

جواهر الكلام

في شرح رسالة الانبياء

نائب

شيخ الاسلام العلامة

الشيخ محمد باقر

بن

المكتبة الانشائية

طهران، شارع خاندان

Princeton University Library



32101 047144694

Princeton University Library

This book is due on the latest date
stamped below. Please return or re-
new by this date.

جواهر الكلام

في شرح شرايع الاسلام

تأليف

شيخ الفقهاء إمام المحققين الشيخ حسين النجفي

المؤيد السيد محمد الهادي

تصحيح وتحقيق وتعليق

محمد القوجاني

عني بتصحيحه : العالم الفاضل السيد ابراهيم الميانجي
قوبل بنسخة الاصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه ، وطبع

بنفقة

الجزء
الرابع والثلاثون

٣٢

المكتبة الاسلامية

طهران شارع البوذرجمري

تليفون ٥٢١٩٦٦-٥٣٥٣٣٨

جميع حقوق الطبع محفوظة للناشر

(RECAP) 2271
.3553
.831
1958
v.34

نام كتاب: جواهر الكلام

مؤلف: شيخ محمد حسن النجفي

ناشر: كتابفروشي اسلاميه

تعداد: ٣٥٥٥ جلد

نوبت چاپ: سوم ١٣٧٢ شمسی

چاپخانه: اسلاميه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کتابُ اللَعْنَةِ

مصدر «للعن» وربما استعمل جمعاً، وهولفة الطرد والابعاد، وشرعاً مباهلة بين الزوجين على وجه مخصوص، ولعل الملاعنة هنا لارادة طرد كل منهما صاحبه وإبعاده عنه، أو تشبيهاً للعن كل منهما نفسه إن كان كاذباً بلعن كل منهما صاحبه.

والأصل فيه قوله تعالى (١): «والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين * والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين * ويدبرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين * والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين».

والسبب فيها - مضافاً إلى ما يدركه العقل من المصالح في ذلك - ما عن ابن

عباس (١) من أنه لما نزلت «والذين يرمون المحصنات» (٢) إلى آخرها قال سعد بن معاذ: يا رسول الله إنني لأعلم أنها حق من عند الله تعالى شأنه، ولكن تعجبت أن لو وجدت لكاعاً يفخذها لم يكن لي أن أهتجه ولا أحره حتى آتني بأربعة شهداء، فوالله إنني لا آتني بهم حتى يقضي حاجته، فما لبثوا حتى جاء هلال بن أمية فقال: يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندها رجلاً يقال له: شريك بن سمعاء فرأيت بعيني وسمعت بأذني، فكره النبي ﷺ ذلك، فقال سعد: الآن يضرب النبي هلال بن أمية، وتبطل شهادته في المسلمين، فقال هلال: والله إني لأرجو أن يجعل الله لي مخرجاً فيبينما هم كذلك إذ نزل: «والذين يرمون أزواجهم» إلى آخرها (٣) فقال رسول الله ﷺ: «أبشر يا هلال، فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً».

وروي أن المعروض هو عاصم بن عدي الأنصاري (٤) قال: «جعلني الله فداك إن وجد رجل مع امرأته فأخبر جلد ثمانين جلدة وردت شهادته أبداً وفسق، وإن ضربه بالسيف قتل به، وإن سكت على غيظ إلى أن يجي* بأربعة شهداء فقد قضيت حاجته ومضى، اللهم افتح وفرج واستقبله هلال بن أمية، فأتيا إلى النبي ﷺ فأخبر عاصم رسول الله ﷺ، فكلّم خوله زوجة هلال، فقالت: لا أدري الغيرة أدر كته أم يخل بالطعام؟ وكان الرجل نزيلهم، فقال هلال: لقد رأيته على بطنها، فنزلت الآية، فلا عن رسول الله ﷺ بينهما. وقال لها: إن

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٤، وتفسير الطبري ج ١٨ ص ٨٢، و تفسير الرازي

ج ٦ ص ٣٤٢ - ط عام ١٣٠٧، ومجمع البيان ج ٤ ص ١٢٨ ط صيدا مع الاختلاف في اللفاظ في الجميع.

(٢ و ٣) سورة النور: ٢٤ - الآية ٢-٦.

(٤) تفسير الرازي ج ٦ ص ٣٤٢ ط عام ١٣٠٧ ومجمع البيان ج ٤ ص ١٢٨

كنت الممت بذنب فاعترفي به فالرجم أهون عليك من غضب الله ، فان غضبه هو النار .

وروي (١) « إن عويمر العجلاني رمى زوجته ، فقال له رسول الله ﷺ : البينة وإلا حد في ظهرك ، فنزلت . »

وفي طرقنا (٢) « إن عباد البصري سأل أبا عبد الله وأنا حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : إن رجلاً من المسلمين أتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله أرأيت لو أن رجلاً دخل منزله فوجد مع امرأته رجلاً يجامعها ما كان يصنع ؟ قال : فأعرض عنه رسول الله ﷺ وانصرف الرجل ، وكان ذلك الرجل هو الذي ابتلى بذلك من امرأته ، قال : فنزل الوحي من عند الله تعالى بالحكم فيهما ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى ذلك الرجل فدعاه ، فقال له : أمت الذي رأيت مع امرأتك رجلاً ، فقال : نعم فقال له : انطلق فأتني بامرأتك ، فان الله أنزل الحكم فيك وفيها ، فأحضرها زوجها فأوقفهما رسول الله ﷺ ، ثم قال للزوج : اشهد أربع شهادات بالله أنك لمن الصادقين فيما رميتها به ، قال : فشهد ، ثم قال : اتقى الله فان لعنة الله شديدة ، ثم قال : اشهد الخامسة أن لعنة الله عليك إن كنت من الكاذبين ، قال : فشهد ، ثم أمر به فنحى ، ثم قال للمرأة : اشهدى أربع شهادات بالله أن زوجك من الكاذبين فيما رماك به فشهدت ، ثم قال لها : أمسكي ، فوعظها وقال : اتقى الله فان غضب الله شديد ، ثم قال : واشهدي الخامسة أن غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك به ، فشهدت ، قال : ففرق بينهما ، وقال لهما : لا تجتمعان بشكاح أبداً بعدما تلاقئتما ، إلى غير ذلك مما ورد فيها .

﴿ وكيف كان في النظر في أركانه وأحكامه ، وأركانه أربعة ﴾ .

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٣ وفيه « ان هلال بن أمية قذف امرأته ، » .

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

﴿ الاول في السبب : ﴾

﴿ وهو شيان : ﴾

﴿ الاول : ﴾

﴿ القذف ﴾ كتاباً (١) وسنة (٢) بل وإجماعاً وإن حكى عن الصدوق في الفقيه والهداية وظاهر المقنع أنه قال : « لا لعان إلا بنفي الولد ، وإذا قذفها ولم ينتف جلد ثمانين جلدة » لقول الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير (٣) : « لا يكون اللعان إلا بنفي الولد » لكن في خبر محمد بن مسلم (٤) عن أحدهما عليهما السلام « لا يكون لعان إلا بنفي ولد » وقال : إذا قذف الرجل امرأته لا عنها ، ومن هنا حملهما الشيخ على أنه لا لعان بدون دعوى المشاهدة إلا بالنفي ، ولا بأس به بعد معلومية قصورهما عن المعارضة ، خصوصاً بعد احتمال اضافية الحصر بالنسبة إلى مقتضى المقام ، ويكون المراد أنه لا لعان بمجرد الشبهة .

وفي وافي الكاشاني في خبر أبي بصير « لعل المراد أنه إذا كانت المرأة حاملاً فأقر الزوج بأن الولد منه ومع هذا قذفها بالزنا فلا لعان ، وأما إذا لم يكن حمل وإنما قذفها بالزنا مع الدخول والمعانة فيثبت اللعان ، كما دلت عليه الأخبار ، ويدل على هذا صريحاً حديث محمد بن أحمد عليهما السلام فإنه قد أثبت اللعان بالأميرين ، وفيه أنه وغيره مضافاً إلى الكتاب يدل على إثباته بالقذف على الإطلاق من دون إشارة إلى ما ذكره من التفصيل الذي يمكن دعوى الاجماع على خلافه .

(١) سورة النور : ٢٣ - الآية ٦ .

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

(٣ و ٤) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب اللعان الحديث ١-٢ .

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ لا يترتب اللعان به ﴾ أي التذوق ﴿ إلا ﴾ على رمي الزوجة المصححة ﴿ غير المشهورة بالزنا ﴾ المدخول بها بالزنا قبلاً بل أو دبراً ﴿ عندنا ، بل عن الخلاف الإجماع عليه ، خلافاً لأبي حنيفة فنفاه فيه ﴾ مع دعوى المشاهدة وعدم البيّنة ﴾ .

﴿ فلو رمى الأجنبية نعتين الحد واللعان ﴾ بخلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى إطلاق ما دلّ على الحد بالقذف كتاباً (١) وسنة (٢) المختصر في تقييده باللعان على قذف الزوجة كتاباً (٣) وسنة (٤) وإجماعاً بقسميه ، مؤيداً ذلك بظهور المحكمة في الفرق بين الزوج والأجنبي الذي لا داعي له إلى القذف من غيره ونحوها .

﴿ وكذا لو قذف الزوجة ولم يدع المشاهدة ﴾ لقول الصادق عليه السلام في الصحيح (٥) « إذا قذف الرجل امرأته فانه لا يلاعنها حتى يقول رأيت بين رجلها رجلاً يزني بها » الحديث . وفي مرسل أبان (٦) عنه عليه السلام أيضاً « لا يكون لعان حتى يزعم أن قد عاين » وفي صحيح ابن مسلم (٧) « سألت عن الرجل يفترى على امرأته ، قال : يجلد ثم يغلى بينهما ، ولا يلاعنها حتى يقول : أشهد أنني رأيتك تفعلين كذا وكذا » وفي رواية (٨) « إذا قال : إنه لم يره قيل له أقم البيّنة وإلا كان بمنزلة غيره جلد الحد » .

بل في كشف اللثام لعله لا خلاف في اشتراط مشاهدتها أنها تزني ، ويتفرع على ذلك سقوط اللعان بقذف الأعمى زوجته ، لانتفاؤها في حقها ، وينحصر لعانه حينئذ بنفي الولد ، لكن أشكله في المسالك - بعد اعترافه مكرراً باشتراط الأصحاب المعاينة - بإمكان علمه بدون المشاهدة ، واشتراطها لو سلم يمكن حمله على من

(١ و ٣) سورة النور : ٢٤ - الآية ٤-٦ .

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

(٣) الوسائل الباب - ١ - وغيره - من كتاب اللعان .

(٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب اللعان الحديث ٣ - ٢ - ٥ .

تمكّن في حقه ، أو على جعله كناية عن العلم بذلك ، وأنه لا يكفي الظن المستند إلى
القرائن أو الشياخ متفرداً - إلى أن قال - : ويؤيده عموم قوله تعالى (١) : « والذين
يرمون » ثم أطلب بعد ذلك بما لا حاصل له ، بل كأنه اجتهد في مقابلة النص الذي
به يقيد إطلاق الأدلة ، لاستبعاد في اعتبار ذلك في خصوص اللعان الذي هو وظيفة
شرعية منافية لإطلاق أدلة القذف وإن لم نشرطه في أصل الشهادة واكتفينا فيها
بالعلم ، كما لا استبعاد في سقوط اللعان بذلك حينئذ للأعمى بعد إطلاق أدلة
الاشتراط .

﴿ ولو كان له بيّنة ﴾ على ما قذفها به ﴿ فللعان ولا حد ﴾ كما تسمع
تحقيق الحال فيه .

﴿ وكذا لو كانت المقذوفة مشهورة بالزنا ﴾ لأن اللعان إنما شرع صوتاً
لمرضها من الانتهاك ، و عرض المشهورة بالزنا متهك ، لكن في كشف اللثام لم
أر من اشتراطه من الأصحاب غير المصنّف والمحقق ، و ظاهره التأمل فيه ، و لعلّه
لإطلاق الأدلة ، وفيه أنه مبني على اعتبار الإحصان بمعنى العفة في حدّ
القذف الذي شرع لسقوطه اللعان في الزوجين ، كما تسمع تحقيقه إنشاء الله
في الحدود .

هذا ﴿ و ﴾ قد عرفت أنه ممّا ﴿ يتفرع على اشتراط المشاهدة سقوط
اللعان في حق الأعمى بالقذف ﴾ إذا قذفها حال عماه ﴿ لتعذر المشاهدة ﴾ منه
حينئذ ﴿ و ﴾ إنما ﴿ يثبت في حقه ﴾ اللعان ﴿ بنفي الولد ﴾ و عرفت إشكال ثاني
الشهيدين فيه والجواب عنه .

﴿ ولو كان للفاذ بيّنة وعُدل إلى اللعان قال في الخلاف ﴾ و تبعه الفاضل
في المختلف : ﴿ يصح ﴾ لإطلاق النصوص (٢) الذي لا يقيد مفهوم الحال في

(١) سورة النور : ٢٣ - الآية ٤ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - وغيره - من كتاب اللعان .

الآية (١) الخارج مخرج الغالب ، مؤيداً بما وقع من النبي ﷺ (٢) من الملاعة من دون أن يسأل عن البيّنة .

﴿ ومنع في المبسوط ﴾ وتبعه يحيى بن سعيد في المحكمي من جامعه والفاضل في قواعده ﴿ التفاتاً إلى اشتراط عدم البيّنة في الآية وهو الأشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها الاقتصار فيما خالف إطلاق أدلة القذف على المتيقن ، على أن اللعان حجة ضعيفة والبيّنة حجة قوية ، فلا يعدل إلى الضعيف مع وجود القوي ، بل ظاهر النصوص (٣) أن أصل مشروعية اللعان لعدم تيسر البيّنة ، وإطلاق النصوص لا وثوق به بعد أن كان محتملاً لا رادة مافي الآية خارجاً مخرج الغالب ، كما اعترف به الخصم في رفع دلالة القيد ، وعدم سؤال النبي ﷺ لعله لعلمه بالحال ، بل في الخبر قرائن دالة على عدم البيّنة ، على أنه من قضايا الأحوال ، لا من ترك الاستفصال عقيب السؤال .

﴿ ولو قذفها بزنا إضافة إلى ما قبل النكاح فقد وجب الحد ، وهل له إسقاطه باللعان ﴾ كما لو أطلق أو إضافة إلى زمان الزوجية ؟ ﴿ قال في الخلاف : ليس له اللعان اعتباراً بحالة الزنا ﴾ الذي رماها به في حال لم يشرع له اللعان فيه ، فيبقى عموم « والذين يرمون المحصنات » (٤) شاملاً له سالماً عن معارضة دليل اللعان ، لأنه لا يقال : قذف زوجته ، كما أن من قذف مسلماً بالزنا حال كفره لا يقال : إنه قذف مسلماً .

﴿ وقال في المبسوط : له ذلك اعتباراً بحالة القذف ﴾ الذي لا ريب في صدوره منه في حال الزوجية ﴿ وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، لإطلاق أدلة اللعان كتاباً وسنة الذي لا يقيده سبب النزول ، بل هو كذلك ، سواء قلنا باعتبار بقاء مبدأ الاشتقاق في صدق المشتق وعدمه ، فانه إنمّا اعتبر فيها بعد تسليم اعتبار البقاء

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٦

(٢ و ٣) الوسائل الباب ١ - من كتاب اللعان الحديث ١ - ١٠ .

(٤) سورة النور : ٢٤ - الآية ٤ .

كون الرمي حين الزوجية لا الرمي بما وقع حينها ، وكان التعليل أولاً باعتبار حالة الزنا نشأ من توهم ذلك ، فحكم بنفي صدق أنه قذف زوجته ، فأخرجه من آية اللعان وأدخله في آية القذف ، لكنه كما ترى ، ضرورة صدق رمي الزوجة وقذفها ، فيدخل في آية اللعان حينئذ .

﴿ ولا يجوز ﴾ للزوج فضلاً عن الأجنبية عندنا ﴿ قذفها مع الشبهة ولا مع غلبة الظن أو أخبره الثقة أو شاع إن فلاناً زنى بها ﴾ ولا غير ذلك من صفات الولد ويحويه ، لأن عرض المؤمن كدمه ، بل في كشف اللثام في حسن العلبي (١) عن الصادق عليه السلام : « أنه نهى عن قذف من كان على غير الاسلام إلا أن يكون اطمئنت على ذلك منه » وفي الصحيح عن عبد الله بن سنان (٢) « أنه نهى عن قذف من ليس على الاسلام إلا أن يطلع على ذلك منهم » وقال : أيسر ما يكون أن يكون قد كذب ، إلا أنهما كما ترى ظاهران في جواز قذف غير المسلم مع الصدق ، وربما يؤيده ما وقع من الأئمة عليهم السلام في قذف بعض الناس (٣) خصوصاً في مشاجرة الحسن عليه السلام مع معادية لعنه الله وأصحابه بناءً على أنهم غير مسلمين أو بحكم غير المسلمين .

وعلى كل حال فلا يجوز قذف الزوجة بالأُمور المزبورة خلافاً لبعض العامة ، فجوز للزوج قذفها للأجنبي بجميع ذلك ، لكنه كما ترى ، بل لا يجوز قذفها للأجنبي مع اليقين إذا لم تكن بيّنة ، نعم جاز له ذلك للزوج خاصة وشرع له الشارع التخلص عن الحد باللعان ، ولا يجب عليه مع عدم الولد ، للأصل ، بل لعل الستر عليها ومفارقة غير اللعان أولى ، بل لا يحرم عليه إمساكها أيضاً ، للأصل وللمرسل (٤) « إن رجلاً أتى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال له : إن له

(١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد القذف الحديث ٢ - ١ من كتاب

الحدود .

(٣) البحار ج ٢٢ ص ٨٠ و ٨٢ و ٨٣ .

(٤) المستدرک الباب - ١٢ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٢ و ٧ .

امرأة لا ترد يد لامس فقال صلى الله عليه وسلم : طلقها ، قال : إنني أحبها ، قال : فأمسكها .
نعم إذا كان هناك ولد يتيقن أنه ليس منه يجب عليه نفيه منه ، لأن ترك النفي
يتضمن الاستلحاق ، ولا يجوز له استلحاق من ليس منه ، كما لا يجوز نفي من هو
منه ، وفي النبوي (١) « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله
في شيء » ومن المعلوم أن الرجل بمعناها .

﴿ وإذا قذف في العدة الرجعية ﴾ إضافة إلى زمان الزوجية أو زمان العدة
﴿ كان له اللعان ﴾ كما له الإيلاء والظهار ، لأنها بحكم الزوجة ، بل لا يثوق على
رجوعه ، بل يصح في الحال ، ويترتب عليه أحكامه بخلافهما ، لأن مدار اللعان على
الفراس ولعوق النسب ، والرجعية في ذلك كالمنكوحة ﴿ و ﴾ في التأخير خطر
بالموت .

نعم ﴿ ليس له ذلك في البائن ﴾ ولا في الرجعية بعد العدة ﴿ بل يثبت بالقذف
الحديث ولو أضافه إلى زمان الزوجية ﴾ لأنها أجنبية حينئذ وقد عرفت أن العبرة
بزمان القذف ، خلافاً لبعض العامة ، فأثبتته مع الإضافة إلى زمانها ، أما نفي الولد
فله اللعان له ولو في حال الطلاق البائن ، كما ستعرف . ولو قذف ثم أبانها كان له
اللعان ، لصديق رضى الزوجة .

ولو قالت : « رميتني قبل أن تنزوت جني فعمليك الحديث » فقال : « بل بعده فلي
اللعان » أو قالت : « قذفتنى بعد أن بنت منك » فقال : « بل قبله » فالقول قوله ، لأن
القذف فعله ، ولأن القول قوله في أصله فكذا في وقته ، مضافاً إلى درء الحديث بالشبهة ،
نعم لو قالت الأجنبية : « قذفتنى » فقال : « كانت زوجتي » فأبكرت الزوجية أصلاً
قدّم قولها ، للأصل .

﴿ ولو قذفها بالسحق لم يثبت اللعان ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لظهور أدلته
في كونه بالزنا ونفي الولد وحينئذ فلا لعان فيه ﴿ ولو ادعى المشاهدة ﴾ لكن

(١) المستدرک الباب - ٩ - من کتاب اللعان الحديث ٥ و سنن البيهقي ج ٧

﴿ يثبت الحد ﴾ به في أحد القولين ، لأنه قذف بفاحشة ، وقد يشكّل بأن دليل القذف ظاهر في الزنا واللواط أيضاً ، والأصل البراءة ، فهو حينئذ كالقذف بإتيان البهائم إنما فيه التعزير ، ومن هنا كان المحكي عن أبي الصلاح والفاضل في المختار التعزير خاصة ، بل لعله مقتضى حصر المصنّف موجب الحد به في الحدود بالرمي بالزنا واللواط ، كما ستسمع تحقيق الحال فيه إنشاء الله .

﴿ ولو قذف زوجته المجنونة ﴾ في حال إفاقتها ﴿ ثبت الحد ﴾ لا إطلاق الأدلة ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لا يقام عليه إلا بعد المطالبة ﴾ منها في حال صحتها ﴿ فان أفاقت ﴾ وطالبت به ﴿ صح اللعان ﴾ منه لا إسقاطه ﴿ وليس لوليها المطالبة بالحد مادامت حيّة ﴾ لأن طريق إسقاطه من جانب الزوج بالملاعنة التي لا تصح من الولي ، نعم لو كانت مجنونة ولم تستوف الحد كان لوارثها المطالبة به ، لأنه من حقوق الأدميين ، كذا ذكروا ذلك ، وهو إن كان إجماعاً فذاك وإلا أشكل ذلك بعموم ولاية الولي ، وبأنه لا دليل على اعتبار الملاعنة ، بل مقتضى الآية (١) أنه لا مدخلة لللعان الرجل في نفي حد القذف عنه بلعان المرأة الذي هو لسقوط العذاب عنها ، وحينئذ يتجه لللعان منه لاسقاط الحد عنه وإن تعذر اللعان منها بجنون أو موت أو نحو ذلك ، فتأمل جيداً ، فإني لم أجده معروفاً وإن ترتب عليه أحكام كثيرة .

ولو أضافه إلى حال جنونها فلا حد لعدم القذف بالزنا المحرم ، وكذا لو كانت المقدوفة عاقلة حال القذف ولكن أضافه إلى حال جنونها وكان لها حالة جنون معلومة ، بل في المسالك أو محتملة ، إلا أنه يعزّر للإيذاء ، أما إذا علم استقامة عقلها وليس لها حالة جنون فعن ظاهر الأثر أكثر ثبوت الحد ، لا إطلاق الأدلة .

لكن في المسالك تبعاً للفاضل في القواعد ويحتمل العدم ، لأنه نسبها إلى الزنا في تلك الحال ، وإذا علم انتفاؤها لم تكن زانية ، فيكون ما أتى به لغوا من

الكلام ومحالاً ، فأشبهه ما إذا قال : زנית وأنت رتقاء وفيه أن العلم بالانتفاء لا يقتضي انتفاء ما رماها به من الزنا ، بل أقصاه الكذب في وصفها بالحال المزبور ، ولعل من ذلك ما لو قال : « زנית وأنت مشركة » ولم يعهد منها حالة إشراك ، وحينئذ فلو قالت : « ما كنت مشركة ولا معجونة » كان القول قولها ، لأصالة الاسلام والعقل ، ويحتمل قوله ، لأصل البراءة ، والله العالم .

❖ وكذا ليس للمولى مطالبة زوج أمته ❖ ولا الأجنبي ❖ بالتعزير في قذفها ❖ مادامت حيّة ، لأن الحق لها ، وللزوج طريق لاسقاطه باللعان الذي لا يحصل من المولى ❖ فإن ماتت قال الشيخ : له المطالبة ، وهو حسن ❖ وإن كان المملوك لا يورث ، لكن ذلك مبني على عدم ملكه ، أما ما كان له فأدلة الارث تشملها ، على أن من المعلوم أحقية السيد بذلك بعد استصحاب عدم سقوطه .

و لو نسبها إلى زنا مستكرهة عليه أو مشتبها عليها أو نائمة فليس قذفاً وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد لأنه إنما نسبها لأمر لا لوم عليه ولا إثم فيه ، بل ليس زناً في عرف الشرع ، بل عن الشيخ التردد في أصل التعزير وإن كان الأظهر ذلك ، للعار والابذاء . وعلى كل حال فلا لعان إلا لنفي الولد ، بل جزم به الفاضل وإن استشكل في كونه قذفاً ، ولعله مما قيل من كون اللعان على خلاف الأصل ، والمتبادر من الرمي بالزنا الرمي بما لم يكن عن إكراه ، فيقتصر عليه ، ولا أنه الذي يوجب الانتقام منها ، وإن كان هو كما ترى .

ولو قذف نسوة بلفظ واحد تعدد اللعان ، لأنه يمين واليمين لا تتداخل في حق الجماعة ولو مع رضاهن بلا خلاف ، فإن تراخين بمن يبدأ بلعانها وإلا أقرع أو بدأ الحاكم بمن شاء .

﴿ السبب الثاني : ﴾

﴿ إنكار الولد ﴾ بخلاف أجده فيه نصاً (١) وفتوى ، بل قد عرفت حصر اللعان به في النصوص (٢) السابقة ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لا يثبت اللعان بإنكار الولد حتى تضعه ﴾ تماماً ﴿ لستة أشهر فصاعداً من حين ﴾ احتمال ﴿ وطئها مالم يتجاوز حملها أقصى مدة الحمل وتكون ﴾ مع ذلك ﴿ موطوءة بالعقد الدائم ، و ﴾ حينئذ ﴿ لو ﴾ علم أنه ﴿ ولدته تماماً لأقل من ستة أشهر لم يلحق به ﴾ قطعاً ﴿ وانتفى بغير لعان ﴾ نعم لو ولدته ناقصاً اعتبر إمكان لحوقه به عادة ، ويختلف ذلك باختلاف حالاته .

ونظهر الفائدة في انقضاء عدتها بوضعها لو كان قد طلقها ثم أتت به في العدة ولم يلاعن فيها ، فانه يثبت نسبه مع إمكانه ، وتبين بوضعه ، وقد تقدم في الطلاق ما يدل على معرفة وقت الامكان ، ولعله لذا قيد المصنّف وغيره بالتمام ، فانه الذي يعلم نفيه عنه ، وكذا لو علم أنه قد جاءت به بعد مضي أقصى الحمل من الوطء المحتمل لذى الفراش وكان المصنّف ترك التصريح به انكالا على ما ذكره أولاً وعلى ذكر الأقل ، ضرورة معلومية كونه لغيره شرعاً فيهما معاً ، فلا يحتاج نفيه إلى لعان ، بل لو أريد إلحاقه به لم يتمكن من ذلك مع فرض العلم بعدم مقاربتة لها قبل النكاح شبهة ، وقد أطنب في المسالك في الفرق بين صورة الوضع للأقل والأقصى ، بل ادعى أن في عبارات الأصحاب قصوراً في تأدية الحكم المزبور ، لكنه عند التأمل لا حاصل له ، ولا قصور في عبارات الأصحاب بعدم معلومية كون المراد لهم أنه علم وضعها للولد للأقل أو بعد الأقصى ، كما هو واضح .

وعلى كل حال فلو تزوج الشرقي بغريبة وأتت بولد لستة أشهر من العقد لم يلحق به ، لعدم الامكان عادة ، ولا لعان لنفيه ، خلافاً لبعض العامة حيث اكتفى

في اللاحاق بالعقد وقدرته على الوطء وإن لم يكن عادة، وفرع عليه مسائل (منها)
 هذه المسألة، و(منها) أنه إذا تزوج بامرأة بحضرة القاضي وطلقها في الحال ثم أتت
 بولد لستة أشهر من العقد لحق به، ولم ينتف إلا باللعان، و(منها) أنه إذا غاب
 عنها زوجها وانقطع خبره، فقبل لها: إنه مات فاعتدت ثم تزوجت فأولدها الزوج
 الثاني أولاداً ثم عاد الأول، فالأولاد لاحقون به، ولا شيء للثاني، بل عن بعض
 العامة الذين وافقونا في اعتبار إمكان الوطء أنه قال: «إذا مضى زمان يمكن فيه قطع
 ما بين الزوجين من المسافة ثم مضى أقل زمان الحمل فانه يلحق به وإن علم أن أحداً
 من الزوجين لم يبرح إلى الآخر».

ولا يخفى عليك وضوح فساد ذلك كله، بل منه فشا الزنا في نسائهم ولحوق
 أولاد غير الأزواج بهم، وازدادت ولادتهم خبثاً إلى خبث.

وكيف كان فقد ظهر لك أن موضوع اللعان إمكان لحوق الولد به في الظاهر
 لولا اللعان وإن علم هو انتفاده عنه، وإلا فمع فرض الامكان عنده ولو بعد لا يجوز
 له نفيه، لأن الولد للفراش شرعاً مع إمكانه، وفي النبوي (١) «أَيُّمَا رَجُلٍ جَعَدَ
 وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْخَلَائِقِ» نعم يجب عليه
 نفيه مع علمه بعدم تكونه منه ولو باللعان إذا كان الظاهر لحوقه به، هذا كله
 مع العلم بالحال.

﴿أما لو اختلفا بعد الدخول في زمان الحمل تلاعن﴾ إذا كان مقتضى قول
 الزوج نفي الولد لوضعها له تاماً دون الستة أشهر على دعواه أو بعد أقصى الحمل
 لاشتباه حال الصادق منهما، فكان الانتساب إليه ممكناً، وقد ولد على فراشه، فلا
 ينتفي إلا باللعان، وأصالة تأخر الحادث ونحوها لا تنقح خروجه عن الولادة على
 الفراش، ومن هنا أثبت من تعرض لذلك اللعان في الفرض، ولم يلحظ شيئاً مما
 تقتضيه الأصول في هذه الدعوى.

﴿و﴾ ممّا تقدّم ظهر لك أنه ﴿لا يلحق الولد﴾ ظاهراً ﴿حتى يكون الوطء﴾ الذي يحصل التولد منه ﴿ممكناً﴾ في العادة ﴿والزواج قادراً﴾ عليه فيها ﴿فلودخل الصبي لدون تسع فولدت لم يلحق به﴾ لعدم وقوع مثله في العادة، كالموضوع تاماً لدون الستة أشهر ﴿و﴾ إن كانا داخلين تحت قدرة الله تعالى شأنه نعم ﴿لو كان له عشر﴾ سنين كاملة ﴿لحق به﴾ الولد ﴿لا إمكان البلوغ في حقه و لو نادراً﴾ بل ربّما قيل بالاكتفاء بالطعن فيها و لو ساعة واحدة ، بل في كشف اللثام نسبته إلى ظاهر الممتن و المبسوط و التحرير وإن كان هو كما ترى .

﴿و﴾ على كل حال ﴿لو أنكر الولد لم يلاعن إذ لاحكم للعانة﴾ لأنّ الفرض كونه صبيّاً غير بالغ ، وإلحاق الولد به لاحتمال بلوغه لا يقتضي ثبوت بلوغه ، نعم لو قال : أنا بالغ بالاحتمال فله اللعان بناءً على أن ذلك ممّا يرجع فيه إليه ، لأنّه لا يعلم إلاّ من قبله ، والفرض إمكان الزمان ، أما مع عدم قوله فالأصل عدم بلوغه وإن حكمنا ظاهراً بلحق الولد به للاحتمال .

ولا استبعاد في الحكم بلحق الولد به دون الحكم بالبلوغ وإن كان اللعان إنما هو لنفي هذا الولد ، وإذا لم يكن بالغاً لم يحتج إلى اللعان في نفيه وإلاّ صح ، لأن لزوم البلوغ لتكوين الولد منه في الواقع لا يقتضي الحكم به ، كما أن كون اللعان لنفيه لا يقتضي التساوي بينه وبين إلحاق الولد ، لأنّ اللعان مشروط بالبلوغ اتفاقاً وإلحاق الولد يكفي فيه أدنى إمكان البلوغ ، فيعطى كل منهما حكمه في الحكم الظاهري وإن تنافيا في اللوازم التي هي للواقع دون الحكم في الظاهر الذي هو ليس إثبات الموضوع واقعاً على وجه يتحقق لازمه معه ، ومثل هذا كثير في الفقه ، خصوصاً في العمل بالأصول ، وبالاحتياط الذي منه ما سمعته في زوجة المفقود التي يطلقها الحاكم بعد طلبه لاحتمال حياته وتعدد عدة الوفاة لاحتمال موته .

