب (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه

قال في رجل كاتب مملوكه على نفسه وماله وأمة وقد شرط عليه أنه لا يتزوج فأعتق الأمة وتزوجها، قال: لا يصلح له أن يحدث في ماله إلا الأكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود "

وكذا إطلاق خبر أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: المكاتب لا يجوز له عتق ولا هبة ولا نكاح ولا شهادة ولا حج حتى يؤدي جميع ما عليه إذا كان

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ ح ١ وفيهما " كاتب على نفسه - أن لا يتزوج "

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٦ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٨ ح ٩ وفيهما " عن أبي جعفر - عجز عن نجم من نجومه "، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ ح ٢ وفيه اختلاف يسير.

مولاه شرط عليه إن عجز فهو رد في الرق ".
وصحيحة الحلبي (١) هي الكاشفة عن هذا التقييد لقوله فيها " في المكاتب
يشترط عليه مولاه أن لا يتزوج إلا بإذن منه حتى يؤدي مكاتبته، قال: ينبغي
له أن لا يتزوج إلا بإذن منه إن له شرطه ".
وكما يجوز اجتماع هذه العقود مع المكاتبه وأنها لا تورث الجهالة كذلك
يجوز أن يكتب الاثنان عبدا واحدا سواء اتفقت حصتهما أو اختلفت، تساوى
العوضان أو اختلفا، اتفقت النجوم أو اختلفت.
وبالجملة: فكتابة العبد المشترك بين اثنين فصاعدا مما لا إشكال في جوازها
للعوم وتسلب كل واحد من الشركاء على مكاتبه حصته بما شاء منفردا وكذا
مع الاجتماع.

وخالف في ذلك بعض العامة فمنع من اختلافها في القدر مع تساويهما في
الملك حذرا من أن ينتفع أحدهما بمال الآخر فيما إذا دفع إلى أحدهما مائة
مثلا وإلى الآخر مائتين، ثم ارتفعت الكتابة بالعجز فيحتاج الأول إلى أن يرجع
إلى الثاني خمسين ويكون الثاني قد انتفع بها مدة بقائها في يده من غير استحقاق.
وهذا مدفوع بأن الاستحقاق طار من حين الفسخ وقبله كان ملكا لقابضه
ملكاً متزلزلاً ولا يلزم انتفاع أحدهما بمال الآخر حين التصرف فيه وأما عدم جواز
دفعه إلى أحدهما بدون إذن صاحبه وكون ما دفعه لهما فرع من فروع الدين
المشترك، ونقل عن الإسكافي والقاضي ابن البراج حواز أن يدفع إلى أحدهما دون
الآخر ما لم يشترط عليه أن يكون الدفع لهما جميعاً لأن لمن عليه الحق التخيير
في جهة القضاء وتعيين ما شاء في أمواله، فإذا دفع إلى أحدهما حقه فقد اختار دفع
ما يستحقه المدفوع إليه في المدفوع واختار منع الآخر منه فلا يشركه فيه كما
لو منعه من الاستيفاء في بعض أمواله. والمشهور هو الأول حيث الدين لا يقبل

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٧ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٨ ب ٦ ح ٥.

القسمة إلا على جهة الحوالة كما اقتضته النصوص المصرح بها في مباحث الديون هذا كله عند اتحاد العقد، أما لو تعدد فلا إشكال في الجواز كما قاله ابن الجنييد والقاضي. واعلم أن الكتابة تكون بالنسبة إلى الموليين متعددة في المعنى وإن اتحد العقد، فإذا أدى نصيب أحدهما بإذن الآخر انعقد، لكن بدون إذنه لا يتحقق العتق في أحد النصيبين، ولو عجز فعجزه أحدهما ورد في الرق وصبر الآخر صح كما لو تعدد.

ولو كانت العبيد ثلاثة وكاتبهم في عقد واحد بأن قول: كاتبكم على ألف إلى أنجم معينة فإذا أدتموها فأنتم أحراراً فقبلوا صحت الكتابة عندنا ووزع المال على قيمهم، فلو كانت قيمة أحدهم مائة والثاني مائتين والثالث ثلاثمائة فعلى الأول سدس المسمى وعلى الثاني ثلثه وعلى الثالث نصفه، والاعتبار بالقيمة يوم المكاتبه لأنه اشترى منه لنفسه حين العقد وإن توقف عتقه على أدائها. وقال بعض العامة: يوزع على عدد الرؤوس. وقد تقدم الكلام على نظيرها في عوض الخلع والصداق. ثم إن كل واحد من العبيد يؤدي ما عليه إما على التفاضل أو على التساوي، ويعتق إذا أدى ما عليه ولا يتوقف عتقه على أداء غيره ما عليه، على الأظهر، وإن مات أحدهم أو عجز فهو رق وغيره يعتق بأداء ما عليه، ولا ينظر إلى أن السيد قد علق عتقهم بأداء جميعهم حيث قال: فإذا أدتتم فأنتم أحرار، لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة دون المعتق. وقيل: لا يعتق بعضهم بأداء ما عليه وإنما يعتقون معا إذا أدوا جميع المال. وقد علم وجهه مما تقرر وما يجاب به عنه. وقال القاضي ابن البراج: إذا كاتب إنسان عبيد كتابة واحدة فمات أحدهما قبل الثاني فإما أن يختار أن يؤدي باقي الكتابة عنه وعن صاحبه وأما أن يكاتب عن نفسه كتابة جديدة، فأيهما اختار كان له ذلك، فإن كان المتروك مالا فيه وفاء بقسطه من الكتابة أخذت السيد مما له من الكتابة وكان على الثاني ما بقي من قسطه منها. ومثل ذلك ما إذا ارتد أحدهما ولحق بدار الحرب ولم يقدر عليه فإنه بمنزلة الميت وإن كان ما تركه فيه وفاء بجميع

الكتابة حتى حصة الثاني عتقا معا ورجع ورثة الميت على الحي بحصته وصار ذلك ميراثا بينهم. هذا حاصل كلامه، وهو يدل على توقف عتق كل منهما على أداء المال أجمع. وسيأتي إن شاء الله تعالى أن موت المكاتب يبطل الكتابة سواء كانت مشروطة أم مطلقة ولم يؤد شيئا من المال، وحينئذ فيسقط قدر نصيبه من مال الكتابة ولا ينحصر المال في أحدهما لأنه عوض بينهما معا فيقسط عليهما كالبيع، وإنما يؤدي الحي قدر نصيبه من مال الكتابة ويعتق.

وإذا تقرر ذلك فلو شرط عليهم في عقد الكتابة كفالة كل منهما لصاحبه صح على القول الأصح للأصل وعموم الأخبار "المؤمنون عند شروطهم" فيلزم كلا منهما حكم الكفالة وهو وجوب إحضار الغريم عند الحلول أو أداء ما عليه، إلى آخر ما فصل هناك في أحكام الكفالة.

وقيل: لا تصح الكفالة هنا بناء على عدم لزوم مال الكتابة من جهة المكاتب والشرط الكائن في العقد كجزء من العوض فيتبعه في الجواز، وكذا يجوز أن يضمن كل منهما ما في ذمة الآخر، وحينئذ فيعتقان جميعا لأن الضمان قد حول ما في ذمة كل منهما إلى الآخر كما هو مذهب الإمامية، فيترك منزلة الوفاء ويبقى المال دينا في ذمة كل منهما، لا على وجه المكاتبه لحصول الوفاء بالضمان. ولو ضمن أحدهما خاصة تعلق المال بذمته وعتق المضمون لفراغه من مال الكتابة. وقال العلامة في المختلف فيه: إذا رضي المولى بضمانهما كليهما فهو كما لو لم يقع ضمان، وهو من غرائبه، لما عرفت من ظهور الفرق لتحول ما في ذمته إلى ذمة الآخر.

نعم لو جعلنا الضمان ضم ذمة إلى ذمة - كما عليه العامة - تخيرا بالرجوع في الجميع على من شاء، وفي كلام الشيخ في المبسوط إشعار به. فكأنه قد اقتفى أثر العامة فيه لعدم تدبره لمسائل الفروع عند بحثه مع العامة. وقد ذكر في المسائل الحائريات ما يقرب من ذلك، حيث جوز ضمان اثنين مالا واشترط رجوعه

على من شاء منهما، وهو دليل على ذلك أيضا لأن هذا الشرط فاسد على مذهبا لمنافاته للضمان، لأن الضمان ناقل للمال من ذمة إلى ذمة، وعليه إجماع أصحابنا، وكثيرا ما تقع لهم مثل هذه الغفلات عند محاراتهم العامة في المسائل.

السابعة: لو دفع المكاتب ما عليه من المال قبل الأجل كان الخيار لمولاه في القبض والتأخير لأنه دين مؤجل، فلا يتحتم عليه قبوله قبل حضور أجله كما تقرر في الديون، ويجوز أن يتعلق بالتأخير غرض صحيح لا يتم بدونه فيجب الوفاء له به لاشتراطه ذلك في العقد، وهذا هو المشهور بين علمائنا.

وخالف الإسكافي في مختصره الأحمدي فأوجب على مولاه القبول قبل الأجل، لكن لا مطلقا بل في موضع واحد، وهو ما إذا كان المكاتب مريضا ووصى بوصايا وأقر بديون وبذل لمولاه المال فليس له الامتناع لأن في امتناعه إبطال لاقراره ووصيته.

ولبعض العامة قول بإجبار المولى على القبول مطلقا حيث لا ضرر عليه لأن الأجل حق من عليه الدين فإذا أسقطه سقط، وهو ممنوع، فإن الحق مشترك بينهما.

والأخبار الواردة في هذه المسألة معتبرة إسحاق بن عمار (١) عن الصادق عن أبيه عليهما السلام " قال: إن مكاتباً أتى عليا عليه السلام وقال: إن سيدي كاتبني وشرط علي

نجوماً في كل سنة، فجئته بالمال ضربة فسألته أن يأخذه كله ضربة ويجيز عتقي فأبى علي، فدعاه علي عليه السلام فقال: صدق، فقال له: ما لك لا تأخذ المال وتمضي

عتقه؟ قال: ما آخذ إلا النجوم التي شرطت وأعرض بذلك إلى ميراثه، فقال علي عليه السلام: أنت أحق بشرطك ".
وصحيح أبي الصباح الكناني (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " في المكاتب يؤدي نصف

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٣ ح ٣١، الوسائل ج ١٦ ص ١١٧ ب ١٧ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

التهذيب ج ٨ ص ٢٧١ ح ٢٢، الوسائل ج ١٦ ص ١١٦ ب ١٧ ح ١.

مكاتبتة ويقتى عليه النصف ثم يدعو مواليه إلى بقية مكاتبتة فيقول: خذوا ما بقي ضربة واحدة، قال: يأخذون ما بقي ثم يعتق".

وصحيح الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.

وظاهر هذه الأخبار التنافي، وقد حملها الشيخ على الجواز دون الوجوب، وينبغي حملها على الاستحباب لأن فيه تعجيلا للعتق المحبوب عند الله كما فهمه محدث الوسائل وقد وافق صاحب المسالك الشيخ في الحمل على الجواز ثم قال: ولا دلالة فيه على لزومه، ولو ظهر منه ذلك لزمه تنزيله على ما ذكر حذرا من مخالفة غيره ومخالفة القواعد المقررة في نظائره.

ولا ينافي صحة طرق هذه المجوزة وضعف طريق المانع لعدم المنافاة على ذلك، نعم لو صالحه المولى على هبة شئ من مال الكتابة على أن يعجل له مال الكتابة صح، لكن يكون بلفظ الهبة لا بلفظ الحط والابراء للمنع من ذلك في صحيح علي بن جعفر (٢) عن أخيه أبي الحسن موسى عليه السلام " قال: سألته عن الرجل كاتب

مملوكه فقال بعد ما كاتبه: هب لي بعضا واعجل لك ما كان من كاتبتى، أيحل له ذلك؟ قال: إذا كان هبة فلا بأس وإن قال حط عني وأعجل لك فلا يصلح". وقد رواه في قرب الأسناد عن عبد الله بن الحسن (٣) فيكون من الضعيف. وقد ذكره في كتاب المسائل (٤).

ولعل الفرق بين الهبة والحط، حيث إن الهبة الاعطاء والدفع كما قال الله تعالى " وآتوهم من مال الله الذي آتاكم " بخلاف الابراء فإنه إسقاط مجرد،

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٣ ح ٣٠، الوسائل ج ١٦ ص ١١٦ ب ١٧ ح ١.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٥، الوسائل ج ١٦ ص ١١٤ ب ١٣ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) قرب الإسناد ص ١٢٠، الوسائل ج ١٦ ص ١١٤ ب ١٣ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
(٤) بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٦٣ وفيه اختلاف يسير.

والاسقاط إنما يتعلق بمحضر الدين، وعند تعجيله يكون عينا فلا يتعلق بها الابرء بل الهبة.

الثامنة: لو ظهر فساد الكتابة لاختلال شرائطها لا يتعلق بها حكم بل تقع لاغية كما هو مذهب الجميع لنا والأكثر للعامة، وخالف البعض منهم فقسموا الكتابة إلى باطلة وفسادة، فالباطلة هي التي اختل بعض أركانها بأن كان السيد صبيا أو مجنونا أو مكرها على الكتابة أو كان العبد كذلك أو لم يجز ذكر عوض أو ذكر ما لا يقصد ماليته كالدم والحشرات أو اختلت الصيغة. والفسادة هي التي انتفت صحتها باشمالها على شرط فاسد أو بفوات شرط في العوض كان مجهولا أو لم يتجه ثم جعلوا الكتابة الباطلة لاغية كما ذكرناه.

والفسادة تساوي الصحيحة في ثلاثة أمور: (أحدها) أنه يحصل العتق بالأداء. (والثاني) أنه يستقل بالكسب ويستتبع عند العتق ما فضل من كسبه و كذا ولده من جاريته.

(الثالث) أنه يستقل حتى تسقط عن السيد نفقته وتفارقها في أنها لا تلزم من جانب السيد فله فسخها وتبطل بموت السيد.

وبالجملة: فالعتق عندهم يحصل من جهة التعليق لا من جهة الكتابة، وهذه الآثار كلها لا أصل لها عندنا لأن الفاسد لا يترتب عليه أثر، وإطلاق الشارع محمول على الصحيح، و الأحكام مترتبة عليه.

التاسعة: إذا مات المكاتب وكانت المكاتب مشروطة بطلت الكتابة بالموت وكان ما تركه لمولاه وأولاده أرقاء، وإن لم تكن مشروطة تحرر منه بقدر ما أداه وكان الباقي رقا لمولاه، ولمولاه من تركته بقدر ما فيه من الرق، وللوارث بقدر ما انعتق منه، ويؤدى الوارث من سهم الحرية ما بقي من مال الكتابة، ولو لم يكن له مال سعى الأولاد فيما بقي على أبيهم، ومع الأداء ينعتق الأولاد. وهل للمولى إجبارهم على الأداء ولو بالسعي؟ فيه خلاف، وقد تردد المحقق فيه في الشرايع، والأقوى أن له إجبارهم على ذلك كما يجبر من تحرر بعضه

على فك باقيه. ووجه العدم بطلان المعاملة وعدم وقوعها معهم فلا يلزمهم أدائها. وذهب ابن الجنيدي في مختصره الأحمدى أنهم يؤدون ما تخلف من أصل الزكاة ويتحرر الأولاد بذلك وما يبقى فلهم. والأول أشهر في الفتوى والرواية. وتشهد المشهور صحيحة محمد بن قيس (١) عن الباقر عليه السلام " قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب توفي وله مال، قال: يقسم ماله على قدر ما أعتق منه، وما لم يعتق

يحسب لأربابه الذين كاتبوه "

وصحيحة بريد العجلي (٢) عن الباقر عليه السلام " قال: سألته عن رجل كاتب عبدا له على ألف درهم ولم يشترط عليه حين كاتبه أنه إن عجز عن مكاتبته فهو رد في الرق والمكاتب أدى إلى مولاه خمسمائة درهم، ثم مات المكاتب وترك مالا وترك ابنا له مدركا، فقال: نصف ما ترك المكاتب من شيء فإنه لمولاه الذي كاتبه والنصف الباقي لابن المكاتب لأنه مات ونصفه حر ونصفه عبد، فإذا أدى الذي كان كاتب أباه عليه ما بقي على أبيه فهو حر لا سبيل لأحد عليه من الناس ". وتمسك ابن الجنيدي بصحيحة جميل بن دراج (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " في مكاتب يموت وقد أدى بعض مكاتبته وله ابن من جاريتها وترك مالا، فقال: إن كان اشتراط عليه أنه إن عجز فهو رق رجع ابنه مملوكا والجارية، وإن لم يشترط عليه صار ابنه حرا ورد على المولى بقية مال الكتابة وورث ابنه ما بقي ". ومثل صحيح أبي الصباح الكناني (٤) وصحيح الحلبي (٥) وصحيح عبد الله بن سنان (٦)

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٤ ح ٣٢، الوسائل ج ١٦ ص ١١٨ ب ١٩ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٣٥٠ ح ٦، الوسائل ج ١٧ ص ٤١١ ب ٢٣ ح ٥ وفيهما اختلاف.

(٣) التهذيب ج ٩ ص ٣٥١ ح ٧، الوسائل ج ١٧ ص ٤١١ ب ٢٣ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٧١ ح ٢٢، الوسائل ج ١٦ ص ١١٨ ب ١٩ ح ٢.

(٥) التهذيب ج ٩ ص ٣٤٩ ح ٣، الوسائل ج ١٧ ص ٤١٠ ب ٢٣ ح ٢.

(٦) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٢ ح ٢٤، الوسائل ج ١٦ ص ١١٩ ب ١٩ ح ٣.