﴿و﴾ حينئذ ﴿يؤخر اللعان حتى يبلغ ويرشد﴾ بأن يوثق بعقله و تمييزه

كما ستعرف من اشتراطهما في الملاعن .

﴿ ولومات قبل البلوغ أو بعده ولم ينكره الحق به وورثته الزوجة والولد ﴾
ولاعبرة بالانكار المتقدم قبل البلوغ ، ولو أنكره بعد البلوغ لم ينتف عنه إلا باللعان
كغيره ممن حكم بلعوقه لولا اللعان ، كما هو واضح .

﴿ ولو وطأ الزوج دبراً فحملت الحق به ﴾ بلا خلاف أجده فيه كما
اعترف به في كشف اللثام ، بل في المسالك ظاهرهم الاتفاق على ذلك ، ولعله لا مكان
استرسال المني في الفرج ﴿ من غير شعور به ﴾ وإن كان الوطء في غيره ﴿ بل عن
بعضهم التصريح بأنه كذلك وإن عزل كما لو وطأ في الفرج ، خلافاً لبعض فاشتراط
عدم العزل ، لكون العلوق مع ذلك في غاية البعد ، لأن الذي يحتمل معه سبقه من
المني في غاية القلة ، وفيه أن الامكان حاصل وإن كان مع العزل أبعد ، وتعليل المصنف
وغيره بذلك لا يقتضي اعتبار عدم العزل ، لما عرفت من أن الامكان المزبور حاصل
على التقديرين ، فلا فرق حينئذ بين الوطء في الفرج أو في الدبر مع العزل وبدونه في
الحكم باللعوق مع احتمال سبق المني من غير شعور . وبذلك يظهر لك النظر فيما
أطنب به في المسالك ، فلاحظ وتأمل .

﴿ ولا يلحق ولد الخصي ﴾ الذي لا ينزل في الظاهر ﴿ الم محبوب ﴾ الذي
قطع ذكره وأُنياه ، للعادة في عدم التولد من مثله لعدم الإيلاج والانتزال ، لكن
﴿ على تردد ﴾ من ذلك ومن عدم العلم لنا بما يكون التكوين منه في الواقع ،
فيمكن حصوله من المساحقة ، ولا عادة مستقرة في ذلك ، فانه لو فرض خصي محبوب
كانت له زوجة فساقتها فحملت لا يمكن القطع عادة بكونه من غيره ، لعدم انكشاف
أمر التكوين لنا .

ومن هنا قال المصنف ﴿ و ﴾ غيره : إنه ﴿ يلحق ولد الخصي ﴾ الذي هو
يلج ولا ينزل ﴿ أو الم محبوب ﴾ الذي قطع ذكره وأُنياه ولكن ينزل بهما ﴿ ولا
ينتفى ولد أحدهما إلا ﴾ باللعان تنزيلاً على الاحتمال وإن بعد ﴿ إذ لا يخفى عليك

حصول الاحتمال أيضاً في الخصي المجبوب وإن كان هو أبعد من كل واحد منهما ، بل لعل التأمل في ذلك وغيره يقتضي الاكتفاء بالاحتمال وإن لم يتحقق الإمكان ، فهو أزيد من قاعدة ما أمكن في الحيض ، بناءً على اعتبار تحقق الإمكان فيها ، ولعله لظاهر قوله وَالْقَوْلُ (١) : « الولد للفراش » الشامل للمفروض وغيره ، بل قد سمعت توسع العامة فيه ، فألحقوا به الولد وإن علم عدم مباشرة منه للزوجة اشكالا على قدرته تعالى شأنه ، وإن كان هو واضح الفساد ، ضرورة ظهوره في كونه له مع احتمال أنه منه وإن كان بعيداً .

❖ وإذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعدار ❖ فمن المبسوط بل المشهور كما في المسالك أنه ❖ لم يكن له إنكاره بعد ذلك إلا أن يؤخر بما جرت العادة به كالسعي إلى الحاكم ❖ لأن الحق له على الفور ، إذ هو كخيار الرد بالعيب والغبن مثلاً في الثبوت لدفع الضرر المقتصر فيه على مقدار ما يرتفع به الضرر وهو الفور ، مؤيداً ذلك بأن الولد إذا كان منقياً عنه وجب الفور باظهار نفيه حذراً من لحوق من ليس منه به ، وعوارض التأخير من الموت فجأة ونحوه كثيرة ، فتختلط الأنساب ، وبأنه لولا اعتبار الفور لأدّى إلى عدم استقرار الأنساب ، وذلك ضرر يجب التعرّض عنه .

والجميع كما ترى ، ضرورة عدم صلاحية شيء من ذلك لتقييد إطلاق ما دل (٢) على ثبوت حق النفي له المستصحب ذلك له مع التراخي ، والرد بالعيب والغبن مع تسليم الفورية فيه إنما هو لقاعدة الافتصار على المتيقن في تخصيص اللزوم المستفاد من « أو فوا » (٣) ونحوه مما لا يجري في المقام ، مؤيداً ذلك بأن أمر النسب خطير ، وقد ورد النهي (٤) عن استلحاق من ليس منه ، وربما احتاج

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب اللعان الحديث ٣ - - .

(٣) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٤) سنن البيهقي ج ٧ ص ٤٠٣ وكنز العمال ج ٣ ص ٢٢٥ و ٢٢٦ .

ذلك إلى نظر ومهلة .

نعم لو أقر بالولد لزمه الولد للنصوص (١) ولقاعدة إقرار العقلاء ، بل لم ينتف عنه بعد بنفيه بلا خلاف أجده فيه ، بل في القواعد الإجماع عليه ، لعدم سماع الإنكار بعد الإقرار حتى لو لاعن ، لما سمعت من النصوص (٢) وقاعدة إقرار العقلاء التي لا يعارضها دليل اللعان الوارد على قاعدة الفرائض ، نعم إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشة - فيما لو علم أن منشأ إقراره الأخذ بظاهر قاعدة الفرائض - بأنه لا يزيد حينئذ حكم قاعدة الإقرار على قاعدة الفرائض التي ثبت اللعان لنفي مقتضاها ، فتأمل جيداً .

ولعله لذلك كله وغيره قال المصنف : ﴿ ولو قيل له إنكاره مالم يعترف به كان حسناً ﴾ وتبعه عليه الفاضل ، بل ينبغي الجزم بذلك في نحو مفروض المسألة الذي يمكن عدم منافاة الفورية فيه بفرض عدم حصول ما يقتضي نفيه له حال الولادة ، إذ المراد بالفور عند من اعتبره هو سقوط حقه مع التراخي إذا كان سبب النفي حاصلًا له ومع ذلك تراخي في نفيه .

على أنه لم يظهر لنا مراد القائل بالفورية هل هو وجوب إنشاء النفي عند حصول مقتضيه له أو وجوب إظهاره عند الحاكم ؟ وإن كان ظاهر ما ذكره من الفروع الثاني ، لكن هو كما ترى .

بل ملاحظة ما ذكره في المسالك وغيره منها يقتضي كونها من فروع العامة المبتنية على القياس والاستحسان ، قال فيها : « وإن كان معذوراً بأن لم يجد الحاكم ، أو تعذر الوصول إليه ، أو بلغه الخبر ليلاً فأخّر حتى يصبح ، أو حضرته الصلاة ففقدتها ، أو أحرز مالاً له أو لغيره أو كان جائعاً أو عارياً فأكل أو لبس أو لآ ، أو كان مريضاً أو محبوساً أو ممرضاً لم يبطل حقه ، وهل يجب عليه الأشهاد على النفي ؟ وجهان ، وقد سبق له نظائر كثيرة ، ولو أمكن المريض أو الممرض أن يرسل إلى الحاكم ويعلمه بالحوال أو يستدعي منه أن يبعث إليه نائباً من عنده فلم يفعل بطل حقه ، لأن

مثل هذا متيسر له ، ومثله ملازمة غريمه ومن يلازمه غريمه ، وأما الغائب فإن كان في الموضع الذي غاب إليه قاض ونفى الولد عند وصول خبره إليه عنده فذاك ، وإن أراد التأخير إلى أن يرجع إلى بلده ففي جوازه وجهان ، من منافاة الفورية اختياراً ، ومن أن التأخير غرضاً ظاهراً ، وهو الانتقام منها باشتهاار خبرها في بلدها وقومها ، وحينئذ فإن لم يمكنه المسير في الحال لخوف الطريق ونحوه فينبغي له أن يشهد ، وإن أمكن فليأخذ في السير ، فإن أخرت بطل حقه ، وإن لم يكن هناك قاض فالحكم كما لو كان وأراد التأخير إلى بلده وجوزناه ، إذ ذلك كله كما ترى لا يوافق أصولنا خصوصاً بعد أن لم يكن في شيء مما وصل إلينا من الأدلة جعل العذر والغرض عنواناً للحكم حتى يرجع إلى مصداقهما عرفاً .

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ يخلو أمسك عن نفى الحمل حتى وضعت جازله نفيه بعد الوضع على القولين ، لاحتمال أن يكون التوقف لتردده بين أن يكون حملاً أو ريباً ﴾ فلا يكون سكوته منافياً للفور ، ولو قال : عرفت أنه حمل (ولدخل) ولكن أخرت طمعاً في أن تجهض فلا احتاج إلى كشف الأمر ورفع الستر ففي المسالك فيه وجهان : أحدهما أنه يبطل حقه ، لتأخير النفي مع القدرة عليه ومعرفة الولد ، فصار كما لو سكت عن نفيه بعد انفصاله طمعاً أن يموت ، والثاني أن له النفي ، لأن مثل هذا عذر واضح في العرف ، ولأن الحمل لا يتيقن صرفاً ، فلا أثر لقوله : عرفت أنه ولد ، بل فيها « أن هذا لا يخلو من قوة » مع أنه كما ترى .

ثم قال : « ومن الأعذار ما لو أخرت وقال : إني لم أعلم أنها ولدت وكان غائباً أو حاضراً بحيث يمكن ذلك في حقه ، ويختلف ذلك بكونه في محلة أخرى أو في محلتها أو في دارها أو في دارين ، ولو قال : أخبرت بالولادة ولكن لم أصدق الخبر نظر ، إن أخبره فاسق أو صبي صدق بيمينه وعذر ، وإن أخبره عدلان لم يعذر ، لأنهما مصدقان شرعاً ، وإن أخبره عدل حر أو عبد ذكر أو أنثى ففيه

وجهان : أحدهما أنه يصدق ويعذر ، ولأنه أخبره (١) من لا يثبت بشهادته الحق ، والثاني أنه لا يصدق ويسقط حقه ، لأن روايته مقبولة ، وهذا سبيله سبيل الاخبار ، 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 ناشئاً في بادية بعيدة عن أهل الشرع قبل ، وإن كان من العوام الناشئين في بلاد الاسلام فوجهان : أجودهما القبول بيمينه مع إمكان صدقه ، ولكن لا يخفى عليك ما في الجميع بعد الاحاطة بما ذكرناه .

﴿ ولو أقر بالولد صريحاً أو فحوى لم يكن له إنكاره بعد ذلك ﴾ لما عرفت من قاعدة عدم سماع الإنكار بعد الإقرار الصادق عرفاً على الصريح وغيره ﴿ مثل أن يبشر به فيجيب بما يقتضي الرضا ، كأن يقال : بارك الله لك في مولودك فيقول : آمين أو إنشاء الله تعالى ، أما لو ﴾ أجاب بما لا يتضمن الإقرار بأن ﴾ قال مجيباً : بارك الله لك أو أحسن الله إليك ﴾ أو رزقك مثله ﴾ لم يكن إقراراً ﴾ ولم يبطل حقه من النفي ، خلافاً لبعض العامة ، فجعله إقراراً ، وضعفه واضح .

﴿ وإذا طلق الرجل وأنكر الدخول فادّعت أنها حامل منه ﴾ عن الشيخ في النهاية ﴿ إن أقامت بيّنة أنه أرخى ستراً ﴾ عليها ﴿ لا عنها وحرمت عليه ، وعليه المهر ﴾ كملاً ﴿ وإن لم تقم بيّنة كان عليه نصف المهر ولا لعان ، وعليها مائة سوط ﴾ لصحيح علي بن جعفر (٢) « سألته عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها فادّعت أنها حامل ، قال : إن أقامت البيّنة على أنه أرخى ستراً ثم أنكر الولد لا عنها ، ثم بانت منه ، وعليه المهر كملاً ، مؤيداً بالظاهر . لكنه كما ترى لا دلالة فيه على ذكر المائة سوط ، بل لوجه له ، ضرورة عدم ثبوت حدٍّ عليها ، فإن إنكار الولد عنه وإن اتفق عنه بدون لعان لا يقتضي زناها واعترافها بالوطء والحمل منه الذي كان القول قوله في نفيهما للأصل لا يوجب حداً

(١) في المسالك « أحدهما أنه يصدق ويعذر لانه أخبره ، بدون د » .

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

عليها ، لأنه أعم ، ولا يلزم من انتفاء السبب الخاص المحلل انتفاء غيره من الأسباب وإن لم تدعه لأقل من أن يكون دعواها ذلك يوجب شبهة يسقط بمثلها الحد ، وعدم ثبوت دعواها شرعاً لا يحقق وصف الزنا قطعاً ، إلا أن ذلك لا يقتضى سقوط الخبر المزبور الدال بمنطوقه ومفهومه على الأحكام المزبورة التي يدل على بعضها الأصل ، نعم هو من جملة نصوص الخلوة (١) المقتضية للحكم بالدخول بالنسبة إلى تمام المهر والملاعنة ، وقد عرفت البحث في ذلك مفصلاً في كتاب النكاح وأنه لا يقتضى الحكم بالدخول بالنسبة إلى تمام المهر ، فضلاً عن غيره من الأحكام المترتبة على الدخول .

﴿ و ﴾ من هنا ﴿ قيل ﴾ والقائل ابن إدريس ، ﴿ لا يثبت اللعان ما لم يثبت الدخول ﴾ بالبيئنة أو بالإقرار ﴿ وهو الوطء ، ولا يكفي ﴾ في إثباته ﴿ إرخاء الستر ﴾ حينئذ ﴿ ولا يتوجه عليه الحد ﴾ لأنه لم يقذف ﴿ فان إنكار الولد أعم من ذلك ﴾ ولا أنكر ولداً يلزمه الإقرار به ﴿ حتى يصح اللعان منه ، وجهه في المسالك بعدم ثبوت الوطء الذي به يتحقق الفرائض المقتضى للحقوق الولد به .

﴿ ولعل هذا أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها أصالة عدم الدخول بناءً على كونه شرطاً في اللعان التي لا يعارضها نصوص الخلوة (٢) كما سمعت الكلام فيه مفصلاً في كتابه .

نعم قد يقال - إن لم يكن إجماع على خلافه :- بلحوق الولد به لاحتمال الوطء بناءً على أنه يكفي في الفرائض في الزوجة بتحقيق الزوجية واحتمال الوطء ولكن لا يشرع اللعان في نفيه بناءً على اعتبار تحقيق الدخول فيه ، ولا تنافي بين الحكمين بعد اقتضاء دليلهما ذلك ، ودعوى أن لحوق الولد به يتوقف أيضاً على

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

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

تحقق الدخول كاللعان يمكن منعها ، وقد تقدم بعض الكلام في ذلك . بل أظن في المسالك عند البحث على تحقق فراش الأمة بالأمة في بيان تحقق فراش الزوجة الدائمة بالعقد وإمكان وصوله إليها وأنه يلحق به الولد بذلك ، فلاحظ وتأمل ، فإنه لا يخلو من منافاة لما هنا ، والله العالم .

﴿ ولو ﴾ جمع بين سببي اللعان بأن ﴿ قذف امرأته ونفى الولد وأقام بيئته ﴾ على ما قذفها به ﴿ سقط الحد ﴾ عنه بلا خلاف ولا إشكال ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لم ينتف الولد ﴾ عنه ﴿ إلا باللعان ﴾ الذي شرعه الشارع لنفي الولد الذي لولاه لا يتحقق به بقوله ﷺ (١) : « الولد للفراش » .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو طلقها بائناً فأتت بولد يلحق به في الظاهر ﴾ كما لو وضعته تاماً بعد ستة أشهر فصاعداً من حين وطئه ﴿ لم ينتف عنه إلا باللعان ﴾ .

بل ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو تزوجت فأتت بولد لدون ستة أشهر من دخول الثاني ﴾ ليعلم نفيه عنه ﴿ ولتسعة أشهر فمادون من فراق الأول لم ينتف عنه إلا باللعان ﴾ لقاعدة « الولد للفراش » التي لا يعارضها هنا فراش الثاني بعد العلم باتفاقه عنه ، كما هو واضح .

﴿ الركن الثانى ﴾

﴿ فى الملاعن : ﴾

﴿ و ﴾ لا خلاف فى أنه ﴿ يعتبر ﴾ فيه ﴿ أن يكون بالغاً عاقلاً ﴾ بل
الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى معلومية سلب عبارة غيرهما فيما يشمل المقام
الذى هو إما شهادة أو يمين ، و كل منهما ليسا من أهله ، بل لا يترتب على
قذفهما حد كى يراد إسقاطه باللعان وإن عزّر المميّز على قذفه تأديباً له ، بل لعل
المنساق من آية اللعان (١) - التى هى الأصل فى إثبات شرعيته - غيرهما ، وهو
واضح . ﴿ وفى لعان ﴾ جنس ﴿ الكافر روايتان أشهرهما أنه يصح ﴾ وإن كنا لم
نعثر فيما وصل إلينا من النصوص على شيء من ذلك إلا فى الملاعنة (٢) التى
ستسمع الحال فيها ، ولعله المراد للمصنّف بناءً على اتّحاد الحكم فيهما ، فانه
لا قائل بالفصل بينهما ، على أن مبنى المنع فى الكافر هو كون اللعان شهادة بقرينة
قوله تعالى (٣) : « فشهادة أحدهم » خصوصاً بعد قوله تعالى : « ولم يكن لهم شهداء »
المعلوم إرادة الشهادة منه ، وهى لا تقبل من الكافر ، وهذا أمر شامل للملاعن والملاعنة
وإن كان هو واضح الفساد ، ضرورة صحته من الفاسق وإن لم تقبل شهادته إجماعاً على
أن قوله تعالى (٤) : « شهادات بالله » كالصريح فى إرادة اليمين منه ، بل فى
الخبر (٥) « مكان كل شاهد يمين » وقوله تعالى (٦) : « ولم يكن لهم شهداء »

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٦ الى ٩ .

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

(٣ و ٤ و ٦) سورة النور : ٢٤ - الآية ٦ .

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

وإن كان المراد منه الشهادة قطعاً ، إلا أنه لا يقتضي كون المراد منها ذلك في قوله تعالى (١) : « فشهادة أحدهم » بل معناه أنه إذا لم يكن بيّنة فيمين ، كما هو واضح .

على أن المحكي عنه اعتبار الاسلام هنا الاسكافي مطلقاً والحكي إذا كان اللعان للقتل ، ولاريب في عدم تمامية الدليل المزبور في الثانی منهما ، بل لعله منافي له في الجملة ، كل ذلك مضافاً إلى قاعدة اتحاده مع المسلم في الفروع وإلى ما سمعته من النصوص (٢) الدالة على ملائمة اليهودية والنصرانية المتممة بعدم القول بالفصل ، وهي وإن كان في مقابلها نصوص (٣) دالة على عدم الجواز فيها لكنها قاصرة من وجوه كما ستسمع ذلك إنشاء الله .

وعلى كل حال يتصور لعان الكافر فيما إذا كان الزوجان ذميين وترافعا إلينا ، بل يمكن فرض الزوجة مسلمة والزوج كافراً فيما إذا أسلمت وأنت بولد يلحقه شرعاً فأنكره ، والله العالم .

﴿ وكذا الكلام (القول خ ل) في ﴿ لعان ﴾ المملوك ﴾ فان المشهور جوازه ، بل نفى الخلاف عنه في المسالك ، لاطلاق الأدلة وخصوص الصّحاح في أحدها (٤) « عن عبد قذف امرأته قال : يتلاعنان كما يتلاعن الأحرار ، وفي حسن جميل بن دراج (٥) سألت الصادق عليه السلام « عن الحر بينه وبين المملوك لعان ؟ فقال : نعم وبين المملوك والحر ، وبين العبد والأمة ، وبين المسلم واليهودية والنصرانية » ونحوهما الثالث (٦) .

(١) سورة النور : ٢٣ - الآية ٦ .

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ٢ و ٦ والمستدرک الباب - ٥ -

منه الحديث ١ و ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ٢ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ١٤ .

(٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ٣ - ٢ - ١ .

خلافاً للمحكي عن المفيد والديلمي فاشتراط الحرّية مطلقاً والحلي فاشتراطها في اللعان للقذف ، ولم نجد لهم دليلاً هنا سوى ما تقدّم ، وقد عرفت الحال فيه ، مضافاً إلى صريح المعتبرة التي لا معارض لها سوى خبر السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عليه السلام : " أن علياً عليه السلام قال : ليس بين خمس من النساء وبين أزواجهن ملاعنة : اليهودية تكون تحت المسلم فيقذفها ، والنصرانية والأمة تكون تحت الحر فيقذفها ، والعرة تكون تحت العبد فيقذفها ، والمجلود في الفرية ، لأن الله تعالى يقول : (٢) ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، والخرساء ليس بينها وبين زوجها لعان ، إنما اللعان في اللسان ، ونحوه في الخصال عن سليمان بن جعفر البصري (٣) عن جعفر عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام .

ولكنهما ضعيفان موافقان للعامة ، كما مرسل عن بعض الكتب (٤) عن علي عليه السلام أيضاً : " الخرساء والأخرس ، ليس بينهما لعان ، لأن اللعان لا يكون إلا باللسان ، فلا ريب في عدم الاشتراط ، والله العالم .

ويصح لعان الأخرس إذا كان له إشارة معقولة ﴿﴾ يفهم منها القذف ومعاني الشهادات الخمس بلا خلاف أجده فيه ، بل عن الشيخ إجماع الفرقة وأخبارهم ، لعموم ما دل (٥) على قيام إشارته مقام اللفظ في جميع ما اعتبر فيه ذلك من عبادة كتكبيرة الإحرام وغيرها وعقد وإيقاع ، فيصح الفرض فيه حينئذ ﴿﴾ كما يصح

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

(٢) سورة النور : ٢٤ - الآية ٤ .

(٣) أشار إليه في الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٢ وذكره في

البحار ج ١٠٤ ص ١٧٦ .

(٤) المستدرك الباب - ٨ - من كتاب اللعان الحديث ٢ .

(٥) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب القراءة في الصلاة الحديث ١ من كتاب

طلاقه وإقراره ﴿ على أن الأقوال الخمس هنا إما شهادة أو يمين ، وكل منهما صحيح عندنا من الأخرس بالإشارة ، مؤيداً ذلك كله بقضاء الضرورة به إذا كان ممناً يجب عليه نفى الولد للعلم بكونه من غيره ، واحتمال انتفائه بنفيه هنا من دون لعان منافي لأصالة اللعاق وغيرها ، فليس حينئذ إلا قيام إشارته مقام نطق غيره .

﴿ ولكن مع ذلك كله وغيره ﴾ ربما توقف شاذ منّا ﴿ في قذفه ولعانه ﴾ نظراً إلى تعذر العلم بالإشارة ﴿ وهو ابن إدريس ، قال فيما حكى عنه لا أقدم على أن الأخرس المذكور يصح لعانه ، لأن أحداً من أصحابنا غير الشيخ في خلافه ومبسوطه لم يورده في كتابه ، ولا وقفت على خبر في ذلك ، ولا إجماع عليه ، والقائل بهذا غير معلوم ، والتمسك بالأية (١) بعيد لأنه لا خلاف أنه غير قاذف ولا رام على الحقيقة ، والنطق منه حال اللعان متعذر ، والأصل براءة الذمة ، واللعان حكم شرعى يحتاج إثباته إلى دليل شرعى وأيضاً لو رجع بالشهادات عن اللعان عند من جوزه له وجب عليه الحد ، والرسول ﷺ قال : « ادروا الحدود بالشبهات » (٢) ومن المعلوم أن في إيمائه وإشارته بالقذف شبهة هل المراد به القذف أو غيره ؟ وهو غير معلوم يقيناً بخلاف - ثم قال - : فان قلنا : يصح منه اللعان كان قوياً معتمداً ، لأنه يصح منه الإقرار والإيمان وأداء الشهادات وغير ذلك من الأحكام .

وهو كما ترى متوقف مضطرب ، لكن دعواه عدم دلالة إشارته على القذف وعدم إمكان أداء معانى ألفاظ اللعان فيها خلاف القرض ، كما أن دعوى عدم تحقق إشارة للأخرس كذلك منافية للوجدان خصوصاً إذا كان منها الكتابة التى يمكن فرض أنه يحسنها ، ومن الغريب دعوى عدم الخلاف في عدم كون إشارته قذفاً ، إذ هو منافي للعرف بل واللغة ، على أنه يمكن عروض الأخرس له بعد القذف .

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٦ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب مقدمات الحدود الحديث ٤ من

﴿و﴾ من ذلك وغيره قال المصنف : ﴿هو ضعيف إذ ليس حال اللعان بزائد عن حال الإقرار بالقتل﴾ وغيره .

نعم ﴿لا يصح اللعان﴾ منه ﴿مع عدم النطق وعدم الإشارة المعقولة﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، بل لا يتصور فيها الموضوع فضلاً عن الصحة ، ودعوى الفرق بين الإقرار والعقود والإقاعات وبين المقام - من حيث إنه يتعين فيه تأديته بلفظ الشهادة واللعن والغضب ، والإشارة لا ترشد إلى ذلك وإن أدت معناها ، بخلاف غيره من الإقرار والعقد وغيره مما لا يعتبر فيه ذلك وإن اعتبر فيها الصيغ الخاصة إلا أن المراد معناها ، فتقوم الإشارة حينئذ في التأدية مقام اللفظ - يدفعها بعد الإغضاء عما فيها ما أشرنا إليه سابقاً من التصريح في الأدلة بقيام إشارته مقام التكبير والتلبية ونحوهما مما يراد منها اللفظ لكن من القادر عليه ، ولو لاطلاق ماد (١) على قيام إشارته مقام اللفظ من غيره في سائر المقامات ، ومن فحوى ذلك استفاد صحته بغير العربية ممن لا يقدر عليها كالفارسي والتركي وغيرهما ، نعم ما تقدم في النصوص (٢) السابقة من التعليل وغيره يقتضى عدم صحته من الأخرس كالخرساء ، إلا أنها نصوص ضعيفة لا جابر لها ، بل الإعراض عنها متحقق ، فلا تصلح معارضة لاطلاق أدلة قيام إشارته مقام اللفظ من غيره ، كما أوضحنا ذلك في كتب العبادات والمعاملات ، فلاحظ وتأمل .

و لو كان يحسن الكتابة وقلنا إنها من جملة إشارته فليكتب حينئذ كلمة الشهادة وكلمة اللعن والغضب ويشير إليها أربع مرات ، ولا يكلف أن يكتب أربع مرات .

ولو قذف ولاعن بالإشارة ثم عاد نطقه وقال : لم أرد اللعان بأشارتي قبل قوله

(١) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب القراءة في الصلاة الحديث ١ من كتاب

الصلاة .

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب الملاعن الحديث ١٢ والمستدرک الباب - ٨ -

منه الحديث ١ و ٢ .

فيما عليه من لحوق النسب به وثبوت الحدّ دون ماله من الحرمة المؤيدة ، ولكن له أن يلاعن في الحال لاسقاط الحدّ ولنفي النسب إذا لم يخض من الزمان ما يسقط فيه حكم النفي ، ولو قال لم أرد القذف أصلاً لم يقبل قوله ، لأن إشارته أثبت حقاً لغيره ، ولأن المفروض دلالتها عليه على وجه يحصل العلم منه ، فلا يقبل إنكاره حينئذ ، والله العالم .

﴿ ولو نفى ولد المجنونة لم ينتف إلا باللعان ﴾ منهما لأن الأصل اللعاق ، ولا يخرج عنه إلا بما ثبت شرعاً ، وهو الانتفاء باللعان منهما ﴿ و ﴾ لا دليل على قيام الولي مقامها هنا ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، نعم ﴿ لو أفاقت فلا عنت صح ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ وإلا كان النسب ثابتاً والزوجة ﴾ بلا خلاف ولا إشكال كذلك أيضاً للأصل وغيره .

﴿ ولو نفى ولد الشبهة انتفى عنه ﴾ من غير لعان إذا لم يعترف بوطنها بحيث يلحق به الولد ولم يعلم منه ذلك ، كما ستعرف تحقيق ذلك في الأمة والمتمتع بها عند تعرض المصنف لهما .

ومنه يعلم النظر فيما في المسالك هنا حيث قال : « الموطوءة بالشبهة لا تصير فراشاً بحيث يلحق به الولد بمجرده ، بل يتوقف لحوقه على اعترافه به أو بآنه لم يطءها في ذلك الوقت الذي يمكن إلحاق الولد به فيه غيره ، لأن ذلك يستلزم كونه منه أيضاً ، وهو في قوة الاعتراف به ، فيلحق به وإلا فلا » .

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

﴿ و ﴾ كيف كان فقد عرفت فيما تقدم من غير خلاف فيه بينهم ولا إشكال أنه ﴿ إذا عرف الزوج خاصة ﴾ انتفاء الحمل لا ختلال شروط الائتحاق أو بعضها ﴿ كما لو ولدته لستة أشهر فصاعداً من حين التزويج وخلوته بها ولكن لم

يدخل بها فيما بينه وبين الله تعالى شأنه في وقت يمكن فيه إلحاقه به ﴿ وجب ﴾ عليه ﴿ إنكار الولد واللعان ، لئلا يلحق بنسبه من ليس منه ﴾ ويترتب عليه حكم الولد في الميراث والنكاح ونظر محارمه وغير ذلك من الأمور التي لا ترتفع إلا بنفيه ، لاقتضاء قاعدة الفرائض الالتحاق به ظاهراً ، من غير فرق في ذلك بين علمه بزناها وعدمه ، وإن حرم عليه قذفها في الثاني ، لاحتمال كون الولد من شبهة ، وإنما الواجب عليه نفي الولد عنه واللعان .

لكن في المسالك هنا د رتباً قيل بعدم وجوب نفيه ، وإثماً يحرم التصريح باستلحاقه كذباً دون السكوت عن النفي ، وذلك لأن في ائتمام اللعان شهرة عظيمة وفضيحة يصعب احتمالها على ذوي المرات فيبعده إيجابه ، ولا يخفى عليك ضعفه ، بل يمكن تحصيل الاجماع على خلافه ، مضافاً إلى ظاهر بعض النصوص (١) .

نعم لو اجتمعت شروط الإلحاق بأن ولدته في المدة التي بين أقل الحمل ﴿ و ﴾ أكثره من حين وطئه ﴿ لا يجوز ﴾ له ﴿ إنكار الولد ﴾ وأحق به ظاهراً ، بل ستعرف التحقيق في عدم مشروعية اللعان لنفيه مع اعترافه بائتمام شرائط الإلحاق أو العلم بها ، وحينئذ فلا يجوز له نفيه فضلاً عن اللعان ﴿ للشبهة ولا للظن ولا لمخالفة الولد صفات الواطئ ﴾ و موافقتها لصفات المتهم ، بل ولو حقق زناها وجاء الولد مخالفاً له في الخلق والخلق بل مشابهاً للزاني ، لتظافر الأدلة (٢) بلحق الولد للوطء المحترم الصالح للتكوين منه ، واللعان إنما يرفع للحقوق الناشئة من قاعدة الفرائض الظاهرية ، كما ستعرف بتحقيق ذلك كله في الأئمة والمتمتع بها على وجه لم تسبق إليه ، والله العالم بحقيقة الحال والموفق للصواب .

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

(٢) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب اللعان الحديث ٣ والباب - ١٠٥ - من أبواب

أحكام الادود من كتاب النكاح و الباب - ٥٨ - من أبواب نكاح العبيد والاماء .

﴿ الركن الثالث ﴾

﴿ في الملائنة ﴾

﴿ و ﴾ لا خلاف كما لا إشكال في أنه ﴿ يعتبر فيها ﴾ حال الملائنة ﴿ البلوغ و كمال العقل ﴾ لسلب عبارة غير البالغ و المجنونة و غيره مما عرفت مكرراً .

﴿ و ﴾ كذا لا خلاف ولا إشكال في أنه يعتبر فيها ﴿ السلامة من الصمم و الخرس ﴾ لكن على الوجه الذي ذكرناه في كتاب النكاح مفصلاً عند ذكر المصنف له في السبب الخامس من أسباب التحريم ، و منه يعلم الحال في وجه ذكر المصنف للأمرين شرطاً المقتضى بظاهره لصحة اللعان مع انتفاء أحدهما ، مع اكتفائه و غيره في التحريم في كتاب النكاح بقذف أحدهما ، فلا حظ و تأمل ، فإن منه يعلم أيضاً قوة القول بكون ذلك شرطاً في اللعان بالسبب الآخر ، و هو نفى الولد ، كما هو مقتضى إطلاق الأصحاب هنا ، مضافاً إلى ظهور خبر السكوني (١) والمرسل (٢) عن علي عليه السلام المتقدمين سابقاً في ذلك أيضاً و ضعفهما منجبر هنا بما يظهر من الأكثر من كون ذلك شرطاً في سببي اللعان حينئذ .

ولا يشكل ذلك باقتضائه الانتفاء بمجرد نفيه من دون لعان مع اقتضاء قاعدة الفرائض إلحاقه إن كان المراد من الاشتراط المزبور حصول فائدة اللعان من دون اللعان ، كما لو قذفها ، فإنها تحرم عليه من دون ملائنة ، أو وجوب نفيه عليه ،

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

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

لعلمه بأنه ليس منه مع عدم طريق إلى انتفائه عنه ، إذ الفرض عدم مشروعية اللعان معها ولو بالاشارة ، إذ لا مانع من التزام الأول ، ويكون لعانه معها مجرد ذكره سبب اللعان ، فيحصل ثمرته بينهما وإن لم يحصل اللعان كما في القذف .

لكن الانصاف عدم خلو المسألة بعد عن الاشكال فان ظاهر اقتصار المصنف في سبب التحريم على القذف في كتاب النكاح يقتضى عدمه في نفى الولد ، بل في صحيح أبي بصير أو موثقه (١) القذف خاصة ، قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء صماء لا تسمع ما قال ، فقال : إن كان لها بيّنة تشهد لها عند الامام جلّده الحد ، و فرّق بينهما ، ثم لا تحل له أبداً ، وإن لم يكن لها بيّنة فهي حرام عليه ما أقام معها ، ولا إثم عليها ، وكذا حسن الحلبي و محمد بن مسلم (٢) عنه عليه السلام « في رجل قذف امرأته وهي خرساء ، قال : يفرّق بينهما ، نعم في خبر محمد بن مردان (٣) عنه عليه السلام « في المرأة الخرساء كيف يلاعنها زوجها ؟ قال : يفرّق بينهما ولا تحل له أبداً » .

فما عساه يظهر منه أن ذلك كيفية لعانها في مطلق سببه ، لكن بمجرد ذلك لا يجسر على الحرمة أبداً كما لا يجسر على انتفاء الولد الثابت لحوقه بقاعدة الفرائض بمجرد نفيه ، على أن ذكرهم ذلك شرطاً في اللعان أعم من انتفائه بمجرد نفيه ، بل أقصاه سقوط اللعان بينهما ، وهو أعم من انتفائه ، بل ومن الحرمة الأبديّة ، ومن هنا كان خيرة ثاني الشهيدين هنا مشروعية اللعان بينهما في نفى الولد بالاشارة .

لكن يبعده - مضافاً إلى إطلاق الأصحاب الاشتراط على وجه يشمل السببين - خفاء الفرق بين سقوطه بينهما للقذف وعدمه لنفى الولد ، خصوصاً مع ظهور كون العلة في الأول الخرس ، كما أدمى إليه في النصوص (٤) السابقة

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ٨ - من كتاب اللعان الحديث ٢ - ١ - ٤ .

(٤) الوسائل الباب ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٢ والمستدرك الباب ٨ -

وإن لم يتعدى منها إلى الخرس في الرجل للاجماع وغيره ، و لذا كان ظاهر بعض الأفاضل سقوط اللعان بينهما في ذلك ، لظاهر الاشتراط المزبور في الفتاوى المعتمدة بما سمعته من خبر السكوني (١) وغيره مع عدم حرمة الأبد وعدم انتفاء الولد ، للأصل وقاعدة الفراش ، و هو جيد إن لم يكن ظاهر خبر محمد بن مروان (٢) المتقدم أن كيفية اللعان بينهما في سببية النفرقة بينهما أبداً ، بمعنى إجراء حكم اللعان على ذكر سببه و إن لم يحصل ، بل قد يدعى ظهور اشتراطهم له ذلك مع عدم ذكرهم الفرق بين القذف و نفي الولد مع أنه لا ريب في كون حكمه كذلك في الأول ، فالاحتياط لا ينبغي تركه ، خصوصاً مع عدم تحرير المسألة في كلامهم ، بل في قواعد الفاضل د و في اللعان لنفي النسب - أي في الخرساء والصماء - إشكال ، ولعله معارف من أنه لا طريق إلى انتفائه سواء ، ومن إطلاق النص (٣) والفتوى نفي لعانها ، و في كشف اللثام د و الأول أقوى .

نعم لا إشكال في ظهور كلمات الأصحاب بسقوط الحد عنه لو أقام بيئته على ما قذفها به وعدم جريان حكم اللعان حينئذ ، فلا تحرم عليه أبداً ، لكن في المسالك حرمت أيضاً عليه كما دلت عليه الرواية السابقة - أي خبر أبي بصير (٤) ثم قال - : و ربما قيل بأنها تحرم حينئذ ، لعدم قذفها بما يوجب اللعان ، و يثبت عليها الحد بالبيئته ، ولا ينتفى عنها بلعانها ، والرواية تنافي ذلك ، و هي معتبرة الاسناد ، لكن في الاكتفاء بها في إثبات هذا الحكم نظر ، وعبارة الأصحاب في باب التحريم مصرحة باشتراط قذفها بما يوجب اللعان لولا الأفة المذكورة ، فيخرج منها ما لو أقام البيئته وما لو لم يدع المشاهدة ، وإطلاق هذه الرواية وغيرها يتناول الجميع ، والأولى الرجوع في كل موضع يحصل فيه الاشتباه إلى الحكم العام .

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

(١ و ٣) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٢ .

(٢ و ٤) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب اللعان الحديث ٣ - ٢ .

لأنها منافية للأصل وغيره ، على أن إطلاق النصوص بملاحظة فتوى الأصحاب وخير محمد بن مروان (١) يمكن دعوى كون المراد منه أن التحريم المزبور في مقام اللعان الذي ليس المفروض منه ، واشتمال الخبر المزبور على البيئنة إنما هو بالنسبة إلى دعوى القذف عليه لا ما قذفها به ، كما هو واضح .

هذا وقد يستفاد من الخبر المزبور عدم الائم عليها في الاجتماع معه مع عدم البيئنة لها على قذفه لها وإن حرم هو عليه ، ولعله كذلك في كل مقام يعجز عن إثبات الحكم في الظاهر وإن اختص الائم بالأخر .

﴿ و ﴾ كذا يعتبر في الملاعنة لنفي الولد ﴿ أن تكون منكوحة بالعقد الدائم ﴾ بلاخلاف معتمد به ، بل في المسالك هو موضع وفاق ، لأن ولد المتمتع بها ينتفى بغير لعان اتفاقاً ، لكن في كشف اللثام عن الجامع النصريح بوقوعه للنفي ، وفيه - مع أنه مناف للاتفاق المزبور وللأصل - أنه مناف لإطلاق قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان (٢) : « لا يلاعن الحر الأمة ولا الذمية ولا التي يتمتع بها » وفي صحيح ابن أبي يعفور (٣) : « لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع بها » ونحوه خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (٤) .

بل منها يستفاد أيضاً عدم وقوعه أيضاً للقذف كما هو المشهور شهرة عظيمة ،

(١) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب اللعان الحديث ٢ .

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

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

(٤) لم أقف على خبر لملى بن جعفر بهذا المضمون بعد التتبع التام في مظانها من الوسائل والمستدرک والوافي والكتب الأربعة والبحار في باب اللعان و ج ١٠ منها ص ٢٣٩ - الطبع الحديث - باب « ما وصل إلينا من أخبار علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام » والظاهر أنه طاب ثراه أخذه من المسالك حيث إن الشهيد (قدس) بعد ذكر صحيحة ابن سنان قال : « ومثله رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام ،

بل لم يبعك الخلاف في ذلك إلا عن السيّد والمفيد ، لعموم الآية (١) الذي يجب تخصيصه بالنصوص المزبورة وإن كانت آحاداً لما تحرر في الأصول من جواز تخصيصه بخبر الواحد فحينئذ لا ريب في اشتراط الدوام في اللعان بالسببين .

نعم ينبغي أن يعلم أن ولد المتعة وإن انتفى بمجرد النفي من دون لعان لكن في كشف اللثام لا يجوز له النفي إلا مع العلم بالانتفاء وإن عزل أو اتهمها أو ظن الانتفاء بالقرائن الخارجية ، بل قال في شرح قول الفاضل قبل ذلك : « ويلحق به الولد وإن عزل وكذا في كل طء صحيح أو شبهة ، فإن المنى سبّاق والولد للفراش ، وللأخبار (٢) » ، ولا يخفى عليك ظهور كلامه في أنه يجب إلحاقه به وإن حصل له الظن بعدمه بالأمارات في كل طء صحيح ولو شبهة ، بل لا يتوقف إلحاقه به على اعترافه بعدم طء غيره ، فيكفي الأصل له ولغيره في إلحاقه به ، كما أو مانا إلى ذلك سابقاً ، و يأتي إنشاء الله .

إلا أنه قد يشكك ذلك بأن ذلك إن كان للفراش لم يتبجه نفيه بالانتفاء وإن لم يشرع اللعان ، بل أقصى نفيه لحقوق أحكامه بالنسبة إليه من حيث إقراره ، وأما حقوق الولد فلا تنتفي لقاعدة الفراش الذي لم يشرع اللعان هنا لنفيه ، وإن كان لا للفراش لم يتبجه وجوب إلحاقه به بمجرد احتمال كونه من وطئه وإن لم يعلم طء غيره ، فتأمل جيداً ، فانه ربّما يأتي لذلك مزيد تحقيق ، والله العالم .

❖ وفي اعتبار الدخول بها ❖ في مشروعية اللعان ❖ خلاف ❖ والمراد ❖ في المعتمدة المستفيضة ❖ أنه لا لعان ❖ ففي خبر أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « لا يقع اللعان حتّى يدخل الرجل بأهله » . وفي مرسل ابن أبي عمير عن بعض

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٦ .

(٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب المتعة والباب - ١٥ - من أبواب أحكام

الاولاد من كتاب النكاح .

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

أصحابه (١) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يقذف امرأته قبل أن يدخل بها ، قال : يضرب الحد و يدخل بينه وبينها ، و في خبر محمد بن مضارب (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « من قذف امرأته قبل أن يدخل بها جلد الحد وهي امرأته ، و في خبر محمد بن مسلم (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « لا تكون الملاءنة و لا إلا بلاء إلا بعد الدخول ، و في خبر أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام « لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته ، و في خبره الآخر (٥) عنه عليه السلام أيضاً قال : « سألت عن رجل تزوج امرأة غائبة لم يرها فقذفها ، قال : يجلد ، و في خبر محمد بن مضارب (٦) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما تقول في رجل لاعن امرأته قبل أن يدخل بها ؟ قال : لا يكون ملاءناً إلا بعد أن يدخل بها ، يضرب حداً وهي امرأته ، ويكون قاذفاً ، وهي مع تعاضدها و اعتبار سند بعضها قد حكى الإجماع على مضمونها في محكي الخلاف و ظاهر التبيان وأحكام القرآن للراوندي .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك كله ﴿ فيه قول بالجواز ﴾ كما عن بعضهم ، بل في قواعد الفاضل أنه الأقرب ، و لعله لعموم الآية (٧) الذي يجب تخصيصه بما سمعت من النصوص و غيرها ، و دعوى تنزيلها على اعتباره بالنسبة إلى نفى الولد - الذي لا يتوقف نفيه قبل الدخول على اللعان إجماعاً كما في المسالك ، لعدم وجود شرائط الإلحاق ، فلا إشكال في انتفاؤه بهذا السبب - يدفعها التصريح في جملة منها بنفى اللعان بينهما بالقذف دون نفى الولد .

وحيث أن ما أشار إليه المصنف وغيره بعد حكاية القولين المزبورين بقوله : ﴿ وقال ثالث ﴾ كما عن السرائر ﴿ بشبوته ﴾ أي اللعان ﴿ بالقذف ﴾ بلادخول ﴿ دون نفى الولد ﴾ حاملاً عليه كلام الأصحاب قال : « لأن قبل الدخول القول قول الزوج مع يمينه ، ولا يلحق به الولد بلا خلاف بين أصحابنا ، ولا يحتاج في نفيه إلى لعان ، و استحسنة

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللعان الحديث ٣ - ٤ - ٥ .

(٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللعان الحديث ٦ - ٧ - ٨ .

(٧) سورة النور : ٢٤ - الآية ٦ .

في محكمي المختلف في غير محله ، لما عرفت من تصريح جملة من النصوص بنفيه في القذف أيضاً .

لكن لا ريب في أن كلام المصنف وغيره ممن عبّر كتعبيره ظاهر في أن من الأصحاب من قال بعدم اشتراط الدخول في اللعان بسبيين ، لأنه جعل التفصيل قولاً ثالثاً ، وفي المسالك « أن قائله غير معلوم ، وهو غير موجب لما عرفت من أن الدخول شرط لحقوق الولد ، فلا يتوقف انتفاؤه على اللعان على تقدير عدمه ، والحق رجوع الخلاف إلى قولين بالاشتراط فيهما و التفصيل فيهما (بينهما خ ل) كما مر » .

قلت : يمكن القول بعدم اشتراط الدخول في مشروعية اللعان ، بل يكفي احتماله ، فعينئذ إذا نفاه مع إمكانه منه وادعته المرأة لم يننف عنه إلا باللعان ، نعم ما سمعته من النصوص صريح في اشتراط الدخول في مشروعية اللعان ، اللهم إلا أن يحمل على إرادة إخراج حال العلم بعدم الدخول بالنسبة إلى نفى الولد ، فانه لا حاجة حينئذ إلى اللعان قطعاً في الانتفاء عنه وإن كان هو خلاف ظاهر إطلاق اعتبار الدخول ، وحينئذ يتجه اشتراطه في اللعان مطلقاً وإن قلنا بلحوق الولد به بمجرد احتمال الدخول . بل وإن قلنا لا طريق إلى نفيه عنه بعد قوله صلى الله عليه وآله (١) : « الولد للفراش » كما تسمع ذلك في نظائره ، أو يكتفى في انتفائه بمجرد نفيه عنه ، لأنه لا طريق إلى ما أوجب الشارع عليه من نفيه عنه مع علمه بعدم كونه منه إلا انتفاؤه عنه بمجرد نفيه بعد فرض عدم مشروعية اللعان ، كما تسمع تحقيق ذلك في نظائره إن شاء الله فتأمل جيداً ، والله العالم .

﴿ ويثبت اللعان بين ﴾ الزوج ﴿ الحر ﴾ و ﴿ الزوجة ﴾ المملوكة ﴿ على المشهور بين الأصحاب ، كما يثبت من دون خلاف بين الحرين والمملوكين والزوج المملوك والزوجة الحرة ، لعموم الآية (٢) و خصوص حسن جميل (٣) عن

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

(٢) سورة النور : ٢٣ - الآية ٦ .

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

الصادق عليه السلام «سأل هل يكون بين الحر والمملوك لعان؟ فقال: نعم، وبين المملوك والحرّة، وبين العبد والأمة، وبين المسلم واليهوديّة والنصرانيّة» وصحيح ابن مسلم (١) «سأل الباقر عليه السلام «عن الحر يلاعن المملوكة، قال: نعم إذا كان مولاهما الذي زوجها إياه» وحسن الحلبي أو صحيحه (٢) عن الصادق عليه السلام في حديث «سألته عن الحر تحته أمة فيقذفها، قال: يلاعنها» وخبر حرير (٣) عنه عليه السلام أيضاً «بين الحر والأمة والمسلم والذمية لعان» وخبر محمد (٤) عن أحدهما عليه السلام «سألته عن الحر يلاعن المملوكة، قال: نعم» وخبر هشام بن سالم (٥) «سألته عن المرأة الحرّة يقذفها زوجها وهو مملوك والحر تكون تحته المملوكة فيقذفها، قال: يلاعنها» إلى غير ذلك من النصوص المتعاضدة المعتمدة ولو بالانجبار.

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه رواية بالمنع﴾ هي صحيحة ابن سنان (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا يلاعن الحر الأمة ولا الذمية ولا التي يتمتع بها» ورواية علي بن جعفر (٧) عن أخيه موسى «سألته عن رجل مسلم تحته يهوديّة أو نصرانيّة أو أمة ينفي ولدها وقذفها هل عليه لعان؟ قال: لا» ورواية السكوني (٨) المتقدمة سابقاً عن جعفر، عن أبيه، عن علي «ليس بين خمس من النساء أزواجهن لعان» وعدّ منهنّ - الأمة تحت الحر فيقذفها، ورواية الحسين ابن علوان (٩) المروية عن قرب الاسناد، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام «أربعة ليس بينهم لعان، ليس بين الحر والمملوكة» الحديث.

لكنها قاصرة عن المعارضة سنداً وعدداً واعتضاداً فلا بأس بحملها على الموطوءة بملك اليمين، أو على التقية، أو على ما إذا تزوّجها بغير إذن مولاهما

(١ و ٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ٥ - ١ -

- ٦ - ٨ .

(٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٠ -

٢ - ١١ - ١٢ - ١٣ .

أو غير ذلك ، خصوصاً بعد اشتغال جملة من النصوص (١) المزبورة على نفى اللعان أيضاً في صورة العكس التي قد نفى الخلاف في المسالك عن ثبوت اللعان فيها ، فما عن المفيد حينئذ من عدم اللعان في الفرض واضح الضعف ، كالأستدلال له بأن اللعان شهادة والمملوكة ليست من أهل الشهادة الذي قد عرفت ما فيه سابقاً من أنه يمين لا شهادة حقيقة ، وإلا لانتجحه المنع أيضاً في صورة العكس التي لا خلاف في ثبوت اللعان فيها .

﴿ و ﴾ أضعف من ذلك ما ﴿ قال ﴾ه ﴿ ثالث ﴾ وهو ابن إدريس ، بل حكى عن الاستبصار والمراسم من التفصيل ﴿ بثبوتها بنفى الولد دون القذف ﴾ محتجاً بأن قذف المملوكة لا يوجب الحد ، فلا يتوقف نفيه على اللعان ، بخلاف نفى الولد إذا كانت زوجة ، وبأن اللعان حكم شرعي يقتصر فيه على المتيقن ، إذ هو كالأجتهاد في مقابل النص ، و الاطلاق كتاباً (٢) و سنة (٣) وعدم الحد على قذفها لا ينافي مشروعية اللعان باطلاق الأدلة وخصوصاً لنفي التعزير الثابت بقذف الأمة .

ومن ذلك يعلم أيضاً عدم اشتراط إسلامها ، لاطلاق الأدلة وخصوصاً ماسمعه من النصوص التي لا يكافؤها غيرها ، خلافاً للمحكي عن جماعة منهم ابن الجنيد من عدم ملائمة الكافرة للمسلم ، لنحو ماسمعه في اشتراط الحرية من بعض النصوص والاعتبار التي قد عرفت الحال فيها ، ولعله لووضح ضعفه أهمل المصنف ذكر الخلاف هنا ، وإن ذكره في الملاعن ، أو أنه اتكل على ذكره هناك .

﴿ ويصح لعان الحامل ﴾ وفاقاً للمشهور ، بل عن الخلاف الاجماع ، للعموم

(١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٢ و ١٣ و المستدرک

الباب - ٥ - منه الحديث ٦ .

(٢) سورة النور : ٢٤ - الآية ٦ .

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

كتاباً (١) وسنة (٢) وخصوص ما عن النبي ﷺ (٣) من أنه لآعن بين هلال ابن أمية وزوجته الحامل ، وصحيح الحلبي (٤) سأل الصادق عليه السلام عن رجل لآعن امرأته وهي حبلى قد استبان حملها وأنكر ما في بطنها ، فلمّا ولدت ادّعاء وأقرّ به وزعم أنه منه ، قال : يردّ عليه ولده وبرئه ، ولا يجلد الحدّ لأنّ اللعان قد مضى ، والمرسل (٥) عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : « إن نلّاعنا و كان قد نفى الولد والحمل إن كانت حاملاً أن يكون منه ثم ادعى بعد اللعان الولد ، فإنّ الولد يرثه ، ولا يرث هو الولد بدعواه بعد أن لآعن عليه ونفاه » .

خلافاً للمحكى عن المفيد وسالار والتقّي ، لخبر أبي بصير (٦) عن الصادق عليه السلام « كان أمير المؤمنين عليه السلام يلاعن في كلّ حال إلاّ أن تكون حاملاً » وهو - مع عدم مكافئته لما تقدّم من وجوه - محتمل لارادة بيان جواز تأخير اللعان لآنفي صحته ، ولعلّه لأنّه وإن جاز لعانها حاملاً * لكن * إن أقرّت أو نكحت * لا يقام عليها الحدّ إلاّ بعد الوضع * كغيرها ممّا يثبت عليها الحدّ ، بل ربّما حمل الخبر المزبور على نفى ما يجب باللعان من الحدّ على تقدير نكولها وإن بعد ، أو على غير ذلك ممّا لا بأس به بعد قصوره عن المقاومة .

* ولانصير الأئمة فراشاً بالملك * بلاخلاف أجده فيه وإن خلت به وخلق بها وأمكن تكوّن منه ، بل في المسالك الاجماع عليه ، قال : « بخلاف النكاح الذي يلحق به الولد بمجرّد الإمكان ، لأنّ المقصود منه الاستمتاع والولد ، وملك اليمين قد يقصد به ذلك وقد يقصد به التجارة والاستخدام ، ولذا لا يتزوج من لا تحل له ، ويملك بملك اليمين من لا تحل له - ثمّ قال بعد ذلك - إذا كان الفرائض زوجة دائمة

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٦ .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب اللعان الحديث - ١ - ٠ .

(٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٤ و ٣٩٥ .

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

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

تحقق فراشها من حين العقد وإمكان وصوله إليها ، ثم لها بالنسبة إلى الولد حكمان : أحدهما في ظاهر الأمر ، وهو أنه يحكم بالحق الولد الذي تلده بعد العقد وإمكان الوصول إليها فيما بين أقل الحمل وأكثره بالزواج وإن لم يعترف به ولم يعلم وطؤه لها ، سواء كان من أهل الاعتراف كالبالغ العاقل أو لا كالمجنون والصبي الذي يمكن تولده منه ، كابن العشر قبل أن يحكم ببلوغه على ما سبق - ثم إنه بعد ذكر أن الأئمة بعد الوطء تكون كالحرة في لحوق الولد قال - : يفارق ولد الزوجة في أمرين : أحدهما أنه لا يحكم بلحوقه به إلا مع ثبوت وطئه لها ، إما باقراره أو بالبيّنة بخلاف ولد الزوجة ، فإنه يكفي إمكان الوطء ، والوجه فيه أن المعتبر فيهما ثبوت الفرائش ، ولما كان في الزوجة متحققاً بالعقد وإمكان وصوله إليها كان المعتبر ثبوت ذلك ، ولما كان فراشية الأئمة لا يتحقق إلا بالوطء اعتبر ثبوته ، فدرج الأمر فيهما إلى شيء واحد ، وهو ثبوت الفرائش ، إلا أنه في الزوجة يظهر غالباً بغير الزوجة بحضور العقد والعلم بإمكان وصوله إليها ، وفي الأئمة لا يظهر غالباً إلا منه ، لأن الوطء من الأمور الخفية ، فاعتبر إقراره به إن لم يتفق الاطلاع عليه بالبيّنة نادراً ، إلى غير ذلك من كلماته في هذا الشرح الذي أطنب فيه ، وتبعه عليه في كشف اللثام .

لكن قد يناقش بأنه منافي لما ذكره في حكم إلحاق الأولاد من اعتبار تحقق الدخول بالزوجة في لحوق الولد بالزواج ، بل ولما ذكره هو وغيره سابقاً في هذا الكتاب - فيما لو طلق وأنكر الدخول فادعت أنها حامل - من عدم ثبوت اللعان بينهما ، لعدم ثبوت الدخول ، وهو الوطء ، بل قالوا : لا يكفي إرخاء الستر خلافاً للشيخ ، بل صرح هو في وجه ذلك بأن فائدة اللعان من الزوجة إما نفي ولد يحكم بلحوقه شرعاً ، وهو موقوف على ثبوت الوطء ليصير فراشاً لم يحصل ، وهو صريح في توقف صدق الفرائش في الزوجة على ثبوت الوطء كالأئمة .

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

كما نرى ، بل قد يقال : إن المراد من قوله ﷺ (١) : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ، لذي الفراش بمعنى المقترش للزوجة فعلاً ، لا أن المراد المعدة للفراشة وإن لم يتحقق الافتراض منه باقراره أو بالبيّنة .

إنما الكلام في اختصاص ذلك بالزوجة الدائمة أو كل موطوءة بغير زنا سواء كان بملك يمين أو بتحليل أو عقد ممتعة ، بل أو شبهة كما أشار إليه المصنّف في الأئمة بقوله : ﴿ وهل تصير فراشاً بالوطء فيه روايتان أظهرهما أنها ليست فراشاً ، ولا يلحق ولدها إلا باقراره ولو اعترف بوطئها ﴾ و تبعه عليه الفاضل والشهيد وغيرهما ، بل لم يحك الخلاف في ذلك إلا عن ظاهر الاستبصار وصريح الجامع ، ومال إليه ثنائي الشهيدين في المسالك .

والرواية التي أشار إليها المصنّف الدالة على أنها ليست فراشاً هي رواية محمد ابن عجلان (٢) وصحيفة عبدالله بن سنان (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام قال في الأول : « إن رجلاً من الأنصار أتى أبا جعفر عليه السلام فقال : إني قد ابتليت بأمر عظيم ، إني وقعت على جاريتي ثم خرجت في بعض حوائجي فانصرفت من الطريق فأصب غلاماً بين رجلي الجارية فاعتزلتها فحبلت ، ثم وضعت جارية لعدة تسعة أشهر ، فقال له أبو جعفر عليه السلام : احبس الجارية لا تبعها ، وأنفق عليها حتى تموت أو يجعل الله لها مخرجاً ، فان حدث بك حدث فأوص أن ينفق عليها من مالك ، ونحوه في الثاني إلى قوله : « مخرجاً » وأورد بدل « احبس الجارية » « لا ينبغي لك أن تقر بها » .

ورواية حريز (٤) عن أبي عبدالله عليه السلام أيضاً « في رجل كان يوطأ جارية له وأنته

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

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٥٥ - من أبواب نكاح العبيد و الاماء

الحديث ١ - ٢ .

(٤) الوسائل الباب ٥٦ - من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٣ .

كان يبعثها في حوائجها وأنتها حبلى ، وأنه بلغه عنها فساد ، فقال أبو عبد الله : إذا ولدت أمسك الولد ولا يبيعه ، ويجعل له نصيباً في داره ، قال : فقيل له : رجل يطاء جارية له وأنه لم يكن يبعثها في حوائجها وأنه اتهمها وحبلى ، فقال : إذا هي ولدت أمسك الولد ولا يبيعه ، ويجعل له نصيباً من داره وماله ، وليست هذه مثل تلك .

والمرسل عن عبد الحميد بن اسماعيل (١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له جارية يطاءها وهي تخرج فحبلى ، فخشى أن لا يكون منه كيف يصنع ؟ أيبيع الجارية و الولد ؟ قال : يبيع الجارية ولا يبيع الولد ، ولا يورث من ميراثه شيئاً . »

وصحيح سعيد بن يسار (٢) « سألت الكاظم عليه السلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها وهي تخرج فتعلق ، قال : أيتهمها الرجل أو يتهمها أهله ؟ قلت : أمّا ظاهرة فلا ، قال : إذا لزمه الولد . »

وسأل الصادق عليه السلام في حديث آخر (٣) « عن رجل وقع على جارية له تذهب وتجيء وقد عزل عنها ، ولم يكن منه إليها ما تقول في الولد ؟ قال : أرى أن لا يباع هذا ياسعيد ، قال : وسألت أبا الحسن عليه السلام ، قال : أيتهمها ؟ قلت : أمّا تهمة ظاهرة فلا ، قال : يتهمها أهله ؟ فقلت : أما شيء ظاهر فلا ، فقال : كيف تستطيع أن لا يلزمك الولد ؟ ، المشعران بعدم لحوق الولد مع التهمة . »

وخبر محمد بن اسماعيل الخطاب (٤) « كتب إليه يسأله عن ابن عم له كانت

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٤ -

٢ - ٥ .

(٤) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٤ - عن جعفر

ابن محمد بن اسماعيل بن الخطاب كما في الاستبصار ج ٣ ص ٣٦٧ و التهذيب ج ٨ ص ١٨٠ وفي الجميع « او فيه مشابة منك فلا تبهما » كما ذكرها (قدّه) كذلك

في ج ٣١ التعليقة الثانية من ص (٢٤٦) .

له جارية تخدم فاستراب بها ، فهدد البعاريه ، فأقرت أن الرجل فجر بها ، ثم أنها حبلى بولد ، فكتب إن كان الولد لك أو كان فيه مشابهة منك فلا تبعه ، وبع أمه .

وخبر يعقوب بن يزيد (١) « كتب إلى أبي الحسن عليه السلام في هذا العصر رجل وقع على جارية ثم شك في ولده ، فكتب إن كان فيه مشابهة منه فهو ولده ، إلى غير ذلك من النصوص المشتركة في الدلالة على عدم كونها فراشاً ، وإلا لاقتضى لحق الولد به على كل حال إلا مع العلم بتكونه من غيره .

بل قد عرفت في كتاب النكاح في بحث لحق الأولاد أن المحكي عن الأكثر بل المشهور اشتراط لحق ولد الأمة بالواطء بعدم أماره يغلب الظن فيها بعدم كونه منه ، ولو كانت فراشاً لم يلتفت إلى الأماره المزبورة كما في الزوجة الدائمة ، بل اتفاقهم كنصوص (٢) المقام على عدم اللعان بينهما دليل على عدم القراشية التي شرع اللعان لنفي مقتضاها ، وإنما لحق الولد بالإقرار الذي لم يشرع اللعان لنفيه ، بل اتفاقهم أيضاً على انتفائه بالنفي دليل آخر ، ضرورة كون انتفائه بالنفي حينئذ منافياً لقاعدة الفرائض وموافقاً للمحوقه بالإقرار المفروض انتفاؤه .

ومافي المسالك من « أن السرر بانتفائه عنه بنفيه من غير لعان أن الولد الذي يظهر للزواج كونه منتفياً عنه يليق بالحكمة أن يجعل الشارع له طريقاً إلى نفيه عنه ، ليخرج عنه من ليس منه ، ولما نصب لولد الزوجة طريقاً إلى النفي باللعان وخصه بالزواجين بقوله تعالى (٣) : « والذين يرمون أزواجهم ، فلا بد من طريق

(١) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥ .

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان الحديث ١٢ و ١٣ والمستدرک

الباب - ٥ - منه الحديث ٦ .

(٣) سورة النور : ٢٤ - الآية ٦ .

آخر لنفي ولد الأمة حيث يقتضي الحال نفيه ، فإذا لم يمكن باللعان بقى على أصل الإلحاق كما لو تعذر اللعان حيث بشرع لزم أن يكون ولد الأمة أقوى اتصالاً وأحسن حالا من ولد الزوجة الدائمة ، فشرع لذلك انتفاءه بمجرّد النفي من غير لعان ، إذ ليس هناك طريق آخر ، كما ترى لا يرجع إلى محصل ولا إلى دليل شرعي ، بل لابد من القول بأن مبنى ذلك عدم كونها فراشاً بل لا طريق إلى الحكم بالحاق الولد به إلا إقراره المفروض انتفاؤه وأنه ينفي الولد عنه ، إذ لا دليل شرعي يقتضي إلحاقه به .

بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم انتفاؤه عنه لو نفاه في مقام يقر بوطئها على وجه حكم الشارع بالحاقه به لا مكان تولده منه مع فرض عدم العلم بوطئه غيره ، بل ولا تهمة منه لها ، فيخص حينئذ مادّعوه من الإجماع على انتفاؤه بنفيه حيث يمكن أن يكون نفيه لعلمه بعدم تكوّنه منه ، لعلمه بعدم وطئه لها على وجه يمكن تكوّن الولد منه ، وقول الأصحاب أنه ينتفى بنفيه وإن أقر بوطئها يراد منه وإن أقر بكونها موطوءة له في الجملة ، لأنه وإن أقر بأنها موطوءة له وطئاً ألحقه الشارع به ، لا مكان تكوّن الولد منه وعدم العلم بوطئه غيره وعدم تهمتها بذلك . وعلى كل حال فمما ذكرنا يظهر لك الفرق بين الزوجة المدخول بها وبين الأمة ، ويظهر أيضاً معنى كونها ليست فراشاً ، كما تسمع ما يؤيده إ شاء الله .

هذا ولكن في مقابل ذلك كلكه نصوص وفتاوى (منها) إطلاق قوله ﷺ (١) «الولد للفراش وللعاهر الحجر» بناءً على أن المراد من الفراش المقابل بالعهر مطلق الافتراض بعزل ولو بشبهة .

(منها) صحيح سعيد الأعرج (٢) سأل الصادق عليه السلام عن رجلين واقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال : للذي عنده الجارية ، لقول رسول

الله ﷺ الولد للفراش وللعاهر الحجر ، وخبر الحسن الصيقل (١) عن أبي عبد الله عليه السلام سمعته يقول وسئل عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها ، قال : ما صنع !! يستغفر الله ولا يعود ، قلت : فانه باعها من رجل آخر ولم يستبرئ رحمها ثم باعها الثاني من رجل آخر ولم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ونحوه خبره الآخر (٢) إلا أنه قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : الولد للذي عنده الجارية وليصبر ، لقول رسول الله ﷺ : الولد للفراش وللعاهر الحجر .

و (منها) خبر علي بن جعفر (٣) عن أخيه موسى عليه السلام سألته عن رجل وطأ جارية فباعها قبل أن تحيض فوطأها الذي اشتراها في ذلك الطهر فولدت له لمن الولد ؟ قال : الولد للذي عنده وليصبر ، لقول رسول الله ﷺ : الولد للفراش وللعاهر الحجر ، إلى غير ذلك من النصوص الموافقة لفتواهم في بحث لحوق الأولاد أنه متى وطأ الأمة مولاهما ألحق به الولد ، و لزمه الإقرار به إلا مع العلم بانتفائه منه .

ولكن قد يقال إن النصوص المزبورة موافقة لما رواه العامة عن النبي ﷺ (٤) أنه تنازع إليه سعد وعبد بن زمعة عام الفتح في ولد ولده زمعة ، و كان زمعة قد مات ، فقال سعد : يا رسول الله ﷺ إن أخي كان قد عهد إلي فيه ، وذكر أنه ألم بها في الجاهلية ، وقال عبد هو أخي وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه ، فقال رسول الله ﷺ : يا عبد بن زمعة هو لك ، الولد للفراش وللعاهر الحجر ، فيمكن أن يكون النصوص المزبورة للتقية ، خصوصاً بعد أن لم يكن في مفروض بعضها عاهر ،

(١) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب نكاح المبيد و الاماء الحديث ٢ .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب نكاح المبيد و الاماء الحديث ٣

نحو خبر محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : « قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في وليدة جامعها ربها ثم باعها من آخر قبل أن تحيض فجامعها الآخر ولم تحض فجامعها الرجلان في طهر واحد فولدت غلاماً فاختلفا فيه ، فسألت أم الغلام فزعمت أنهما أنياها في طهر واحد ، فلا تدري أيهما أبوه ، فقضى في الغلام أنه يرثهما كلاهما ويرثانه سواء » الذي لا ريب في حملته على التقية .

إنما الإشكال في الجمع بين كلمات الأصحاب في المقام وفي بحث لحوق الأولاد ، فإن ظاهرهم هنا عدم كونها فراشاً ، وأنه لا يلحقه الولد حتى يقر به ، وفي ذلك المقام أنه يلحق به الولد علم إقراره به أو لا ، نعم لو نفاه انتفى ، وتظهر الثمرة بالموت مثلاً .

وقد أطنب فيه في المسالك ، والذي استقر رأيه عليه بناءً على كون الأمة ليست فراشاً أننا لا نحكم بلحوق الولد به إلاً باقراره ، قال : « وأما ما ذكره في باب إلحاق الأولاد فهو منزّل على أن ذلك الحكم الذي يلزم المولى فيما بينه وبين الله تعالى ، بمعنى أنه إذا وطأ الأمة وطأً يمكن إلحاق الولد به يجب عليه الاعتراف به واستلحاقه ، ولا يجوز له نفيه عنه بتهمة أمه إلاً على تلك الرواية الشاذة ، وأما بالنسبة إلينا فلا نحكم بالحقاقه به مالم يعترف به حيث لانجعلها فراشاً ، وهكذا القول فيما لو وطأها المولى وغيره ، فإنه يحكم به للمولى دون الغير إذا كان وطؤه مجوزاً ، ولكن بالنسبة إلينا لانحكم به له إلاً باعترافه به - هذا وقد حكى عن فخر المحققين أنه قال في شرحه - : إن معنى كونها ليست فراشاً أنه لا يلحق ولدها به إلاً باقراره به أو بوطئها وإمكان لحوقه به - قال - : وكأنه حاول بذلك الجمع بين حكم الأصحاب بكونها ليست فراشاً مطلقاً وبين حكمهم في باب لحوق الأولاد بلحوق ولد الأمة بالمولى الواطيء ، وأنه يلزمه الإقرار به حيث يمكن كونه منه ، وأنه لو وطأها غيره ألحق به دون الغير من غير تقييد باقراره به ، فجعل مستند ذلك

الوطء الواقع من المولى ، وأقامه مقام الإقرار به من غير أن يعلم كونه واطناً - ثم ضعفه - بأن إلحاقه به مع وطئه لها من لوازم الفرائض كما سبق ، فلو جعل مترتباً على عدمه لم يبق فرق بين الفرائض وغيره ، اللهم إلا أن يجعل الوطء الموجب للفرائض كافياً في إلحاق الولد بعد ذلك وإن لم يمكن استناده إلى ذلك الوطء الشخصي الثابت ، كما هو أحد الاحتمالين في المسألة ، ويجعل هذا الوطء القائم مقام الإقرار هو الوطء الذي يمكن استناد الولد إليه ، ومع ذلك ففيه مخالفة لما ذكره الجميع في معنى الفرائض ، فانهم أطبقوا على أن فائدته لحوق الولد به مع إمكانه وإن لم يعترف به ، وعدم لحوقه بمن ليست فراشاً إلا باقراره ، والوجه أن الاكتفاء بالوطء في هذا القسم ليس في محله ، وإنما محله على تقدير كونها فراشاً ، لأن الوطء حينئذ لا بد من العلم به ليتحقق به كونها فراشاً كما قد تحقق ، إلى آخر ما ذكره .

وفي الروضة بعد أن حكى الإجماع على انتفائه بنفيه قال : وإنما الخلاف في أنه هل يلحق به بمجرد إمكان كونه منه وإن لم يقر به أم لا بد من العلم بوطنه وإمكان لحوقه به أو إقراره به ، فعلى ما اختاره المصنف والأكثر لا يلحق به إلا بالإقرار به أو وطئه وإمكان لحوقه به ، وعلى القول الآخر لا ينتفى إلا بنفيه أو العلم بانتفائه عنه ، ويظهر من العبارة وغيرها من عبارات المحقق والعلامة أنه لا يلحق به إلا باقراره به ، فلو سكت ولم ينفيه ولم يقر به لم يلحق به ، وجعلوا ذلك فائدة عدم كون الأمة فراشاً بالوطء ، والذي حققه جماعة أنه يلحق به باقراره أو العلم بوطنه وإمكان لحوقه به وإن لم يقر به ، وجعلوا الفرق بين الفرائض وغيره أن الفرائض يلحق به الولد وإن لم يعلم وطؤه مع إمكانه إلا مع النفي واللعان ، وغيره من الأمة والمتمتع بها يلحق به الولد إلا مع النفي ، وجعلوا عدم لحوقه إلا بالإقرار على اللحوق اللازم ، لأنه بدون الإقرار ينتفى بنفيه من دون لعان ، ولو أقر به استقر ، ولم يكن له نفيه بعده ، وهذا هو الظاهر ، وقد سبق في أحكام الأولاد ما ينبئ عليه ، ولولا هذا المعنى لتنافي ما ذكره هنا مع ما حكموا به فيما سبق من

لحوقه به بشرطه .

قلت : وحاصله هنا اختيار ما أنكر عليه في المسالك ولكن الانصاف أن التأمل التام يقتضي أن مرادهم بعدم فراشية الأمة هنا وإن اعترف بوطئها عدم كونها كالزوجة المدخول بها في الحكم بلعوق الولد بمجرد إمكان كونه منه ولا ينتفي عنه إلا باللعان ، بل لابد من الإقرار فيها بالولد أو بالوطء الذي يمكن تكون الولد منه ، ولا يكفي كونها موطوءة له في الجملة ، كما كان يكفي في لحوق ولد الزوجة مجرد كونها مدخولاً بها مع إمكان كونه منه ، لكونها فراشاً بخلاف الأمة ، فانها ليست فراشاً بهذا المعنى وإن حكم بلعوق الولد به باقراره أو بالعلم بوطئه لها على وجه يمكن تكون الولد منه مع عدم العلم بوطء محترم لغيره ، بل قد سمعت تقييد غير واحد له من الأصحاب بما إذا لم تكن هناك أمانة يغلب الظن فيها أنه ليس منه ، بل قد سمعت جملة من النصوص (١) الدالة على عدم لحوقه به ، وعدم نفيه مع اتهامه لها أو اتهام أهله أو خروجها في العوائج وإن كان قد عرفت البحث فيها في كتاب النكاح وفي المقام ، فلاحظ وتأمل .

وكيف كان فالمراد أن اتفاق الأصحاب على الانتفاء بالنفي لا ينطبق إلا على عدم كون الأمة فراشاً ، ومن هنا أشكل على العامة الحال ، فانهم بعد أن وافقوا على أن ولد ملك اليمين لا ينتفي باللعان اختلفوا في طريق نفيه لمن علم انتفاه ، فمنهم من سد الطريق عن نفيه نظراً إلى الولد للفراش ، وليس هناك طريق إلى النفي ، ومنهم من جوز نفيه باللعان للضرورة حذراً من أن يكون أقوى من ولد الزوجة ، ومنهم من نفاه بيمينه .

والسبب الذي الجأهم إلى ذلك تخیلهم كون الأمة فراشاً ، ولم يعلموا أنها ليست فراشاً يقتضي لحوق الولد به كما يقتضي لحوق ولد الزوجة المحتاج نفيه إلى اللعان ،

(١) الوسائل الباب - ٥٥ و ٥٦ و ٥٨ - من أبواب نكاح المبيد والاماء من

كتاب النكاح .

وإنما لحقوقه به بالإقرار المفروض انتفاؤه ، لأنه نافي له ، ولا ينافي ذلك إلحاق الشارع الولد به مع العلم بوطئه على وجه يمكن تكوّن الولد منه ، ولم يعلم وطء غيره ولا تهمة ، بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم انتفاؤه عنه لو نفاه في هذا الحال ، وإنما ينتفى عنه لو لم يعلم الحال ، ويمكن أن يعلم بعدم تكوّن منه لسبق وطئه له على وجه لا يمكن تكوّن منه ، حينئذ لا يلحق الولد به إلا باقراره ، فإن نفاه انتفى عنه ، بل لا يحكم بلحوقه به إذا لم نعلم وطء لها على وجه يمكن تكوّن الولد منه وإن علمنا كونها موطوءة له سابقاً على وجه لا يمكن تكوّن هذا الولد منه ، بخلاف الزوجة ، فإن احتمال وطئه لها كافٍ في إحقاق الولد بعد أن كانت مدخولاً بها .

ولعله إلى ما ذكرنا يرجع ما سمعت من كلام الفخر من أن معنى كونها ليست فراشاً أنه لا يلحق ولدها به إلا باقراره أو بوطئها وإمكان لحوقه به وإن اعترض عليه في المسالك بما سمعت ، بل لا يخفى عليك دفعه بعد الإحاطة بما ذكرنا ، بل لعل التأمل الجيد في كلامه يقتضي ما ذكرناه من أنه لا ينتفى حينئذ بشفيه في الحالين المزبورين .

ومن الغريب أنه في المسالك قد اختار ما ذكرنا على تقدير كون الأمة فراشاً ولم يتنبّه لدفع أصل الاشكال فيه ، قال : « وعلى تقدير صيرورتها فراشاً بالوطء هل يستمر لذلك 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 باقراره أو البيّنة لا يلحق به بدون الإقرار به ؟ وجهان من حصول شرط الفرائض وهو الوطء ، فنزل منزلة العقد الدائم على الحرة ، لأن وطء الأمة إما تمام السبب للفراشية أو شرط فيها ، وعلى التقديرين حصل الفرائض به كالعقد ، فيستمر الحكم حينئذ كما استمر حكم الفرائض بالعقد ، ولم يشترط بعد ذلك ظهور وطء يلحق به الولد ، ومن ضعف فراشية الأمة ودلالة تلك النصوص (١) الموجبة للاحاق الولد به على كونه

مولوداً في وقت يمكن تخلفه من ذلك الوطء ، فيبقى غيره على الأصل ، ولا إشكال في انتفاءه عنه بنفيه ، وإنما تظهر الفائدة لولم ينفعه ، فهل يلحق به ظاهراً بمجرّد الوطء السابق أم يتوقف على الإقرار به ؟ بنى على الوجهين ، والأظهر الثاني .

قلت : ينبغي القطع به ، إذ لا دليل على فراستها بالوجه الأول ، وبه يفرق بينها وبين الزوجة ، بل به يرتفع الإشكال بين كلمات الأصحاب في المقام وفي بحث لحوق الأولاد ، بل بالتأمل يرتفع الإشكال في النصوص (١) المزبورة ، وحاصله أن المحتاج في الإلحاق إلى إقرار هو الذي ينتفي بنفيه لو نفاه ، وأما الذي يلحق به شرعاً ولو لاعترافه بالوطء الذي يمكن تكوّن منه مع عدم العلم بوطء غيره ولا تهمة فلا ينتفي بنفيه بل يلحق به للنصوص (٢) المزبورة الظاهرة أو الصريحة في عدم ترتب الانتفاء على نفيه لعدم استطاعته نفيه في الحال المزبور فهو ملحق به لذلك شرعاً ، لا لأنها فراش ، إذ لا طريق إلى علمه بعدم تكوّن منه ليصح له نفيه عنه فتأمل جيداً .

بل من التأمل فيما ذكرنا يعلم أن موضوع اللعان في الزوجة مع عدم العلم بالحال ، وإلا فمع العلم بالحال وأنه قد وطأها وطأً يصلح لتكوّن الولد منه لا يشرع له اللعان لنفيه ، للحكم بلحوقه شرعاً ، وللنهي (٣) عن نفيه ، نعم لو لم يعلم الحال وكان إلحاقه به لقاعدة الفرائض التي يمكن علم الزوجة بفسادها ولوللعلم بزمان وطئه الذي لا يصلح لتكوّن الولد منه يصح له حينئذ نفيه ، ويشرع له اللعان ، فتأمل جيداً ، فإن ذلك من أسرار الفقه .

هذا ولا يخفى عليك جريان ما ذكرناه في الأمة في المتمتع بها التي قد سمعت

(١) الوسائل الباب - ٥٥ و ٥٦ و ٥٨ - من أبواب نكاح المبيد و الاماء من كتاب النكاح .

(٢) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب نكاح المبيد و الاماء من كتاب النكاح .

(٣) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب التمتع من كتاب النكاح .

النص (١) والفتوى على نفى اللعان فيها ، وأنها بمنزلة الإماء ، بل الظاهر اتفاق الأصحاب على عدم كونها فراشاً ، لكن ينبغي أن يكون على نحو ما سمعته في الأئمة ، ولا ينافي ذلك لحقوق الولد به ، للنصوص (٢) التي هي أصرح من نصوص الأئمة ، بل في صحيح ابن بزيع (٣) منها « سأل رجل الرضا عليه السلام وأنا أسمع عن الرجل يتزوج المرأة متعة ويشترط عليها أن لا يطلب ولدها ، فتأتي بعد ذلك بولد ، فينكر الولد ، فشدّ في ذلك ، وقال : يجهد وكيف يجهد ؟ إعظاماً لذلك الجهد » وفي حسن ابن أبي عمير وغيره (٤) « إن الماء ماء الرجل يرضعه حيث يشاء ، إلا أنه إن جاء بولد لم ينكر ، وشدّ في إنكار الولد ، إلى غير ذلك من النصوص التي ذكرناها في محلها التي هي صريحة في لحقوق الولد به مع وطئه لها وطءاً يمكن تكون الولد منه ، بل لعلها ظاهرة فيما قلناه سابقاً من عدم نفيه عنه لو نفاه عنه في هذا الحال ، نعم ينتفي عنه لو نفاه مع عدم العلم بالحال على الوجه الذي ذكرناه في الأئمة وكذا الكلام في وطء الشبهة والأئمة المحكّلة ولكن الجميع على الوجه الذي قلناه في الأئمة ، وقد تقدّم منّا في بحث لحوق الأولاد ما يؤكد ذلك ، فلاحظ وتأمل ، فانه دقيق جداً نافع للجمع بين النصوص والفتاوى .

و كأنه تنبيه له في الجملة في كشف اللثام في بحث لحوق الأولاد ، فانه قيد عبارة الفاضل في القواعد التي هي : « وأما النكاح المؤجل فاذا اجتمعت الشروط الثلاثة لم يعمل له نفيه ، لكن لو نفاه » فقال : « من غير اعتراف بالشروط ولا علم انتفى من غير لعان ، وهو كالصريح في عدم الانتفاء مع الاعتراف بالشروط الثلاثة التي هي الوطء وتولده لستة أشهر فصاعداً وأن لا يتجاوز أقصى الحمل ، وهذا بعينه الذي قلناه

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب اللعان والباب - ٤ - من أبواب المتعة الحديث ٦

من كتاب النكاح .

(٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب المتعة من كتاب النكاح .

(٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب المتعة الحديث ٢ - ٥ من كتاب

النكاح .

في الأئمة التي من المعلوم عدم الفرق بينها وبين المتعة بالنسبة إلى ذلك نصاً وفتوى .

بل من ذلك يعلم الوجه في جملة من الكلمات حتى عبارة اللمعة في بحث لحوق الأولاد التي هي كالصريحة في الانتفاء بنفيه وإن فعل حراماً في نفيه ، لكن المراد منها وما يشابهها أنه يفعل حراماً فيما بينه وبين الله تعالى لو نفاه مع علمه باجتماع الشروط الثلاثة ، وإن كنّا نحن نحكم بظاهر نفيه ، إذ لم يعترف هو بها ولا علم لنا بها .

كما أن منه يعلم الوجه في قولهم يمتفي بالانتفاء الذي لم تقف على خبر يدل عليه حتى من طرق العامة ، مع أنه قد استفاض نقل الاجماع عليه ، ولا وجه له إلا ما ذكرناه من أن المراد الانتفاء بنفيه حيث يحتاج للحقوق إلى إقرار ولم تكن هناك قاعدة شرعية تقتضيه ، كما ذكرناه في الصورة السابقة ، فانه يمتفي بالانتفاء حينئذ لعدم الإقرار ، وفائدة النفي حينئذ الحكم بانتفائه عنه وإن كان هو غير لاحق له مع السكوت ، والله العالم .

﴿ الركن الرابع ﴾

﴿ في كيفية اللعان ﴾

﴿ ولا يصح إلا عند الحاكم أو منصوبه لذلك ﴾ كما صرح به جماعة ، بل عن موضع من المبسوط « لا يصح إلا عند الحاكم أو خليفته إجماعاً » وعن موضع آخر « اللعان لا يصح إلا عند الحاكم أو من يقوم مقامه من خلفائه » ولعله لأنه شهادة أو يمين لا يسجل بهما إلا الحاكم ، وإليه يرجع ما قيل من أنه حكم شرعي يتعلق به كفيات وأحكام وهيئات ، فينط بالامام وخليفته ، لأنه المنسوب لذلك ، ومن أن الحد يقيمه الحاكم فكذا ما يدرؤه .

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

وصحيح البزنطي وحسنه (٢) سأل الرضا عليه السلام « كيف الملاعنة ؟ فقال : يقعد الامام و يجعل ظهره إلى القبلة ، و يجعل الرجل عن يمينه والمرأة عن يساره » الحديث .

وفي المرسل (٣) عن الصادق عليه السلام « واللعان أن يقول الرجل لامرأته عند الوالي : إني رأيت رجلاً مكان مجلسي منها ، أو ينتفى من ولدها ، فيقول : ليس مني ، فإذا فعل ذلك تلاعنا عند الوالي » .

(١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ٤ - ٥ .

(٣) المستدرک الباب - ٤ - من كتاب اللعان الحديث ٣ .

وفي آخر (١) « والملاعنة أن يشهد بين يدي الامام أربع شهادات ، الخبر .
وفي المرسل (٢) عنه عليه السلام أيضاً وعن أمير المؤمنين عليه السلام « إذا تلا عن المتلاعنان
عند الامام فرق بينهما » إلى غير ذلك من النصوص الظاهرة في أنه من
مناصب الامام وأنه من الحكومة التي هي له ، كما أوضحنا ذلك كله في
كتاب القضاء .

ولكن مع ذلك قال المصنف والفاضل في القواعد : ﴿ ولو تراضيا برجل من
العامة فلاعن بينهما جاز ﴾ ونحوه عن المبسوط والوسيلة إلا أنهم لم يصرحاً بكونه
من العامة ، بل زاد في المبسوط « أنه يجوز عندنا وعند جماعة ، وقال بعضهم لايجوز »
وهو مشعر بالإتفاق على جوازه ، وكأن ذلك مناف لما سمعته .

ومن هنا قال في كشف اللثام : « لعل الأول إذا لم يحصل التراضي بغيره ،
أو المراد بالحاكم الامام ، وبخلفائه ما يعم الفقهاء في الغيبة ، وبمن تراضيا عليه
الفقيه في الغيبة ، ولا يجوز عند كل من تراضيا عنده إلا إذا لم يكن حاكماً أو
منصوبه - قال - : وجعلهما في المختلف قولين ، واختار عدم الجواز إلا عند الحاكم
أو من ينصبه ، وتردد في التحرير » .

وفي المسالك « والمراد بالرجل العامي الذي يتراضى به الزوجان الفقيه المجتهد
حال حضور الامام لكنه غير منصوب من قبله ، وسماه عامياً بالاضافة إلى المنصوب ،
فانه خاص بالنسبة إليه - ثم قال - : وقد اختلف في جواز اللعان به نظراً إلى أن
حكمه يتوقف على التراضي ، والحكم هنا لا يخص بالزوجين المتراضيين ، بل يتعلق
بالولد أيضاً . فلا يؤثر رضاها في حقه إلا أن يكون بالغاً ورضى بحكمه ، خصوصاً
لو اعتبرنا تراضيها بعد الحكم ، لأن اللعان لا يقع موقوفاً على التراضي ،
لأنه لازم بتمامه لزوماً شرعياً ، والأظهر الصحة ولزوم حكمه من غير أن يعتبر

(١) المستدرك الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ١ .

(٢) المستدرك الباب - ١٣ - من كتاب اللعان الحديث ١ .

رضاهما بعده .

قلت : وإلى ذلك أشار المصنف بقوله : ﴿ ويثبت حكم اللعان ﴾ أي عند من تراضيا به ﴿ بنفس الحكم ﴾ منه مثل الامام ، كما عن الخلاف ولعان المبسوط ﴿ وقيل ﴾ كما عن قضاء المبسوط ﴿ يعتبر رضاءهما بعد الحكم ﴾ وهو واضح الضعف ، وأضعف منه القول بنفوذ حكمه ، مع أنك ستعرف في كتاب القضاء تطابق النص (١) والفتوى على أن الحكومة منصب لهم ^{عليهم السلام} ، ولا تكون إلا لهم أولئك أذنوا له بها ، وحكم المتراضين به إنما هو من مسألة قاضي التحكيم التي أفرغنا الكلام فيها في كتاب القضاء وإن كان لا يحسن التعبير عنه برجل من العامة ، لما سمعته في كتاب القضاء من أنه القاضي الجامع لشرائط الحكومة عدا الاذن منهم . وعلى كل حال فلا إشكال في صحته في زمن الغيبة عند الفقيه الجامع ، لأنه منصوب منهم على ما يشمل ذلك كما هو مفروغ منه ، بل هو كذلك من حين صدور عبارة النص التي هي قول الصادق ^{عليه السلام} (٢) : « فاني قد جعلته حاكماً » فيندرج فيه ذلك الزمان الملحق بزمان الغيبة باعتبار قصور اليد ، وتفصيل هذه المباحث قد ذكرناه في كتاب القضاء ، فلاحظ وتأمل .

﴿ وصورة اللعان ﴾ التي نطق بها الكتاب العزيز (٣) والسنة الكريمة (٤) و الفتاوى ﴿ أن يشهد الرجل ﴾ أولاً ﴿ بالله أربع مرات أنه لمن الصادقين فيما رماها به ﴾ من الزنا أو في أن الولد ليس من مائه ، فيقول : « أشهد بالله أنني لمن الصادقين في ذلك » لكن ذكر غير واحد أنه إذا أراد نفى الولد قال : « إن هذا الولد من زنا وليس مني » بل عن التحرير زيادة « أنه لو اقتصر على أحدهما لم يجز »

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب صفات القاضي من كتاب القضاء .

(٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي الحديث ١ من كتاب

القضاء .

(٣) سورة النور : ٢٤ - الآية ٦ إلى ٩ .

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

وفيه أنه لا يتم إذا كان اللعان لنفي الولد خاصة من غير قذف بالزنا ، إذ لا يختص اللعان في دعوى الزوج كون الولد من زنا ، لاطلاق أدلته وإن اختص ظاهر الآية (١) في القذف إلا أن السنة (٢) مطلقة في ثبوته في الأعم من ذلك ولا تنافي بينهما ، ولذا عد الأصحاب نفي الولد سبباً مستقلاً عن القذف ، كما هو واضح .

﴿ ثم يقول ﴾ الخامسة : ﴿ عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ، ثم تشهد المرأة ﴾ ثانياً ﴿ بالله ﴾ تعالى ﴿ أربعاً أنه لمن الكاذبين فيما رماها به ﴾ فنقول : « أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا » ﴿ ثم تقول ﴾ الخامسة : ﴿ إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴾ فيما رماها به من الزنا ، ولا تحتاج هي إلى ذكر الولد ، لأن لعانها لا يؤثر فيه ، ولكن لو تعرضت له لم يضر لمتساوى اللعنات ﴿ و ﴾ تتقابل .

نعم ﴿ يشتمل اللعان على واجب ومندوب ، فالواجب التللف بالشهادة على الوجه المذكور ﴾ بلاخلاف أجده بيننا ، فلو أبدل صيغة الشهادة بغيرها كقوله : « شهدت بالله » أو « أنا شاهد » أو « أحلف بالله » أو « أقسم » أو « أولى » أو أبدل لفظ الجلالة بالرحمن أو بالخالق ونحوه أو أبدل كلمة الصدق أو الكذب بغيرهما وإن كان بمعناهما أو قال : « إننى لصادق » أو « من الصادقين » بدون لام التأكيد أو قال : « إنها زنت » أو قالت المرأة : « إنه كاذب » أو « لكاذب » أو أبدل اللعن بغيره و لو بلفظ الإبعاد والطرْد أو لفظ الغضب ولو بالسخط أو أحدهما بالآخر لم يقع ، لأنه خلاف المنقول شرعاً ، والأصل عدم ترتب أثر اللعان على غير موضع النقص والاجماع ، بل لم أعثر على خلاف عندنا في شيء من ذلك ، نعم عن بعض العامة جواز تغيير لفظ « أشهد » بما يفيدها ، وجواز إبدال اللعن بالغضب وبالعكس .

(١) سورة النور : ٢٣ - الآية ٦ .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - ٩٠ من كتاب اللعان .

وفي كشف اللثام ولعل تخصيص الألفاظ المعهودة على النهج المذكور للتغليظ والتأكيد، فإن الشهادة تتضمن مع القسم الاخبار عن الشهود والحضور، والتعبير بالمضارع يقر به إلى الاثاء، لدلالته على زمان الحال، ولفظ اسم الذات المخصوص بها بلا شائبة اشتراك بوجه، ومن الصادقين بمعنى أنه من المعروفين بالصدق، وهو أبلغ من نحو صادق، وكذا من الكاذبين، ولكن اختيار هذا التركيب في الخامسة لعله للمشاكلة، لأن المناسب للتأكيد خلافه، وتخصيص اللعنة به والغضب بها، لأن جريمة الزنا أعظم من جريمة القذف.

قلت: لا يخفى عليك عدم اقتضاء ذلك الجمود المزبور، بل لاصراحة في الكتاب والسنة بذلك، بل ولا ظهور، فإن المنساق خصوصاً من السنة إيراد إبراز المعنى المزبور، وأن الكيفية المخصوصة إحدى العبارات الدالة عليه، بل لولا ظهور اتفاق الأصحاب لأمكن المناقشة في بعض ماسمعه من الجمود المزبور وإن كان هو الموافق لأصالة عدم ترتب حكم اللعان، إلا أنه يمكن دعوى ظهور النصوص (١) في خلاف الجمود المزبور، منها الخبر المروي (٢) عن النبي ﷺ في ملاعنة هلال بن أمية، فانه قال: «أحلف بالله الذي لا إله إلا هو أنك لصادق».

﴿و﴾ يجب أيضاً ﴿أن يكون الرجل قائماً عند التلفظ﴾ بألفاظه الخمس، ﴿وكذا المرأة﴾ وفاقاً للمحكي عن المقنع والمبسوط والسرائر، لما عن الفقيه من أنه في خبر (٣) «يقوم الرجل فيحلف - إلى أن قال - : ثم تقف المرأة فتحلف» وللمحكي من فعل النبي ﷺ (٤) من أنه أمر عويمراً بالقيام، فلمّا تمت شهادته أمر امرأته بالقيام.

﴿وقيل﴾ والفاصل الأكثر كما في المسالك قال: «ومنهم الشيخ في النهاية

(١ و ٣) الوسائل الباب ١ - من كتاب اللعان الحديث ٣٠٠ - ٣.

(٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٥.

(٤) الدر المنثور ج ٥ ص ٢٣.