وغيرهم جميعا من الصحيح بألفاظ مختلفة محصلها هذا الحكم، إلا أنها لا تخلو عن شائبة الاجمال.

وطريق الجمع بين هذه الروايات ما قاله الشيخ في كتابي الأخبار هو أنه إذا أدى الوارث ما بقي من نصيبه لا من أصل المال ورث الباقي إن كان في النصيب بقية، وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلا أنه متعين في مقام الجمع بين الأخبار الصحيحة. والمحقق في الشرايع اعتمد مذهب المشهور وأسند ما قاله ابن الجنيد إلى الرواية. والعلامة في التحرير توقف في أصل الحكم لمعارضته هذه الروايات مع أكثرية ما ذهب إليه ابن الجنيد وصحة جميعه ولانحصار الصحة في جانب المشهور عنده في رواية بريد لاشارك محمد بن قيس عنده، فالصحة فيها غير متحققة إلا أنها أشهر، فتعارض الكثرة والشهرة.

ولو وصى له بوصية صح له بقدر ما فيه من حرته، وبطل ما زال. والمشهور بين الأصحاب أن المكاتب المشروط لا تصح الوصية له مطلقا، والمطلق تصح له بنسبة ما فيه من الحرية.

والمستند في ذلك صحيحة محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب تحت حرة فأوصت له عند موتها بوصية، فقال أهل

المرأة: لا تجوز وصيتها له لأنه مكتب لم يعتق فلا يرث، فقضى عليه السلام: أنه يرث بحساب ما أعتق منهم ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه. وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه وأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية. وقضى في رجل حر أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أعتق. وقضى في وصية مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أنه يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه "

وقيل: تصح الوصية له مطلقا لأن قبولها نوع اكتساب، وهو غير ممنوع

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٥ ح ٣٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٢١ ب ٢٠ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

منه وفيه قوة، إلا أن العمل على الأول أحوط، وليست الرواية ضعيفة كما زعمه شهيد المسالك لعدم اشتراك محمد بن قيس لروايته عن الباقر عليه السلام ورواية عاصم بن

حميد عنه. لكنه قد عمم الاشتراك هذا كله إذا كان الموصى غير المولى. أما هو فتصح وصيته له بغير إشكال فيعتق منه بقدر الوصية، فإن كانت بقدر النجوم أعتق جميعه، وإن زادت فالزائد له. ولا فرق في ذلك بين كون قيمته بقدر مال الكتابة وأقل، حيث إن الواجب الآن هو المال. ويحتمل عند البعض اعتبار القيمة لو نقصت لأن ذلك حكم القن، والمكاتب لا يقصر عنه. وفيه أنه قد خرج عن حكم القن بوجه وصار مال الكتابة في ذمته فكان اعتباره أولى.

العاشرة: لو وجب عليه بعد المكاتبه وانعتاق بعضه حد أقيم عليه من حد لأحرار بحد الحرية، ومن حد العبيد بنسبة الرقية. وإن لم يتحرر منه شيء بأن كان مطلقا ولم يؤد شيئا أو مشروطا حد حد العبيد وإن كان قد خرج عن حكم العبد بوجه لأنه لم يصر حرا محضا والحد قد بني على التحقيق فيرجح فيه جانب الأقل.

ويدل على تبعض الحد في المبعوض صحيح الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " في المكاتب يجلد الحد بقدر ما أعتق منه ".

والمراد بالحد هنا حد الأحرار، وسكت عن الجزء لظهوره أو لأنه لا يقصر عن الأقل فتبين الأكثر. ولو كان الذنب موجبا للحد بشرط الحرية دون الرقية كالرجم انتفى رأسا وجلد. ومثله ما لو قذفه قاذف فإنه يجب عليه من حد الأحرار بحد الحرية ويسقط ما قابل الرقية إذ لا يجب الحد على قاذفه بل التعزير وهو لا يتنصف بل يناط بنظر الحاكم فيعزره عن جزء الرقية بما يراه.

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٦ ح ٣٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٢ ب ٢٢ ح ١.

وفي صحيح محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتبة زنت، قال: ينظر ما أخذ من مكاتبتها فيكون فيها حد الحر، وما لم يقبض فيكون فيه حد الأمة. وقال في مكاتبة زنت وقد أعتق منها ثلاثة أرباع وبقي ربع فجلدت ثلاثة أرباع الحد حساب الحرة على مائة فذلك خمس وسبعون جلدة وربعها حساب العبد خمسين سوطا ونصف فذلك سبعة وثمانون جلدة، وأبى أن يرحمها وأن ينفىها قبل أن يثبت عتقها ".
وفي صحيح آخر له (٢) عن أبي جعفر عليه السلام مثله، على أنه قال: " يؤخذ السوط به وكذلك الأقل والأكثر ".
وفي صحيح محمد بن مسلم (٣) عن أبي جعفر عليه السلام " في المكاتب قال: يجلد الحد

بقدر ما أعتق منه، وذكر أنه يجلد ببعض السوط ولا يجلد به كله ".
وفي خبر عباد بن كثير (٤) عن جعفر بن محمد عليهما السلام " في المكاتبين ذا فجرا يضربان

من الحد بقدر ما أديا من مكاتبتها حد الحر ويضربان الباقي حد المملوك ".
وسيجئ بقية الكلام عليه في الحدود.

ولو زنى المولى بمكاتبه سقط عنه بقدر الحد ما له منها من الرق وحد الباقي. هذا إذا كان مما يقبل التجزئة كالجلد، فلو كان كالرجم مما لا يقبلها سقط أيضا وتعين الجلد، ويمكن أن يقال: إن الرجم هنا منتف أصلا لفقد شرطه

(١) التهذيب ج ١٠ ص ٢٨ ح ٩٢، الوسائل ج ١٨ ص ٤٠٤ ب ٣٣ ح ٣ وفيهما " ينظر ما أدت - الحرة - وما لم تقض - حساب خمسين من الأمة اثنا عشر سوطا - سبعة وثمانون جلدة والنصف ".
(٢) التهذيب ج ١٠ ص ٢٩ ح ٩٣، الوسائل ج ١٨ ص ٤٠٤ ب ٣٣ ح ٤ وفيهما " مثله إلا أنه قال: يؤخذ السوط من نفسه فيضرب وكذلك ".
(٣) التهذيب ج ١٠ ص ٢٨ ح ٩١ وفيه " قال: يجلد المكاتب على قدر ما أعتق منه "، الوسائل ج ١٨ ص ٤٠٤ ب ٣٣ ح ٢ وفيهما " فإن يجلد المكاتب على قدر ".
(٤) الفقيه ج ٤ ص ٣٣ ح ٩، الوسائل ج ١٨ ص ٤٠٥ ب ٣٣ ح ٧.

- أعني زنا الحر بالحرّة - وكذا القول في المسألة السابقة فيجب الجلد ابتداء لا لتعذر تبعض الرجم، وهو أجود.
ويدل على الحكم رواية الحسين بن خالد (١) عن الصادق عليه السلام " قال: سئل عن رجل كاتب أمة له فقالت الأمة: ما أدت من مكاتبتني فأنا به حرة على حساب ذلك، قال لها: نعم، فأدت بعض مكاتبتها وجامعها مولاهم بعد ذلك، فقال: إن استكرهها على ذلك ضرب من الحد بقدر ما أدت من مكاتبتها ودرى عنه من الحد بقدر ما بقي له من مكاتبتها، وإن كان تابعته كانت شريكته في الحد و ضربت مثل ما يضرب ".
ولو كانت مشروطة ولم تؤد شيئا فلا حد، ولكن يعزر بتحريم وطئها لها بالمكاتبة مطلقا.

الحادية عشرة: لا يجوز للمولى في مال المكاتب تصرف إلا بما يتعلق بالاستيفاء لأن الغرض منها تحصيله وتحسينه بقدر فك رقبتة، فليس مولاه المكاتب له إلا كسائر الديان، ويكون المكاتب مخيرا في جهة الوفاء.
وكذلك ليس للمولى التصرف في المكاتبة بوطء بعقد ولا ملك لعدم صيرورتها حرة فلا تصلح للعقد، وخروجها بعقد المكاتبة عن محض الرق فلا يسوغ معه الوطاء بالملك، فإن وطأها عالما بالتحريم عزر إن لم يتحرر منها شيء، وحد بنسبة الحرية إن لم تبعضت (٢)، فإن أكرهها اختص بالحد ولها مهر المثل. وفي تكرره أوجه وأقوال ثالثها اشتراطه بتخلل أدائه إليها بين الوطئين. و رابعها تعدده مع العلم لتعدد الوطاء. ومع الشبهة المستمرة مهر واحد، وإذا وجب المهر فلها أخذه في الحال، فإن حل عليها نجم وكان من جنس واحد جاز إمساكه

(١) التهذيب ج ١٠ ص ٢٩ ح ٩٤، الوسائل ج ١٨ ص ٤٠٦ ب ٣٤ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
(٢) كذا في النسخة.

تهاتر، أو إن عجزت قبل أخذه سقط، وإن عتقت بأداء النجوم فلها المطالبة به من نصيب ما يكسبه المكاتب بعد القدر له وإن حجر فيه عليه على بعض الوجوه لأن ذلك هو فائدة الكتاب إذ لولاه لتعذر عليه الوفاء ومما يحجر عليه فيه تزوجه بغير إذن المولى ذكراً أو أنثى، فإن بادرت بالعقد كان فضولاً لأنها لم تملك على وجه يشتغل به. وفي رواية أبي بصير (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: المكاتب لا يجوز له عتق ولا هبة ولا نكاح ولا شهادة ولا حج حتى يؤدي ما عليه ". وكذا لا يجوز له ولاء أمة يبتاعها إلا بإذن مولاهما لأن ذلك تصرف بغير الاكتساب وربما أنقص قيمتها، ويترتب عليها خطر الطلق ولضعف ملكه على تقدير الأمر، ولا فرق في ذلك بين المطلق والمشروط. ولو بادر ووطأ بغير إذنه فلا حد مع الشبهة، وإلا عزر لأن مهر جاريتها لو ثبت كان له. ولو أولدها فالولد له بشبهة الملك.

ثم لا يخلوا إما أن تأتي بالولد وهو مكاتب بعد فيكون ملكاً له لأنه ولد جاريتها لكن لا يملك بيعه ولا يعتق عليه لأن ملكه ليس بتام بل يتوقف على عتقه، فإن عتق عتق، وإلا فهو رق للسيد، وهذا معنى تبعية ولده له في الكتابة. وثبوت الاستيلاء للأمة موقوف أيضاً على حرية الولد، فإن عتق استقر الاستيلاء وإن عجز رقت مع الولد، فإن عتق المكاتب بعد ذلك وملكها لم تصر مستولدة لأن العجز يبين أنها علفت برقيق وأنه لا استيلاء، ويحتمل أن لا مستولداً (٢) مطلقاً لأن عتق الولد طار على الاستيلاء فأشبهته الأمة الموطوءة بالنكاح، وحق الحرية للولد لم يثبت في الاستيلاء في الحال، هذا كله إذا أتت بولدها وهو مكاتب. أما إذا جاءت به بعد العتق، فإن كان دون ستة أشهر من وقت التعليق كان

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٦ ح ٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ ح ٢.
(٢) كذا في النسخة ولعل الصحيح " ويحتمل أن لا تكون مستولدة ".

كذلك لأن العلق قد وقع في حال الرق، وإن كان لما زاد عن ستة إلى أقصى الحمل احتمال أن تكون بذلك مستولدة له عملاً بالأصل وعدمه، نظراً إلى الغالب، هذا إذا كان وطؤه في الحرية مع أصالة عدم التقدم.

وإن لم يطأها بعد الحرية انقذح الاشكال أقوى من الأول، ووجه الحكم به كونها فراشا له فيلحق به الولد في الجملة قبل الحرية وهو مستدام بعدها، وإن كان العلق بعد الحرية قائم فيكتفي به لثبوت الاستيلاء في الأول على تقدير حرته فيسقط منا مؤونة هذا الاستدلال.

ويدل على بعض هذه الأحكام صحيح علي بن جعفر (١) عن أخيه موسى بن جعفر عن أبيه عليهما السلام " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل وقع على مكاتبته فوطأها

قال: عليه مهر أمثالها، فإن ولدت منه فهي على مكاتبته، فإن عجزت ردت في الرق فهي من أمهات الأولاد "

وخبر السكوني (٢) كما رواه المحمّدون الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام " أن أمير المؤمنين عليه السلام قال في مكاتبته وطأها مولاه فتحمل قال: يرد عليها مهر مثلها

وتسعى في قيمتها فإن عجزت فهي من أمهات الأولاد "

الثانية عشرة: ليس للمكاتب التصرف في ماله ببيع ولا هبة ولا عتق ولا إقرار ولا شيء من التصرفات الناقلة إلا بإذن مولاه المكاتب له، وهو ممنوع من التصرف في ماله بما ينافي الاكتساب وما فيه خطر كالبيع بالعين بالنسيئة مع عدم الرهن والضامن المؤسر.

وقيل: لا يجوز مطلقاً لأن الرهن قد يعرض له التلف والضامن قد يعسر

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٧ ح ٤١، الوسائل ج ١٦ ص ١١٤ ب ١٤ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٦، الفقيه ج ٣ ص ٩٣ ح ٧ وفيه " عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال: قال علي بن الحسين عليه السلام في مكاتبته "، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٩ ح ١٤، الوسائل ج ١٦ ص ١١٥ ب ١٤ ح ٢ وفيهما " يطأها مولاه "

والهبة بغير شرط عوض يزيد على العين كالبيع في المنع. وفي المساوي قول بالجواز إذ لا ضرر فيه، لكن يشترط قبض العين قبل التقبيل لأنه لا يجوز البيع بدون القبض، ففي الهبة أولى ومن أطلق المنع من الهبة نظرا إلى أن الهبة لا تقتضي العوض وإن شرط فلا يصح إلا مع عذره فيستلزم الخطر. وكذا لا يجوز له العتق مطلقا لأنه تبرع محض، ومثله شراء من ينعق عليه، وله قبول هبته مع عدم الضرر بأن يكون مكتسبا قدر مؤونته فصاعدا. وكذلك الإقرار مع عدم الغبطة، فلو كان في موضع يخاف فيه تلف المال فأقرضه إلى محل الأمن أو خاف فساده قبل دفعه إلى المولى، ونحو ذلك مما فيه مصلحة ظاهرة، فلا منع، فهو من ضروب الاكتساب. والمحقق وغيره من فقهاءنا في مؤلفاتهم قد أطلقوا المنع من هذه الأشياء، فلا بد من تقييدها بما ذكرناه، وفي معنى تصرفاته المنافية للاكتساب بسطه في الملابس والنفقة، ولا يكلف بالتقتير المفرط بل يلزم الوسط اللائق بحاله عادة، هذا كله إذا تجرد من إذن المولى. ومع الإذن يجوز هذا كله لأن الحق المالي لا يعدوهما.

والذي يدل على هذه الأحكام صحيح معاوية بن وهب (١) الذي رواه المحمدون الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه قال في رجل كاتب نفسه وماله وله أمة وقد شرط

عليه أن لا يتزوج فأعتق الأمة وتزوجها فلا يصلح له أن يحدث في ماله إلا الأكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود "

وخبر أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: المكاتب لا يجوز له عتق

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٢، الفقيه ج ٣ ص ٧٦ ح ١٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٩ ح ١١، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ ح ١ وما في المصادر " كاتب على نفسه - قال: لا يصلح له "

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٦ فيه " عجز عن نجم من نجومه "، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ ح ٢.

ولا هبة ولا نكاح ولا شهادة ولا حج حتى يؤدي جميع ما عليه إذا كان مولاه قد شرط عليه إن هو عجز فهو رد في الرق ".
وصحيح أبي بصير ليث المرادي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله وترك " النكاح والشهادة والحج " وزاد " ولكن يبيع ويشترى: وإن وقع عليه دين في تجارته كان على مولاه أن يقضي عنه لأنه عبده ".
وموثقة أبي بصير (٢) " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جارية ثم إنه كاتبها على النصف الآخر - إلى أن قال: - فلها أن تتزوج في تلك الحال؟ قال: لا، حتى تؤدي نصف ما عليها في نصف رقبته ".
وصحيح الحلبي (٣) وحسنه عن أبي عبد الله عليه السلام " في حديث أنه قال في المكاتب

يشترط عليه مواله أن لا يتزوج بإذن منه حتى يؤدي مكاتبته قال: ينبغي له أن لا يتزوج إلا بإذن منه أن له شرطه ".
وصحيح أبي بصير (٤) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: الرجل المسلم له أن يتزوج المكاتب التي قد أدت نصف مكاتبها؟ قال: فقال: إن كان سيدها حين كاتبها شرط عليها إن هي عجزت فهي في الرق فلا يجوز نكاحها حتى تؤدي ما عليها ".
الثالثة عشرة: كلما يشترط المولى على المكاتب في المكاتبين معا يكون

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٥ ح ٣٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ ح ٣ وفيهما " أن يقضى دية ".

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٨ ب ٦ ح ٤ وفيهما " تؤدي جميع ما عليها في ".

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٧ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٨ ب ٦ ح ٥ وفيهما " مولاه أن لا يتزوج إلا بإذن منه ".

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢١٤ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ١٠٨ ب ٦ ح ٦ وفيهما " مكاتبته - رد في الرق جميع ما عليها " مع اختلاف يسير.