والمفيد وأتباعهما وأكثر المتأخرين ، ﴿ يكونان جميعاً قائمين بين يدي الحاكم ﴾
 لحسن ابن مسلم (١) سأل الباقر عليه السلام « عن الملعن والملاعنة كيف يصنعان ؟ قال :
 يجلس الامام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلاً ، بحذائه ويبدأ بالرجل ثم
 بالمرأة ، وصحيح ابن الحجاج (٢) « إن عباد البصري سأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا
 حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام - وحكى قصة الرجل
 الذي جاء إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأخبره عن أهله ، إلى أن قال : فأوقفهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ،
 ثم قال للزوج : اشهد ، إلى آخره .

ولعل اختلاف النصوص في الكيفية المزبورة مشعر بالندب ، كما عن ابن سعيد
 التصريح باستحبابه ، بل عن الصدوق في الهداية عدم التعرض له كالمصنّف في النافع ،
 وفي المرسل (٣) عن الصادق عليه السلام أنه قال : « والسنة أن يجلس الامام للمتلاعنين
 ويقيمهما بين يديه كل واحد منهما مستقبل القبلة » ولا ينافي ذلك صحيح علي بن
 جعفر (٤) عن أخيه عليه السلام سأل « عن الملاعنة قائماً يلاعن أو قاعداً ؟ فقال : الملاعنة
 وشبهها من قيام » مع إرادة أن ذلك من السنة بمعنى الندب ، لاطلاق الكتاب (٥)
 كيفية الملاعنة من دون ذكر القيام ، ولكن الاحتياط بناءً على عدم اعتبار الاختصار
 في قيام أحدهما في الكيفية الأولى لا ينبغي تركه .

﴿ و ﴾ كذا يجب ﴿ أن يبدأ الرجل أولاً بالتلفظ على الترتيب المذكور
 وبعده المرأة ﴾ فلو بدأت المرأة باللعان لغا ، لأنه خلاف الثابت من النص (٦)
 والفتوى ، ولأن لعانها لاسقاط الحد عنها ، كما هو مقتضى قوله تعالى : (٧)

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ١ - من كتاب اللعان الحديث ٤ - ١ - ٦ .

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

(٥) سورة النور : ٢٣ - الآية ٦ إلى ٩ .

(٦) سورة النور : ٢٣ - الآية ٦ إلى ٩ والوسائل الباب ١ - من كتاب اللعان .

(٧) سورة النور : ٢٣ - الآية ٨ .

« ويدراً عنها العذاب » وهو إنما يجب بلعان الزوج ، فما عن بعض العامة من جواز التقديم واضح الفساد كما عن بعض آخر منهم جواز تقديم اللعن أو الغضب على الشهادة ، إذ هو مع أنه خلاف المعهود كتاباً وسنةً منافي للمعنى ، ضرورة أن المراد إن كان من الكاذبين في الشهادات الأربع فلا بد حينئذ من تقديمها .

﴿ و ﴾ كذا يجب ﴿ أن يعينها بما يزيل الاحتمال ، كذكر اسمها أو اسم أبيها أو صفاتها المميزة لها عن غيرها ﴾ لأنه الثابت ، نعم في المسالك إن كان له زوجتان فصاعداً وإلا اكتفى بقوله : « زوجتي » لكن في كشف اللثام « لعله لا يكفي التعبير عنها بزوجتي وإن لم يكن له في الظاهر زوجة غيرها ، لاحتمال التعدد ، ولأرب في أنه أحوط إن لم يكن أظهر باعتبار كون الواقع في الأدلة المعينة ، ولو كانت حاضرة يتخير بين ذلك وبين الإشارة إليها » وفي المسالك « لو جمع بين الإشارة والتسمية كان أولى ، لأن اللعان مبني على التغليظ والاحتياط ، فيؤكد الإشارة بالتسمية » قلت : لكنه غير واجب قطعاً .

و كذا يجب عليها تعيين الرجل وإن كان يكفي فيه « زوجي » لعدم احتمال التعدد .

﴿ و ﴾ كذا يجب ﴿ أن يكون النطق بالعربية ﴾ غير الملحونة ﴿ مع القدرة ﴾ لأنه الثابت ، بل قد عرفت اعتبار ذلك في نحو المقام من العقود ﴿ و ﴾ الإبقاعات نعم ﴿ يجوز بغيرها مع التعمد ﴾ كما جاز في غيرها للضرورة وحصول الغرض من الأيمان ، كما ذكرناه في محله مفصلاً .

﴿ وإذا كان الحاكم غير عارف بتلك اللغة افتقر إلى حضور مترجمين ولا يكفي الواحد ﴾ ولا غير العدل كما في سائر الشهادات ، ولا يشترط الزائد فان الشهادة هنا إنما هي على قولهما لأعلى الزنا ، خصوصاً في حقها ، فانها تدفعه عن نفسها ، خلافاً لما عن بعض العامة فاشترط أربع شهود .

هذا ﴿ و ﴾ قد عرفت أنه ﴿ تجب البدأة بالشهادات ثم باللعن ، وفي المرأة يبدأ بالشهادات ثم بقولها إن غضب الله عليها ﴾ .

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

لكن في القواعد زيادة الموالاة بين الكلمات - أي الشهادات في الواجب وكذا - إتيان كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه - أي الحاكم - عليه ، فلو بادر به قبل أن يلقيه عليه الإمام لم يصح .

و كان الوجه في الأول الاقتصار أيضاً فيما خالف الأصل على الواقع بحضوره عليه السلام (١) ممّا لم يتخلل بينها فصل طويل ، وفي كشف اللثام « ولا نها من الزوج بمنزلة الشهادات ، ويجب اجتماع الشهود على الزنا ، ولوجوب مبادرة كل منهما إلى دفع الحد عن نفسه ، ونفي الولد إن كان منتفياً - لكن قال - : لم أر غيره من الأصحاب ذكره ، وللشافعية في وجوبها وجهان » .

وأما الوجه في الثاني فالأخبار المبيّنة لكيفية اللعان (٢) فانها تضمنت ذلك ، ولأن الحد لا يقيمه إلا الحاكم فكذا ما يدرؤه ، مضافاً إلى أنه كاليمين في الدعاوى التي لو حلف قبل الاحلاف لم يصح ، كما بيناه في محله .

﴿ و النذب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة وأن يقف الرجل عن يمينه والمرأة ﴾ والصبي ﴿ عن يمين الرجل ﴾ لما رواه البرزطي (٣) عن الرضا عليه السلام قال : « أصلحك الله تعالى كيف الملائنة ؟ قال يقعد الإمام عليه السلام ، ويجعل ظهره إلى القبلة ، ويجعل الرجل عن يمينه والمرأة والصبي عن يساره » ويحد بن مسلم (٤) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الملائن والملائنة كيف يصنعان ؟ قال : يجلس الإمام مستدبر القبلة ، فيقيمهما بين يديه مستقبل القبلة بهذاه ، ويبدأ بالرجل ثم بالمرأة ، ولعل المراد بيسار الإمام في الأول جهة يساره التي هي جهة يمين الرجل ، ولذا

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ١ - ٠ - ٢ .

(٤) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللعان الحديث ٣ .

ذكره الأصحاب دليلاً على الحكمين ، نعم في المسالك « ليس في الرواية أن الزوجين مستقبلان ، وكذلك أطلق المصنف وجماعة » قلت : ولكن نص عليه في الصحيح الآخر (١) والأمر سهل ، لأن الحكم استجباني يتسامح فيه .

﴿ و ﴾ من الندب أيضاً ﴿ أن يحضر من يسمع اللعان ﴾ جماعة غير الحاكم من الأعيان والصلحاء ، فإن ذلك أعظم للأمر ، وليعرف الناس ما يجري عليهما من التفريق المؤبد أو حكم الغذف أو ثبوت الزنا ، ولما روي من أنه حضره على عهد رسول الله ﷺ جماعة من أصحابه ، منهم ابن عباس و ابن عمر و ابن سهل بن سعيد (٢) بل قيل : هم من أحداث الصحابة ، والعادة جارية على عدم حضور الصغار وحدهم ، وقيل أيضاً : أقل ما يتأدى به الوظيفة أربعة نفر ، فإن الزنا يثبت بهذا العدد ، فيحضرون لاثباته وإن كان لم أفق له على دليل ، إلا أن الأمر سهل في المندوبات والأداب والوظائف .

﴿ و ﴾ منه أيضاً ﴿ أن يعظه الحاكم ويخوفه بعد الشهادات قبل ذكر اللعن ، وكذا في المرأة قبل ذكر الغضب ﴾ بتخويفهما يذكر أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، ويقرأ عليهم « الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً » (٣) وفي خبر عباد البصري (٤) عن الصادق عليه السلام « إن رسول الله ﷺ قال للمرجل بعد الشهادات الأربع : اتق الله فإن لعنة الله شديدة - ثم قال - : اشهد الخامسة - إلى إن قال - : ثم قال ﷺ للمرأة بعد الشهادات الأربع : أمسكي ، فوعظها وقال : اتق الله فإن غضب الله شديد ، ثم قال : اشهدي الخامسة » إلى آخره .

﴿ وقد يغفل اللعان بالقول ﴾ بذكر أسماء الله تعالى المؤذنة بالانتقام وبالعظمة والهيبة ﴿ والمكان ﴾ بأن يلاعن بينهما في البقاع المشرفة ، مثل ما بين الركن والمقام

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

(٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٤ و ٣٩٩ وفيه سهل بن سعد .

(٣) سورة آل عمران : ٣ - الآية ٧٧ .

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

- أي الحطيم - إن كان في مكة ، وفي المسجد عند الصخرة إن كان في بيت المقدس ، وعند قبر رسول الله ﷺ إن كان في المدينة ، وعند المكان المعروف بالاصبعين في مشهد أمير المؤمنين عليه السلام قريباً من مكان رأسه المعظم ، وفي باقي المشاهد المشرفة والمساجد المعظمة ، نحو مسجد الكوفة و مسجد سهيل و مسجد براءا وغيرها من المساجد المعظمة ﴿ والزمان ﴾ كيوم الجمعة بل بعد العصر منه المفسر به (١) قوله تعالى (٢) « تحسبوهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله » و يوم القدر و نحوهما من الأزمنة المعظمة ما لم يستلزم التراخي في ذلك ، وستعرف في باب القضاء استحباب التغليظ للمهاكم في اليمين الذي منه ذلك ، بل ستعرف رجحان التغليظ بين أهل الذمة في أما كنهم المعظمة عندهم من بيعهم و كنايسهم ، بل لا يبعد ذلك أيضاً بين المجوس وغيرهم في بيوت النيران والأصنام ، لمكان تعظيمهما عندهم و إن توقف فيه بعض الشافعية ، لكنه في غير محله .

﴿ و ﴾ لكن من المعلوم أنه إنما يجوز اللعان في المساجد والجوامع إذا لم يكن هناك مانع من الكون في المسجد ﴿ كالجنبابة والحيض ﴾ فإذا اتفقت المرأة حائضاً أنفذ إليها الحاكم من يستوفى الشهادات ﴿ منها ولا يشترط فيه الاجتهاد وأولاه عند باب المسجد ، لأنه أنسب بالتغليظ .

﴿ وكذا لو كانت غير برزة ﴾ ولا معتادة الحضور لجامع الرجال ولو لشرفها ﴿ لم يكلفها الخروج من منزلها و جاز استيفاء الشهادات عليها فيه ﴾ نحو غير يمين اللعان من الأيمان في الدعاوى ، إذ المقام فرد منها ، فلاحظ ما ذكرناه في كتاب القضاء من وجه ذلك و كيفيته ، لتكون على بصيرة من ذلك ومن غيره مما لا يخفى عليك جريانه في المقام الذي ذكرناه غير مرة أنه فرد من أفراد .

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من كتاب الوصايا الحديث ٤ والمستدرك الباب - ٢٠ -

منه الحديث ١ والفتاوى ج ٤ ص ١٤٢ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ١٠٦ .

﴿ و ﴾ هل اللعان يمين أو شهادة ؟ ﴿ قال الشيخ ﴾ و تبعه جماعة منهم
الفاضل في القواعد : ﴿ اللعان أيمان وليس شهادات ، ولعلّه نظر إلى اللفظ ، فانه
بصورة اليمين ﴾ فان قوله : « بالله إنه لمن الصادقين » وقولها : « بالله إنه لمن
الكاذبين » كالصريح في ذلك ، وإلى صحته من الفاسق والذكر والأُنثى ، وإلى قول
النبي ﷺ لهلال بن أمية (١) : « احلف بالله الذي لا إله إلا هو أنك لصادق »
وإلى قوله ﷺ (٢) بعد الثلاثين : « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن » وإلى أن
كلّا منهما يلاعن نفسه ولم يمهّد شهادة أحد لنفسه ، وإلى أنه لا معنى لكونه من المرأة
شهادة فكذا منه ، وإلى استحباب التغليظ فيه المعلوم كونه من أحكام اليمين ، وإلى
غير ذلك ممّا هو من خواصه دون الشهادة .

خلافًا للمحكي عن أبي علي بل ربما استظهر من المصنّف أيضاً لكثرة إطلاقه
عليه الشهادة ، ونسبته القول بكونه يميناً إلى الشيخ ، بل عن الفاضل في المختلف
التصريح باختياره ، لظاهر قوله تعالى (٣) « فشهادة أحدهم » إلى آخر الآية التي
أطلق عليه فيها لفظ الشهادة في خمسة مواضع ، وكنى عنها في موضعين ، و لقول
النبي ﷺ (٤) للرجل : « اشهد أربع شهادات - وللمرأة - اشهدي » و لقول
الصادق عليه السلام (٥) : « إن علياً عليه السلام قال : ليس بين خمس نساء وبين أزواجهن
ملاعنة - إلى أن قال - : والمجلود في القرية ، لأن الله تعالى يقول : (٦) ولا تقبلوا
لهم شهادة أبداً ، ولأنه يعتبر فيه التصريح بلفظ الشهادة ، ولأنه به يدراً عنه ويثبت به
عليها كالبيّنة ، بخلاف اليمين فانها لا تدخل في الحدود ، ولأنه إذا امتنع من اللعان
ثمّ رغب فيه يمكن منه كمن امتنع من إقامة البيّنة ثمّ أراد إقامتها ، والناكل عن

(١ و ٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٥ .

(٣) سورة النور : ٢٤ - الآية ٦ .

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

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

(٦) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣ .

اليمين لا يعود إليها .

ولأن محمد بن سليمان (١) سأل الجواد عليه السلام : كيف صار الزوج إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات بالله ؟ وكيف لا يجوز ذلك لغيره ؟ وصار إذا قذفها جلد الحد ، ولو كان ولداً أو أخاً فقال عليه السلام : قد سئل جعفر عليه السلام عن هذا فقال : ألا ترى أنه إذا قذف الزوج امرأته قيل له : وكيف علمت أنها فاعلة ؟ قال : رأيت منها ذلك بعيني كانت شهادته أربعاً ، وذلك أنه قد يجوز الرجل أن يدخل المدخل في الخلوة التي لا يصلح لغيره أن يدخلها ولا يشهدها ولد ولا والد في الليل والنهار ، فلذلك صارت شهادته أربعاً إذا قال رأيت ذلك بعيني وإذا قال : لم أعاينه صار قذفاً وضرب الحد ، إلا أن يقيم عليها البيّنة ، وإن زعم غير الزوج إذا قذف وادّعى أنه رآه بعينه قيل له : وكيف رأيت ذلك ؟ وما أدخلك ذلك المدخل الذي رأيت فيه هذا وحدك ؟ أنت متهم في دعواك ، فإن كنت صادقاً فأنت في حد التهمة ، فلا بد من أدبك بالحد الذي أوجب الله عليك ، قال : وإنما صارت شهادة الزوج أربعاً لمكان الأربعة شهداء مكان كل شاهد يمين .

إلا أن الجميع كما ترى ، بل ذيل الخبر المزبور صريح في كونه يميناً ، ومن الجائز أن لفظ الشهادة في هذه الجملة حقيقة عرفية أو مجاز مشهور في اليمين ولا بد ، لمخالفته لسائر الأيمان في بعض الأحكام ، بل قيل : إن خبر النفي عن الخمس مع الضعف ليس نصاً في كون اللعان شهادة ، بل الذي ينص عليه أنه لا يقبل منه الشهادة عليها بالزنا وإن أكده باللعان على أنه غير معمول عليه في ذلك ، وكأن التأمل الجيد يقتضي عدم ثمرة لهذا الاختلاف بعد فرض عدم جريان جميع أحكام اليمين وأحكام الشهادة عليه ، فلا بأس بالقول بأنه شهادة من جهة ويمين من أخرى ،

(١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب اللعان الحديث ٥ مع الاختلاف في اللفظ

و ذكره بعينه في الكافي ج ٧ ص ٤٠٣ .

(جواهر الكلام - ج ٢)

بل لعلّ الغالب عليه جهة اليمينية ، والأمر سهل .

﴿ وأما ﴾ الكلام في ﴿ أحكامه فتشتمل على مسائل ﴾

﴿ الأولى : ﴾

لا خلاف بيننا ولا إشكال في أنه ﴿ يتعلق بالقذف ﴾ من الرجل ﴿ وجوب الحد ﴾ عليه ﴿ في حقه ﴾ أي ﴿ الرجل ﴾ ، ﴿ لاطلاق الأدلة كتاباً ﴾ (١) وسنة (٢) ﴿ ولا يتعين عليه اللعان عيناً نعم ﴾ بلعانه ﴿ يثبت ﴾ سقوط الحد في حقه وجوب الحد في حق المرأة ، ﴿ لأنه بمنزلة إقامة البيّنة ، ولكن يسقطه عنها لعانها ، كما هو مقتضى قوله تعالى (٣) : « ويدرأ عنها العذاب ، الظاهر في إرادة الحد من العذاب لا الحبس ، كما عن أبي حنيفة ، فقال : « إن قذف الزوج لا يوجب الحد عليه ولكن يوجب اللعان ، ومع امتناعه يحبس حتى يلاعن وحينئذ فاللعان عقوبة قذفه دون الحد ، وكذلك المرأة لا تعد بلعانه ، بل تحبس حتى تلاعن ، وهو مع منافاته لظاهر آية القذف (٤) وقوله تعالى : (٥) « ويدرأ عنها العذاب ، في آية اللعان منافي أيضاً للنبي المروي في طرقهم (٦) إنه قال لهلال لما قذف زوجته : « البيّنة أو حد في ظهرك فقال هلال : « الذي بعثك بالحق إنني لصادق ، ولينزلن الله ما يبريء ظهري من الحد ، فأرسل إليها ، إلى آخره .

﴿ وكيف كان ﴾ مع لعانهما ﴿ يتعلق ﴾ ثبوت أحكام أربعة سقوط الحدين وانتفاء الولد عن الرجل جل دون المرأة ﴿ إن تلاعنا لنفيه ﴾ وزوال الفرائض

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٤ .

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

(٣ و ٤ و ٥) سورة النور : ٢٤ - الآية ٨ - ٤ - ٨ .

(٦) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٥ و ٣٩٤ .

والتحريم المؤبد **﴿** بلا خلاف ولا إشكال في شيء منها عندنا نصاً (١) وفتوى ، خلافاً لبعض العامة ، فنفي تأبد التحريم ، وقال : لو أ كذب نفسه كان له أن يبعد نكاحها ، بل عن بعض العامة قول ببقائهما على الزوجية ، والنص (٢) من طرقنا وطرقهم حجة عليهما ، نعم قيل : يمكن إرجاع الأحكام الأربعة إلى ثلاثة ، لأن زوال الفرائس يدخل في التحريم المؤبد ، وفيه أن التحريم المؤبد قد يجماع الفرائس كالمفضاة ، والأمر سهل .

ولا خلاف عندنا أيضاً كما لا إشكال في أن هذه الفرقة تحصل ظاهراً وباطناً ، سواء كان الزوج صادقاً أو هي صادقة ، خلافاً لأبي حنيفة ، فحكم بعدم حصولها باطناً مع صدقها ، وهو واضح الضعف .

ومن المعلوم أيضاً أن الولد بعد اللعان لا يدعى لأبيه ، ولكن لا يرمى بأنه ابن زنا ، وفي حديث ابن عباس (٣) : أن النبي ﷺ لما لعن بين **هاتين** امرأتين فرّق بينهما ، وقضى لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها ، ومتى رماها أو رمى ولدها فعليه الحد - قيل - : و كان بعد ذلك أميراً على مصر و ما يدعى لأب ، وسأل الصادق عليه السلام أبو بصير (٤) عن المرأة بالاعنها زوجها ويفرق بينهما إلى من ينسب ولدها ؟ فقال : إلى أمه ، إلى غير ذلك من النصوص (٥) .

ولو كان الزوج عبداً وشرط مولاه رقية الولد من زوجته الحرة وقلنا بصحة الشرط ففي حريته لو لعن الأب لنفيه إشكال ، من انتفائه عنه شرعاً من أنه حق لغير المتلاعنين ، فلا يؤثر فيه اللعان مع ثبوت حكم الفرائس ظاهراً ، وكذا الاشكال في العكس ، أي فيما إذا كانت الزوجة أمة و الزوج حراً بغير شرط الرقية ، من

(١) الوسائل الباب ١ - وغيره - من كتاب اللعان .

(٢) الوسائل الباب ١ - من كتاب اللعان وسنن البيهقي ج ٧ ص ٤٠٩ و ٤١٠ .

(٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٤ و ٣٩٥ و ٤٠٢ و ٤١٠ .

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

(٥) الوسائل الباب ٦ - من كتاب اللعان .

انتقائه عنه شرعاً مع كونه نماء مملوكته ، فيكون رقاً لمالكها ، ومن أن اللعان إنما أثر في انتفاء نسبه من الملاحن ، وأما تأثيره في الحرية التي هي حق الله تعالى وحق الولد فغير معلوم مع تغليب الحرية ، ولعل الأقوى الأول فيهما .

﴿ و ﴾ على كل حال فقد ظهر لك ممّا ذكرنا أنه ﴿ لو أ كذب نفسه في أثناء اللعان أو نكل ﴾ ولو بكلمة واحدة ﴿ ثبت عليه الحد ﴾ ولم يثبت عليه الأحكام الباقية ﴿ التي علم أنها مترتبة على اللعان الذي لا يتحقق إلا با كماله ، فبدونه لا يثبت شيء منها ، للأصل .

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

﴿ و ﴾ في الأول ﴿ يسقط الحد عنه ﴾ بلعانه ﴿ ولم يزل الفراش ولا يثبت التحريم ﴾ مع فرض إقرارها أو نكولها ولو بكلمة واحدة بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك نصاً وفتوى ، ففي حسن الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام « إن أقرت على نفسه قبل الملاءنة جلّد حدّاً وهي امرأته » وفي خبر علي بن جعفر (٢) عن أخيه موسى عليه السلام « سأله عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات ثم نكل في الخامسة ، قال : إن نكل عن الخامسة فهي امرأته ويجلّد ، وإن نكلت المرأة عن ذلك إذا كان اليمين عليها فعليها مثل ذلك ، إلى غير ذلك من النصوص (٣) ولا يحتاج في رجمها إلى إقرارها أربعاً بعد لعانه الذي هو كاقامة البيّنة عليها ، فمع فرض نكولها عن اللعان لم يسقط الحد عنها الثابت بلعانه ، نعم لو أقرت قبل لعانه اعتبر كونه أربعاً كغيره من الإقرار بالزنا ، كما هو واضح .

﴿ و لو أ كذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد ﴾ بلا خلاف فيه نصاً (٤)

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب اللعان الحديث ٢ - ٣ - ٠٠ .

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب اللعان .

وفتوى ، ﴿ لكن ﴾ فيما عليه لافيما له ، لا إقراره أولاً بالانتفاء منه ، ولذا ﴿ يرثه الولد ولا يرثه الأب ولا من يتقرب به ، وترثه الأم ومن يتقرب بها ﴾ كما بينا ذلك كله مفصلاً في كتاب الميراث الذي وفق الله لا تمامه قبل المقام ، فلاحظ وتأمل .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لم يعد الفراش ﴾ بالإنكار كذاب المزبور ﴿ ولم يزل التحريم ﴾ بلا خلاف نصاً (١) و فتوى بل ولا إشكال استصحاباً لحكم اللعان .
﴿ و ﴾ لكن ﴿ هل عليه الحد ؟ ﴾ فيه روايتان :

ففي صحيحه الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام : « في رجل لاعن امرأته وهي حبلى قد استبان حملها وأنكر ما في بطنها فلمّا وضعت ادّعاء وأقرّ به وزعم أنه منه فقال : يردّ عليه ابنه ويرثه ولا يجلد ، لأن اللعان قد مضى » .

وفي صحيحه الآخر (٣) عنه عليه السلام أيضاً : « سألت عن رجل لاعن امرأته وهي حبلى قد استبان حملها فأنكر ما في بطنها فلمّا وضعت ادّعاء وأقرّ به وزعم أنه منه فقال : يردّ إليه ولده ويرثه ، ولا يجلد ، لأن اللعان قد مضى بينهما » .

وفي خبره الآخر (٤) عنه عليه السلام أيضاً : « في رجل لاعن امرأته وهي حبلى ثم ادّعى ولدها بعدما ولدت وزعم أنه منه ، قال : يردّ عليه الولد ، ولا يجلد ، لأنه قد مضى التلاعن » .

وفي خبر محمد بن فضيل (٥) سأل الكاظم عليه السلام : « عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم أكذب نفسه هل يردّ عليه ولده ؟ قال : إذا أكذب نفسه جلد الحد وردّ عليه ابنه ، ولا ترجع إليه امرأته » .

﴿ أظهرهما أنه لا حد ﴾ وفاقاً للمعكي عن الشيخ في النهاية التهذيب ،

(١) الوسائل الباب ٦ - من كتاب اللعان .

(٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب ٦ - من كتاب اللعان الحديث ٤ - ٢ - ٦ .

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

وخلافه في محكي المبسوط والمفيد في محكي المقنعة والفاضل في القواعد وشارحه
الاصبهاني وثنائي الشهيدين في المسالك ، قالوا : لما فيه من زيادة هتكها وتكرار
قذفها وظهور كذب لعانه ، مع أنه يثبت عليه الحد بالقذف ، فيستصحب إلى أن
يعلم المزيل ، ولا يعلم زواله بلعان ظهر كذبه ، والأخبار الأولى إنما نفت الحد
إذا أكذب نفسه في نفي الولد دون القذف ، والحد إنما يجب إذا أكذب نفسه فيما
رماها به من الزنا ، كما عن صريح المبسوط .

إلا أن الجميع كما ترى ، ضرورة أن إكذاب نفسه تنزيه لها لازيادة هتك
وتكرار قذف ، وإطلاق أدلة اللعان فضلاً عن الأولى مقتضى لسقوط الحد ، فلامعنى
لاستصحابه ، بل المتجه استصحاب العكس ، وتعليل عدم الجلد في الصحيح المزبور
كالصريح في أن لعانه كان بالقذف ، ونفي الولد وإن كان من المذكور فيه الأخير
كالخبر المعارض المعلوم قصوره عن المعارضة سنداً وعدداً ، خصوصاً مع ملاحظة
قاعدة درء الحد والاستصحاب وعدم تجدد قذف منه بالكذاب ، والأول قد سقط
باللعان .

ومن الغريب ما في المسالك ، حيث اقتصر على ذكر الخبر الثالث دليلاً للقول
بالسقوط رادياً لمتنه بدل « ولا يجلد » « ولا تحمل له أبداً ، لأنه قد مضى التلاعن »
ثم رجح خبر ابن الفضيل عليه بأنه ناص على الحد ، بخلاف خبر الحلبي الذي لم
يتعرض فيه لذلك ، ثم قال : « مع أن في طريق الروايتين من هو مشترك بين الثقة
والضعيف ، وإنما نجعلها شاهداً على ما اخترناه بالوجه العام » أي الذي ذكرناه
أولاً ، وقد عرفت ما فيه ، مع أن في روايات الحلبي الصحيح الصريح في نفي الحد
المؤيد بالاستصحاب والتعليل وقاعدة درء الحد وإطلاق أدلة اللعان وغير ذلك مما
لا يصلح الخبر المزبور الضعيف معارضاً له ، فلا بد من طرحه أو تأويله بما لا ينافي
ذلك من الإكذاب قبل إكمال اللعان كما عن الشيخ ، وإن كان هو منافي لما فيه
من عدم رجوع المرأة أو غير ذلك ، والله العالم .

﴿ ولو اعترفت ﴾ هي ﴿ بعد اللعان ﴾ بأن أكذبت نفسها لم يعد شيئاً من

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

ومن هنا قال المصنف وغيره : ﴿ لم يجب عليها الحد ﴾ بذلك ﴿ إلا أن يقر ﴾ به ﴿ أربع مرات ﴾ بل ﴿ وفي وجوبه معها تردد ﴾ من اندفاعه باللعان ، ومن فحوى ما سمعته في إكذاب نفسه ، والتعليل في النصوص (١) السابقة بأن اللعان قد مضى ولذلك كان خيرة النهاية والسرائر والجامع وغيرها ، ومن عموم إيجاب الإقرار أربعاً له ، وظهور كذبها في اللعان ، ولذلك كان خيرة ثامي الشهيدين والقاضل الاصبهاني ، بل حكام الأول عن الشيخ في النهاية وأتباعه وابن إدريس والعلامة ، بل نسبه إلى الأشهر وإن كنا لم نتحقق شيئاً من ذلك ، و كان الذي دعاهما إلى اختياره اختياريهما وجوب الحد على الرجل إذا أكذب نفسه ، وقد عرفت ضعفه .

ومنه يعلم أن الأقوى سقوطه هنا وإن أقرت به أربعاً ، لما عرفت هناك ، بل كان المتبجح على قولهم ثبوت الحد عليها باعترافها الأول ، لأنه مقتضى لفساد لعانها باعترافها بكذبه ، فبقى ما اقتضاه لعان الزوج من وجوب الحد عليها بلا معارض ، بل تكون حينئذ كما لو نكلت ، وقد عرفت أنه خلاف الاجماع ، وهو مؤيد آخر للحكمين .

ولو عاد الرجل بعد أن أكذب نفسه وقال : لي بيينة أقيمها أو الاعم ثانياً . سم يسمع منه في سقوط الحد عنه بناءً على ثبوته عليه ، لأن البيينة واللعان لتحقيق ما قاله ، وقد أقر بكذب نفسه ، والعقلاء مؤخذون بإقرارهم ، والبيينة إنما تسمع إذا لم يكذبها قولاً أو فعلاً .

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

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

و لو أقام بيئته ثم أكذبها ففي توجه الحد عليه نظر ، من إقراره بكذبه الموجب للحد ، ومن ثبوت صدقه عند الحاكم بالبيئته ، ولعل الأول أقوى .

ولو لم يكذب نفسه ولا لآخر ثبت عليه الحد ، فإن أقيم بعضه فبذل اللعان أجيب إليه ، فإن الحد يدرك بالشبهة ، وكما أن اللعان يدرك النمام فالبعض أولى ، مضافاً إلى إطلاق أدلته .

المسألة الثانية :

﴿ إذا انقطع كلامه بعد القذف وقبل اللعان ﴾ بأن اعتقل لسانه وعجز عن الكلام لمرض وغيره فإن كان لا يرجى زواله فلا ريب في أنه حينئذ ﴿ صار كالآخرس لعانه بالاشارة ﴾ بل في المتن هو كذلك ﴿ وإن لم يحصل اليأس منه ، ﴾ للحصول المعجز في الحال ، وحد القذف مضيق وربما يموت ، ويلحق به نسب ليس منه ، وذلك ضرر ، ويحتمل انتظار زواله ، للشك في الاكتفاء بالاشارة عن التصريح بالكلمات ، والأصل عدم ترتب حكم اللعان عليها .

المسألة الثالثة :

﴿ إذا ادّعت أنه قذفها بما يوجب اللعان ﴾ فسكت فأقامت عليه البيّنة
ففي المسالك « له أن يلاعن ، ولم يكن السكوت إنكاراً للقذف ولا تكذيباً للبيّنة
في الحقيقة ، ولكنه جعل كالانكار في قبول البيّنة ، وإذا لاعن قال : أشهد بالله إنني
لمن الصادقين فيما أثبت عليّ من رمي إياها بالزنا ، وفيه أن المذكور في كتاب
القضاء إلزامه بالجواب ، فان امتنع حبس حتى يجيب ، وظاهره هناك عدم قيام
البيّنة قبل حصول الجواب منه ، فدعوى أن السكوت مطلقاً كالانكار في قبول البيّنة
ممنوعة ، ومع التسليم فالصدق مطابقة خبره للواقع لا ما قامت عليه البيّنة ، وإلا
لصح ذلك منه حتى مع الانكار ، بأن يقول : إنني لمن الصادقين فيما قامت به البيّنة
عليّ ، لا أقل من الشك في حصول شهادة اللعان الذي هو خلاف الأصل في الفرض
فتأمل جيداً .

وكيف كان ﴿ فـ ﴾ ان ﴿ أنكر فأقامت ﴾ عليه ﴿ البيّنة ﴾ ففي المتن ﴿ لم
يثبت اللعان وتعين الحد ، لأنه يكذب نفسه ﴾ لكن في القواعد وشرحها والمسالك له
اللعان إن أظهر لانكاره تأويلات ، كأن يقول : « إنني كنت قلت لها زني وبذلك شهد
الشاهدان ولكنه ليس بقذف ، لأنني صدقت في ذلك وإنما أنكرت أنني قذفتها - أي
القول المزبور - كاذباً » .

وفيه أنه خلاف ظاهر اللفظ الذي يجب الأخذ به في ترتب الحكم الشرعي ،
ومجرد كونه محتملاً لا ينافي الظهور المعتبر ، وقد اعترف بذلك في المسالك ، حيث
قال : « والوجه أنه إن ظهر لا إنكاره هذا التأويل ونحوه من التأويلات المحتملة قبل ،

وإلا فلا ، لأنه خلاف مدلول اللفظ ، فلا يكفي في نفيه مجرد الاحتمال . ولا يخفى عليك ما فيه ضرورة أن المفروض مما نفاء ، إذ دعوى أنه غير منافي للظواهر كما ترى .

نعم قد يقال : إن هذا بمنزلة إنشاء القذف الجديد الذي صرح في القواعد وغيرها أن له اللعان به ، ويسقط الحد عنه وإن كانت صادقة في دعواها ، لأن من كرر قذف امرأته كفاه لعان واحد .

ولعل إطلاق المصنف منزل على الإنكار المقضي لبراءتها ، فإنه حينئذ لا يصح له اللعان المنافي لما اعترف به من عفتها ، بل ليس له أن يقيم البيينة والحال هذه ، لأنه كذب الشهود باعترافه ببراءتها ، بل ليس له إنشاء قذف جديد لذلك أيضاً ، نعم لو مضت مدة يمكن زناها فيها صح منه اللعان حينئذ به ، لكن في سقوط حد القذف الذي قامت به البيينة وجهان ، من أن قوله : « مازيت » يمنع من صرفه إلى الأول ، ومن إطلاق سقوط الحد باللعان الواحد القذف المتعدد وإن كان الأقوى الأول .

المسألة الرابعة: ﴿

﴿ إذا قذف امرأته برجل على وجهه نسبهما إلى الزنا ﴾ بأن قال : « زنيته بفلان ، ﴾ كان عليه حدّ أن ﴿ ، لأنه قذف لهما ، نعم بناءً على ماسيأتي إنشاءً الله في الحدود من أنه إن كان القذف متعدداً بلفظ واحد يتداخل الحدان ، ويكتفى بحدّ واحد لهما مع الاجتماع في طلبه ، وأما مع التفرق فلكل حدّ ، وما نحن فيه من أفراد تلك المسألة فحينئذ إن جاء آ به مفترقين فلا إشكال في تعدّد الحدّ .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ له إسقاط حدّ الزوجة باللعان ﴾ دون حدّ . وإن جاء آ به مجتمعين ، فإن لاعتن الزوجة سقط حدّها وبقي حدّ الرجل أيضاً ، لأن التداخل إنما هو إذا حصل حدّ ولم يحصل ، فكان كما لو لم يطلبه ، نعم إن لم يلاعن وحدّها تداخل الحدان بناءً على القاعدة المزبورة ، وإن أطلق المصنّف هنا ، إلا أنه لا يابى تنزيله عليها ، ولا فرق عندنا في عدم سقوط حدّ الرجل بين ذكره في شهادات اللعان وعدمه ، لأن اللعان بالنسبة إلى إسقاط حدّ القذف مختص بالزوجة .

خلافاً لبعض العامة ، فأسقط حدّ مع ذكره في لعانها ، لأن اللعان حجة في ذلك الزنا في طرف المرأة ، فكذا في طرف الرجل ، لأن الواقعة واحدة ، وقد قامت فيها حجة مصدقة ، ﴿ و ﴾ فيه أن اللعان إنما هو حجة على قذف الزوجة كما تضمنته الآية (١) لأعلى قذف غيرها ، فيبقى حكم قذفه على الأصل . نعم ﴿ لو كان له بيّنة سقط الحدّ أن ﴾ لأنها حجة مطلقة .

المسألة الخامسة :

﴿ إذا قذفها فأقرت قبل اللعان قال الشيخ : لزمها الحد إن أقرت أربعاً ﴾ لما تسمعه في الحدود إنشاء الله ﴿ و ﴾ لكن ﴿ سقط الحد ﴾ عن الزوج ولو أقرت مرة ﴿ لا عترافها بعدم الاحصان ﴾ . ولو كان هناك نسب لم ينتف إلا باللعان ، وكان للزوج أن يلاعن لنفيه ، لأن تصادق الزوجين على الزنا لا ينفي النسب ، إذ هو ثابت بالفرائس ﴿ وهو جيد مطابق للقواعد العامة .

﴿ و ﴾ لكن في المتن وتبعه الفاضل في القواعد ﴿ في اللعان تردد ﴾ وجعله في المسالك ممّا سمعت ومن أن اللعان غير متصور ، لأن الزوجة لا يمكنها أن تقول أشهد بالله أنه لمن الكاذبين في نفي الولد عنه مع تصديقها إياه على الزنا وعلى تولد الولد من الزنا ، فإن ذلك فرض المسألة ، وإنما يتجه اللعان مع تصديقها له على الزنا دون تولد الولد منه .

وفي كشف اللثام « وينشأ الإشكال من أن 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 أومات الولد قبله أو قبل التمكن من اللعان بعده ، وحينئذ إنما يلتنع الزوج لأنها لا يمكنها الالتعان ، وقال قبل ذلك أيضاً : « لا إشكال في ثبوت اللعان إذا ادعت النسب ، لأن الإقرار بالزنا لا ينافيه ، وإنما يشكل الأمر إذا صادفته على الانتفاء أو سكمت أو اعترفت بالجهل واحتمال الأمرين » .

قلت : ليس في الكلام المحكي عن الشيخ إشعار باللعان مع التصادق وعلى تقديره ينبغي الجزم بعدم اللعان منها ، لعدم تصور صحة وقوعه ، لا التردد ، وإنما غرض الشيخ أن اعترافها بالزنا يسقط اللعان منها بالنسبة للقذف ، أما نفي الولد فلا ،

إذ الاعتراف بالزنا لا ينافي لحقوق الولد ، لقاعدة الفرائض التي شرع اللعان لها ، بل قد يقال بصحة اللعان منها أيضاً في صورة اعترافها بالجهل واحتمال الأمرين ، لا يمكن شهادتها بالله على كذبه في نفيه مع فرض الالحاق به شرعاً ، وأما لعانه فلعله لعلمه بعدم الوطء الموجب للالحاق به .

وبالجملة فالتردد الواقع من المصنف فيما ذكره الشيخ وتبعه عليه الفاضل في القواعد في غير محله . ومما ذكرنا يعلم النظر فيما في المسالك ، بل وكشف اللثام .

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

المسألة السادسة :

﴿ إذا قذفها فـ﴾ ما دعى أنها ﴿ اعترفت ﴾ بذلك ﴿ فأنكرت فأقام شاهدين باعترافها قال الشيخ ﴾ في محكي المبسوط و تبعه الفاضل في محكي المختلف بل في الأول أنه مذهبنا : ﴿ لا يقبل إلا أربعة ﴾ لعموم قوله تعالى (١) : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » ولأن الغرض من ثبوت الإقرار به إثبات الزنا الذي لا يثبت إلا بالأربعة أو الإقرار أربعاً ، فكان الإقرار به كنفس الزنا ، وحينئذ إن لم يقم الأربعة ﴿ و ﴾ لم يلاعن ﴿ يجب ﴾ عليه ﴿ الحد ﴾ للقذف .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه إشكال ينشأ من كون ذلك شهادةً بالإقرار بالزنا الذي خرج بأدلتها عن إطلاق الإثبات بالشاهدين ، ومن هنا كان ثبوته بهما خيرة

محكي الخلاف والسرائر وموضع من المبسوط ، نعم إنما يقبل في سقوط الحد عنه الذي يكفي فيه إقرارها به ولو مرة لاثبت الحد عليها الذي لا يوجبها إلا الشهود الأربعة بزناها أو إقرارها به أربعاً ، اللهم إلا أن يشهد الشاهدان بإقرارها كذلك ، فإن المتبجح حينئذ ثبوته عليها بناءً على ما عرفت ، وقد يحتمل ، بل ربما كان ظاهر بعض هنا اعتبار الأربعة في الإقرار أربعاً بالنسبة إلى ثبوت الحد عليها ، ويأتي تحقيق ذلك في محله إن شاء الله .

المسألة السابعة : ﴿

﴿ إذا قذفها فماتت قبل اللعان ﴾ أو إكماله في كل منهما ﴿ سقط اللعان وورثها الزوج ﴾ لبقاء علفة النكاح بينهما ﴿ وعليه الحد للوارث ﴾ بناءً على أن حد القذف يورث ، لعموم أدلة الارث ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو أراد دفع الحد عنه ﴾ باللعان ﴿ منه خاصة ﴾ جاز ﴿ لعموم أدلة اللعان فيترتب عليه ما يخصه من الحكم ، وهو سقوط الحد عنه ، نعم لا يترتب عليه الأحكام المترتبة على لعانها من الحرمة المؤبدة ونفي النسب لو كان اللعان فيه ، ﴾ حينئذ فيرثها بعدلعاؤه الذي هو لاسقاط الحد عنه إلا أن ﴿ في رواية أبي بصير (١) ﴾ عن أبي عبد الله عليه السلام ﴿ إن قام رجل من أهلها فلا عنه فلا ميراث له وإلا أخذ الميراث ﴾ .

ولفظها على ما في التهذيب أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام ﴿ في رجل قذف امرأته وهي في قرية من القرى ، فقال السلطان : مالي بهذا علم ، عليكم بالكوفة ، فجاءت إلى القاضي ليلا عن فماتت قبل أن يتلاعنا ، فقالوا هؤلاء : لاميراث لك ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : إن قام رجل من أهلها مقامها فلا عنه فلا ميراث له ، وإن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها ، .

وفي خبر عمر بن خالد عن زيد بن علي (١) عن آبائه عن علي عليه السلام « في رجل قذف امرأته ثم خرج فجاء وقد توفيت ، فقال : تخير واحدة من ثنتين : يقال له : إن شئت ألزمت نفسك الذنب ، فيقام عليك الحد وتعطى الميراث ، وإن شئت أقررت فلا عنيت أدنى قرابتها إليها ولا ميراث لك » .

ولكن إرسال الأولى وضعف الثانية مع عدم الجابر - ﴿ و ﴾ إن كان ﴿ إلى ﴾ إليه ذهب الشيخ في الخلاف ﴿ والنهائية والقاضي وابن حمزة بل عن الأول الاجماع عليه وإن كنا لم نتحققه - بمنع من العمل بهما ، وخصوصاً مع مخالفتها لأصل عدم ترتب أحكام اللعان الثابت بين الزوجين بل ﴿ وللأصل ﴾ في ﴿ أن ﴾ الميراث يشب بالموت ، فلا يسقط باللعان المتعقب ﴿ .

على أن لعان الوارث متعذر غالباً ، لتعذر القطع من الوارث على نفي فعل غيره ، وإيقاعه على نفي العلم تغيير للصورة المنقولة شرعاً ، وفرض إمكان إطلاع الوارث وعلمه بانتفاء الفعل حيث يكون الفعل محصوراً بأن يدعى عليها أنها زنت في ساعة كذا بفلان أو مطلقاً وقد كان الوارث ملازماً لها أو للمنسوب إليه في تلك الساعة على وجه يعلم انتفاء الفعل كما في نظائره من الشهادات على النفي المحصور نادر لا ينزل عليه الخبران المزبوران ، ولا كلام العامل بهما .

وأما إشكالهما بأن الاجتزاء بأي وارث كان مع التعدد ترجيح من غير مرجح فقد يدفع بظهور الخبر الأول في الاكتفاء به ولو مع التعدد وعدم بذلهم أجمع .

(١) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب اللعان الحديث ٢ من عمرو بن خالد .

المسألة (الثامنة) :

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

إنما الكلام فيما ﴿ إذا قذفها فلم يلاعن فحد ﴾ ثم قذفها به ﴿ فـ ﴾ قيل ﴿ والقائل الشيخ في محكي المبسوط : ﴿ لا يحد ﴾ لا لما قيل من أن الحد في القذف إنما يثبت مع اشتباه صدق القاذف وكذبه ، لا مع الحكم بأحدهما ، وكذبه هنا معلوم بقوله تعالى (١) : « وأولئك عند الله هم الكاذبون » إذ هو كما نرى ، بل للشك في وجوب الحد على القذف الذي حصل الحد عليه ، لأنه قذف واحد وإن تكرر لفظه تأكيداً ، والأصل البراءة ، خصوصاً مع بناء الحدود على التخفيف ، ولذا تدرأ بالشبهات ، مضافاً إلى ما عن الخلاف من الإجماع والأخبار .

﴿ وقيل ﴾ والقائل هو أيضاً في محكي الخلاف : ﴿ يحد ﴾ تمسكاً بحصول الموجب ﴿ وهو صدق اسم القذف والرمي ، والأصل تعدد المسبب بتعدد السبب الذي لا وجه للشك فيه بعد اقتضاء ظاهر الدليل الذي هو مناط الأحكام الشرعية . ﴿ و ﴾ من هنا كان ﴿ هو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، وربما يؤيد بأنه لا إشكال في وجوب الحد عليه لو قذفها بغير القذف الذي حد عليه ، وليس هو إلا لصدق القذف المشترك بينه وبين رميها بالأول ، فتأمل .

﴿ وكذا الخلاف فيما لو تلاعنا ثم قذفها به ﴾ إن كان القول ﴿ هنا ﴾ بسقوط الحد أظهر ﴿ بل المحكي عن الشيخ اتفاق قوله على السقوط ، ولعله لأن اللعان مساوٍ للبيئة والإقرار من المرأة في سقوط الحد ثانياً ، ولكن الانصاف عدم خلو ذلك

عن الاشكال ، لأن اللعان إنما أسقط الحد الذي وجب عليها بلعانته ، فهو بمنزلة البينة أو الإقرار بالنسبة إلى ذلك ، إذ لم يثبت زناها به ، ولا أقرت ولا نكلت ، فالقذف الثاني سبب موجب للحد ، لعموم الآية (١) واللعان المتقدم لا يصلح لاسقاطه ، لاستحالة تقدم المسبب على السبب ، وربما يؤيده إطلاق قول الصادق عليه السلام في الصحيح (٢) : « وإن دعاه أحد - أي ولد الملائنة - ابن الزانية جلد الحد » الحديث .
وحينئذ فهو في الحقيقة كالقذف المتعقب للحد .

﴿ و ﴾ من هنا ﴿ لو قذفها به الأجنبي حد ﴾ بلا خلاف أجده وإن كان بعد التلاعن الذي لو كان بمنزلة البينة أو الإقرار لم يحد ، لارتفاع عفتها حينئذ المقتضي لسقوط الحد عن قاذفها ، ﴿ ولذا لو قذفها فأقرت ثم قذفها الزوج أو الأجنبي فلا حد ﴾ وإن كان أقرت مرة واحدة لعموم وإقرار العقلاء ، (٣) وإن لم يثبت عليها الحد إلا بالأربع ، إلا أن الإحصان غيره ﴿ و ﴾ هو واضح .

بل لعل المتبجه ثبوت الحد أيضاً ﴿ لو قذفها الزوج ﴾ ولاعن فنكلت ثم قذفها الأجنبي ﴿ وإن ﴾ قال الشيخ ﴿ في المحكمي عنه في كتابي الفروع ﴾ لا حد ﴿ تنزيلًا للنكول منزلة البينة أو الإقرار المزيلين للإحصان .
﴿ و ﴾ لكن الانصاف أنه ﴿ لو قيل يحد ﴾ كان حسناً ﴿ وفاقاً للمحكمي عن الأكثر لعموم الأدلة ، بعد منع زوال الإحصان بالنكول المحتمل كونه لقصد السلامة من محذور اليمين وإن ترتب عليها الحد من حيث عدم تخلصها عن الدعوى باليمين ، لكن ذلك لا يقتضي ارتفاع إحصانها بمعنى عفتها .

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٤ .

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

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

المسألة (التاسعة) :

﴿ لو شهد أربعة والزَّوج أحدهم فيه روايتان : إحداهما ترجم المرأة ﴾
وهي رواية إبراهيم بن نعيم (١) عن الصادق عليه السلام سألته عن أربعة شهدوا على
امرأة بالزنا أحدهم زوجها ، قال : تجوز شهادتهم ، مؤيدة بعدم الفرق بين الزوج
وغيره في قبول شهادته للمرأة وعليها ، بل لعل الزوج أدلى بالقبول ، لهتك عرضه ،
فيندرج فيما دل (٢) على ثبوت الزنا بشهادة الأربع ، بل وبقوله تعالى (٣) :
« ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم » فانه مشعر بأنه نفسه شاهد أيضاً لو حصل معه
تمام العدد وصدق الشهداء على الثلاثة ، على أن المقام من الحسب التي لا يدعى
فيها خاص ، كما حرر في محله ، وبغير ذلك من قوله تعالى (٤) : « واللائى يأتين
الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن » أربعة منكم ، الشامل للزوج وغيره ، بناءً
على أن الخطاب للحكّام ونحوه .

﴿ والأخرى تحدد الشهود الثلاثة ﴾ و يلاعن الزوج ﴾ وهي رواية
زرارة (٥) عن أحدهما عليهما السلام في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها ،
قال : يلاعن ويحكم الأخرى ، مؤيدة بظاهر قوله تعالى (٦) : « لولا جاؤوا عليه
بأربعة شهداء ، بناءً على رجوع الضمير فيها إلى القاذفين ومنهم الزوج ، فانه لا يقال :

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

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

(٣) سورة النور : ٢٤ - الآية ٦ .

(٤) سورة النساء : ٤ - الآية ١٥ .

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

(٦) سورة النور : ٢٤ - الآية ١٣ .

جاء الإنسان بنفسه ، ومن ذلك نشأ الخلاف ، فعن الأكثر كما في المسالك الأول ، وعن جماعة الثاني ، والأقوى الأول ، وعن الشيخ حمل الرواية الثانية على اختلال بعض الشرائط ، ولا بأس به جمعاً ، وليس هو قولاً آخر كما حكاه عنه في القواعد ، بل هو عين القول الأول ، ضرورة عدم الخلاف في عدم السماع مع اختلال الشرائط ، نعم عن السرائر والوسيلة والجامع الجمع بينهما بسبق الزوج بالقذف وعدمه ، فيعتبر الأربعة غيره في الأول دون الثاني ، لأن قوله تعالى : « لولا جاؤوا » فيمن ابتداءً بالقذف ، بل عن السرائر لقوله تعالى (١) : « والذين يرمون أزواجهم » إلى آخرها ، فانه قد رمى زوجته ولم يكن له شهاداء إلا نفسه ، لأن شهادة الثلاثة غير معتد بها إلا بانضمام شهادة الرابع ، فكأنها لم تكن في الحكم ، وإن كان هو كما ترى كالمصادرة ، بل آية « لولا جاؤوا » إلى آخرها لا تمنع صدق معية الزوج بعد أن كان أحد الشهاداء ، بقرينة « ولم يكن لهم شهاداء إلا أنفسهم » .

وعلى كل حال فهو قول آخر ، إذ دعوى أن السبق من اختلال الشرائط ممنوعة ، كدعوى الفرق بين سبق الزوج وسبق غيره ، وأوضح منهما فساداً التزام الأربع غير القاذف لو كان السابق بالقذف غير الزوج .

وإلى هذا أشار المصنف بقوله : ﴿ ومن فقهائنا من نزل ردّ الشهادة على اختلال بعض الشرائط أو سبق الزوج بالقذف ﴾ ثم قال : ﴿ وهو حسن ﴾ وفي المسالك « وهو - أي سبق الزوج - من جملة اختلال الشرائط ، ولا بأس بالحمل ، لأنه طريق الجمع حيث لا تطرح الرواية لضعفها » وفيه أنه كذلك بناءً على أن السبق من اختلال الشرائط ، وفيه بحث أو منع ، بل ظاهر المتن عدم كونه منها ، وتمام الكلام فيه في محله .

ومنه يظهر ما في تحسين المصنف للقول المزبور المنافي لا طلاق الأدلة في قبول بيّنة الحسب ولو مع السبق .

وأضعف من ذلك ما عن ابن الجنيّد من التفصيل بأن الزّوجة إن كانت مدخولاً بها ردّت الشهادة وحدّوا ، ولاعن الزّوج ، وإلاّ حدّت هي ، وكأنّه قصد الجمع بذلك أيضاً ، وخصّ الردّ بحالة الدّخول لاشتمال روايته على لعان الزّوج ، وهو مشروط بالدّخول ، فتعين حمل الأخرى على غيره .

ونحوه ما عن الصدوق من الجمع بين الخبرين بناءً على ما اختاره من أنّه لا لعان إلاّ إذا نفى الولد بأنّه إذا لم ينف الولد كان أحد الأربعة ، وإلاّ حدّ الثلاثة ولاعنها ، إن الجميع كما ترى لاشاهدله وفرع المكافئة ، وقد عرفت أنّ رواية القبول أقوى ولو للشهرة .

المسألة العاشرة :

﴿ إذا أخلّ أحدهما بشيء من ألفاظ اللعان الواجبة لم يصح ﴾ ، لعدم حصول عنوان الحكم ، ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو حكم به حاكم لم ينفذ ﴾ ، لأنّه خطأ ، خلافاً للمحكى عن أبي حنيفة من أنّ الحاكم إذا حكم بأكثر كلمات اللعان نفذ وقام الأكثر مقام الجميع وإن كان الحاكم مخطئاً في الحكم ، وهو واضح الضعف ، لأن الحكم حينئذ خطأ بالاجماع ، فلا ينفذ كسائر الأحكام الباطلة باختلال بعض شرائطها أو أركانها .

المسألة الحادية عشرة :

﴿ فرقة اللعان فسخ ﴾ كالتّضاع والردة ﴿ وليس طلاقاً ﴾ لغة ولا شرعاً ولا عرفاً ، خلافاً لأبي حنيفة فجعلها فرقة طلاق ، وضعفه واضح . وحينئذ فلا يشترط فيها اجتماع شرائط الطلاق ولا يلحقها أحكامه .

المسألة الثانية عشرة :

لو ولدت توأمين بينهما أقل من ستة أشهر فاستلحق أحدهما لحقه الآخر ، ولا يقبل نفيه ، كما في القواعد وشرحها ، قال في الأخير : « لأنهما من حمل واحد ، حتى أنه إن كان نفى الأول ثم استلحق الثاني لحقه الأول أيضاً - قال - : وكذا لو نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقاه ، لأنه لما سكت عن الآخر لحقه واستلزم لحوق الآخر » .

و فيه أنه ليس بأولى من اقتضاء نفى الأول نفى الآخر ، خصوصاً مع قوله في القواعد متصلاً بذلك : « ولو ولدت الأول فنقاه باللعان ثم ولدت الآخر لأقل من ستة أشهر افتقر انتفاؤه إلى لعان آخر على إشكال » ، ولعله من الحكم بانتفاء الأول باللعان ، وهو يستلزم انتفاء الثاني مع أصل البراءة من اللعان ثانياً ، ومن أصل اللحق إلا مع التصريح بالنفي واللعان وعدم الاكتفاء بالالتزام كما عن المبسوط ، إذ لا يخفى عليك أن الأول من وجهي الإشكال يجري في السابق إذا كان الولد ممناً ينفي بالانتفاء من دون لعان كما في الأمة والمتمتع بها ، ضرورة كون النفي حينئذ كاللعان ، فلا وجه للجزم بالأول والإشكال في الثاني .

وعلى كل حال فإن أقر بالثاني لحقه وورثه وورثه الأول أيضاً ، لاستلزام لحوقه لحوقه كما عرفت ، وهو لا يرث الأول ، لانكاره أولاً ، وهل يرث الثاني ؟ ففي القواعد إشكال ، ولعله من استلزام انتفائه من الأول انتفاءه من الثاني فكأنه أقر بأنه لا يرث منه ، كما أقر به من الأول ، ومن أنه لا عبرة في نفي السبب بالالتزام ، والأصل للحقوق والتوارث ، وهو منافي أيضاً للجزم السابق .

ولو كان بينهما ستة أشهر فصاعداً فلكل حكم نفسه ، لا مكان تجدد الحمل بهما ، ولا يستلزم لحوق أحدهما لحوق الآخر ولا نفيه نفيه ، فإن لاعتن عن الأول

بعد وضعه واستلحق الثاني أو ترك نفيه لحق به وإن كانت قد باتت منه باللعان ،
لامكان وطئه بعد وضع الأول قبل اللعان ، ولو لاعنها قبل وضع الأول فأنت بآخر
بعد ستة أشهر ففي القواعد لم يلحقه الثاني ، لأنها باتت باللعان وانقضت عدتها
بوضع الأول ، أي فلا يمكنه وطؤها بالنكاح بعده ، وفي كشف اللثام
« و ذكر انقضاء العدة لتأكيد الحجّة ، وإلاّ فليست هذه العدة إلاّ كعدة
الطلاق البائن .

و لو مات أحد التوأمين قبل اللعان لنفيهما فله أن يلاعن لنفيهما ، لاطلاق
أدلتها ، وللعامة قول بأنه لا لعان لنفي نسب الميت . وأنه إذا لم يصح نفيه لم يصح
نفي الحي إذا كانا من حمل واحد .

هذا وقد تقدّم بعض الكلام في كتاب الطلاق في التوأمين وكيفية تولدهما
بالنسبة إلى الحكم بكونهما حملاً واحداً أو حملاً متعدداً بالتوكّد لدون الستة أشهر
والأزيد ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم بحقيقة الحال .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين .

كتاب العتق

قيل: هو بالكسر : الحرية ، وبالفتح المصدر كالاعتاق ، ويقال : عتق العبد خرج عن الرق ، فهو عتيق ، وفي المسالك تبعاً للفاضل في التحرير « هو لغةً الخلوص ، ومنه سمى البيت الشريف عتيقاً ، لخلوصه من أيدي الجبارة ، و الخيل الجياد عتاقاً ، وشرعاً خلوص المملوك الأدمى أو بعضه من الرق بالنسبة إلى مطلق العتق ، وبالنسبة إلى المباشرة - الذي هو مقصود الكتاب - تخليص الأدمى أو بعضه من الرق منجزاً بصيغة مخصوصة » .

قلت : لم أجد المعنى المزبور فيما حضرني من كتب اللغة المتقدمة عليهما من الصحاح وغيره ، مع إطنابه في الأول بذكر المعاني له التي منها الكرم والجمال والحرية والرفقة بعد الجفاء والغلظة وصلاح المال والسبق مع النجاة والقدم والعتيق الكريم من كل شيء إلى غير ذلك مما لا ينطبق شيء منها على ما ذكر ، بل فيه وفي غيره ما هو كالصريح في أن وصف البيت بالعتيق لقدمه ، والخيل بالعتاق لجودتها ، كما أن فيه التصريح بأن الحرية من معانيه اللغوية ، ولعله لذا فسره بها لغةً في التنقيح ، وفي كشف اللثام جعله لغة الكرم ، هذا كله بالنسبة إلى معناه لغةً .

و أما شرعاً فهو كباقي أسماء أفراد الايقاع من الطلاق و نحوه التي فيها البحث - الذي تقدم في البيع و نحوه من العقود - أنها أسماء لنفس الصيغ أو للأثر الحاصل منها أو للفعل ، وقد تقدم التحقيق في ذلك وأنها اسم للأثر ، لكن ظاهر التعريف المزبور أنه اسم هنا للفعل ، وفيه ما تقدم في محله .

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ فضله متفق عليه ﴾ بين المسلمين ، وخصوصاً في يوم عرفة وعشيتها ، بل والنصوص (١) فيه من الطرفين متواترة ، بل قوله تعالى (٢) : « فك رقة » و « أنعمت عليه » (٣) وغيرهما دال عليه ، مضافاً إلى النصوص ﴿ حتى روى ﴾ إبراهيم بن أبي البلاد عن أبيه رفعه (٤) قال : « قال رسول الله ﷺ : إن ﴿ من أعتق مؤمناً أعتق الله ﴾ العزيز الجبار ﴿ بكل ﴾ عضو منه عضواً له من النار ﴿ فان كانت أنثى أعتق الله العزيز الجبار بكل ﴾ عضوين منها عضواً من النار ، لأن المرأة نصف الرجل ، لكن في صحيح زرارة (٥) عن الباقر عليه السلام قال رسول الله ﷺ : « من أعتق مسلماً أعتق الله العزيز الجبار بكل ﴾ عضو منه عضواً من النار ، ويمكن اتحاد المراد من المسلم والمؤمن في كلامه ﷺ ، نعم في صحيح ابن عمار وحفص (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : « في الرجل يعتق المملوك ، قال : إن الله يعتق بكل ﴾ عضو منه عضواً من النار .

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

(١) الوسائل الباب ١ - من كتاب العتق و سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٧١

و ٢٧٢ .

(٢) سورة البلد : ٩٠ - الآية ١٣ .

(٣) سورة الاحزاب : ٣٣ - ٣٧ .

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

(٥ و ٦) الوسائل الباب ١ - من كتاب العتق الحديث ٢ - ١ .

واحد من الثلاثة على أصله ، وحصول الثواب المذكور على عتق كل مملوك مؤمن أو مسلم أو مطلقاً ذكراً أو أنثى ، وأن يخص ذلك بالذكر بقرينة تذكير لفظه وتقييده بما في الرواية الأخرى إلا أن تقييد الصحيح بالمرسل لا يخلو من نظر ، وروى العامة (١) في الصحيحين أنه رَأَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال : « أَيْتِمَا رَجُلٌ أَعْتَقَ امْرَأَةً مُسْلِمَةً اسْتَنْقَذَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنَ النَّارِ ، حَتَّى الْفَرْجُ بِالْفَرْجِ » وفي هذه الرواية التقييد بالاسلام وكون المعتق رجلاً لأن المرأة مذكورة بالمرأة ، فلا يتناول الأنثى ، وفي بعض ألفاظ رواياتهم عنه عَلَيْهِ السَّلَامُ (٢) « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهَا عَضْوًا مِنَ النَّارِ ، حَتَّى فَرْجَهَا بِفَرْجِهِ » وهذه شاملة للذكر والأنثى المسلم وغيره .

قلت : وفي نصوصنا في خبر بشير النبال (٣) « سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ مِنْ أَعْتَقَ نَسْمَةً صَالِحَةً لَوْجَهُ اللَّهُ جَلَّ وَعَزَّ كَفَّرَ اللَّهُ عَنْهُ بِهَا مَكَانَ كُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنَ النَّارِ » والخبر الذي ذكره أخيراً عنهم مساوٍ لصحيح ابن عمّار بناءً على إرادة الجنس من المملوك فيه ، كما أن المروي في الصحيحين مساوٍ لصحيح زرارة ، ومع فرض تقييد صحيح المملوك بالمرسل بالنسبة إلى ذلك بتقييد الجميع به أيضاً ، ولعله كذلك لما حكاه الفخر في شرح القواعد من الاتفاق على المرسل المزبور .