لازما ما لم يكن مخالفا للكتاب والسنة لأن عقد الكتابة قابل للشروط السائغة كظائره من عقود المعاوضات، فيشملة عموم الصحاح المسلمة والمعتبرة من النبوية وغيرها في قولهم " المؤمنون عند شروطهم " فيلزم الوفاء بما يشترطانه ما لم يكن مخالفا للمشروع، وقد تقدم عن قريب أن له شرطه، وكذلك قد تقدم في خبر إسحاق بن عمار (١) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام حيث قال في آخره " أنت أحق بشرطك " .

وأما عدم لزومه إذا خالف الكتاب أو السنة فللأخبار الدالة على جهة العموم وهي كثيرة، وقد تقدم منها جملة في البيوع والنكاح. ويدل عليه في المكاتب بالخصوص خبر عمر و (٢) صاحب الكرايس عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الكافي والتهذيب والفقهاء " في رجل كاتب مملوكه واشترط عليه أن ميراثه له، فرفع ذلك إلى علي عليه السلام فأبطل شرطه وقال: شرط الله قبل شرطك " .

فلو شرط عليه عملا مخصوصا زمن الكتابة أو بعد العتق بالأداء والاكتمال على وجه معين أو في مكان معين ونحو ذلك صح، ولو شرط عليه الوطاء وعدم التمسك أو كان الولد المتجدد رقا ونحو ذلك بطل الشرط. وهل يبطل العقد ببطلانه؟ فيه خلاف، والأقوى عدم البطلان لما سمعت من الأخبار فيما سبق واستوجه الشهيدان وجماعة من متأخري المتأخرين تبعية العقد له في الفساد كظائره من الشروط الفاسدة في العقد الصحيح، لولاها والأخبار الواردة بأيدينا لا تساعدهم. الرابعة عشرة: لا يدخل الحمل في كتابة أمة، لكن لو حملت بمملوك بعد الكتابة كان أولادها كحكمها فينعتق منهم بحسابها، ولو تزوجت بحر كان أولادها أحرارا، ولو حملت من مولاها لم تبطل الكتابة، فإن مات وعليها شيء

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٣ ح ٣١، الوسائل ج ١٦ ص ١١٧ ب ١٧ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٧ ص ١٥١ ح ٢ وفيه " عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه "، الفقيه ج ٣ ص ٧٨ ح ٢٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٧٠ ح ١٦، الوسائل ج ١٦ ص ١١٥ ب ١٥ ح ١.

من الكتابة تحررت من نصيب ولدها، وإن لم يكن لها ولد سعت في مال الكتابة للوارث.

وإنما لم يكن الولد مكاتبا إذا كانت حاملة به حال الكتابة لأنه كالولد المنفصل وإن قصده، فإن الصغير لا يكاتب بخلاف مثله في التدبير، فإن الصغير يقبله لأنه عتق متبرع به مشترك فيه الصغير والكبير بخلاف المعاملة. ولبعض المخالفين قول بدخوله في الكتابة على وجه الاستتباع لا على جهة السراية كما يتبع المال في البيع وهو ممنوع.

أما الحادث بعد الكتابة فهو أقسام، لأنه إما أن يكون من زنا أو من نكاح مملوك أو من حر أو من مولاها. فإن كان من حر فولدها أحرارا لا مدخل لهم في الكتابة. وإن كانوا من زنا أو من مملوك ثبت لهم حكم الكتابة بمعنى انعتاقهم بعتق الأم أو بالأداء لمال الكتابة أو بالابراء، وهذا هو المراد بكونهم بحكمها، لا أنهم يصيرون مكاتبين لأنهم لم يجر معهم عقد، وإنما المراد انعتاقهم بعتقها من جهة الكتابة حتى لو فسخت الكتابة ثم عتقت الأم لم ينعق الولد.

وهل يثبت حق ملكهم قبل الانعتاق للأم أم للمولى؟ قولان: من أنه تابع للأم وحقها له، ومن أنه من جملة كسبها فيكون لها، وتظهر الفائدة فيما لو قتله قاتل، فعلى القول الأول فقيمته للمولى كما لو قتلت الأم، وعلى الثاني فهو للمكاتبة تستعين به في أداء النجوم. أما كسب الولد وأرش الخيانة عليه فيما دون النفس وأرش الوطاء بالشبهة لو كانت جارية فموقوف على عتقها فيكون لها، وإلا فللمولى كسب الأم.

ولو عجزت الأم وأرادت الاستعانة بكسب ولدها الموقوف ففي إيجابتها وجهان مرتبان على أن الحق هل هو للمولى أو لها؟ فعلى الثاني لا إشكال في جواز استعانتها به، وأما على الأول فيحتمل أيضا كذلك لأنها إذا رقت رق الولد فيأخذ المولى كسبه، وإذا عتقت عتق، وقد يفضل شيء من الكسب ففي إيجابتها لحظ

الولد وعدمه لأنه لا حق لها في كسبه لأن الكلام على تقديره، وتظهر الفائدة أيضا في نفقة الولد، والوجه أنها في كسبه وما فضل فهو الموقوف. فإن لم يكن له كسب أو لم يف بالنفقة ففيه قولان: أظهرهما أنها على المولى بناء على أن حق الملك له وإن كان مراعيًا. والثاني أنه من بيت المال، لأن تكليفه النفقة من غير أن يصرف إليه الكسب في الحال إجحاف به. وفيه وجه ثالث احتمله البعض أنه على الأم، لأن كسبه قد تنتفع به فتكون نفقته عليها لتبعية النفقة للكسب.

وإن كان الولد من مولاها وكان مولاها حرا فالولد حر لأنها علقت به في ملكه فتصير أم ولد له. وهل عليه قيمة الولد؟ يبنى على ما تقدم من الوجهين السابقين. فإن قلنا: حق الملك للسيد فلا شيء عليه كما لو قتل ولد المكاتب، وإن قلنا: الحق لها فعليه القيمة وتستعين المكاتب بها، فإن عجزت قبل أخذها لها سقطت لعودها للمالك، وإن عتقت أخذتها، وإن ولدت بعد ما عجزت وصارت رقا فلا شيء لها. وكذا لو ولدت بعد ما عتقت لأنه حين تعذر تقويمه ليس بكسب مكاتبته ثم لا ترتفع الكتابة باستيلادها بل هي أم ولد، ومكاتبته كما تقدم دليله، فإن عجزت ثم مات السيد عتقت عن الاستيلاء، والأولاد الحادثون بعد الاستيلاء من النكاح أو السفاح يتبعونها في الحرية، والحادثون قبل الاستيلاء أرقاء للسيد وتعتق من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب بقي الباقي مكاتبًا وسعت في عوضه للوارث.

وقد تقدم في صحيحة علي بن جعفر (١) وروايته وخبر السكوني (٢) ما يرشد إلى ذلك حيث قال في تلك الصحيحة "إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال في رجل وقع على مكاتبته فوطأها: إن عليه مهر مثلها فإن ولدت منه فهي على مكاتبته وإن عجزت فردت في الرق فهي من أمهات الأولاد".

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٧ ح ٤١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٩ ح ١٤.

الخامسة عشرة: المكاتب المشروط باق على رقيته لمولاه حتى يؤدي جميع ما عليه، ففطرته على مولاه كما تقم في الزكاة، ولو كان مطلقا لم تكن عليه فطرته في المشهور لخروجه عن محض الرقية ولم يصر إلى حالة الرقية وهي مرتبة بينهما كما علم مرارا، ومن هنا تسقط نفقته عن مولاه وتتعلق بكسبه، وكان اللازم من ذلك ثبوت فطرته على نفسه وإن كانت مشروطة لأنها تابعة للنفقة. لكن قد أطلق جماعة من الأصحاب وجوب فطرة مشروطة على مولاه والحكم عليه بإطلاق الرقية مع أن صحيحة علي بن جعفر (١) عن أخيه موسى عليه السلام " قال:

سألته عن المكاتب هل عليه فطرة رمضان أو على من كاتبه؟ أو تجوز شهادته؟ فقال: الفطرة عليه ولا تجوز شهادته ". و لم يفرق فيها بين القسمين. وأول الشهيدين في الدروس اختصر على نقل وجوب فطرة المشروط على مولاه وعن بعض الأصحاب ثم احتمل عدمه محتجا بأنها تابعة للنفقة. وابن البراج صرح بعدم وجوبها على المولى أيضا، ولا بأس بهذا القول لأن الشهرة غير كافية في الاستدلال.

وأما المطلق فلا تجب فطرته على مولاه قولاً واحداً ولا على نفسه إلا أن يتحرر منه شيء لأنه مملوك لا يقدر على شيء. وصحيح علي بن جعفر شامل للمشروطة والمطلقة، فنفيها عنه بهذا التعليل قول عليل، وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه عملاً لتلك الصحيحة ولو وقعت عليه كفارة متعلقها العتق والاطعام، ولم يجز له أن يؤدي شيئاً من هذين الخصلتين إلا إذا أذن له المولى، لأن شرط التكفير بهما الملك واليسار وهو ملتفت عنه. أما الثاني فظاهر، وأما الأول فلأن ملكه غير تام والتكفير بالاطعام مشروط بالأمر الثاني.

وعلى تقدير إذن المولى في ذلك ففي الاجزاء وجهان، من أن المنع كون الحق للمولى وقد زال بإذنه، ومن أن التكفير عليه بالأمرين غير واجب على

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٧ ح ٤٠، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٢ ب ٢٢ ح ٢.

المملوك فلا يجزي عن الواجب، وإذن المولى لا يقتضي الوجوب بل غايته الجواز. ويمكن بناؤه على أن التبرع على المتبرع بالكفارة التي ليست فرضه هل تجزي عنه أم لا؟ فإن قلنا بإجرائها أجزاء هنا بطريق أولى وإلا فلا. والعلامة في المختلف قد ادعى الاجماع على أن التبرع عن المتبرع بإذنه مجزى يجزي هنا وهو الوجه. والشيخ في المبسوط معاكس لما في المختلف حيث ادعى الاجماع على عدم الاجزاء مع أنه في باب الكفارة من ذلك الكتاب اختار الاجزاء وجعله الأظهر في روايات أصحابنا. ووافقه ابن إدريس في السرائر على عدم الاجزاء، والأقوى ما استظهره في الروايات، وهذه الاعتبارات لا تعارضها، فإن الأخبار تنادي بأن التبرع في الفرائض مجزى كالزكاة والفطرة ونحوها.

السادسة عشرة: إذا ملك المملوك نصف نفسه كان كسبه مشترك بينه وبين مولاه ولو طلب أحدهما المهايأة من الآخر وقد اختلف الأصحاب في وجوب الاجبار عليها وعدمه إلى قولين، والأقوى عدم الوجوب. ووجه القول بالاجبار أن لكل منهما الانتفاع بنصيبه، ولا يمكن الجمع بين الحقين في وقت واحد، وكانت المهايأة طريق الجمع بين الحقين ووسيلة إلى قطع التنازع ولا ضرر فيها. وتدل عليه موثقة عمار بن موسى الساباطي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام " في مكاتب بين شريكين فيعتق أحدهما نصيبه، كيف تصنع الخادمة؟ قال: تخدم الباقي يوما وتخدم نفسها يوما "

وفي رواية مالك بن عطية الصحيحة عن أبي بصير (٢) ذلك أيضا " حيث قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريتته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر

بعد ذلك، قال: فقال: فيشترط عليها إن عجزت عن نجومها فإنها رد في الرق في نصف رقبته، فإن شاء كان له يوم في الخدمة ولها يوما وإن لم يكتبها، قلت: فلها

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٥ ح ٣٦، الوسائل ج ١٦ ص ١١٩ ب ١٩ ح ٤.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٩ ح ١٣، الوسائل ج ١٦ ص ١١٣ ب ١٢ ح ١.

أن تتزوج في تلك الحال؟ قال: لا، حتى تؤدي جميع ما عليها في نصف رقبتها ".
وفي صحيح عبد الله بن سنان (١) " أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أعتقت
ثلث خادمها عند موتها، أعلى أهلها أن يكاتبوها إن شاءوا وإن أبوا؟ قال: لا،
ولكن لها من نفسها ثلثها وللوارث ثلثاها. يستخدمها بحساب ما لم يعتق منها
ويكون لها من نفسها بحساب ما أعتق منها ".

فهذه الأخبار تشهد بالمهاياة لكن لا تستلزم تحتمها والاجبار عليها، ومن هنا
ذهب أكثر المتأخرين إلى عدم تحتمها وذلك لأنها قسمة لغير معلوم التساوي
فتتوقف على التراضي، بل لا يظهر كونها قسمة. وعلى تقدير القول بوجوب
الإجابة إليها فيكنفي المهاياة اليومية ولا يجب الأزيد.

السابعة عشرة: إذا كاتب عبدا شخص ثم مات وخلف ورثة قاموا مقامه
في أنهم إذا أعتقوه أو أبروه من نجوم عتق، وكذا لو استوفوا المال ولو أبراه
البعض دون البعض أو أعتقه عتق نصيبه بالاجماع منا، خلافا لبعض العامة حيث قال:
إنه لا يعتق بالابراء حتى برأه الآخر. ولا تقع هنا سراية بحيث يضمن الشريك حصته
الآخر، واحتمل بعض أصحابنا السراية لوجود سبب العتق باختياره وكون المكاتب
في حكم الرق بالنسبة إلى قبول العتق، وقد تقدم في موثقة عمار وصحيحة أبي
بصير ما يدل على عدم السراية.

ويمكن بناء الحكم هنا في السراية وعدمها على أن الكتابة هل هي عتق
بعوض أو بيع؟ وعلى الثاني لا يسري لأن المولى لا يعتق وإنما ملك العبد نفسه
بالشراء وأداء العوض فعتق. وعلى الأول فتحتمل السراية وعدمها وإن كان الأقوى
عدم السراية.

الثامنة عشرة: من كاتب عبده ترجح له أن يعينه من زكاته إن وجبت

(١) الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٠ ب ٢٠ ح ١.

عليه، ولا حد له قلة ولا كثرة، فإن لم يكن له زكاة استحب له التبرع بالعطية. والأصل في هذه المسألة الكتاب وهو قوله تعالى " وآتوهم من مال الله الذي آتاكم " (١) وقد فسر الايتاء هذا بأحد أمرين: إما أن يحط شيئاً من النجوم أو يبذل له شيئاً فيأخذه في النجوم. أما الثاني فظاهر لأن البذل إيتاء وهو المأمور به في ظاهر الآية، وأما الأول فقد روي في السلف قولاً وفعلاً. وفي رواية العلاء بن فضيل (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام " في قوله تعالى " وآتوهم من مال الله الذي آتاكم " قال: يصنع عنه من نجومه التي لم يكن يريد أن ينقصه منها، فقلت: كم؟ قال: وضع أبو جعفر عليه السلام عن مملوك له ألفاً من سبعة آلاف "

وفي صحيحة محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام " قال: سألته عن قول الله

عز وجل " وآتوهم من مال الله الذي آتاكم " قال: الذي أضمرت أن تكاتبه عليه، لا تقول

أكاتبه بخمسة آلاف وأترك له ألفاً ولكن انظر إلى الذي أضمرت عليه فاعطه منه ". وفي صحيح القاسم بن بريد (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: سألته عن قول الله

عز وجل " وآتوهم من مال الله الذي آتاكم " قال: سمعت أبي يقول: لا يكاتبه على الذي أراد أن يكاتبه ثم يزيد عليه ثم يضع عنه ولكن يضع عنه ما نوى أن يكاتبه عليه "

وإنما فسرت الآية بذلك وإن كان خلاف ظاهرها لأن المقصود منها إعانتها ليعتق والإعانة في الحط محققة وفي البذل موهومة فإنه قد ينعق المال في جهة أخرى، وبهذا يظهر لك أن الحط أولى من الاعطاء. وبعد الاتفاق على رجحانه لظاهر الآية اختلف في أنه هل على جهة

(١) سورة النور - آية ٣٣.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٠ ح ١٥، الوسائل ج ١٦ ص ١١١ ب ٩ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٦ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ١١١ ب ٩ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٧٨ ح ٢٥، الوسائل ج ١٦ ص ١١١ ب ٩ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير.

الوجوب أو الندب؟ وفي أن المراد بمال الله هو الزكاة الواجبة على المولى أم مطلق المال الذي بيده فإنه من عند الله؟ وفي أن الضمير المأمور هل هو عائد على قوله " وكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " أو على المكلفين مطلقا؟ فالشيخ في المبسوط وجماعة أوجبوا على المولى إعانة المكاتب بالحط والايثاء وإن لم يجب عليهم الزكاة ولم يجب على غيره، وهو مبني على أن الأمر للوجوب وأن المال أعم من الزكاة وأن الخطاب متعلق بالموالي. وفي المختلف ذهب العلامة إلى الاستحباب مطلقا، وجعل مال الله أعم فلم يوجب عليه الإعانة من الزكاة ولا من غيرها. والمحقق اختار وجوب الإعانة على المولى إن وجبت عليه الزكاة فيها والاستحباب إن لم تجب (أما الأول) فلأن أداء الزكاة واجب ولا شيء من إعانة المديون

في وفاء دينه بواجب للأصل، فيختص هذا الأمر بما لو وجبت الزكاة ولأن المكاتب من أصناف المستحقين، فيكون الدفع إليه واجبا عليه في الجملة. (وأما الثاني) فلأصالة عدم الوجوب، مع ما فيه من التعاون على البر وإعانة المحتاجين وتخليص النفس من ذي الرقية وحقوقها.

والحق والأقوى وجوب الايثاء من الزكاة إن وجبت وجوبا تخييريا بينها وبين الحق عنه من مال الكتابة جمعا بين الأدلة واختصاص الخطاب بالمولى عملا بظاهر الأمر المطلق المتعلق بالمأمورين بالكتابة.

وربما قيل بوجوب الدفع من مال الزكاة عينا إن وجبت الزكاة، فإن لم يكن زكاة وجب أن يدفع إليه من ماله أو يحط عنه من مال الكتابة. ويجب على المكاتب القبول إن أعطاه من جنس مال الكتابة لا من غيره عملا بظاهر الآية، فقد قيل: إن المراد به مال الكتابة ولو حط عنه كان إبراء فلا يعتبر فيه القبول على الأقوى، ولو اعتبرناه وجب كدفع الجنس. ولو أعتق قبل الايثاء ففي سقوط الوجوب قولان: من فوات محله وتعلق

الخطاب بالمكاتبين وقد زال ذلك الوصف، ومن كونه كالدين فيجب مطلقا، واختاره في الدروس.

ولو دفع إليه من الزكاة وكان مشروطا بعجزه ففي وجوب إخراج الزكاة لغيره أو ردها إلى دافعها وجهان: من ظهور عدم الاستحقاق وكونه طارئا على الدفع الموجب للملك حال كونه قابلا له، وبراءة ذمة الدافع حينئذ وعوده إلى المولى إحداث ملك لا إبطال لما سلف، ومن ثم بقيت المعاملة السابقة بحالها وإن لم يرض بها المولى ويضعف ويمنع كونه إحداثا بل إعادة في الرق، فيقتضي نقض جميع ما سبق، ومن ثم أعاد كسبه وأولاده ملكا له وبقاء المعاملة بسبب الإذن الضمني في عقد المكاتبه فإنها تستلزم الإذن في التصرف بالمعاملة ونحوها. والأقوى وجوب صرفه على المستحقين إن كانت منه وإلا أعادها دافعها ليصرفها بنفسه نعم لو كانت من المندوبة لم تجب الإعادة.

والأخبار الدالة على إعطاء المكاتب من مال الزكاة مرسله إبراهيم بن هاشم (١) كما في التهذيب عن الصادق عليه السلام " قال: سألته عن مكاتب عجز عن مكاتبته وقد

أدى بعضها، قال: يؤدي عنه من مال الصدقة، إن الله تعالى يقول في كتابه " وفي الرقاب " (٢) ومرسل الفقيه نحوه.

وكذلك خبر تفسير العياشي (٣) وقد مر ذكره في كتاب الزكاة. التاسعة عشرة: إذا كانا اثنين في صفقة أو صفقتين ثم أقر باستيفاء نجوم أحدهما أو براءته عما عليه أمر بالبيان والكشف عن ذلك، فإن ادعى النسيان أمر بالتذكر ما دام حيا، وقيل بالقرعة مع اليأس من التذكر لأنها لكل أمر مشكل،

(١) الفقيه ج ٣ ص ٧٤ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٧٥ ح ٣٥، الوسائل ج ١٦ ص ١٢١

ب ٢١ ح ١.

(٢) سورة التوبة - آية ٦١.

(٣) تفسير العياشي ج ٢ ص ٩٣ ح ٧٦.

ولو ادعيا على المولى العلم فالقول قوله في نفيه لأن ذلك لا يعلم إلا من قبله وإن بين أحدهما وادعى التذكر قبل قوله بغير يمين إن صدقه الآخر أو سكت، وإن كذبه وقال: استوفيت مني وأبرأتني فله تحليفه أيضا، ويحلف هنا على البت لدعوى التذكر.

ولو نكل على اليمين المتوجهة إليه قبل التذكر على نفي العلم حلف مدعى الدفع وعتق، فإن ادعى كل منهما ذلك ففي تحليفهما معا وعتقهما وجهان بل قولان: من أن ذلك هو مقتضى الدعوى أو قاعدة أصول الحكومة والقضاء، ومن المعتقد أحدهما خاصة، فأحدهما كاذب في يمينه لكن غير مضر لكونه حكم على ما في نفس الأمر وهو لا يقدر فيما يثبت بظاهر الحكم، وإن حلف بقية كتابته إلى أن يؤدي ولو مات المولى قبل التذكر فليس سوى القرعة.

ولو ادعى أحدهما أو هما معا على الوارث العلم حلف على نفيه كالمورث وليس له أن يستوفي منهما ولا من أحدهما قبل القرعة وإن بذل المال لأن أحدهما قد برئ منه، فأخذ المالكين معا ظلم.

وكذا القول في المورث، ولو بذلا مالا آخر بقدر التخلف أو الأكثر على تقدير الاختلاف ففي حصول الانعتاق بذلك وجهان ناشئان من وصول مال الكتابة إليه بأجمعه، ومن أن شرطه أداء المكاتب، وجاز في كل منهما أن يكون ما أدى مال الكتابة ويمكن أن يجعل بذلهما له.

واعلم أنه قد ظهر من قول محقق الشرايع " ثم يقرع بينهما " بعد قوله " ولو ادعيا على المولى العلم كان القول قوله " أنه يقرع بينهما في حياة المولى وهو مخالف لقوله سابقا " صبر عليه رجاء للتذكر " إلا أن يحمل على تصريحه بانتفاء الرجاء وهو بعيد لا إشعار اللفظ به.

وقد صرح الشيخ في المبسوط وجماعة ممن تأخر عنه بعد القرعة ما دام حيا لأن التذكر منه مرجوء. ويمكن أن يحمل قوله " ولو ادعيا على المولى

العلم كان القول قوله " ما يشمل للوارث، وحينئذ فيحمل قوله " ثم يقرع على ما بعد الموت " مؤكدا لقوله " استخرج بالقرعة " وعلى كل تقدير فالعبارة ليست بجيدة. العشرون: المشهور بين أصحابنا جواز بيع مال الكتابة ونقله عن البيع من سائر وجوه النقل لا طلاق آية " وأحل الله البيع " (١) خلافا للشيخ في المبسوط حيث منع منه للنهي عن بيع ما لم يقبض، ولأن النجوم لم تستقر لجواز تعجيز نفسه إما مطلقا أو في المشروط.

ويضعف بأن النهي تعلق بما انتقل بالبيع كما مر في كتاب البيوع لا بمطلق ما لم يقبض، حتى أن العامة رووا ذلك عن النبي صلى الله عليه وآله، وأن ما عده جماعة

من العامة من البيع من باب القياس، والقياس في مذهبنا ممتنع، فيختصر النهي بمورده. ونمنع جواز تعجيزه نفسه مطلقا لما تقدم من اختيار لزومها، وإذا صح البيع لزم المكاتب دفع ذلك المال إلى المشتري، فإن أداه إليه عتق بأدائه كما لو أداه إلى المولى، ولو لم يدفعه أجمع أو كان مشروطا فعجز وفسخ المولى رجع رقا لمولاه.

وهل يبطل البيع؟ يحتمله لأن الفسخ يستلزم رفع أثر الكتابة، ومن ثم يرجع ولده أرقاء ويتبعه كسبه.

ويحتمل العدم لمصادفته الملك حال البيع فلا يضره الفسخ الطارئ على القول بعدم الصحة، ولا يجوز للمكاتب أن يسلم النجوم إلى المشتري، ولا للمشتري مطالبته بها، ولا يحصل العتق إلا بدفعها إلى السيد البائع، ولا يحصل تسليمها إلى المشتري لفساد البيع. وربما قيل: يحصل به لأن السيد قد سلطه على القبض فهو كما لو وكله عليه.

والأصح ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط والأكثر المنع لأنه يقبض لنفسه

(١) سورة البقرة - آية ٢٧٥

حتى لو تلف بيده ضمن بخلاف الوكيل فإنه يقبض للموكل ولا يضمن إلا بالتفريط. وفصل ثالث فقال: إن قال بعد البيع خذها منه أو قال للمكاتب ادفعها إليه صار بذلك وكيلا وحصل العتق بدفعها إليه، وإن اقتصر على البيع فلا، لأنه بيع فاسد، ولا عبرة بما يتضمنه.

ورد بأنه وإن كان قد صرح بالإذن إلا أنه إنما أذن بحكم المعاوضة.

والقولان الأولان للعلامة في كتاب التحرير في موضعين من الكتابة.

ثم إن قلنا بعدم عتقه فالسيد يطالب المكاتب يسترجع ما دفع إلى المشتري فإن سلم المشتري إلى البائع الوجه لم يصح لأنه قبضه بغير إذن المكاتب، فأشبه ما لو أخذه من ماله بغير إذنه. ويحتمل الصحة نظرا إلى تعيين المكاتب إياه لمال الكتابة بالدفع، وقد تقدم إطلاق جواز تصرف المولى في مال الكتابة بالاستيفاء، فهذا أولى، لكن لما كان الحق تقييد ذلك المطلق لم يصح هنا وإن عينه المكاتب لأن تعيينه مبني على المعاوضة كتسليمه إلى المشتري، فيجوز بيع المكاتب المشروط بعد عجزه عن الفسخ، ولا يجوز بيع المطلق لأن في المشروط بعد العجز يتسلط المولى

على الفسخ فكان بيعه فسخا كما لو باع ذو الخيار أو باع المدير أو الموصى به أو نحو ذلك مما اشتمل على العقد الجائز. ولو قدم تقدم البيع الفسخ فالصحة أوضح.

وأما المطلق فقد أطلق المحقق وجماعة عدم صحة بيعه، ويجب تقييده بما

إذا لم يبلغ حدا يجوز للمولى معه فسخ كتابته، فلو عجز عن الأداء بعد حلول المال ولم يمكن الوفاء عنه من سهم الرقاب جاز بيعه كما يجوز فسخها حينئذ.

الحادية والعشرون: إذا زوج المولى بنته من مكاتبه ثم مات المولى ومملكته البنت أو بعضه انفسخ النكاح بينهما من غير فرق بين المكاتب المشروط والمطلق

لأن الكتابة لم تخرجه عن أصل الرقية وإن أخرجته عنها على بعض الوجوه كما عرفته فيما سبق.

وخالف في ذلك ابن الجنييد فذهب أنه لو مات السيد وابنته تحت المكاتب

الذي قد شرط عليه الرق عند عجزه منع من الوطاء، وإن أدى كانا على النكاح لأنها لم ترث من رقبته شيئاً، وإن عجز بطل النكاح فإن كان ممن يعتقد بما أدى بطل النكاح إذا حصل له أداء بعض الكتابة.

وما اخترناه مذهب الشيخ والأكثر وهو الأظهر لثبوت تلك القاعدة، وهو انفساخ النكاح بين الحرة والعبد يملكها له كما هو مجمع عليه، والنصوص به مستفيضة، واحترزنا بقولنا " فملكته " عما لم تكن وارثة كانت قاتلة أو كافرة فهو كافر، فإن النكاح بحاله ولو كان مطلقاً وقد أدى بعض المال فالحكم بحاله لأنه لا فرق في ملك الزوجة له بين كله وبعضه في كونه يوجب فسخ النكاح. الثانية والعشرون: إذا تنازع السيد والمكاتب في قدر مال الكتابة أو في المدة أو في النجوم فالقول قول السيد مع يمينه عند الأكثر وربما قيل: القول قول المنكر زيادة المال والمدة كما هي القاعدة في الدعاوى.

ولو قال كاتبك على ألفين فقال بل على ألف أو قال إلى سنة فقال المكاتب بل إلى سنتين ونحو ذلك الاختلاف في قدر النجوم، والحكم في الجميع واحد وهو تقديم قول العبد لأصالة عدم الزائد عما يعترف به. وأما وجه تقديم قول المولى في قدر المال فلأن المكاتب يدعي العتق بما يدعيه من المال والمولى ينكره والأصل بقاء الرق، وبهذا يحصل الفرق بين الكتابة والبيع إذا اختلفا في مقدار الثمن أو المثمن، فإن الكتابة كما سمعت ليست معاوضة حقيقة لأنها معاملة على مال المولى بماله، والأصل عدم خروج ذلك عن ملك سيده إلا رضاه لأنه أشبه شئ بالتبرع لا بعقود المعاوضات وإن كان القول هذا اختاره المحقق وأكثر المتأخرين من تقديم قول من ينكر الزيادة في المال والمدة التفاتاً إلى الأصل الثابت بالشهرة والأخبار، ولأن المولى بإقراره بأصل الكتابة واستحقاقه العتق خرج عن أصالة بقاء ملكه على المكاتب وعلى ماله، ثم هو يدعي زيادة في ذمة المكاتب والمكاتب ينكرها فيكون قوله مقديماً في ذلك.

الثالثة والعشرون: قد تقرر أن العوض في الكتابة يكون ديناً، ومستحق الدين في ذمة الغير إذا استوفاه فلم يجده على الصفة المشروطة فله رده، وطلب مال مستحقه لا يرتفع العقد. ثم إن كان المقبوض من غير جنس حقه لم يملكه إلا أن يعتاض به حيث يصح الاعتياض.

وإن اطلع على عيب نظر، فإن رضي به فهو يملكه بالرضا أو بالقبض، وإنما تأكد الملك بالرضا فيه وجهان وإن رده، فإن قلنا بملكه بالقبض ثم انتقل الملك بالرد أو نقول إذا رد تبين أنه لم يملكه فيه قولان، وقد مر الكلام على هذه الاحتمالات والأقوال في باب الصرف من البيوع، وقد بني عليها مسائل قد سبق الكلام عليها، منها أن عقد الصرف إذا ورد على موصوف في الذمة وجرى التقابض وتفرقا ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً فرده فإن قلنا: إنه ملكه بالقبض صح العقد، وإن قلنا: إنه تبين أنه لم يملكه فالعقد فاسد لأنهما تفرقا قبل التقابض.

وإذا تقرر ذلك فالسيد إذا وجد ببعض النجوم المقبوضة أو جميعها عيباً فله الخيار بين أن يرضى به وبين أن يرده ويطلب بدله، ولا فرق بين عيب اليسير والفاحش، فإن رضي به كان العتق نافذا بلا إشكال لكون رضاه بالمعيب كالإبراء عن بعض الحق. وهل يحصل العتق عند الرضا أو يحصل من وقت القبض؟ وجهان، أقواهم الثاني. وإن أراد الرد والاستبدال فإن قلنا: تبين بالرد أن الملك لم يحصل بالقبض فالعتق غير حاصل، وإن ادعى على الصفة المتحققة بعد ذلك حصل العتق، وإن قلنا: يحصل الملك بالمقبوض وبالقبض وبالرد يرتفع فوجهان، أحدهما أن العتق كان حاصلًا إلا أنه بصفة الجواز، فإذا رد العوض ارتد، وأصحهما أنه تبين به أن العتق لم يحصل لأن العتق ليس من التصرفات التي يتطرق إليها النقص غالباً، فلو حصل لما ارتفع، ولا يثبت هنا العتق بصفة للزوم إجماعاً. ولو طلب الأرش مع الرضا بالعيب فله ذلك، وتبين في أنه لم يقبض كمال

النجوم، فإذا أداه حصل كمال العتق حينئذ، وإن عجز عنه وكانت مشروطة فللسيد استرقاقه كم لو عجز عن بعض النجوم. ولو فرض تجدد عيب في العوض الذي ظهر معيبا لم يكن العيب الحادث في يد المولى مانعا من الرد بالعيب الأول مع أرش الحادث لاستحقاقه الرد بالأول فيستصحب، والعيب الحادث يجبر بالأرش ولأنها ليست بمعاوضة حقيقية كما قررناه غير مرة فليس لها حكم المعاوضات اللازمة،

ولهذا إذا مات المكاتب أو عجز كان للمالك أحد الكسب بلا عوض. وذهب الشيخ في الميسوط إلى منع العيب الحادث الرد لأنها معاوضة كالبيع، وهو بعيد جدا لما ذكرناه من خروجها عن حكم المعاوضات المحضنة. الرابعة والعشرون: إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابة فإن قام ما في يده في الجميع فلا بحث، وإن عجز وكان مطلقا تخاص فيه الديانون، والمولى وإن كان مشروطا وجب تقديم الدين لأن في تقديمه حفظا للحقين، ولو مات وكان مشروطا بطلت الكتابة ودفع ما في يده في الديون خاصة وقسم بين الديان بالحصص، ولا يضمنه المولى لأن الدين تعلق بذلك المال فقط، ويترتب على هذه الشقوق اثنا عشرة صورة مختلفة الأحكام.

فإن كان الدين للمولى بأن كان له مع النجوم دين معاملة على المكاتب أو أرش جنائية عليه أو على ماله فإن وفي ما في يده بها فلا بحث، وإلا فإن تراضيا على تقديم الدين الآخر وتأخير النجوم فذاك، وإن تراضيا على تقديم النجوم عتق، ولا يسقط الدين الآخر بل للسيد مطالبته به، ولو كان ما في يده وافيا بالنجوم ولم يف بها وبالدين الآخر، فإن أداها عن النجوم برضا السيد فالحكم ما بيناه سابقا، وللسيد منعه من تقديم النجوم لأنه لا يجد مرجحا للدين، وإذا تقدمت النجوم عتق فيأخذ ما في يده عن الدين الآخر، وهل له تعجيزه قبل أخذ ما في يده؟ قولان:

(أحدهما) لا، لقدرته على أداء النجوم، فما لم تخل يده عنها لا يحصل العجز.