كما أنه يقوى الجمع هنا بحمل المطلق على المقيّد بالنسبة إلى خصوص المذكور من الجزاء وإن لم نقل به في غير المقام للتمنا في فيه دون غيره ، ولا ينافي ذلك استحباب العتق المستفاد من قوله تعالى (٤) : « فَكَ رَقَبَةً » وغيره . إنما الكلام في ترتيب الجزاء المزبور ، وهو العتق من النار .

(١ و ٢) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٧١ و ٢٧٢ .

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

(٤) سورة البلد : ٩٠ - الآية ١٣ .

ثم إن الظاهر إرادة الكناية باللفظ المزبور عن عتق المعتق من النار بعثقه والترغيب فيه ، لا المقابلة حقيقة حتى يأتي الكلام في فقد الأعضاء في المعتق والمعتق وزيادتها ، نعم ينبغي ملاحظة الذكورة والأنوثة وإن كان الرجاء بالله والظن به السراية فيما يعتق بعثقها من العضوين بالعضو ، والله العالم .

﴿ ويختص الرق ﴾ أي الاسترقاق ﴿ بأهل الحرب ﴾ دون اليهود والنصارى والمجوس الفائمين بشرائط الذمة ﴿ بخلاف ﴾ في شيء من ذلك ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى أصالة عدم ملك أحد لأحد و غيرها عدا ما خرج بالدليل من استرقاق الكفار أهل الحرب الذين يجوز قتالهم إلى أن يسلموا أو يقيموا بشرائط الذمة إن كانوا من الفرق الثلاثة .

﴿ و ﴾ من هنا ﴿ لو أخذوا ﴾ بذلك ﴿ دخلوا في أهل الحرب ﴾ بالنسبة إلى جواز استرقاقهم اتفاقاً محكياً في المسالك ، بل ومحصلاً .

ولا فرق في أهل الحرب بين أن ينصبوا الحرب للمسلمين ويستقلوا بأمرهم أو يكونوا تحت حكم الاسلام وقهره ، كمن بين المسلمين من عبدة الأوثان والذيران وغيرهم ، إلا أن يكونوا مهادين للمسلمين بالشرائط المقررة في كتاب الجهاد (١) المذكور فيه كيفية استرقاق الحربى وشرائطه ، إذ المراد هنا بيان أصل اختصاص ذلك بالحربى ، لا بيان جواز الاسترقاق لكل حربى ، كما هو واضح لكل من أحاط خبراً بما في الكتاب المزبور .

ثم إذا استرقوا يسرى الرق إلى أعقابهم المتجددين بعد الاسترقاق الذينهم نماء الملك وإن أسلموا مالم يتمم روا ، فتسرى الحرية في الأعقاب المتأخرة وإلا إذا كان أحد الأبوين حراً فتغلب الحرية إلا مع شرط الرق ، كما تقدم في كتاب التكاثر .

ولا فرق في الاسترقاق لمن عرفت بين المؤمن والمخالف والكافر ، كما في

التحرير و الفوائد و الدروس وغيرها ، ولعله لأهم حينئذ كالمباحث التي يملكها من تملكها ، نعم لأبأس بتملك من في يد الكفار منهم إذا كانوا حربيين كباقي أموالهم .

هذا وفي كشف اللثام في شرح قوله في القواعد : « ولا فرق بين سبي المؤمنين والكفار » قال : « لا فرق في جواز الاسترقاق بين سبي المؤمنين وغيرهم من فرق الاسلام والكفار ، وإن اختص الرقيق بالامام عليه السلام أو كانت فيه حصته فقد رخصوا في ذلك للشيعة في زمن الغيبة ، وغير المؤمن بملك بالسبي في الظاهر ، فيصح الشراء منه ، ويقوى التملك بالاستيلاء على مسبيته بغير عوض ، وفيه أن ذلك خروج عما نحن فيه من حصول الاسترقاق للحربيين في الجملة للمؤمن وغيره و لو بسرقة واغتيا ل ونحوهما ، لافي خصوص الغنيمة بغير إذن الامام عليه السلام التي هي من الأنفال المختصة بالامام عليه السلام المرخص فيها للشيعة زمن الغيبة لتطيب مواليدهم كما تقدم البحث في ذلك في محله (١) ومنه يعلم ما في قوله : « ويقوى التملك » إلى آخره ، وتمام التفصيل في ذلك كله في غير المقام ، والله العالم .

﴿ وكل من أقر على نفسه بالرق مع جهالة حرته ﴾ ولو لعدم ادعائها سابقاً على الإقرار وكان بالغاً رشيداً ﴿ حكم برقه ﴾ بالاختلاف ولا إشكال ، لعموم قوله عليه السلام (٢) : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » و لقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان (٣) : « كان علي عليه السلام يقول : الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك » بل إطلاقهما يقتضي عدم اعتبار الرشد كما هو المحكي عن الأكثر ، ولا ينافيه ما دل (٤) على منع السفه من التصرف المالي

(١) راجع ج ١٦ ص ١٣٤ إلى ١٣٤ .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الإقرار بالحديث ٢ و المستدرك الباب - ٢ -

منه الحديث ١ .

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

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

و لو إقراراً الظاهر في غير الفرض ، بل في المسالك وغيرها « أن الإقرار بالرقية ليس إقراراً بمال ، لأنه قبل الإقرار محكوم بحريته ظاهراً ، وإن كان لا يخلو من نظر .

وعلى كل حال فما قيل - من اعتباره لأن إقراره وإن لم يتعلق بمال ابتداءً ولكنه كشف عن كونه مالاً قبل الإقرار ، فانه إخبار عن حق سابق عليه لإنشاء من حينه ، ولا يمكن أن يكون بيده مال ، فان إقراره على نفسه يستتبع ماله ، فيكون إقراراً بمال محض ولو بالتبعية - واضح الضعف ، لما عرفت من عدم ظهور أدلة منع السفيه فيما يشمل الفرض ، فيبقى على مقتضى العموم السابق الذي يلزمه معه تبعية ما في يده .

هذا وفي المسالك « و يضعف الأول بأن ذلك لو منع قبول الإقرار لأدى إلى قبوله ، لأنه إذا لم يقبل بقي على أصل الحرية ، فينفذ إقراره ، فيصير مالاً ، فيرد فيصير حراً ، وذلك دور ، والمال جاز دخوله تبعاً وإن لم يقبل الإقرار به مستقلاً ، كما لو استلحق واجب النفقة ، فقد قيل : إنه ينفق عليه من ماله باعتبار كونه تابعاً لأصلاً ، أو يقال : يصح في الرقية دون المال لوجود المانع فيه دونها كما سمع في الإقرار بالزوجة دون المهر » .

وفيه منع الملائمة المقتضية للدور ، ضرورة اقتضاء عدم قبوله البقاء على الحرية التي لا يقتضي قبول الإقرار مع فرض عدم الرشد ، وأما ما ذكره أخيراً من الاحتمال ففيه اقتضاء بقاء المال حينئذ بلا مالك ، وقياسه على المهر واضح الفساد .

وعلى كل حال فمع قبول إقراره لا يسمع انكاره بعد ذلك ، بل لا تقبل بيئته التي كذبها بإقراره ، نعم في المسالك وغيرها « إلا أن يظهر لإقراره تأويلاً يدفع التناقض ، فيقوى القبول ، كما لو قال : لم أعلم بأنني تولدت بعد إعتاق أحد الأبوين فأقررت بالرق ، ثم ظهر لي سبق العتق على الإقرار بالبيئنة أو الشيع المفيد لذلك » . قلت : لا يخلو ذلك من بحث ما لم يحصل العلم بفساد إقراره السابق .

و لو أنكر المقر له رقيته بقي على الرقية وإن كانت مجهولة عندنا ولا يقبل رجوعه أيضاً ، لعموم أدلة جواز الإقرار عليه ، ويكلف حينئذ بالتوصل إلى مالكة ، كما لو أقر بمال شخص فأنكره ، ولكن في المسالك « يتجه حينئذ جواز رجوعه ، لأنه مال لا يدعيه أحد ، وإقراره السابق قد سقط اعتباره برد المقر له ، فإذا لم يصح حرّاً بذلك فلا أقل من سماع دعواه الحرية بعد ذلك » . وفيه أن رد المقر له لا يقتضي عدم جواز الإقرار على المقر ، بل وكذا لو لم يعين المقر له ابتداءً ثم رجع وإن قال في المسالك : « أولى بالقبول » لكنه لا يخلو من نظر ، خصوصاً إذا لم يلتزم نحو ذلك في الإقرار بمال غير الرقية .

وإذا بيع العبد في الأسواق لم يقبل دعواه الحرية إلاً ببيئته عملاً بالظاهر ، أما مجرد اليد عليه فقير كافٍ كما في الدروس ، فنقبل دعواه حرية الأصل لأعروض الحرية إلاً ببيئته ، قلت : لا يخلو عدم الاكتفاء باليد من بحث قد تقدم هو وكثير من مسائل إقرار العبد في كتاب البيع في باب الحيوان (١) فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

﴿ وكذا الملتقط في دار الحرب ﴾ يحكم برقيته للملتقط ، بناءً على أن الالتقاط من الاستيلاء المملوك وإن لم يقصد التملك ، وإلاً فالمراد بجوز استرقاقه تبعاً للدار في اللحق بحكم أهل الحرب الذين قد عرفت جواز استرقاقهم ، نعم يشترط في ذلك أن يكون فيها مسلم يمكن تولده منه ولو أنثى ، وإلاً حكم بغيرته للأصل ، ولكن فيه بحث إن لم يكن إجماعاً قد ذكرناه أيضاً في كتاب البيع في باب بيع الحيوان (٢) فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

﴿ وإذا اشترى إنسان من حرّبي ولده أو زوجته أو أحد ذوي أرحامه كان جائزاً وملكه ﴾ وإن كان ممّن ينعتق عليه ، ولكن يكون عند جماعة استنفاذاً

(١) راجع ج ٢٤ ص ١٤٩ الى ١٥٣ .

(٢) راجع ج ٢٤ ص ١٣٨ و ١٣٩ .

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

ومن الغريب أن الفاضل جزم بصرف الشراء في الفرض إلى الاستنقاذ ، وتوقف في لحوق أحكام البيع له من الخيار والأرض ، وفي الدروس هنا ولو اشترى من الكافر قريبه جاز وإن كان ممن ينعتق عليه ، ويكون استنقاذاً لا شراءً من جانب المشتري ، فلا يثبت فيه خيار المجلس والحيوان ، والأقرب أن له رده بالعيب وأخذ الأرض وأشكل بأن الأرض عوض الجزء الفائت في المبيع ولا يبيع هنا ، وبأنه قد ملكه بالاستيلاء فكيف يبطل ملكه بمجرّد الرد ، وليس من الأسباب الناقلة للملك شرعاً في غير البيع الحقيقي ، ودفع بأن قدوم الحرمة على البيع التزام بأحكام البيع التي من جملتها الرد بالعيب أو أخذ أرضه ، فردّه عليه ينزّل منزلة الإعراض عن المال ، والتمن غايته أن يكون قد صار ملكاً للحرمة ، والتوصل إلى أخذه جائز بكل سبب ، وهذا منه بل أدلى ، لأنه مقتضى حكم البيع .

وفيه - مع أنه لا يتم في مال الحرمة المعتصم بدخول دار الاسلام بأمان - أنه يقتضي جريان غير ذلك من أحكام البيع التي منها الخيار الذي قد صرح بعدم جريانه عليه ، فلا محيص حينئذ بعد القول بالتزام أحكام البيع عن القول بصحته حقيقة ، لعدم الاعتناق عليه كما ألزم به هنا في المسالك ، أو باجراء حكم الصحة عليه في

(١) راجع ج ٢٤ ص ١٢٧ و ١٣٨ .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ٢ و ٣ من كتاب

جانب البيع ولولنصوص (١) الالزام ، وقد تقدم الكلام في ذلك في كتاب البيع (٢) فلاحظ و تأمل .

ويمكن أن يقال : إن ما في الدروس مبني على تعدية حكم الرد والأرض لما يؤخذ استنفاذاً أيضاً كالبيع ، فإن معناه على ما صرح به الفخر في الشرح عوض عن يد شرعية في نفس الأمر كهذه أو ظاهراً أو غير شرعية ، بل صرح الكركي أيضاً بنحو ذلك ، وقال : « إن ما يبذله المشتري في الفرض عوض عن يد شرعية » والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف أجده في أنه ﴿ يستوى سبى المؤمن والضال ﴾ ولو الكافرين ﴿ في استباحة الرق ﴾ بل ادعى بعض مشائخنا الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى إطلاق الأدلة ، وإلى خصوص الصحيح (٣) عن أبي الحسن عليه السلام قال رفاعة له : « إن الروم يغيرون على الصقالية والروم فيسترقون 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 أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم ؟ فقال : لأبأس بشرائهم ، إنما أخرجوا من الشرك إلى دار الاسلام ، وإطلاق خبر إبراهيم بن عبد الحميد (٤) عنه عليه السلام أيضاً « في شراء الروميات فقال : اشترهن » وبمعن « وخبر عبد الله اللحام (٥) سأل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى

(١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٥ و ٦ و ١٠ و ١١ والباب - ٤ - من أبواب ميراث الاخوة والباب - ٣ - من أبواب ميراث المجوس من كتاب المواريث .

(٢) راجع ج ٢٤ ص ١٣٦ .

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ١ وفيه « الصقالية » كما في الكافي ج ٥ ص ٢١٠ والتهذيب ج ٦ ص ١٦٢ .

(٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ٢ من كتاب التجارة .

(٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ٣ من كتاب

التجارة .

امرأة رجل من أهل الشرك يتفخّذها ، قال : فقال : لا بأس ، .

فمن الغريب ما في المسالك هنا من « أن المراد بالضلال ما يشمل المسلمين منهم والكافرين ، فلو سبي كافر مثله ملكه ، وجاز شراؤه منه ، وكان الكلام في شرائه منه كالكلام في شراء ولده و زوجته منه ، ولو كان الكافر ذميّاً أو مسلماً مبدعاً فلا إشكال في تملكه ، وقد أباح الأئمة عليهم السلام شراء ذلك منهم وغيره من ضروب التملكات وإن كان للإمام أو بعضه من غير اشتراط إخراج الحصّة المذكورة ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان في إزالة الرق تكون بأسباب أربعة : المباشرة والشرائية والملك والموارض .

﴿ أما المباشرة فالعتق والندبير والكتابة ﴾ وإن اختلفت في كيفية التسبب بالنسبة إلى احتياج حصول الحرية منها إلى أمر آخر غير الصيغة - كالندبير والكتابة المققرين إلى الموت والتأدية - وعدم ذلك ، كالعتق ، وستعرف ذلك مفصلاً .

﴿ أما العتق فعبارة الصريحة التحرير ﴾ بأن يقول : « أنت - أدهو أو فلان أو نحو ذلك - حر » فانه لا خلاف نصاً (١) وفتوى في حصول التحرير به حينئذ ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وهو الحجة بعد النص المتضمن لانشاء العتق به من سيّد الساجدين عليه السلام (٢) وإلاّ فقوله تعالى (٣) : « فتحرير رقبة مؤمنة » لا يقتضي كون الصيغة التي يحصل بها الانشاء ذلك ، وإلاّ لاقتضى قوله تعالى (٤) : « فك »

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

(٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الكفارات الحديث ١ من كتاب الإبلات

والكفارات .

(٣) سورة النساء : ٤ - الآية ٩٢ .

(٤) سورة البلد : ٩٠ - الآية ١٣ .

رقية ، نحوه ، ﴿ و ﴾ ليس كذلك اتفاقاً محكياً إن لم يكن محصلاً كما استعرف .
نعم ﴿ في ﴾ اشتقاقها من ﴿ الاعتاق ﴾ بأن يقول : « اعتقتك » ﴿ ترد ﴾
وخلاف ينشأ من التردد في المراد من النصوص (١) الواردة في ذلك المتقدمة في
كتاب النكاح فيمن قال لأُمته : « اعتقتك وجعلت عتقك صداقك » أنه إنشاء العتق
بذلك أو هو إخبار لها بالحال ، وإن كان العتق قد حصل قبل ذلك بقول : « هي حرة
وجعلت عتقها صداقها » وإن كان الظاهر منها الأول .

لكن في الرخصة « أن ظاهرهم عدم العتق بها ، بل وبالصريح محضاً ، كحررتك ،
ولعله لبعد الماضي عن الانشاء ، وقيامه مقامه في المقود على وجه النقل خلاف الأصل ،
فيقتصر فيه على محله ، وهو غريب خصوصاً بعد أن حكى هو قبل ذلك بيسير اتفاق
الأصحاب على صحة العتق في قول السيد لأُمته : « أعتقتك وتزوجتك » نعم كان
المتبجح الاقتصار عليها دون « حررتك » التي لم نعث في شيء من النصوص على إنشاء
التحرير بها .

كما أن المتبجح الاقتصار عليها من التحرير بأنت حر ، دون « أنت عتيق »
أو معتق ، ضرورة كون المدار على ما ثبت من النصوص إنشاء التحرير به ، وليس هو
إلا « أنت - مثلاً - حر » و « أعتقتك » بناءً على أحد الوجهين في النصوص المزبورة ،
فلا وجه للاحاق « حررتك » بأعتقتك ، كما لا وجه للاحاق « أنت عتيق » بأنت
حر ، لما عرفت من أن الثابت من النص (٢) ذلك ، وهو المراد من الصريح في
كلامهم ، لأصالة عدم زوال الرق ، و « أوفوا بالعقود » (٣) لا يشمل المقام على
الأصح ، وإطلاقات العتق المسافة لغير ذلك لا يستفاد منها كيفية الصيغة ، خصوصاً
بعد وهنها أيضاً باعراض الأصحاب عن ذلك واقتصارهم على خصوص التحرير أو هو

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب نكاح المبيد والاماء .

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

(٣) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

مع الاعتاق .

ولذا قال المصنف وغيره ، بل في كشف اللثام الاتفاق عليه ، بل لعله ظاهر غيره أو صريحه : ﴿ ولا يصح ﴾ إنشاء العتق ﴿ بما عدا التحرير ﴾ خاصة أو مع الاتفاق من أي لفظ ﴿ صريحاً كان أو كناية ولو قصد به العتق كقوله ﴾ صريحاً كما في القواعد : ﴿ فككت رقبتك ﴾ أو أزلت قيد الملك ، ﴿ أو ﴾ كناية : ﴿ أنت سائبة ﴾ أو « لاسبيل لي عليك » أو « لاسلطان » أو نحو ذلك ، خلافاً للعامة ، فجوزوه في الكناية فضلاً عن الصريح .

ومن ذلك يعلم أن المراد من الصريح أولاً في كلامهم ما ذكرناه من أنه الذي ثبت شرعاً إنشاء العتق به ، لا الدال على المقصود بلا واسطة . بل ومنه يعلم أن وجه التردد في الاتفاق ما ذكرناه . لا كونه صريحاً أو لا ، ضرورة أنه لا مجال لانكار صراحته ، بل استعماله في ذلك أزيد من لفظ التحرير ، كما لا يخفى على من تصفح النصوص . بل منه أيضاً يعلم النظر فيما ذكره في المسالك وبعض من تأخر عنها من أن المدار على الصريح وعدمه ، حتى التزم صحة إنشاء العتق بكل لفظ صريح في ذلك ، وهو مناف لما عرفته من كلماتهم .

بل مما ذكرناه يعلم النظر في عبارة المتن وغيرها إن كان المراد من التحرير والاتفاق فيها جواز اشتقاق الصيغة منهما بأي هيئة كانت ، جملة اسمية أو فعلية ، ضرورة كونه منافياً لما سمعته من التوقيفية في العتق الذي هو من العبادة أو شبهها في ذلك ، فالمتبجح حينئذ لاقتصار على الجملة الاسمية من التحرير والفعلية من الاتفاق ، بناءً على أحد الوجهين في النصوص المزبورة ، ودعوى التعدية في كل منهما إلى الآخر لادليل عليها ، بل ظاهرهم خلافها ، فتأمل جيداً ، فانك لا تجد هذا المقام محرراً في غير هذا الكتاب ، والحمد لله الموفق المسدد .

﴿ ولو قال لأمته : « يا حرة » وقصد العتق ففي تحريرها ﴾ بذلك ﴿ تردد ﴾ ينشأ من أنها بغير هيئة الصيغة المعهودة ، ومن أنها مجاز بحرف النداء عن

معنى « أنت » ﴿ والأشبه ﴾ عند المصنف وغيره ﴿ عدم التحرير لبُعده عن شبه الإِشاء ﴾ بل في كشف اللثام « إنما هو إنشاء للنداء وإن جاز التجوز به عنه ، لكنه استعمال نادر يعد من الكنايات » .

قلت : لكنه قد يناقش بأن الفرض عدم إرادة معنى النداء منه ، بل المراد منه إنشاء العتق ، وليس فيه إلا التجوز بموضوع الصيغة ، وهو « أنت » من حرف النداء ، ومن المعلوم أن موضوع الصيغة لا يعتبر فيه إلا ما يميزه من لفظ « أنت » ود هو ، وهذا ، و « فلان » وغيرها من الألفاظ الحقيقية أو المجازية المعينة له ، وإنما الممنوع الكناية والتجوز بمحمول الصيغة الذي هو « حر » ودعوى جزئية موضوع الصيغة منها على وجه لا يجوز تمييزه باللفظ المجازي لاشاهد لها ، بل يمكن القطع بعدمها ، نعم لو كان المراد من حرف النداء معناه ولكن مع إنشاء التحرير بقوله : « حرة » اعتماداً على تقدير « أنت » بمعونة حرف النداء أمكن الاشكال فيه بكونه خلاف الثابت من الصيغة ، ومثله إذا قال : « حر » من دون ذكر الموضوع وإن دل عليه الحال أو غيره ، والله العالم .

﴿ ولو كان اسمها « حرة » فقال : أنت حرة فان قصد الإخبار لم تنعق ﴾ قطعاً ﴿ وإن قصد الإِشاء صح ﴾ كذلك ﴿ وإن جهل منه الأمران ﴾ رجع إلى قوله في نيته ، للاشتراك وعدم الوصلة إلى امتياز المراد منه إلا قوله ، و يقبل وإن خالف القانون وادعى قصد الإخبار أو عكس ، كما إذا لم يقف وجاء به منوفاً ، أو بلا تنوين ، فان الاسم غير منصرف بخلاف الصفة .

﴿ و ﴾ إن ﴿ لم يمكن الاستعلام ﴾ بموت ونحوه ﴿ لم يحكم بالحرية ﴾ قطعاً ﴿ لعدم اليقين بالقصد ﴾ أي قصد الإِشاء ، فيبقى على أصالة الرق ﴿ و ﴾ لكن في المتن ﴿ فيه تردد منشأ التوقف بين العمل بحقيقة اللفظ والتمسك بالاحتمال ﴾ وهو كما ترى ، ضرورة اشتراك الصيغة بين الإخبار والإِشاء ، فمع فرض عدم ما يقتضي أحدهما تبقى أصالة الرقية وغيرها بلا معارض ، كما هو واضح ،

والله العالم.

﴿ ولا بد من التلفظ بالعربى ﴾ أو ما يقوم مقامه على الأقوى ، كما عرفت فيما تقدم ، ﴿ ولا تكفى الإشارة مع القدرة على النطق ولا الكتابة ﴾ .
كما في غيره من العقد والايقاع ، للأصل وحسن زراة (١) قال للباقر عليه السلام :
« رجل كتب بطلاق امرأته أو بعثق غلامه ثم بدا له فمعهه ، قال : ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به » مؤيداً بقوله عليه السلام (٢) : « إنما يحلل الكلام ويحرّم الكلام » .

بل لا بد من النطق بالعربية مع القدرة عليها أيضاً للأصل أيضاً بعد عدم تلقى غير العربى منه عليه السلام ، بل لعل المنساق العربى من كل ما كان موضوع الحكم فيه القول والتلفظ والكلام ونحو ذلك .

نعم يكفى مع العجز الإشارة المفهومة الملمح بها أو أولى منها سائر اللغات ،
لفحوى نصوص الأخرس (٣) وخصوص صحيح الحلبي (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام :
« إن أباه حدثه أن أمانة بنت أبي العاص الربيع وأُمها زينب بنت رسول الله ﷺ تزوجها بعد على عليه السلام المغيرة بن نوفل إنها جمعت وجمعاً شديداً حتى اعتقل لسانها ، فأناها الحسن والحسين عليهما السلام وهي لا تستطيع الكلام فجعلوا يقولان والمغيرة كاره لما يقولان : أعتقت فلاناً وأهله ، فتشير برأسها أن نعم ، وكذا وكذا ، فتشير برأسها نعم أم لا ، قلت : فأجازا ذلك لها ؟ قال : نعم ، وغير ذلك ممّا مرّ في نظائر المسألة ، والله العالم .

﴿ ولا بد من تجريده عن الشرط ، فلو علّقه على شرط مترقب ﴾ كقدوم

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

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

(٣) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب القراءة في الصلاة الحديث ١ والباب - ١٩ -

من أبواب مقدمات الطلاق .

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

زيد ﴿أو صفة﴾ معلومة الوقوع كطلوع الشمس أو غيره عدا التدبير ﴿لم يصح﴾
وإن وقع الشرط ، لأنه لا يقع إلا منجزاً إجماعاً في محكي الخلاف و السرائر
والمختلف ، وهو الحجة ، مضافاً إلى محكي الإجماع أيضاً على اعتبار التنجيز في
مطلق العقد والایقاع إلا ما خرج ، وإلى ما ذكرناه مكرراً من منافاة ذلك لظاهر
الأدلة المقتضية لسببيته إذا كان التعليق مقتضياً لتأخر أثره ، وإلى أن الثابت
سببيته من الأدلة الشرعية المنجز ، بل مقتضى الأول و الأخير عدم صحته
وإن كان المعلق عليه متحققاً حال الصيغة ، لأن ذلك لا يخرج عن كونه
إنشاءً معلقاً .

نعم لو علقه بالنقيضين وقع مع اتحاد الكلام ، لظهور الجمع بينهما في إرادة
التأكيد دون التعليق ، مع أنه احتمل العدم فيه للتعليق ، بل هو خيرة الفخر في
الشرح وإن كان ضعيفاً ، لكون المفروض إرادة التأكيد لا التعليق ، أما مع اختلاف
الكلام فالمتبجه العدم ، لما عرفت .

وكذا لا يصح لو قال : «أنت حر» متى شئت ، وإن بادر إلى المشيئة ، لأنه
من التعليق أيضاً حتى لو قال : «إني كنت شئت حين قلت ذلك» ، لما عرفت من
تحقق التعليق وإن اتحد زمان الانشاء والایقاع ، ومنه يعلم فساد احتمال حصول
التحرير بقوله : «أنت حر» وإلغاء قوله : «متى شئت» ضرورة كون القصد إنشاءً
معلقاً ، فلا يترتب عليه الأثر ، كما هو واضح .

وعلى كل حال فما عن الفاضي من الوقوع مع التعليق على الوقت و أبي
على الشرط واضح الضعف ، وكذا ما عساه يظهر من محكي النهاية والاستبصار
من أنه يقع مشروطاً في التذور و القربات ، كقوله : «إن شقائي الله
فعبدي حر» ، دون اليمين كقوله : «إن دخلت الدار فعبدي حر» ، و نحوه
عن الغنية .

بل في اللمعة والروضة «لو نذر عتق عبده عند شرط سائغ على ما فصل العقد
النذر والعقد مع وجود الشرط ، وفي الأخير «إن كانت الصيغة إن كان كذا من الشرط

السائق فعبدي حرّ ، ووجب عتقه إن قال : لله عليّ أن أعتقه ، والمطابق للعبارة الأولى ، لأنه العتق المعلق لا الثاني ، فانه الاعتاق ، ومثله القول فيما إذا نذر أن يكون ماله صدقة أو لزيد أو أن يتصدق به أو يعطيه لزيد ، فانه ينتقل عن ملكه بحصول الشرط في الأولى ، ويصير ملكاً لزيد قهرياً ، بخلاف الأخير ، فانه لا يزول ملكه به ، وإنما يجب أن يتصدق به أو يعطى زيداً ، فان لم يفعل بقي على ملكه وإن حنث ، ويتفرع على ذلك إبراؤه منه قبل القبض ، فيصحّ في الأولى دون الثاني .

وفيه (أولاً) أن ذلك ليس من العتق بالصيغة معلقاً ، بل هو بالنذر الذي ثبت فيه مشروعية التعليق ، والبحث إنما هو في إنشاء العتق بصيغته معلقاً ، و (ثانياً) إمكان منع صحة ذلك ، لعدم اقتضاء أدلة النذر مشروعية نذر الآثار التي أوقفها الشارع على صيغ خاصة كالنكاح والطلاق والوقف ونحوها ، بل وكذا الكلام في نذر كون المال لزيد ، نعم لو نذر كونه لله خرج عن ملكه ووجب الصدقة به ، وقد تقدم منّا البحث في وقوع هذه الآثار لو كانت بالشرط الذي يقتضي أدلته كونه أوسع دائرة من النذر ، فلاحظ وتأمل . والله العالم .

﴿ وكذا ﴾ لا يصحّ ﴿ لو قال يدك حرة أو رجلك أو رأسك أو وجهك ﴾ بلا خلاف أجده بين من نعرّض له ، بل عن الانتصار الاجماع عليه ، بل ولا إشكال إذا كان المراد تحرير الأجزاء المزبورة ، ضرورة عدم ثبوت مشروعيته ، بل الثابت عدمه ، أما مع إرادة الكناية بذلك عن الشخص نفسه - ولو مجازاً لعلاقة الجزء والكل - وإن كان على الوجه الفاسد - فيشكل عدم صحته بتحقيق صيغة العتق التي لم يثبت اعتبار ذكر المعتقد فيها باسمه أو بما يدل عليه حقيقة ، وكون العتق لا يقع بالكناية إنما يراد به ما يدل على التحرير لا المحرّر ، وفي كشف اللثام إن أراد بالوجه الذات وقع ، لكونها من معانيه ، وللعامة قول بالوقوع إذا علق على ما يطلق على الجملة كالرأس ، وآخر به مطلقاً .

وفي المسالك بعد أن ذكر عدم وقوع العتق بالأجزاء المزبورة قال : « وإن كان

الوجه والرأس قد يطلق على الذات عرفاً ، لأنه خلاف المتبادر ، ولعدم نقل مثل ذلك شرعاً ، وفيه أن التبادر وعدمه لامدخلية له في المقام ، إذ الفرض معلومية كون ذلك مراد اللفظ ، وعدم النقل شرعاً لمعلومية عدم التعبد فيما يدل على المعتقد .

ثم قال : « واعلم أنه قد تقدم وقوع الكفالة المتعلقة بالوجه والرأس معللاً بأنه قد يعبر بهما عن الجملة عرفاً ، والفرق بين الكفالة والعتق أن القصد الذاتي منها إحضار البدن ، والذات تابعة عرفاً ، وهنا بالعكس ، فإن الحرية المقصودة من العتق متعلقة بالذات ، والبدن تابع إذا جعلناه غيره ، وأما الفرق بينهما بأن المعتبر في الكفالة العرف وفي العتق الشرع فلا يخلو من تحكم وإن كان العرف منصرفاً في الفرق الأول ، وفيه ما لا يخفى بعد الاحاطة بما ذكرناه .

بل منه يعلم ما في قول المصنف وغيره : ﴿ أما لو قال : بدنك أو جسدك فلا شبه وقوع العتق لأنه هو المعنى بقوله أنت حر ﴾ أي أنهما في العرف بمعنى واحد ، ولا إشكال في وقوع العتق بالأخير ، سواء قلنا بكون الإنسان جسماً أو جسمانياً ، فكذا ما كان بمعناه عرفاً عاماً ، ولأن المالكية والمملوكية يتواردان على الموضوع الواحد ، والمملوكية تتعلق بالهيكل المحسوس قطعاً فكذا المالكية المترتبة عليها الحرية ، ومن هنا قال في المسالك : « والأقوى الوقوع بذلك إلا أن يكون القائل معتقداً أن الإنسان خلاف ذلك ، وادعى قصد شيء غيره ، فيرجع إليه فيه » .