(والآخر) نعم، وهو أوجههما لأنه متمكن من مطالبته بالدينين معا وأخذ ما في يده عنهما، وحينئذ فيعجز عن قسط من النجوم. ولو دفع المكاتب ما في يده ولم يتعرض للجهة التي دفع لها ثم قال قصدت النجوم فأنكر السيد ذلك فالقول قول المكاتب يمينه لأنه أعرف بقصده، وذلك بمنزلة ما لو كان عليه دينان وعلى أحدهما رهن وأدى أحدهما وادعى بعد ذلك إرادة دين الرهن فإن القول قوله كما تقدم، هذا الحكم ما لو كان الدين للمولى. ولو كانت الديون لغير المولى أو لهما ولم يف ما في يده بها فإن لم يحجر عليه بعد لعدم التماس الغرماء كان له تقديم ما شاء من النجوم وغيرها وكان بمنزلة الحر المعسر قبل الحجر عليه يقدم ما شاء ويؤخر ما شاء وإن كان الأولى له أن يقدم دين المعاملة، فإن فضل شيء جعله في الأرش و الجنايات، فإن فضل شيء جعله في النجوم، وسيظهر وجه هذا الترتيب، وإن حجر عليه الحاكم تولى قسمة ما في يده، وفي كيفية تلك القسمة وجهان:

(أحدهما) وهو الظاهر من المحقق في الشرايع وجماعة ممن تأخر عنه قسّمته على مقدار الديون من غير أن يؤثر بعضا على بعض بالتقديم أو بالمزية لأن جميع الديون قد تعلقت بما في يده، ألا ترى أن من انفرد منها (١) بقسمة على قدر الديون.

(وثانيهما) وهو أجودهما، أنه يقدم دين المعاملة لتعلقه بما في يده لا غيره و لأرش الجناية متعلق آخر وهو الرقبة، وكذلك حق السيد على تقدير العجز يعود إلى الرقبة، ثم أرش الجناية يقدم على النجوم لأن الأرش مستقر والنجوم في معرض السقوط إما باختيار المكاتب أو مع عجزه، ولأن حق المجني عليه مقدم على حق المالك في القن، فكذلك المكاتب، هذا كله إذا كانت المكاتب مطلقا. أما لو كانت مشروطة قدم الدين على النجوم لأن في تقديمه جمعا بين الحقيين.

(١) كذا في النسخة.

ولو كان للمولى دين معاملة معهم ففي مساواتها لمال الكتابة أو لدين الأجنب وجهان، أظهرهما الثاني، لأنه لا بدل له كديون الغرماء بخلاف دين النجوم فإنه بسقوطه يعود للمولى إلى الرقبة، ووجه الأول أن دين السيد ضعيف فإنه معرض السقوط بالتعجيز ويبقى في التسوية بين الديون أو تقديم دين المعاملة ما سبق. ولو مات المكاتب قبل قسمة ما في يده وكانت الكتابة مشروطة انفسخت الكتابة وسقطت النجوم، وفي سقوط دين أرش الجناية وجهان بل قولان: (أحدهما) أنه قول الشيخ في المبسوط وهو أنه يسقط أيضا لتعلقه بالرقبة وقد تلفت وتعلقها بما في يده بحكم الكتابة، فإذا بطلت الكتابة بطل ذلك التعلق وعلى هذا يتعين صرف جميع ما خلفه إلى ديون المعاملات لانحصارها فيه. (وثانيهما) أنه يتعلق بالمال استصحابا لحالة الكتابة ولفوات المحل مع كونه أقوى من ديون المعاملة، فعلى هذا فإن ساوينا بينهما حالة العجز فهنا أولى وإن رجحنا الترتيب المتقدم احتمل بقاءه استصحابا لما كان ثابتا في حالة الحياة، والأظهر التسوية لأن الدينين معلقا بما خلفه وتأخر الأرش في الحياة كان لتوقع توفيته، وقد بطل ذلك التوقع، وعلى التقديرين لا ضمان على المولى لما فات من الدين لتعلقه بمال الكتابة.

واعلم أنه على القول بالتخاص في ماله حيا وبقاء النجوم أو بعضها فللسيد تعجيزه إن كان مشروطا أو مطلقا مع اليأس من الوفاء كما مر تحقيقه وإن بقي الأرش عند تعجيزه لتباع رقبته في حقه ولكنه لا يعجزه بنفسه لأنه لم يعقد حتى يفسخ ولكنه يرفع ذلك إلى الحاكم حتى يعجزه.

ولو أراد المولى فداءه وبقاء الكتابة ففي وجوب القبول وجهان مبنيان على أنه رقيق المولى في الجملة وله غرض في إتمام انعقاده، وفي استيفائه لنفسه أن لا يتم فيمكن من الفداء، وعلى أن المولى إنما يفدي إذا تعلق الأرش برقبته وذلك

غير متحقق ما بقيت الكتابة، وأما صاحب دين المعاملة فليس له التعجير لأن حقه لا يتعلق بالرقبة.

الخامسة والعشرون: كما تقدم أن المكاتبه كما تتعلق بالرقبة أجمع كذلك تتعلق ببعض الرقبة، فعند تعلقها ببعض لا يخلو إما أن يكون باقية حراً ولا إشكال في صحة الكتابة لأنها استغرقت الرقيق منه فأفادته الاستقلال أو أن يكون باقية أو بعض الباقي رقيقاً، وقد مر الرقيق إما أن يكون له أو لغيره.

فإن كان له فالأكثر على الجواز للأصل وعموم قوله صلى الله عليه وآله " الناس مسلطون

على أموالهم " ولأن بيع نصيبه وعتقه جائزان والكتابة لا تنفك عنهما، وقال الشيخ في المبسوط: لا تصح لأن الكتابة يلزمها رفع العجز عن المكاتب في جهات الاكتساب

وما يتوقف عليه كالسفر وينفرد بما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاة، وهو هنا غير ممكن لتوقف سفره واكتسابه به على إذن السيد ويشاركه فيما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاة لأنه كسبه.

وأجيب بأن المنع من السفر والاكتساب يندفع بالمهاياة ويرتفع كارتفاعه عن الشريكين بها، ونمنع مشاركته في سهم المكاتبين من الزكاة لأنه إنما يندفع لجهة المكاتبه بالخصوص ولأنه لا يملك النصيب بل يدفعه في كتابته.

وإن كان الباقي لغيره، فإن لم يأذن الشريك يصح لانتفاء الاستقلال ولأن نصيب الشريك يتبعض عليه فيتضرر به ولا ضرر ولا إضرار في الدين، وإن كان بإذنه فهو موضع خلاف للأصحاب إلى قولين:

(أحدهما) وهو الذي جزم به المحقق وقبله الشيخ في المبسوط، الصحة لأنه يستقل في البعض المكاتب عليه، وإذا جاز أفراد البعض للاعتاق جاز إفراده بالعقد المفضي إلى العتق.

(وثانيهما) وهو مختار الشيخ في الخلاف، العدم لما تقدم من أن الشريك يمنعه

من التردد والسفر ولا يمكن صرف سهم المكاتبين إليه، والأقوى الجواز وإن لم يأذن بتقرير ما سلف حجة وجوابا، وليس في المسألة بجميع شقوقها سوى خبرين:

أحدهما: موثق أبي بصير (١) وقد تقدم في الأبحاث السابقة " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، قال: فقال: فيشترط عليها إن عجزت عن نجومها فإنها رد الرق في نصف رقبتها، فإن شاء كان له يوم في الخدمة ولها يوم وإن لم يكتبها، قلت: فلها أن تتزوج في تلك الحال؟ قال: لا، حتى تؤدي جميع ما عليها في نصف رقبتها ". وهو نص في الجواز في المكاتب المشروطة وأنه يلزمها المهياة وهذا مما لا كلام فيه كما سبق.

والثاني: صحيح عبد الله بن سنان (٢) كما في الفقيه وقد تقدم أيضا وفيه " أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أعتقت ثلث خادمها عند موتها، أعلى أهلها أن يكتبوها

إن شاءوا وإن أبوا؟ قال: لا، ولكن لها من نفسها ثلثها وللوارث ثلثاها يستخدمها بحساب ما لم يعتق منها، ويكون لها نفسها بحساب ما أعتق منها ". وهذا لم يكن نصا

في الجواز ولكنه نص في نفي الوجوب، ومورد الخبرين على تقدير دلالتهم جواز المكاتب في البعض لا التبعض في المكاتب، لكن إطلاق الأدلة كتابا وسنة يدل على الجواز، وذلك كله مع عدم السراية، ومعها فلا وجه لجوازها لصيرورته حرا بمجرد عتق البعض كما مر عليه الكلام منقحا.

السادسة والعشرون: قد تقدم ما يدل على أن المكاتب كالحرف في معظم تصرفاته فيبيع ويشترى ويؤجر ويستأجر ويأخذ الشفعة ويقبل الهبة والصدقة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٦ ص ١١٣ ب ١٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٧٢ ح ٩، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٠ ب ٢٠ ح ١ وفيهما " بحساب الذي له منها ".

ويصطاد ويحتطب ويؤدب عبيده إصلاحاً للمال كما يفصدهم ويحقنهم، ولا تصح منه التصرفات التي فيها تبرع وخطر لأن المقصد تحصيل العتق فيحتاج له كمال الاحتياط، ولأن حق السيد غير منقطع عما في يده فإنه قد يعود إلى الرق بعجزه، هذا هو القول الاجمالي، وفي تفصيله صور قد قدمنا الكلام على بعضها وهو حكم بيعه وعتقه وإقراضه وهبته وقررنا أحكامها كمال التقرير، ولا فرق في البيع والشراء بين وقوعهما مع سيده وأجنبي لا اشتراكهما في المقتضي ولما كان الواجب عليه أن يتحرى ما فيه الغبطة ومظنة الاكتساب فيلزمه أن يبيع بالحال لا بالمؤجل، لأن إخراج المال عن اليد بلا عوض في الحال تبرع مع اشتماله على الخطر سواء باع بالأقل أو بالأكثر أو بالمثل، وسواء استوثق بالرهن والكفيل أم لا، لجواز تقصير الكفيل وتلف الرهن.

نعم يجوز أن يبيع ما يساوي مائة نقداً وبمائة نسيئة، ويجوز أن يشتري نسيئة بثمان النقد ولا يرهن به فإنه قد يتلف وإن اشتراه بثمان النسيئة ففي جوازه وجهان بل قولان مأخوذان من اشتماله على التبرع ومن عدم التيقن. وفرقوا هنا بين المكاتب والمولى حيث يبيع مال الطفل نسيئة ويرتهن للحاجة أو المصلحة الظاهرة فإن المراعى هنا كمصلحة الطفل والمولى منصوب لينظر له المصالح بخلافه هاهنا لأن المطلوب العتق والمراعى مصلحة السيد والمكاتب غير منصوب لينظر له، وربما قيل بمساواته للولي في مراعاته المصلحة خصوصاً مع إعادة الضرورة إلى البيع والرهن كما في وقت النهب لما فيه من حفظ المال، ومتى باع أو اشترى فليس له قبض ما في يده حتى يتسلم العوض لأن رفع يده عن المال بلا عوض لا يخلو عن غرر، ولذلك لا يجوز له السلم لأنه يلزمه مقتضاه وهو تسليم رأس المال في المجلس وانتظار المسلم فيه سيما إذا كان الثمن مؤجلاً ومثله دفع المال مضاربة، نعم له أن يأخذه لأنه نوع تكسب.

السابعة والعشرون: قد ثبت أن المولى في معاملة المكاتب له كالأجنبي مع

الأجنبي في الأحكام، فإذا صح للمكاتب دين على مولاه عن معاملة وكان للمولى عليه النجوم أو دين معاملة ففي التقاص تفصيل واختلاف لا يختص بالمولى والمكاتب. وجملة القول فيه أنه إن اتحد الجنس والصفة فالمقاصة سواء كانا نقدين أو عرضيين مثلين، وإن اختلف الجنس أو الوصف ولو بالحلول والتأجيل أو اختلاف الأجل أو كانا قيمتين لم يكن قهريا واعتبر التراضي ولا يفتقر معه إلى قبضهما ولا إلى قبض أحدهما، ومثل ما لو كان أحدهما نقدا والآخر عرضا والقول بالتفصيل الذي أشار إليه المحقق في الشرايع لشيخ المبسوط. وبالجملة: أن الدينين إذا كانا نقدين قبض أحدهما دفعة عن الآخر، وإن كانا عرضيين فلا بد من قبضهما معا، وإن كان أحدهما نقدا فقبض العرض ثم دفعه عن النقد جاز دون العكس وكأنه - قدس سره - قد جعل المقاصة بيعا، فتلحقها أحكامه من بيع الدين بالدين وبيع العرض قبل القبض وغيرهما.

الثامنة والعشرون: إذا اشترى أباه فلا يخلوا إما أن يقع بإذن المولى أو بغير إذنه. فإن كان بغير إذنه لم يصح لأن تصرف المكاتب مشروط بالغبطة و ما فيه الاكتساب، وربما قيل بالجواز لأنه اشترى مملوكا لا ضرر على المولى في شرائه ولهذا كان كسبه، وإذا عاد المكاتب في الرق عاد المملوك المشتري كالأجنبي وهو ضعيف لأن صرف المال في ثمنه مع عدم جواز بيعه والتكسب به غير سائغ له وإن لم يعتق في الحال.

وإن كان بإذنه صح، وكذا لو أوصى له به أو وهب منه، فإن كان لا يقدر على التكسب لصغر أو زمانة وعجز وكان يلزمه نفقته لم يجز له قبوله لأن نفقته تلزم المكاتب حيث إنه مملوكه وإن لم تجب عليه نفقة القريب، وإن كان كسوبا يقوم بكفاية نفسه جاز قبوله، بل ربما مستحب لا ضرر عليه في القبول، ثم لا يعتق عليه في الحال لأن ملكه ضعيف، وإنما يعتق بعنقه ويرق برقه. وليس له بيعه، ويكون له نفقته في كسبه، فإن فضل من كسبه فضل كان

ذلك المكاتب يستعين به في أداء النجوم لأنه بمنزلة العبد المملوك، ولو مرض أو عجز أنفق عليه المكاتب لأنه من صلاح ملكه، وليس هذا كالانفاق على أقاربه الأحرار، حيث يمنع منه لأن ذلك مبني على الموساة.

والمحقق - قدس سره - في الشرايع قد تردد في استرقاق القريب، ووجه التردد ما ذكر سابقا ومن تشبته بالحرية، وهذان الوجهان يجريان في ملك ولده، وهذا وجه يضعف لم يذكره غيره في المسألة احتمالا، فضلا عن القطع به والوجه القطع بتبعيته له في الاسترقاق والانعقاد.

التاسعة والعشرون: إذا جنى المكاتب على مواليه عمدا، فإن كانت نفسا فالقصاص للوارث، فإن اقتصر بطلت الكتابة كما لو مات، وإن عفا على مال أو كانت الجناية توجب المال تعلق الواجب بما في يده لأن حكم المولى مع المكاتب في جميع المعاملات كأجنبي مع الأجنبي فكذلك يكون في الجناية.

وأما [هل] يلزم المكاتب الأرش فيه بالغا ما بلغ أو الأقل منه ومن قيمته؟ ففيه قولان: من عموم قوله عليه السلام (١) " لا يجني الجاني على أكثر من نفسه " فلو طولب

بأزيد من جنايته لم يجبر على أكثر من نفسه، ومن أنه كالحرف في المطالبة ما دامت الكتابة باقية خصوصا بالنسبة إلى المولى لأن رقة يمنع استحقاق المولى بمكاتبته لمال الجناية فلا يعتبر فيه مناسبة الحر ولم يكن الحكم باستحقاق المولى الأرش، وهو ظاهر اختيار المحقق في الشرايع حيث أطلق الأرش، والأقوى الأول.

ثم إذا وفي ما في يده بالأرش ومال الكتابة معا فقد وفي الحقين وعتق وإن قصر عنهما أو لم يكن في يده شيء وعجزه المولى وسقط الأرش إذ لا يثبت للمولى على مملوكه دين، بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي فإن الأرش يكون متعلقا برقبته.

ولو أعتق المولى المكاتب بدون الكتابة بعد جنايته أو أبر أمن النجوم فإن لم يكن

(١) التهذيب ج ١٠ ص ١٨٢ ح ٩، الوسائل ج ١٩ ص ٦١ ب ٣٣ ح ١٠.

في يده شئ سقط الأرش لأنه قد أزال الملك عن الرقبة التي كانت تتعلق الأرش باختياره ولا مال له غيرها، وفيه وجه آخر أنه لا يسقط لاستقلال المكاتب وثبوت حق المولى في ذمته، ولأن العتق يؤكّد إن كان تعلق دين المولى به، بخلاف الرقية فإنها متنافية، والكتابة المتوسطة بينهما تصح بثبوت دين المولى، فالحرية أولى.

وإن كان في يده مال ففي تعلق الأرش به قولان: (أحدهما) لا، لأن الأرش كان متعلقا بالرقبة وقد تلفت. (والثاني) نعم، وهو أظهرهما، لأن الأرش متعلق بالرقبة وبما في يده، ولو أدى النجوم فعتق لم يسقط الأرش قطعاً كما لو جنى على أجنبي وأدى النجوم وعتق لو كانت جنائته على طرف المولى فله القصاص كما لو جنى على مملوكه.

وإذا جنى على أجنبي عمداً فإن عفا فالكتابة بحالها، وإن كانت الجنائية على النفس واقتصر الوارث كان كما لو مات.

وإن كان خطأً كان له فك نفسه بأرش الجنائية ولو لم يكن معه مال فللأجنبي بيعه في أرش الجنائية إلا أن يفديه السيد، فإن فداه فالكتابة بحالها. ثم إن بيعه كله في الجنائية مع استغراق الأرش لقيمته أجمع وإلا فيباع منه بقدر الأرش خاصة وتبقى الكتابة في الباقي، فإذا أدى حصته من النجوم عتق ذلك القدر، وحيث إن للمولى أن يفديه من ماله وتستديم الكتابة فعلى مستحق الأرش قبوله إن كانت الجنائية خطأً، وإن كانت عمداً فالخيار للمجني عليه كالقن، وعلى تقديم اختياره فداه لا يستلزمه الاستمرار عليه بل له الرجوع عنه ويسلمه للبيع إلا إذا مات العبد بعد الاختيار أو باعه أو أعتقه فيكون التزاماً بالفداء لأنه فوت بالاعتاق والبيع، والتأخير متعلق بحق المجني عليه.

ولو فرض عتق المكاتب بأداء النجوم فعليه ضمان الجنائية، ولا يلزم المولى فداؤه وإن كان هو القابض للنجوم لأنه يجبر على قبوله فالحوالة على المكاتب أولى.

وإذا جنى عبد المكاتب فإما أن يجني على أجنبي أو على سيده وهو المكاتب أو على سيد سيده وهو المكاتب فهانئ أقسام:
(الأول) أن يجني على أجنبي، فإن كان عمداً وهو مكاف له فله القصاص وإن عفا المستحق على المال أو كانت الجناية موجبة للمال تعلق برقبته فنباع فيه إلا أن يفديه المكاتب.

وهل يفديه بالأرش أو بالأقل منه أو من قيمته؟ قولان: فعلى القول بالأول - كما هو اختيار المحقق في الشرايع - فإن كان الأرش بقدر قيمته أو أقل فللمكاتب الاستقلال به، وإن كان أكثر لم يستقل به كما لا يستقل بالتبرعات، ثم الاعتبار بقيمة العبد يوم الجناية لأنه يوم تعلق الأرش بالرقبة. وفيه وجه آخر وهو الاعتبار بقيمته يوم الاندمال، بناء على أن ذلك وقت المطالبة بالمال.

وثالث وهو اعتبارها يوم الفداء لأن المكاتب إنما يمنع من بيعه ويستديم الملك فيه له.

ورابع وهو اعتبار أقل القيمتين من يوم الجناية ويوم الفداء احتياطاً للمكاتب وإيفاء للمال عليه.

والأوجه آتية كلها في قيمة المكاتب نفسه إذا اعتبرت قيمته هذا في العبد المكاتب الذي لا يتكاتب عليه، فأما من يتكاتب عليه ويبيعه فيها كولدته من أمته فليس له أن يفديه بغير إذن السيد.

(والثاني) أن يجني على سيده فله القصاص ولا يحتاج إلى إذن السيد، فإن كانت الجناية خطأً أو عفا على مال لم يجب إذ لم يثبت للمولى على عبده مال. (الثالث) أن يجني على أجنبي فبياع في الأرش إلا أن يفديه المكاتب، وإذا جنى على جماعة فإن كان عمداً وكانت الجناية عليهم دفعة بأن قتل اثنين فصاعداً بضربة واحدة أو هدم عليهم جداراً فلهم القصاص جميعاً، والأرش في الخطأ. وما يوجب

ملا فإن كان ما في يده وافيا بالجمع كان له الفك، وإلا تساوا في قيمته بالحصص، هذا إن أوجبنا الأرش بالغة ما بلغت.
وإن أوجبنا الأقل من أرش الجنایات كلها ومن قيمته تخاصوا فيه بالنسبة، ويستوي الأول والأخير في الأرش.
وفي القصاص مع التعاقب خلاف إلى قولين، أظهرهما مساواته للأرش فيشترك الجميع فيه ما لم يحكم به لأولياء الأول فيكون لمن بعده، وسيجئ تحقيقه في القصاص إن شاء الله تعالى.
ولو عفا بعضهم قسم على الباقيين، ولو كان بعضها يوجب القصاص استوفي وسقط حق الباقيين. ولو عفا على مال شاركهم، ولو أعتقه المولى أو أبرأه من النجوم فعليه أن يفديه كما سبق، وإن أدى النجوم وعتق فضمان الجنایة عليه وفي الذي يلزمهما من الأرش والأقل الخلاف السابق.
وإذا كان للمكاتب أب وهو رقه فقتل عبدا له لم يكن له القصاص لأنه لو قتل ولده لم يكن له قصاص، فأولى أن لا يثبت للولد قصاص على الوالد في قتل عبده. ولو كان فيهم ابنه فقتل عبدا فله أن يقتص منه، وله أن يبيع ابنه وأباه إذا كانا في ملكه وجنیا على عبد آخر له جنایة موجبها المال، فيه وجهان، أقواهما العدم لأنه لا يثبت له على عبده مال والأصل منع بيع الوالد. ووجه الجواز أنه يستفيد به حصول أرش الجنایة. وإذا جنى بعض عبده على بعض فله أن يقتص فيما يوجب القصاص لأنه من مصالح الملك ولا يحتاج فيه إلى إذن السيد، وفيه قول ضعيف بتوقفه على إذنه. ولو كانت جنایة بعض عبده على بعض خطأ فلا شيء لأنه لا يثبت له على ماله مال، ويخالف العبد في ذلك حكم المكاتب، حيث قد تقدم أن له أن يفدي نفسه من سيده بالأرش لو كان هو الجاني، والفارق بينهما كون المكاتب قد خرج عن محض الرقبة وصار له ذمة، بخلاف القن المحض فإنه لا ذمة له بالنسبة إلى المولى.

الثلاثون: لا تصح الوصية برقبة المكاتب كما لا يصح بيعه لأن المكاتب
لازمة من جهة المولى فليس له التصرف في رقبته بنقض مكاتبته ولا بمنفعته، فلا
تصح تلك الوصية لأنها تصرف في تمحض الرقبة كما لا يصح بيعه.
وكما لا تصح الوصية بعبد غيره فهو محجور عليه في هذا كله إلا أن يحصل
ما يوجب فسخها كما لو قال: إن عجز مكاتبتي هذا وعاد إلى الرق فقد أوصيت
به لفلان مثل ما لو أوصى بثمره نخله وحمل جاريته متجددين بعد الوصية. ثم
إن عجز فأراد الوارث إنظاره فللموصى له تعجيزه ليأخذه، وإنما يعجزه بالرفع
إلى الحاكم الشرعي كما في المجني عليه. ويمكن تقديم الوارث لأن الوصية
له قد شرطت بفسخ كتابته ولم يحصل ذلك الشرط، وهذا كله إذا كانت الوصية
معلقة على كتابته مطلقاً.

أما لو كان قد قيدها بكونه هو الفاسخ اعتبر في صحتها عجزه في حياته. والعلامة
في التحرير جعل الاطلاق محمولاً على عجزه في حياته وإنما يكتفي بها بعد موته
عند التصريح به وهو غير واضح.

وأما الوصية بالنجوم على المكاتب فهي صحيحة وإن لم تكن مستقرة.
كما تصح الوصية بالحمل المتجدد وإن لم يكن حينئذ مملوكاً، فإن
أداها فهي لمن أوصى بها إليه، وإن عجز فللوارث تعجيزه وفسخ الكتابة وإن
أنظره الموصى له.

وهل يملك الموصى له إبراءه عن هذه النجوم الموصى بها أم لا؟ وجهان بل
قولان، أجودهما ذلك لأنه حيث ملك الاستيفاء ملك الإبراء. ووجه العدم أن
ما ملكه استيفاء النجوم ولم يملكه تفويت الرقبة على الورثة بهذا الإبراء.
ولو أوصى لواحد برقبته ولشخص آخر صحت الوصيتان، ثم إن أدى
المال أو أبرئ منه بطلت الوصية الأولى، وإن رق بطلت الوصية الثانية، لكن
استرقاقه مشروط بفسخ الوارث كتابته، فإن امتنع وأمهله فالقولان السابقان.

واستوجه العلامة في التحرير عدم جواز استرقاقه للموصى له بدون فسح الوارث، ولو كان الموصى له بالمال قد قبض منه شيئاً فهو له، ولو اختلف الموصى له بالرقبة والموصى له بالمال في الفسخ عند حصول ذلك العجز وتحققه قدم صاحب الرقبة كما يقدم صاحب الرقبة على الوارث، هذا إن كان كاتبه مكاتبة صحيحة. أما لو كاتبه مكاتبة فاسدة كانت لا أثر لها عندنا كما تقدم الكلام عليه، فإذا أوصى بما في ذمته لم يصح، لأنه لم يثبت له بها شيئاً في ذمته، وإن أوصى برقبته صح كما لو أوصى برقبة عبده القن. نعم لو أوصى بما يقبضه منه صح لأن الذي يقبضه منه ملكه بواسطة أنه كسب مملوكه لا من حيث إنه مال الكتابة، حتى لو صرح بالوصية بما يقبضه من مال الكتابة لم يصح كما لو أوصى بمال كتابته من دون القبض.

وظاهر إطلاق الأصحاب بل صريح بعضهم كالشيخ في المبسوط عدم الفرق في ذلك بين العالم بفساد تلك الكتابة والجاهل به نظراً إلى حقيقة المال وموافقة الوصية ملك الموصى. ويحتمل الصحة في الجاهل لأن الجاهل بالفساد إذا أوصى بالرقبة فعنده أن ما يأتي به لغو، وقد تقدم في مواضع عديدة من كتاب الهبات أن من باع ما وهبه مع فساد الهبة أو باع مال مورثة معتقدا بقاءه فظهر موته أو أوصى برقبة معتقه فظهر فساد عتقه الخلاف هناك فليراجع، وإن كان الأقوى الفساد الحادية والثلاثون: أنه إذا قتل المكاتب فهو كما لو مات، وإن جنى على طرفه عمداً وكان الجاني هو المولى فلا قصاص وعليه الأرش، وكذا إن كان أجنبياً حراً كان أو مملوكاً ثبت فيه القصاص، وكل موضع يثبت الأرش فهو للمكاتب لأنه من كسبه.

وتفصيل هذه المسائل وتنقيحها بحسب الدليل هو أن المكاتب في الجنابة عليه ذو حالات وصور لأنه إما أن يكون على نفسه أو على ما دونها، ففي الثاني له القصاص إن كانت توجهه، وليس للسيد منعه كالمريض يقتص ولا تعترض عليه الورثة، والمفلس يقتص ولا تعترض عليه الغرماء.

وفيه احتمال آخر بالمنع لأنه قد يعجز عن نفسه فيعود إلى المولى كـمقطوع اليد مثلا بلا جابر، وعلى الأول فإن اقتصر فذاك وإن عفا على مال ثبت المال. لكن لو كان ذلك المال أقل من أرش الجناية أو عفا مجانا ففي نفوذه بغير إذن المولى قولان، أصحابهما النفوذ بناء على أن موجب العمد القصاص لا الدية، وإن كانت الجناية موجبة للمال لم يكن له العفو بدون إذن المولى. وإن عفا بإذنه ففيه القولان السابقان حيث ثبت المال لما دون النفس من الجناية فهو كسب من المكاتب، فيستعين به على أداء النجوم لأنه متعلق بعضو من أعضائه، فهو كالمهر تستحقه المكاتبه بوطنها ولأن كسبه له وهو عوض عما تعطل من كسبه بقطع العضو وما في معناه.

وإن كان الجناية نفسا بطلت الكتابة ويموت رقيقا. ثم إن كانت قاتله المولى فليس عليه سوى الكفارة، وإن كان قد قتله أجنبي فللمولى القصاص مع المكافاة أو القيمة ويكون له كسبه بطريق الملك لا الإرث ولو كان القتل السراية الجرح، وإن كان قبل أن يعتق منه شيء وقد أدى الجرح إلى المكاتب وجب عليه أن يكمل القيمة للمولى وإلا دفع إليه تمام القيمة. أما إذا كان الجاني هو المولى سقط عنه الضمان وأخذ كسبه لأنه للمولى، وإن كانت السراية بعد ما عتق بأداء جميع النجوم فمع كون الجاني أجنبيا يجب تمام الدية على الجاني لأن الاعتبار بالضمان بحالة الاستقرار ويرثها من يرث ماله من أقاربه، فإن لم يكونوا له فالمولى أولى إن ثبت به، وإن كان الجاني هو المولى ثبت عليه تمام الدية أيضا، وهذا بخلاف ما لو جرح عبده القن ثم أجرى عليه عتقه ومات قبل السراية حيث لا ضمان هنا لأن ابتداء الجناية غير مضمون، وهاهنا ابتداؤها مضمون ولو حصل العتق بالأداء. ولا يمنع من التقصاص كون الدية إبلا فإن الواجب في الابتداء نصف القيمة في مثل اليد، والتقصا إذا سرت الجناية بعد العتق فيجب الفاضل من الإبل.

وإذا عفا المكاتب عن المال ولم يصحح عفوه على ما فضل ثم عتق قبل أخذ المال فهل له أخذه أم لا؟ قولان، أصحهما نعم لأن عفوه وقع لاغياً. ووجه العدم أن المانع كان حق غيره وقد زال كما لو عمد إلى ما غيره فباعه فضولاً ثم ملكه، وهنا أولى بالصحة لأن الأرش ملكه، فأشبهه حينئذ تصرف المفلس من الحجر. ولو كان الجاني على طرف المكاتب عبده فله القصاص جزماً، ولو كانت الجناية خطأ لم يثبت له عبده مال.

وإذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمداً فأراد الاقتصاص فللمولى منعه، فلو كان خطأ فأراد الأرش كان له ولم يملك المولى منعه لأنه بمنزلة الاكتساب، ولو أراد إبراء توقف على رضا السيد - وهذا قول الشيخ في المبسوط - لبقاء الرقية المقتضية للسلطنة وكونه تصرفاً ليس باكتساب وإلا تعين عليه. وضعف بأن ذلك لو منع لمنع من الاقتصاص من عبد غير المولى لورود الدليل فيه. واستوجه شهيد المسالك وقوى القول بجوازه لعموم آية القصاص وانقطاع سلطنة المولى عنه. الثانية والثلاثون: (١) حيث إنه قد ثبت كون الكتابة لازمة من جهة المولى فليس له التصرف في رقبته ومنفعته، لا تصح وصيته به كما لا يصح بيعه، كما لا تصح الوصية بعبد غيره. نعم لو قال في وصيته: إن عجز مكاتبتي هذا وعاد إلى الرق بعجزه فقد أوصيت به لفلان صح، كما لو أوصى بثمره نخلته وحمل جاريته المتجددين بعد الوصية، ثم إن عجز فأراد الوارث إنظاره فللموصى له تعجيزه ليأخذه وإنما يعجزه بالرفع إلى الحاكم الشرعي كما في المجني عليه، ويحتمل تقديم الوارث لأن الوصية له مشروطة بفسخ مكاتبته ولم يحصل الشرط، هذا كله حيث تكون الوصية معلقة على فسخ كتابته مطلقاً. أما لو قيدها بكونه هو الفاسخ اعتبر في صحتها عجزه حالة حياته، وجعل

(١) لا يخفى أن ما أفاده في هذه المسألة إلى قوله " ويحتمل الفرق لأن الجاهل... " - آخر الصفحة القادمة - هو نفس ما ذكره في المسألة الثلاثين مع اختلاف في بعض الألفاظ.

العلامة في التحرير الاطلاق كالتقييد مترتبا على عجزه في حياته، وإنما يكتفى بها بعد موته لو صرح به، وهذا غير واضح لعدم التبادر عند الاطلاق. أما الوصية بالنجوم على المكاتب فهي صحيحة وإن لم تكن مستقرة، كما تصح الوصية بالحمل وإن لم يكن مملوكا في الحال، فإن أداها فهي للموصى له وإن عجز فللوارث تعجزه وفسخ الكتابة وإن أنظره الموصى له. وهل للموصى له إبرأؤه من النجوم أم لا؟ قولان أحدهما ذلك لأنه يملك الاستيفاء فيملك الأبراء، ووجه العدم أنه إنما ملكه استيفاء النجوم ولم يملكه تفويت الرقبة على الورثة الحاصل بالأبراء.

ولو أوصى لواحد برقبته إن عجز ولآخر النجوم صحت الوصيتان ثم إن أدى المال أو أبرأه منه بطلت الوصية الأولى، وإن رق بطلت الوصية الثانية، لكن استرقاقه مشروط بفسخ الوارث كتابته، فإن امتنع وأمهله جاء القولان السابقان.

واستوجه علامة التحرير فيه عدم جواز استرقاقه للموصى له بدون فسخ الوارث ولو كان الموصى له بالمال قد قبض منه شيئا فهو له، ولو اختلف الموصى له بالرقبة وبالمال في الفسخ عند العجز قدم صاحب الرقبة كما يقدم صاحبها على الوارث.

أما لو كاتبه مكاتبة فاسدة بأحد المفسدات الشرعية - حيث لا أثر لها البتة - ثم أوصى به جاز لأنه رقة غير محجور عليه في وصيته به. أما لو أوصى بما في ذمته لم يصح، ولو أوصى بما قبضه منه صح لأن كسبه للمولى لا من حيث إنه مال الكتابة.

وظاهر إطلاق المحقق والأصحاب بل صريح الشيخ في المبسوط وغيره عدم الفرق في ذلك بين العالم بفساد الكتابة والجاهل به نظرا إلى حقيقة المال وموافقة الوصية ملك الموصى. ويحتمل الفرق لأن الجاهل بالفساد إذا أوصى بالرقبة فعنده

إنما يأتي به إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبة أكثر مما بقي عليه فهو وصية بالنصف وزيادة وللورثة المشتبهة في تعيين تلك الزيادة (١)، والأظهر كون ذلك الزائد على النصف من جملة الوصية لا ابتداء عطيته، فلا يعتبر فيها ما يعتبر في العطية بل في الوصية، وقصاراه أن يكون تعيين الوصية مفوضا إلى الوارث لا بهامه. وهل يعتبر في الزيادة عن النصف أن تكون متمولة في نفسها أم يكفي التمول فيها بواسطة انضمامها إلى النصف؟ وجهان، الأظهر منهما الثاني لأن التمول إنما يعتبر في الوصية وغيرها عند الاستقلال والافراد، أما مع انضمام بعض الأجزاء إلى بعض فالمعتبر المجموع، وإلا لجرى عدم الصحة في الجميع لأن أجزاءه تبلغ حدا لا يتمول، والوصية هنا مجموع النصف والزيادة، لا بالزيادة وحدها. ولو قال: ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه ومثله فهو وصية بجميع ما عليه وزيادة لأن ما يزيد على النصف هو نصف الوصية فيكون مثله زائد على مجموع المال، فيصح فيه ويلغو في الزائد. ومثله ما لو قال: ضعوا أكثر ما عليه أو ما عليه وأكثر ونحو ذلك.

ولو قال: أكثر ما عليه ونصفه وضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه وزيادة شيء، ولا يعتبر فيه أن يتمول ويقبل التنصيف إلى ما يتمول. وأما توهم اعتبار تمول الزيادة دون نصفها بناء على أن ما يتمول يصح أن يقال له نصف مقيد به وإن يتمول بخلاف نصف ما لا يتمول فهو فاسد، لما ذكرناه من أن الوصية بالمجموع لا بالزيادة منفردة سواء نصفها أم لا. ولو قال: ضعوا عنه ما شاء أو ما شاء من مال الكتابة، فإن بقي منه شيئا فلا إشكال في الصحة، وإن شاء الجميع ففيه خلاف، فالشيخ في المبسوط على أنه لا يصح

أما في الثاني فواضح لأن " من " للتبعيض، فكأنه قال في وصيته: ضعوا عنه بعض مال الكتابة، وأما في الأول فلأن " من " وإن لم تكن ظاهرة لكنها مقدره، فإن

(١) كذا في النسخة، ولعل الصحيح " وللورثة تعيين تلك الزيادة المشتبهة " .

المعنى ضعوا من كتابته ما شاء.
وفيه نظر لأن تقدير " ما شاء من مال الكتابة " بمعنى التبويض محتمل
للتبيين فيصح تعلقها بالجميع. نعم يمكن أن يقال إن " من " لما كانت مشترك بين
التبويض والتبيين كانت مبهمة فلا تدل على أحدهما إلا بالقرينة كما في كل
مشترك، وحينئذ فالنقص معلوم على الاحتمالين والجميع مشكوك فيه لقيام الاحتمال
فيرجع الأمر إلى معنى التبويض وإن لم يحمل عليه بخصوصه، ولو عينت القرينة
إرادة التبيين أو إرادة الجميع من غير تقدير " من " عمل بها، ولعلها موجودة في
الصورة

الأولى بإرادة ما يتناول الجميع.
وتوقف المحقق في ذلك بل يظهر منه أن الاعتبار بظاهر حال اللفظ،
ولا يتأتى ذلك لو قال: ضعوا عنه النجوم.
وبالجملة: فصدور هذه الوصايا ممن لم يكن له تعمق في علم العربية
يبعد هذه الاحتمالات ويتعين الحمل على ما هو المتعارف بين العوام. والفروع
في هذا المقام كثيرة، وإطالة البحث عنها مما تطول به المؤلفات مع كونها غير
منصوبة، فلنقتصر على هذا القدر منها على أن أكثرها فروع العامة قد استحسناها
الشيخ في المبسوط وجرى على وتيرة جماعة من متأخري علمائنا.
الثلاثة والثلاثون: إذا أوصى بعتق المكاتب فمات وليس له سواه ولم تحل
مال الكتابة يعتق ثلثه معجلاً، ولا ينظر بعتق الثلث حلول مال الكتابة كما عليه
بعض الشافعية لأنه إن أدى حصل للورثة المال وإذا عجز استرقوا ثلثه ويبقى
ثلثاه مكاتباً، وذلك لأن المكاتب إذا أدى مال الكتابة عن الثلثين حصل للورثة المال
وهو ضعف ما عتق وهو الذي منع من عتقه عند العامة، وإن عجز استرقوا ثلثيه
وهو الضعف أيضاً، فضعف الوصية حاصل على التقديرين وإن لم يكن متعين في
أحد الأمرين. هكذا أجاب المحقق عن ذلك.
وتنظر فيه ثاني الشهيد في المسالك لأن الوارث ممنوع من التصرف فيما

حصل له قبل استقرار الأمر بتعيين أحد الأمرين، والوصية نافذة بغير مانع، فما أورده العامة غير منسجم.

وإذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث في المشهور لأنه معاملة على ماله بماله فجرت المكاتبه مجرى الهبة، وأما على المختار وهو أن المنجزات من أصل المال فلا بحث ولا كلام، وعلى الأول فإن خرج من الثلث نفذت الكتابة فيه أجمع وينعتق عند أداء المال. وإن لم يكن سواه صحت في ثلثه وبطلت في الباقي. وإنما علل بذلك لأنها وإن كانت معاوضة إلا أنها بحسب الصورة لا الحقيقة لأن كلا من العوض والمعوض من مال المولى والكسب 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 فيهما تفويت مال وإن اشتملت على تبديل الأعيان لأن المعتبر هو أصل المال دون خصوصيته، وبهذا يخالف ما إذا باع لنسبة في مرض الموت بثمن المثل حيث يصح البيع في الجميع لأنه لو لم يبع لم يحصل له الثمن، وهنا لو لم يكتب لم يحصل له كسبه. وإذا تقرر ذلك وقلنا بأن المنجزات من الثلث اعتبرت قيمة العبد من الثلث، فإن لم يملك شيئاً سواه وأدى النجوم في حياة المولى فإن كان مكاتبه له على مثلي قيمته عتق كله لأنه يبقى للورثة مثلاً، وإن كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه لأنه إذا أخذ مائة وقيمه مائة فالجملة مائتان فينفذ التبرع في ثلث المائتين وهو ثلث المائة، ولو كاتبه على مثل قيمته وقبض نصف النجوم صحت الكتابة في نصفه، وإن لم يؤد حتى مات السيد نظر إن لم يجز الورثة ما زاد على الثلث فثلثه مكاتب، فإن أدى حصته من النجوم عتق. ولو زاد في الكتابة بقدر نصف ما أدى وهو سدس العبد إذا كانت النجوم مثل قيمته ففيه وجهان، ووجه العدم أن الكتابة قد بطلت في الثلثين فلا تعود، وهذا

الذي جزم به المحقق ومن تأخر عنه. ووجه الزيادة زيادة ما صار بيد الوارث فكان لو ظهر دفين للميت أو نصب شبكة في الحياة فوجد فيها صيد بعد الموت فإنه يزداد في الكتابة لذلك. والأول أقوى لانطباقه على القواعد الشرعية ظاهرا.

المقصد التاسع

في أحكام الاستيلاء

لأنه أحد الأسباب الموجبة للعتق نصا وفتوى، وفيه مسائل:

الأولى: في به يتحقق وبيان شرائطه المتوقف تحققه عليها، وهو يتحقق بعلوق أمته منه وهو في ملكه، ويدخل في العلوق ما إذا ولدته تاما وناقصا مضغة وعلقة لا نطفة في الأصح لعدم اليقين بكونها مبدأ للنشر واستعدادها للصورة الانسانية بخلاف أختيها، واستصحابا لحكم الأمة الثابت بيقين وفائدة غير الحي إبطال التصرف المخرج عن الملك والواقع زمن الحمل وانقضاء المدة من الأمة والحررة من الزوج والشبهة وهي لا تخرج عن الملك ما دام سيدها حيا بالنص والاجماع.

ففي صحيحة زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألته عن أم الولد فقال: أمه "

ومثله حسنه (٢) كما في الكافي.

وفي مرسل ابن أبي عمير (٣) " أنه سئل عن أم الولد أيقع عليها سيدها؟ قال: نعم "

وفي صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع (٤) " قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل

(١) الفقيه ج ٣ ص ٨٢ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٣ ب ١ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٨١ ح ١٣٨، الوسائل ج ٦ ص ٨٦ ب ١ ح ٨ وفيها " سئل عن المدبرة "

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٦ ح ٣٥، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٣ ب ١ ح ٢ وفيهما " وهبه لها "

يأخذ من أم ولده شيئاً وهبه له بغير طيب نفسها من خدم أو متاع، أيجوز ذلك له؟ فقال: نعم إذا كانت أم ولده".

الثانية: هل يشترط في تحقق الاستيلاء كون الولد حراً حال العلق أم لا؟ الأشهر والأظهر اشتراطه، بل لم ينقل فيه خلاف لأن الاستيلاء إنما ثبت لها تبعاً لحرية الولد، وإلى ذلك أشارت الأخبار الآتي ذكرها لقوله عليه السلام في بعضها

" جارية أعتقها ولدها " فلو كان مملوكاً إما لكون الواطئ عبداً حالة الوطاء والحمل أو باشتراط الرقية في ولد الحر، وقد وقع الخلاف فيما إذا أولد أمة غيره ولداً حراً بأن تزوجها في حال حرته ولم يشترط الرقية ثم ملكها بعد ذلك عملاً بالأصل، والشك في السبب بأن الاستيلاء لم يثبت في الحال فلا يثبت بعد مؤيداً. ولصحيحة ابن مارد (١) عن الصادق عليه السلام " في الرجل يتزوج الأمة فتلد منه أولاداً

ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله ولم تلد منه بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها، قال: هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، وإن شاء أعتقها ولا يمنع منه الوطاء المحرم لعارض كما لو وطأ الأمة المرهونة عن الغير فحملت صارت أم ولد لوجود المقتضي له وهو علوقها في ملكه وانتفاء المانع إذ ليس إلا كونها مرهونة والرهن لم يخرجها عن ملكه، وإن حظر عليه التصرف فإن الاستيلاء يجامع الوطاء المحرم بالاتفاق كما لو وطأ حالة الحيض والاحرام ووطأ المشتركة.

ومقتضى حكمهم بدخولها في حكم أمهات الأولاد تحريم بيعها على المرتهن وذلك في معنى بطلان الرهن، وهو أحد الأقوال في المسألة، وبه صرح المحقق في كتاب الشرايع في كتاب الرهن منه لعموم النهي عن بيع أمهات الأولاد، بل

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٢ ح ١٤٨، الوسائل ج ٦ ص ١٢٥ ب ٤ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

جاء في صحيحتي محمد بن مسلم (١) والحلي (٢) جواز وطء الراهن حالة الرهانة لأُمَّته

فيما بينه وبين الله عز وجل وإن كان له المنع ظاهراً. وقد عمل بهاتين الصحيحتين بعض المحدثين من مشايخنا وحملها الأكثر على التقية. وفيه قول آخر أنه لا تبطل الرهانة ويقم حق المرتهن لسبقه، وهذا هو الأقوى، فيصير من المسائل المستثناة من المنع من بيع أم الولد. الثالثة: لا يشترط الاسلام في المستولد للعمومات، فلو أولد الكافر أمته لحقها حكم أمهات الأولاد، لكن لو أسلمت قبله تعارض تحريم بيع أم الولد وتحريم بقاء المسلم في ملك الكافر الموجب لحصول السبيل عليه المنفي آية ورواية، فيجب إزالة السبيل عن أم الولد المسلمة.

وقد اختلف كلام الشيخ وغيره في مزيله، ففي المبسوط: تباع وتكون مستثناة من المنع وهو الذي اختاره المحقق في الشرايع بل في أكثر كتبه، واختاره العلامة وإن كان له قول آخر سيأتي ذكره. وقال الشيخ في الخلاف، تجعل عند امرأة مسلمة تتولى القيام لها جمعاً بين الحقين لأن الاستيلاء مانع من البيع ولا سبيل إلى بقاء السبيل، فيجمع بينهما بذلك. وللعلامة قول ثان أنها تستسعى لأن العتق والحيلولة إضرار بذلك والبيع منهى عنه والسبيل واجب الإزالة فوجب الاستسعاء، وهذا مما يوجب الاكتفاء بالكتابة بطريق أولى لأنها تقطع تصرف المولى كما مضى بخلاف الاستسعاء، فالأول أقوى لأن الحق فيه لله تعالى لا للمملوك،

فلو رضي ببقائه في ملك الكافر لم يجب إليه.

الرابعة: لا يشترط في الأمة المستولدة أن تكون خالصة للمستولد بل يثبت الاستيلاء ولو في المشتركة كما تقدم في النكاح وأحكام الأولاد، لأن الموطئ لها على تلك الحال لم يكن زناً بل معصية يستحق عليها التعزير ويلحق به الولد وتقوم

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٧ ح ٢٠، الوسائل ج ١٣ ص ١٣٣ ب ١١ ح ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٥ ح ١٥، الوسائل ج ١٣ ص ١٣٣ ب ١١ ح ٢.

عليه الأم والولد يوم سقط حيا، وتتعلق بها أحكام أم الولد، وكذلك المشترك كان لو وقعا عليها في طهر واحد فأولدها ثم أقرع بينهما فخرج الولد لأحدهما فإنها تكون أم ولد بذلك ويغرم حصة الشريك الآخر من المولد والأم.

ففي صحيح أبي بصير (١) عن أبي جعفر عليه السلام كما في الفقيه وحسنه كما في الكافي عن أبي جعفر عليه السلام " قال: بعث رسول الله صلى الله عليه وآله عليا عليه السلام إلى اليمن فقال

له حين قدم: حدثني بأعجب ما ورد عليك، قال: يا رسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطئوها جميعا في طهر واحد فولد غلاما فاختلفوا فيه كلهم يدعيه فأسهمت بينهم فجعلته للذي خرج سهمه وضمنت نصيبه "

ومرسلة عاصم بن حميد (٢) وصحيح معاوية بن عمار (٣) وخبره عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إذا وطأ رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادعوه

جميعا أقرع الوالي بينهما، فمن قرع كان الولد ولده وترد قيمة الولد على صاحب الجارية "

ولا يلزم من ذلك نفي الضمان لقيمة الولد لا دعاء كل واحد منهم أنه ولده وأنه لا يلحق بغيره، ولازم ذلك أنه لا قيمة له على غيره من الشركاء، بخلاف ما لو كان الواطئ واحدا فإن الولد محكوم بلحوقه به.

ولما كان من نماء الأمة المشتركة جمع بين الحقين بإغرامه قيمة الولد لهم وإلحاقه به لأننا نقول: إن الروايات قد صرحت بذلك فإن صحيحة معاوية بن عمار مصرحة بالغرم في الولد بخصوصه غير متعرض للأم، فبطل ما قيل في هذه

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٥٤ ح ١١، الوسائل ج ١٨ ص ١٨٨ ب ١٣ ح ٦ و ج ١٤ ص ٥٦٧ ب ٥٧ ح ٤ ما في المصادر اختلاف يسير.

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٣٨ ح ١٦، الوسائل ج ١٨ ص ١٨٨ ب ١٣ ح ٥.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٥٢ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ١٦٩ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٦ ب ٥٧ ح ١.

الصحيحة من عدم الدلالة بحمل النصيب المضمون للشريك على النصيب من الأم لأنه من النصيب الواضح لهم باتفاق الجميع. وقد عرفت ما فيه بعد ثبوت النص المذكور في الولد بالخصوص وإن كانت هذه الرواية الأخرى غير صريحة في الولد بالخصوص. ولا فرق في هذا الوطاء الصادر من الشريكين أو من الشركاء بين كونهم عالمين بتحريمه أو جاهلين.

وبالجملة: فحكم كل واحد بالنسبة إلى هذا الولد كولد من الأمة الموطوءة المنفردة من حيث الحكم بالحقوق وصيرورتها أم ولد فتلحقها أحكام أم الولد من العتق وغيره كما سيجئ تفصيله، وفي هذه الأخبار دلالة على شمول الحكم لأمة الكافر والمسلم كبقية أخبار الباب الواردة في أم الولد فإنها مطلقة. الخامسة: قد عرفت مما سبق أن أم الولد مملوكة لسيدها ما دام حيا ولا تتحرر بمجرد موت المولى بل من نصيب ولدها كما سيجئ، لكن لا يجوز للمولى بيعها ما دام ولدها حيا إلا في ثمن رقبتها إذا كان ديناً على المولى، وفي مواضع مخصوصة تقدم عليها في البيوع بعضها منصوصة وبعضها غير منصوصة، وليس مولاهم ممنوعاً من سوى البيع ونحوه من وجوه النقل عن ملكه فيجوز له إجارتها وتزويجها وتحليلها للغير ووجوب نفقتها وغير ذلك من الأحكام، ولا فرق في جواز بيعها في ثمن رقبتها بين حياته أو بعد موته.

ففي صحيحة عمر بن يزيد (١) عن أبي إبراهيم عليه السلام " قال: قلت له: أسألك؟ قال: سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ فقال: في فكاك رقابهن،

قلت: وكيف ذاك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يرد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه بيعت وأدى ثمنها، قلت: فتباع فيما سوى ذلك من الدين؟ قال: لا "

(١) الفقيه ج ٣ ص ٨٣ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٤ ب ٢ ح ١ وفيهما " ثم لم يؤدي ثمنها - أخذ ولدها منها وبيعت " .

ومثله صحيحته الأخرى (١) إلا أنه قال أخذ ولدها منها وبيعت ".
السادسة: أن أم الولد إذا مات ولدها قبل أبيه فهي أمة لا تنعتق بموت
سيدها ويجوز بيعها باتفاق.

ويدل عليه من الأخبار خبر أبي مخلد السراج (٢) " قال: قال أبو عبد الله عليه السلام
لإسماعيل وحقيبة والحارث النصري: اطلبوا لي جارية من هذا الذي تسمونه
كذبانوجة تكون مع أم فروة، فدلونا على جارية رجل من السراجين وقد ولدت
له ابنا ومات ولدها، فأخبروه بخبرها فأمرهم فاشتروها، وكان اسمها رسالة
فحول اسمها وسماها سلمى، فزوجها سالما مولاه فهي أم حسين بن سالم ".
وفي صحيحة وهب بن عبد ربه (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل زوج عبدا
له من أم ولد له ولا ولد لها من السيد، ثم مات السيد، قال: لا خيار لها على
العبد هي مملوكة للورثة ".

وفي خبر أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " في رجل اشترى جارية يطأها
فولدت له ولدا فمات ولدها، قال: " إن شاءوا باعوها في الدين الذي يكون على
مولاه من ثمنها، وإن كان لها ولد قومت على ولدها من نصيبه ".
ولو بقيت حاملا حتى مات مولاه ثم ولدت ولو سقطا انعتقت من سهم
ولدها.

ويدل على ذلك صحيح محمد بن مسلم (٥) عن أبي جعفر عليه السلام: " في حديث
أنه

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ٥، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٤ ب ٢ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٧ ح ١٥ وفيه " لإسماعيل حقيبة "، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٦
ب ٥ ح ١.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٦ ح ٣٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٧ ب ٥ ح ٤.
(٤) الكافي ج ٦ ص ١٩٢ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٦ ب ٥ ح ٢.
(٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٧ ح ١٢، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٤ ب ٣ ح ١ وفيهما " عن أبي
عبد الله عليه السلام ".

قال في جارية لرجل كان يأتيها فأسقطت سقطا منه بعد ثلاثة أشهر قال: هي أم ولد " .
وخبر أبي البخري (١) كما في قرب الأسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما
السلام

" قال: إذا سقطت الجارية من سيدها فقد عتقت " .

السابعة: إذا مات مولى أم الولد وولدها حي وكان ولدها وارث أبيه
وترك ما يقوم حصته بثمن أمه جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه، ولو لم يكن
سواها عتق نصيب ولدها منها وسعت في الباقي .

وظاهر الأصحاب في أكثر مؤلفاتهم القطع بهذا الحكم من غير فرق بين
كون ولدها صغيرا أو كبيرا، ولا يتوقف عتقها على عتق ولدها بصيغة مستقلة
بعد بلوغه أو تميزه وكونه يحسن الصيغة، نظرا إلى الاطلاق في كثير من الأخبار .
وذهب الصدوق في المقنع ووالده في الرسالة التي عملها لابنه أنه إذا كان
صغيرا قومت عليه وحسب ثمنها من ميراثه، ولا تنعتق بمجرد ذلك التقويم بل
تبقى ملكا لولدها إلى أن يبلغ فيكون هو الذي يعتقها، فإن مات ولدها قبل
البلوغ ورثها وارثه .

واختار هذا المذهب شيخنا صاحب كتاب الأحياء، وتردد شيخنا صاحب كتاب
الحدائق في هذا الحكم من أصله لتعارض المشهور وهذه الأدلة الناطقة بذلك .
والأقوى ما اختاره شيخنا صاحب الأحياء وقبلة الصدوقان لأن الأدلة الدالة على
ذلك التفصيل أصح سندا وأكثر عددا، مع أن عارضها ضعيف الأسناد مطلقا في
المراد بمعزل عن التنصيص قابل للتقييد والتخصيص، أسانيد غير نقية قابل للحمل
على التقية لا جماع العامة عليه . وها أنا أسوق لك الأخبار من الطرفين لينكشف لك
الحق من القولين، وإن كان القول المشهور كاد أن يكون إجماعيا حيث إن الأكثر
لم يتعرضوا لما نقلناه عن الصدوقين .

(١) قرب الإسناد ص ٧٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٥ ب ٣ ح ٢ .

فمن أدلة المشهور مقطوعة يونس (١) " حيث قال في أم ولد: إن كان لها ولد وليس على الميت دين فهي للولد، وإذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها، وإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها وتستسعى في بقية ثمنها ".
وخبر أبي البخري (٢) المتقدم عن قرب الأسناد وقد مر عن قريب لأن فيه " إذا سقطت الجارية من سيدها فقد عتقت " .

وخبر الوليد بن هشام (٣) " قال: قدمت من مصر ومعني رقيق فمررت بالعاشر فسألني فقلت: هم أحرار كلهم، فدخلت المدينة ودخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي للعاشر، فقال: ليس عليك شيء، فقلت: إن فيهم جارية قد وقعت عليها وبها حمل، قال: لا بأس، أليس ولدها الذي يعتقها إذا هلك سيدها صارت من نصيب ولدها؟ "

وخبر أبي بصير (٤) المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: إن كان لها ولد قومت

على ولدها من نصيبه " .

وأما الأخبار الواردة بما قلناه من التفصيل فصحيح محمد بن قيس (٥) المروي في الفقيه عن أبي جعفر عليه السلام " قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام أيما رجل ترك سرية

لها ولد وفي بطنها ولد لها، فإن كان أعتقها ربها عتقت، وإن لم يعتقها حتى توفي فقد سبق فيها كتاب الله، وكتاب الله أحق، فإن كان لها ولد وترك مالا جعلت في نصيب ولدها ويمسكها أولياء بها حتى يكبر الولد، فيكون هو الذي

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ٦، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٦ ب ٥ ح ٣.

(٢) قرب الإسناد ص ٧٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٤ ب ٣ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٧ ح ٤٨، الوسائل ج ١٦ ص ٧١ ب ٦٠ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٩٢ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٦ ب ٥ ح ٢.

(٥) الفقيه ج ٣ ص ٨٣ ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٦٨ ب ٥٦ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير.

يعتقها إن شاء، ويكونون هم يرثون ولدها ما كانت أمة، فإن أعتقها ولدها أعتقت، وإن توفي عنها ولدها ولم يعتقها فإن شأؤوا أرقوا وإن شأؤوا أعتقوا".
وصحيح عبد الله بن سنان (١) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت وله أم ولد له منها ولد، أيصلح للرجل أن يتزوجها؟ فقال: أخبرت أن عليا عليه السلام أوصى في أمهات الأولاد اللاتي كان يطوف عليهن، من كان لها ولد فهي من

نصيب ولدها، ومن لم يكن لها ولد فهي حرة، وإنما جعل من كان لها ولد من نصيب ولدها كي لا تنكح إلا بإذن أهلها".
وفي صحيحة أخرى لمحمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك جارية وقد ولدت منه ابنة وهي صغيرة، غير أنها تبين

الكلام، فأعتقت أمها، فخاصم فيها موالي أبي الجارية فأجاز عتقها".
وفي صحيح آخر له (٣) أيضا عن أبي جعفر عليه السلام " في رجل توفي وله جارية وقد ولدت منه بنتا " ثم ذكر مثل الحديث الأول من غير أن يسنده إلى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام.

وفي صحيح آخر له (٤) كما في التهذيب " قال: قضى علي أمير المؤمنين عليه السلام في

رجل توفي وله سرية لم يعتقها، قال: سبق كتاب الله، فإن ترك سيدها مالا تجعل في نصيب ولدها ويمسكها أولياء ولدها حتى يكبر ولدها فيكون المولود هو الذي يعتقها، ويكون الأولياء الذين يرثون ولدها ما دامت أمة، فإن أعتقها ولدها فقد عتقت، وإن مات ولدها قبل أن يعتقها فهي أمة، إن شأؤوا أعتقوا وإن شأؤوا استرقوا".

وحمل هذه الأخبار الشيخ في التهذيبين على ما إذا كان ثمن الجارية دينا

(١) الفقيه ج ٣ ص ٨٢ ح ٣، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٧ ب ٥ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٨٢ ذيل ح ٧، الوسائل ج ١٦ ص ٥٨ ب ٥٦ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.
(٣) لم نعثر عليه.
(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٩ ح ٩٧، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٨ ب ٦ ح ٢.

على صاحبها ولم يقض من ذلك شيئا، مستدلا بخبر وهب بن حفص عن أبي بصير
(١)

"قال: سألت أبا عبد الله عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولدا فمات، قال: إن شاء أن يبيعها باعها، وإن مات مولاهما وعليه دين قومت على ابنها، فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها، فإن مات ابنه قبل أمه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة".

وفيه نظر، لأن تلك الأخبار المتقدمة نص في انتفاء الدين ونهوض حصة الولد بثمن رقبته، وأنها تبقى على الملك لابنها حتى إلى أن يكبر أو يبين الكلام مع حصول التمييز بحيث يجري عليها عتقا بصيغة مستقلة تدل على عتقها فكيف يجزي فيها هذا التأويل.

وأما خبر أبي بصير فهو بالدلالة على نقيض المدعى أشبه لقوله "فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر" على أنه قد اشتمل على ما لم يقل به أحد سوى الشيخ في النهاية وكتابي الأخبار من إلزام الولد بثمن رقبته وإن لم يترك أبوه شيئا. ولهذا قال المحقق في الشرايع مشيرا إلى هذه الرواية في أحكام أم الولد وفي رواية "تقوم على ولدها إن كان مؤسرا" وهي مهجورة. وقال ثاني الشهيد في المسالك: وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية وفي سندها ما لا يخفى، وهي مع ذلك مهجورة العمل عند غير الشيخ في النهاية، وقد رجع عنه في غيرها، فالمذهب عدم التقويم.

والذي يؤيده ما قلناه ما جاء في الأخبار الدالة على عتق القرابة بالانتقال إليه بالبيع ونحوه أنها واردة في الرجل والمرأة وهما لا يقالان إلا على البالغين فلا يدخل الصغير، ومع ذلك فقد صرحوا بالخلاف، وهنا غفلوا عن الخلاف في أم الولد.

فتبين لك بهذا التحقيق الأنيق أن أم الولد ما دام ولدها صغيرا غير مميز

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٩ ح ٩٨، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٩ ب ٦ ذيل ح ٤

فهي في حكم الرقين إلى أن يعتقها الولد.
وأما ما جاء في صحيح زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام " قال: سألته عن أم
الولد، قال: أمة تباع وتوهب وتورث، وحدها حد الأمة " محمول على ما قبل
عتق ولدها لها كما تدل عليه هذه الأخبار، فيجب إرجاع كل خبر دل على
عتقها بمجرد الإرث إلى هذا التفصيل حملا للمطلق على المقيد والمجمل على المبين
وليس للتوقف في المسألة وجه بعد ورود هذه الصراح الصراح التي قد اعتمدها
الصدوقان بمجرد مخالفة الشهرة، إذ رب مشهور لا أصل له.
والعجب من المحدثين من متأخري متأخري علمائنا كمحدث الوسائل
محدث الوافي كيف اعتمدوا جمع الشيخ بين الأخبار وركنوا إلى ذلك المحمل
البعيد مع كونهم من هذه الأخبار بمرأى ومسمع ومنتد ومجمع، لكن حسن
الظن بمن تقدم عليهم أوجب لهم الركون إليهم، ونحن لا يغنيننا التقليد
والاتباع بعد الوقوف على هذه الأخبار الساطعة المنار وليست مخالفة للاجماع
وإن خالفت الاشتهار، فالاعتماد على مضمونها في الفتوى والاحتياط لمالك أمهات
الأولاد أن ينجز عتقها خروجاً من هذا الخلاف، والله العالم بالصواب وإليه المرجع
والمآب، وإنما بسطنا لسان الأقلام لأن هذه المسألة من المهام ومن المسائل التي
نسجت عليها عناكب الابهام ووقفت دون تحقيقها جياذ علمائنا الأعلام، ونسأل الله
الاعتصام والهداية إلى حقيقة الحق في الأحكام ومسائل الحلال والحرام.
الثامنة: قد تقدم في كتاب الوصايا أن السيد إذا أوصى لأم ولده بمال
فهو من المسائل التي وقع فيها الخلاف بين الأصحاب لاختلاف الأخبار.
ف قيل: تعتق في نصيب ولدها كسائر أمهات الأولاد التي لم يوص لهم بشئ
ويعطى الوصية أجمع.

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩١ ح ١، الوسائل ج ١٦ ص ١٢٣ ب ١ ح ١.

وقيل: تعتق من الوصية فإن فضل منهما شئ عتق من نصيب ولدها، وإن نهضت به الوصية وزادت دفع إليها. والأخبار الواردة في المسألة أكثرها صريح فيما ذهب إليه الصدوق من عتقها من الثلث ودفع الوصية إليها. ففي صحيح البزنطي (١) " قال: نسخت من كتاب بخط علي عليه السلام: فلان مولك

توفي ابن أخ له وترك أم ولد له فأوصى لها بألف، هل تجوز الوصية؟ وهل يقع عليها عتق؟ وما حالها؟ رأيك فدتك نفسي، فكتب عليه السلام: تعتق من الثلث ولها الوصية "

وصحيحة أبي عبيدة (٢) " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أم ولد

وله منها غلام، فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو أكثر، للورثة أن يسترقوها؟ فقال: لا، بل يعتق من ثلث الميت وتعطي ما أوصى لها به ".
وخبر الحسين بن خالد الصيرفي (٣) عن أبي الحسن الماضي عليه السلام " قال: كتبت إليه في رجل مات وله أم ولد وقد جعل لها شيئاً في حياته ثم مات، قال: فكتب لها ما أثاب به سيدها في حياته "

ومرسلة محمد بن يحيى (٤) عن أبي الحسن الرضا عليه السلام " في أم الولد إذا مات عنها مولاهما وقد أوصى لها: قال: تعتق من الثلث ولها الوصية "

وليس في الباب ما يعارض هذه الأخبار موافقا لمذهب المشهور من عتقها من مال الوصية ودفع الباقي إليها أو عتقها من مال الولد ودفع الوصية إليها سوى ما

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٩ ب ٨١ ح ١ وفيهما " بخط أبي الحسن عليه السلام - أم ولد له ليس لها ولد "

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٠ ب ٨٢ ح ٤.

(٣) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ح ٢ وفيه " ما أثابها به "، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٩ ب ٨٢ ح ٢ وفيه " ما أمر سيدها "

(٤) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ح ٣، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٠ ب ٨٢ ح ٣ وفيهما " عن ذكره عن أبي الحسن - تعتق في الثلث "

وجد في كتاب العباس (١) مرسلا " قال: تعتق من نصيب ابنها وتعطي من ثلثه ما أوصى لها به " وهو خبر ضعيف غير معتد به موافقا لمذهب العامة.

وبالجملة: فقول الصدوق هو أقوى الأقوال الثلاثة، ومع ذلك لم يتعرضوا له في الأقوال بل رجعوا قوله إلى قول المشهور وحملوا أخباره وهو عتقها من الثلث على عتقها من الوصية لأن الوصية من الثلث، ويدفعه تصريحها بأن العتق من الثلث والدفع لها كمال الوصية، وبهذا تبين لك أن مذهب المشهور لا مستند له.

التاسعة: إذا جنت أم الولد خطأ على أحد تعلقت الجناية برقبته وعلى المولى فكها، و اختلفوا بما ذا يفكها إلى قولين، وكلاهما للشيخ.

ففي المبسوط يفديهما بأقل أمرين من قيمتها وأرش الجناية لأن الأقل إن كان هو الأرش فظاهر، وإن كان القيمة فهي بدل العين فيقوم مقامها، والجاني لا يجني على أكثر من نفسه، والمولى لا يعقل مملوكه فلا يلزمه الزائد.

وفي الخلاف يفديها بأرش الجناية بالغا ما بلغ إن لم يسلمها لتعليقه قيمتها وربما رغب فيها راغب بالزيادة، وهذا هو مختار المحقق، والأول هو أشهر وأقوى.

للشيخ في المبسوط قول ثالث وهو المنصوص أن أرش جنايتها على سيدها لمنعه من بيعها بالاستيلاء، ويدل عليه خبر مسمع بن عبد الملك (٢) عن الصادق عليه السلام

" أنه قال: أم الولد جنايتها في حقوق الناس على سيدها، ومتى كان من حقوق الله تعالى في الحدود فإن ذلك على بدنها ويقاص منها للماليك ". وعليه المعتمد لأن ذينك القولين ليس لها مستند سوى الاعتبار وهو لا يعارض الأخبار.

العاشرة: قد جاء في صحيحة محمد بن قيس (٣) عن أبي جعفر عليه السلام " في وليدة

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ذيل ح ٤، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٠ ب ٨٢ ح ٤.

(٢) التهذيب ج ١٠ ص ١٥٤ ح ٥١، الوسائل ج ١٨ ص ٥٨٧ ب ١٤ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) التهذيب ج ١٠ ص ١٤٣ ح ٢٨، الوسائل ج ١٨ ص ٥٥٠ ب ٤ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.

نصرانية فأسلمت عند رجل فأولدت لسيدها غلاما ثم إن سيدها مات فأصابها عتاق السرية فنكحت رجلا نصرانيا دبرانيا فهو العطار فتنصرت ثم ولدت ولدين وحملت آخر، ففضى فيها أن يعرض عليها الاسلام فأبت، قال: ما ولدت من ولد فإنه لابنها من سيدها الأول، وأحبسها حتى تضع ما في بطنها، فإذا ولدت فاقتلها".

وهي رواية شاذة قد اشتملت على أحكام مخالفة للقواعد لأن استراق أولادها لابنها من المسلم لا تنطبق عليه قاعدة، وقتل المرأة في الارتداد غير ثابت في مذهبنا ولهذا قال الشيخ في النهاية: إنها تجري عليها أحكام الارتداد وينفى ولدها على الحرية، وكأنه مطرح لهذه الرواية بالكلية فتقتصر على محلها، ولا يتعدى حكمها لغيرها كما هو شأن القضايا الجزئية الواردة في كتاب القضاء عن أمير المؤمنين عليه السلام.

تم الجزء الأول من " عيون الحقائق الناظرة في تنمة الحدائق الناضرة " حسب تجزئتنا بحمد الله ومنه

وسيليه - إن شاء الله - الجزء الثاني منه أوله " كتاب الاقرار " سائلين الله عز شأنه أن يوفقنا لنشر أحكامه بحق سيدنا محمد وآله