قلت : لا ينبغي التأمل في الصحة إذا كان المراد من ذلك معنى « أنت » أو « زيد » أو نحوهما مما يدل على الجملة ، لما عرفت ، كما أنه لا ينبغي التأمل في البطالان إذا كان المراد خلاف ذلك ، خصوصاً مع عدم تناول اسم الجسد والبدن لجميع أجزاء الشخص ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ هل يشترط تعيين المعتقد ؟ الظاهر ﴾ عند المصنف

أنه ﴿ لا ﴾ يشترط ، بل هو المشهور على ما قيل ، بل عن الكثر أنه لم يظهر فيه خلاف ، لاطلاق الأدلة وتغليب الحرية السالمين عن معارضة عدم صلاحية تعلق الحكم بالمبهم بعد فرض تحققه في الشرع فيما إذا أعتق ممالكه كلهم في مرضه ولم يخرجوا من الثلث ولم يجز الورثة ، فانه يخرج قدر الثلث بالقرعة إلا أنه إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشة بأنه الثابت من النصوص (١) المتضمنة للصيغة المعينة ، وقد عرفت أن الاطلاقات غير مسافة لبيان ذلك ، والا بهام الثابت في الفرض المزبور لا يستفاد منه جواز الا بهام في متعلق الصيغة أولاً ، وإنما كان المتجه فيه العتق بالثلث المشاع في العبيد إلا أنه لمكان النص (٢) صححت القرعة فيه على الثلث المعين ، ومن هنا يقوى احتمال الاشتراط ، بل قد تقدم في الطلاق ما يستفاد منه قوته زيادة على ذلك ، ولعله لذا كان ظاهر الشهيد في الدروس التوقف ، بل هو صريح الفخر في الشرح ، بل صريح نهاية المرام عدم الجواز بعد أن حكاه قولاً ، نعم لا محيص عن القول به هنا مع فرض الاجماع المزبور .

وحينئذ ﴿ فلو قال : أحد عبيدي حر ﴾ صح ورجع إلى تعيينه ﴿ عند المشهور أيضاً لنحو ما سمعته في الطلاق (٣) ولكن قد ذكرنا هناك قوة القول بالرجوع إلى القرعة التي هي لكل أمر مشكل لا المشتبه خاصة ، كما يقتضي به أصل مشروعيتها ، وهو مساهمة يونس عليه السلام (٤) ولا ريب في تحقق الاشكال مع فرض عدم الطريق وفرض وقوع العتق بالصيغة لا بها مع التعيين إذ لم يثبت كون التعيين تنهياً منه حينئذ طريقاً شرعاً إلى ذلك كما أوضحناه هناك ﴿ فـ ﴾ لا حظ وتأمل .

(١) الوسائل الباب - ٢٨ - من كتاب العتق والباب - ٣٠ - من أبواب الكفارات

الحديث ١ والمستدرک الباب - ٢٤ - من كتاب العتق .

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

(٣) راجع ج ٣٢ ص ٥٢ .

(٤) سورة الصافات : ٣٧ - الآية ١٤١ .

نعم بناءً عليه ﴿ لو عيّن ثم عدل لم يقبل ﴾ لعدم بقاء موضوع العتق بعد تعيينه ، فيبقى حينئذ من عدل إليه على أصل الرقبة بعد فرض لغوية تعيينه الثاني ، وقد تقدّم في الطلاق (١) تحقيق الحال في أن التعيين المزبور كاشف عن العتق بالصيغة ، وعليه مبنى قوة القول بالفرعة أو أنه متمم لها ، فيحصل حينئذ من حينه مع سائر الفروع المتعلقة بذلك و بغيره التي لا يخفى عليك جريانها في المقام ، فلاحظ وتدبر .

﴿ و ﴾ منها ما ﴿ لو مات قبل التعيين ﴾ فانه ﴿ قيل : يعيّن الوارث ﴾ الذي هو خليفة الموروث وقائم مقامه حتّى في مثل التعيين الراجع إلى التشهي ، بل قد يدعى انتقاله إليه بالارث كحق الخيار ونحوه ﴿ وقيل : يقرع ﴾ لعدم مورديّة نحو التعيين المزبور ، ولا دليل على قيام الوارث مقامه في تعيين المبهمات ، فليس حينئذ إلاّ الفرعة ﴿ وهو أشبه لعدم اطلاع الوارث على قصده ﴾ الناشئ تشهياً ، وعدم ثبوت إرادته لذلك ، بل قد عرفت قوة القول بالرجوع إليها قبل الموت ، بل يظهر من ترجيح المصنّف وغيره الرجوع إليها هنا عدم اختصاصها بالمشتبه ، وإنما يؤتى بها للترجيح كما قدمنا الكلام فيه في كتاب الطلاق (٢) هذا كله في المبهم في نفس الصيغة و يراد إنشاء تعيينه .

﴿ أما لو أعتق معيناً ثم اشتبه ﴾ عليه ﴿ ارجى ﴾ حتّى يذكر ﴿ وعمل على مقتضى المقدمة حال عدم الذكر ﴾ فان ذكر عمل بقوله ﴿ مع عدم المعارض لأنّه المرجع في نحو ذلك ، و تعين من عيّنهُ للعتق ﴾ ولو عدل بعد ذلك لم يقبل ﴿ لأنّه إنكار بعد إقرار للغير بحق الحرية ، بل قيل : إنه يحكم بحرية المعدول إليه أيضاً عملاً بإقراره المتأخر وإن كان لنا فيه بحث قد تقدّم في الطلاق (٣) أيضاً ﴾ فان

(١) راجع ج ٣٢ ص ٢٦-٢٨ .

(٢) راجع ج ٣٢ ص ٢٦-٢٨ .

(٣) راجع ج ٣٢ ص ٥٢ .

لم يذكر لم يقرع مادام حياً لاحتمال التذكر * فلم يتحقق الاشكال الذي هو موضوع القرعة ، اللهم إلا أن يستلزم ذلك الضرر والنمطيل ، فقد يقال حينئذ بها ، ويأتي الكلام حينئذ فيما لو تذكر بعدها بما ينافيها كما تقدم الكلام فيه في كتاب الطلاق (١) فلاحظ .

* ولو مات وادعى الوارث العلم * و لو لدعوى اطلاعه عليه منه * رجع إليه * ولكن فيه بحث قدمناه أيضاً في كتاب الطلاق (٢) * وإن جهل أقرع بين عبيده * بلا خلاف * لتحقق الاشكال واليأس من زواله * واحتمال الرجوع إلى الوارث هنا واضح الفساد .

* و لو ادعى أحد مماليكه أنه هو المراد بالعنق * و لو للاطلاع عليه من قبله * فأنكر * المولى * فالقول قوله * أي المولى * مع يمينه * لأنه منكر ، * وكذا حكم الوارث . * لمعوم قوله عليه السلام : (٣) « البينة على المدعى » * واليمين على من أنكر ، نعم * لو نكل * عن اليمين * قضى عليه * بالنكول إن قلنا به ، وإلا أحلف المملوك وأعتق كما في غير ذلك من الدعاوي ، وهو واضح .

* و * كيف كان فـ * يعتبر في المعتق البلوغ وكمال العقل و الاختيار والقصد إلى العتق والتقرب إلى الله تعالى * و كونه غير مجبور عليه * لسفه أو فلس بلا خلاف أجده في شيء من ذلك عدا من بلغ عشرين من الأول الذي ستعرف الكلام فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى عموم الأدلة ، و خصوص صحيح زرارة (٤) عن أبي جعفر عليه السلام « سألت عن عتق المكروه فقال ليس عتقه بعتق » و صحيحه الآخر خاصة أو مع محمد بن مسلم و بريد بن معاوية و فضيل و اسماعيل

(١) راجع ج ٣٢ ص ٤٦ .

(٢) راجع ج ٣٢ ص ٥٢ .

(٣) الوسائل الباب ٣ - من أبواب كيفية الحكم الحديث ٥ وفيه « البينة على المدعى

واليمين على المدعى عليه » .

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

الأزرق ومعمّر بن يحيى (١) عنه عليه السلام أيضاً وعن أبي عبد الله عليه السلام «إن المدّله ليس عتقه بعتق» وصحيح الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن طلاق السكران قال: لا يجوز ولا عتقه» ونحوه صحيحه الآخر (٣) عنه عليه السلام أيضاً، وصحيح حماد وابن أذينة وابن بكير وغير واحد (٤) عنه عليه السلام أيضاً «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى» ونحوه خبر أبي بصير (٥) عنه عليه السلام أيضاً، وخبر علي بن أبي حمزة (٦) عنه عليه السلام أيضاً «لا عتق إلا ما طلب به وجه الله عز وجل» و خبر عبد الأعلى مولى آل سام (٧) عنه عليه السلام أيضاً «لا طلاق إلا على كتاب الله، ولا عتق إلا لوجه الله» إلى غير ذلك.

نعم و في عتق الصبي إذا بلغ عشر أصدقته تردّد و خلاف، فالأكثر كما في كشف اللثام على عدم، لا طلاق الأدلة في سلب عبارته، والشيخ على الصحة و مستند الجواز رواية و الشيخ عن موسى بن بكر عن و زرارة (٨) عن أبي

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

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢١ - من كتاب العتق الحديث ١ - ٢ .

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

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٧٨ .

(٦) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب العتق الحديث ٢ وهو خبر أبي بصير الذي

أشار إليه (قدمه) فانه وإن رواه في الوسائل عن علي بن أبي حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام

الا أن الموجود في الكافي ج ٦ ص ١٧٨ عن أبي حمزة عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام

وهناك صحيحة أخرى يدل على المطلوب أم يتعرض لها في الجواهر، وهي الصحيحة التي

رواها في الوسائل في الباب - ١٣ - من كتاب الوقوف والصدقات الحديث ٢ عن حماد بن

عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل» .

(٧) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الإيمان الحديث ٩ .

(٨) الوسائل الباب - ٥٦ - من كتاب العتق الحديث ١ .

جعفر عليه السلام قال : « إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له من ماله ما أعتق وتصدق على وجه المعروف فهو جائز » وبإسناده عن صفوان بن يحيى عن موسى بن بكر (١) مثله ، إلا أنه قال : « على حديث معروف وحق فهو جائز » بل رواه الكليني أيضاً عن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد بن عيسى جميعاً عن صفوان بن يحيى (٢) إلى آخره ، وفي النافع أسنده إلى رواية حسنة ، و ظاهره الميل إليه ، بل ربما يؤيده ما تقدم من جواز وصيته بالمعروف التي منها العتق ، بل منها التدبير بناءً على أنه وصيته به ، وذلك لاستبعاد صحته تدبيراً وعدمها تنجيهاً .

و لكن مع ذلك كله أطنب في المسالك في بيان سقوط هذه الرواية ، وذلك لأن في سندها موسى بن بكر ، وهو واقفي غير ثقة . وابن فضال ، وهو فطحي وإن كان ثقة ، والشيخ تارة أوقفها على زرارة ، وأخرى إلى الباقر عليه السلام ، كما أن المصنف أسندها إلى زرارة هنا ، وقال في نكت النهاية : « إنها موقوفة » وفي النافع وصفها بالحسن ، ولعله أراد غير الحسن المصطلح ، إلى أن قال : « فمع هذه القوادح كيف تصلح لاثبات هذا الحكم المخالف لأصول المذهب ، بل إجماع المسلمين ، فاطراحها متعين ، ويمكن حملها وحمل ماورد (٣) في معناها في جواز وقفه وصدقته ووصيته

(١) أشار إليه في الوسائل الباب - ٥٦ - من كتاب العتق الحديث ١ وقد ذكره في التهذيب في موضعين : الأول في ج ٨ ص ٢٤٨ بإسناده عن موسى بن بكر عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام وفيه « . . . وتصدق على وجه المعروف فهو جائز » . والثاني في ج ٩ ص ١٨١ بإسناده عن علي بن الحسن عن علي بن الحكم عن موسى بن بكر عن زرارة مضمراً . وفيه « . . . على وجه معروف وحق فهو جائز » ولم نثر على السند واللفظ اللذين ذكرا في الجواهر والوسائل .

(٢) أشار إليه في الوسائل الباب - ٥٦ - من كتاب العتق الحديث ١ وذكره في الكافي ج ٧ ص ٢٨ .

(٣) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الوقوف والصدقات .

على أن ابن العشر محل إمكان البلوغ ، كما تقدم في أن الولد يلحق به في هذا السن لإمكان بلوغه بالمضي فبسبب أنه في وقت إمكان البلوغ وجواز التصرف أطلقوا جواز تصرفه ، والمراد به إذا انضم إليه ما يدل على البلوغ ، بمعنى أنه من حيث السن لا مانع من جهته وإن توقف على أمر آخر ، وهذا خير من إطراح الروايات الكثيرة ، وتبعه على ذلك بعض من تأخر .

ولكن الانصاف عدم كونها بهذه المثابة بعد أن عرفت روايتها في التهذيب والكافي وفي سندها بعض أصحاب الإجماع ، كما أن القول بها ليس كذلك ، خصوصاً بعد التأييد بما عرفت ، على أن ما ذكره أخيراً صالح للحكم بصحة العتق وإن لم ينضم إليه أمر آخر يقتضي البلوغ إذا فرض وقوع العتق منه على وجه يمكن معه نية القربة لغفلته عن الاشتراط أو جهل به أو غير ذلك ، لأصالة الصحة التي يكفي في الحكم بها احتمال وجود شرط الصحة ، مثل الحكم بلحق الولد وإن لم يحكم ببلوغه ، ومثل الحكم بصحة صلاة من شك في الطهارة بعد الفراغ منها ، ونحو ذلك يجري في بيعه فضلاً عن عتقه ، فتأمل جيداً .

ثم لا يخفى عليك أن نية القربة هنا مثلها في سائر ما تعتبر فيه ، فلا يشترط التلفظ بها وإن اعتبر ذلك في الصيغة ﴿ و ﴾ هو واضح .

كوضوح أنه ﴿ لا يصح ﴾ العتق ﴿ من ﴾ السكران ﴿ وغيره ممن لا عقل له ولا قصد له ، لما عرفت والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يبطل ﴾ باشتراط نية القربة عتق الكافر لتعذرهما في حقه ﴿ باعتبار أن ﴾ اشتراطها يقتضي كون العتق من العبادات ، ومن المعلوم اعتبار الإسلام بل الإيمان في صحتها ، حتى كاد يكون ضروري المذهب إن لم يكن الدين ، فلا يتصور حصول نية التقرب بالعبادة مع فقد شرطها ، نعم لو قلنا بعدم اشتراطها في صحتها و أن النصوص المزبورة محمولة على نفي الكمال وعدم ترتب الثواب بدونها فلا إشكال في صحتها حينئذ ، ضرورة كونه من المعاملة التي لا إشكال في

صحتها منه لا العبادة .

﴿ و ﴾ لعلمه لذا ﴿ قال الشيخ في الخلاف ﴾ والمبسوط : ﴿ يصح ﴾ مطلقاً سواء كان الكافر بانكار الصانع أو غيره ، بل بعض الاستدلال للقول المزبور في المسالك وغيره ظاهر أو صريح في ذلك وإن كان هو لا يخلو عن تشويش ، فانه حكى الاحتجاج عنه بأن « العتق فك ملك وتصرف مالي ونفع للغير ، والكافر أهل لذلك ، بل ملكه أضعف من ملك المسلم ، فكأنه أسهل ، ولبناء العتق على التغليب ، وجاز حمل الخبر (١) على نفي الكمال ، كقوله عنه (٢) : « لا صلاة لجار المسجد إلا فيه » ومن ثم وقع الاتفاق على بطلان عبادة الكافر المحضة دون عتقه ونحوه من تصرفاته المالية المشتملة على العبادة - كالوقف والصدقة - ترجيحاً لجانب المالية على العبادة . وهو كما ترى ، إذ لا فرق في اعتبار الاسلام في صحة العبادة سواء كانت مالية أو غير مالية ، وعلى كل حال فلا ريب في ضعفه .

وأضعف منه القول بالتفصيل - وإن اشتهر بين المتأخرين - بين كون كفره بجحد الالهية أصلاً ، فلا يصح منه لتعذر قصد القرية ، وبين كونه بجحد النبي ﷺ ونحوه فيصح ، لأن قوله عنه (٣) : « لا عتق » إلى آخره - الذي حمّله على نفي الصحة أولى لأنها أقرب إلى نفي الحقيقة - لا يقتضي إلا اشتراط إرادة التقرب المتوقفة على الإقراز به ، ولا يلزم من ذلك حصول المراد الذي هو أمر آخر لا يدل عليه الخبر ، بل كونه عبادة مطلقاً ممنوع ، بل من هذا الوجه ، وهو لا يمنع وقوعه من الكافر المقر ، إذ هو كما ترى كاد أن يكون من غرائب الكلام ، ضرورة اقتضاء الصحة في العبادة موافقة الأمر المقتضية ترتب الجزاء عليها ، كضرورة كون المراد بنية القرية إنشاء التقرب على وجه يترتب عليه أثره ، ولذا نافاها الرياء ونحوه من منافيات الإخلاص من غير فرق بين العبادة المالية وغيرها ، بل وبين الزكاة والخمس

(١ و ٣) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب المعتقد .

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام المساجد الحديث ١ من كتاب

وغيرهما ، وإرادة وجه الله به المذكورة في النصوص (١) يراد بها ذلك لإرادته على الوجه الذي ذكره .

و بذلك كله ظهر لك تطرق النظر في جملة من الكلمات ، وقد تقدم منّا سابقاً بعض الكلام في ذلك ، فالتحقيق عدم صحته من الكافر مطلقاً ، خصوصاً مع استلزامه للولاء الذي هو سبيل على المسلم لو كان العبد مسلماً ، بل المتبجّح عدم صحته من غير المؤمن بناءً على أنه من العبادات إلاّ أنّي لم أجد من تعرض له ، بل لعل السيرة القطعية تقضي بخلافه ، ويمكن التزام خروج ذلك كالمساجد بها من بين العبادات إلاّ أنّه كما ترى ، والله العالم .

﴿ ويعتبر في المعتق ﴾ بالفتح ﴿ الاسلام والملك ، فلو كان المملوك كافراً لم يصحّ عتقه ﴾ عند الأكثر كما في المسالك ، بل عن بعض الاجماع عليه وإن كنّا لم نتحقق الأول منهما فضلاً عن الثاني ، وليس في قوله تعالى (٢) : « فك رقبة » إلى قوله : « ثمّ كان من الذين آمنوا » دلالة على صحّة ذلك منهم على وجه يترتب عليه أثره ، بل يمكن دعوى دلالته على العكس ، لقوله تعالى (٣) : « ولا يمتّموا الغيبث منه تنفقون » والنّهى يقتضي الفساد ، ولعدم كونه محلاً للتقرب إلى الله تعالى الذي عرفت اعتباره في عتقه ، خصوصاً بعد الأمر (٤) بمحادثته والنّهى (٥) عن موادته والاحسان إليه ، ولخبر سيف بن عميرة (٦) « سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب الوقوف والصدقات الحديث ٢ و ٣ والباب

- ٤ - من كتاب العتق .

(٢) سورة البلد : ٩٠ - الآية ١٣ .

(٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٦٧ .

(٤ و ٥) راجع البحار ج ٧٥ ص ٣٨٥ إلى ٣٩٢ وفيها الايات والاخبار الدالة

على ذلك .

(٦) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق الحديث ٥ .

أيجوز للمسلم أن يعتق مشركاً؟ قال : لا .

إلا أن الجميع كما ترى ، ضرورة كون المراد الرديء من الخبيث في الآية ، لا الخبيث من حيث الاعتقاد دون المالية التي قد تكون خيراً من مالية العبد المسلم ، ولو سلم فالنهي إنما هو عن خصوص الصدقة الواجبة ، للاجماع على جواز إنفاق الرديء من المال وجيئده بالصدقة ونحوها ، وكونه محلاً للتقرب يتبع المستفاد من الأدلة ، فمع فرض اقتضاء إطلاقها الأمر بعق مطلق الرقبة مسلمة كانت أو كافرة فلا إشكال في صحة النية حينئذ ، إذ ليست عبادية العتق مأخوذة من رجحان الاحسان ونحوه .

على أن المصالح المترتبة على ذلك لا يحيط بها إلا علام الغيوب ، فربما أدى ذلك إلى إسلامه ، كما روي (١) « أن علياً عليه السلام أعتق عبداً نصرانياً فأسلم حين أعتقه ، بل ربما ورد (٢) في بعض النصوص الأمر بسقيهم وإطعامهم معللة بأن ذلك كبد حرأه أجر ، وخبر سيف مع ضعفه وكونه أخص من المدعى يمكن حمله على ضرب من الكراهة ، نحو النهي (٣) عن عتق غير المؤمن ، لرجحان إطلاق الأدلة المعترض بما سمعته من المردى من فعل علي عليه السلام ، ومعلومية جواز عتق غير المؤمن الذي هو أشد من الكافر عليه ، ﴿ و ﴾ من هنا ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي الخلاف والمبسوط وعن ابن سعيد في محكي الجامع : ﴿ يصح مطلقاً ﴾ مال إليه بعض .

نعم من الغريب هنا ما ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي النهاية : ﴿ يصح مع النذر ﴾ لا مع عدمه جمعاً بين الخبرين (٤) المزبورين ، وهو كما ترى

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الصدقة الحديث ٣ من كتاب الزكاة والتعالميل

الوارد إنما هو لسقى الحيوان كما في سنن البيهقي ج ٤ ص ١٨٦ .

(٣) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق الحديث ٣ .

(٤) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق الحديث ٢ و ٥ .

لا شاهد له ، ولا إشعار في شيء منها به ، على أن النذر يعتبر فيه رجحان المنذور قبل تعلق النذر ، فتنتفي صحته بدونه ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ ويصح عتق ولد الزنا ﴾ كما هو المشهور فتوى وعملاً ، لاطلاق الأدلة ، وخصوص خبر سعيد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام : « لا بأس بأن تعتق ولد الزنا » الشامل لحال صغره الذي لم يحكم فيه بالتبعية وإن كان من كافرين ، وحال كبره مع وصف الاسلام ، بل وإن وصف بالكفر في غير السراية ، لما عرفت من صحة عتق الكافر .

﴿ وقيل ﴾ و القائل المرتضى وابن إدريس ، ﴿ لا يصح بناءً على كفره ﴾ ذاتاً وإن وصف بالاسلام ، بل عن الأخير منهما دعوى الاجماع على ذلك ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لم يثبت ﴾ ذلك ، ورواية عدم نجابته (٢) - الوارد نظيرها في ولد الحائك - لا تقتضي ذلك قطعاً ، وكذا قول الصادق عليه السلام (٣) : « من ولد للزنا لا يدخل الجنة » ولو سلم دلالتهمما والاجماع المزبور فهو في الباطن ، على أنك قد عرفت صحة عتق الكافر ، والله العالم .

﴿ ولو أعتق غير المالك ﴾ فضولاً ﴿ لم ينفذ عتقه ولو أجاز له المالك ﴾ على المشهور كما في المسالك ، بل في كشف الثام والرياض نفى الخلاف فيه ، بل في الروضة الاجماع عليه ، قيل لقوله عليه السلام (٤) : « لا عتق إلا بعد ملك » الدال على نفى الصحة ،

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب العتق الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يجرم بالمصاهرة الحديث ٩ وفيه « ان ولد الزنا لا يطيب أبداً » .

(٣) البحار ج ٥ ص ٢٨٥ الطبع الحديث وفيه « ان الله عز وجل خاق الجنة طاهرة مطهرة ، فلا يدخلها الا من طابت ولادته » وفيه أيضاً « » ولن يدخل الجنة الا طاهر ، وفي ص ٢٨٧ منه « لا يدخل الجنة الا من خلس من آدم » و أيضاً « من طهرت ولادته دخل الجنة » .

(٤) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب العتق الحديث ٢ .

(جواهر الكلام - ج ٧)

لأنه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة ، وقول الصادق عليه السلام في خبر ابن مسكان (١) :
« من أعتق ما لا يملك فلا يجوز » ، ولأنه عبادة أو فيه شائبة العبادة ، وهي لا تقبل
الفضولي .

قلت : لكن قد يناقش بعد اقتضاء الأول البطلان مع الاجازة ، ضرورة كون
المراد المعتق الذي يترتب عليه الأثر لا مجرد صيغة العتق ، فهو نحو قوله عليه السلام (٢) :
« لا بيع إلا في ملك » ، الذي قد عرفت صحة الفضولي فيه ، فانه على مقتضى إطلاق
الأدلة الجارية نحوه في المقام ، ضرورة صحة صدق العتق في ملك عليه بعد فرض
الاجازة ، ولادلالة فيه على اشتراط مباشرة الصيغة المعلوم عدمه هنا بمعلومية صحة
عتقه من الوكيل والولي ، ونحو ذلك الكلام في خبر ابن مسكان .

بل منه يعلم ما في الثالث الذي يمكن فيه منع عدم جريان الفضولية في مثل
هذه العبادة التي لا يعتبر فيها المباشرة ، خصوصاً بعد أن كان من أدلة الفضولي
خبر (٣) الصدقة بمال الغير إذا تعقبته الاجازة ، وقد تقدم جملة من الكلام في
ذلك في بحث الفضولي (٤) نعم ما عن ابن أبي ليلى من نفوذ العتق وتقويمه على
الموسر واضح الفساد ، هذا كله مضافاً إلى ما عرفت من احتمال كونه غير عبادة ،
والله العالم .

ولو قال : إن ملكتك فأنت حر لم ينعتق مع الملك إلا أن يجعله
نذراً أو عهداً أو يميناً بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل ولا
إشكال ، للتعليق وعدم الملك حال الصيغة ، وفي المرسل عن الصادق عليه السلام (٥) « في رجل

(١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب العتق الحديث .

(٢) المستدرک الباب - ١ - من أبواب عقد البيع الحديث ٣ وفيه « لا بيع الا فيما

تملك » ، وفي سنن البيهقي ج ٧ ص ٣١٨ « لا بيع فيما لا يملك » .

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطة الحديث ٢ .

(٤) راجع ج ٢٢ ص ٢٧٣ الى ٢٨٤ .

(٥) المستدرک الباب - ٥ - من كتاب العتق الحديث ٧ .

يقول إن اشتريت عبداً فهو حرٌ لوجه الله ، وإن اشتريت هذا الثوب فهو صدقة لوجه الله ، وإن تزوجت فلانة فهي طالق ، قال : كل ذلك ليس بشيء ، إنما يطلق ويتصدق بما ملك ، فما عن بعض العامة من الاعتناق بذلك واضح الفساد ، نعم يجب عتقه بصيغة العتق مع النذر مثلاً لمعوم مادل على وجوب الوفاء به (١) .

ولو كانت الصيغة « لله عليّ أنه حرٌ » إن ملكته ، فظاهر الشهيد صيرورته حراً بدون صيغة كما عن ابن حمزة ، وبشكل بأن العتق مشروط بانتقاله إلى ملكه ولو آناً ، فلو عتق بمجرد ملكه لزم العتق في غير ملك ، وأجيب بجواز الاكتفاء بالملك الضمني كملك القريب آناً ثم يعتق .

وفيه أن التزام ذلك فيه بعد أن دل الدليل (٢) على عتق القريب بدخوله في ملك قريبه ، للجمع بينه وبين « لا عتق إلا في ملك » (٣) أما في المقام فلا دليل على اعتناقه بذلك كى يلتزم التقدير المزبور ، وأدلة النذر شرعاً تقتضى وجوب الوفاء بالمندور على شرائطه الشرعية ، لا أنها تشرع الشيء لنفسه ، وإلا لصح الطلاق بدون صيغته بنذره مثلاً ، وكذا النكاح وغيره ، وهو معلوم البطلان ، ومن هنا صرح بعضهم بوجوب الصيغة في الفرض ، ولعله كذلك للأصل ، ولأنه ليس من الإيقاع في شيء كما أوضحنا ذلك سابقاً ، ولأن النذر إنما يتعلق بفعله ، وما في الدروس من تصريح الرواية بذلك لم نتحققه ، بل ظاهر ما سمعنا من النصوص في المسائل الأتية الصريحة خلافه ، والله العالم .

ولو جعل العتق يميناً لم يقع كما لو قال : أنت حر إن فعلت أو إن

(١) سورة الحج : ٢٢ - الآية ٢٩ .

(٢) الوسائل الباب ٧ - من كتاب العتق .

(٣) الوسائل الباب ٥ - من كتاب العتق الحديث ٢ وفيه « لا عتق إلا بحد

فعلت **﴿﴾** بلاخلاف فيه بيننا ، بل عن الانتصار والخلاف والغنية والسرائر الاتفاق عليه ، لنحو ما سمعته في عدم الحلف بالطلاق ، وقال الصادق **﴿عليه السلام﴾** لمنصور بن حازم في الصحيح (١) : « إن طارفاً كان نكاحاً بالمدينة ، فأنى أباجعفر **﴿عليه السلام﴾** فقال : يا أباجعفر إني هالك ، إني حلفت بالطلاق والعناق ، فقال له : لا طلاق ، إن هذه من خطوات الشيطان ، مضافاً إلى ما فيه من التعليق الذي قد عرفت عدم جوازه ، إن لا فرق بين اليمين به و التعليق من حيث الصورة ، نعم يفرقان بالنية ، فإن كان الغرض البعث على الفعل إن كان طاعة و الزجر عنه إن كان معصية كقوله : « إن حصبجت فأنت حر » أو « إن زנית » قصداً للبعث في الأول و الزجر في الثاني فهو يمين ، و إن كان الغرض مجرد التعليق كان قدم زيد . أو دخلت الدار . أو طلعت الشمس . فهو شرط أو صفة ، والله العالم .

﴿﴾ و لو أعتق مملوك ولده الصغير **﴿﴾** لفرض مصلحة للمولى عليه في ذلك صح ، لعموم الآية (٢) و لو أعتقه عن نفسه **﴿﴾** بعد التقويم **﴿﴾** بمعنى إدخاله في ملكه بقيمته لفرض مصلحته في ذلك **﴿﴾** صح **﴿﴾** بلاخلاف ولا إشكال ، لوجود المقضي وعدم المانع .

﴿﴾ ولو أعتقه **﴿﴾** كذلك **﴿﴾** و لم يقوّمه على نفسه **﴿﴾** بمعنى عدم إدخاله في ملكه **﴿﴾** أو كان الولد بالغاً رشيداً **﴿﴾** لا ولاية له عليه **﴿﴾** لم يصح **﴿﴾** وفاقاً للمشهور ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه ، و إن احتمل في الدروس الصحة في الأول ، و يكون ضامناً للقيمة ، كعتق البائع ذى الخيار ، لما عرفت من اشتراط الملك في العتق ، خلافاً للمحكي عن النهاية أنى هي متون أخبار من الصحة ، لخبر الحسين بن علوان (٣) الضعيف ولا جابر له عن زيد بن علي ، عن آبائه ، عن علي **﴿عليه السلام﴾** قال : « أنى النّبى **﴿صلى الله عليه وآله وسلم﴾** رجل فقال : يا رسول الله إن أبى عمداً إلى

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الإيمان الحديث ٤ .

(٢) سورة البلد : ٩٠ - الآية ١٣ .

(٣) الوسائل الباب - ٦٧ - من كتاب العتق الحديث ١ .

مملوك لى فأعتقه بهيئة المضرة لى فقال رسول الله ﷺ : أنت و مالك من هبة الله لا بيبك ، أنت سهم من كنانته ، يهب لمن يشاء إناثاً و يهب لمن يشاء الذكور ، و يجعل من يشاء عقيماً ، جازت عتاقة أيبك ، يتناول و الدك فى مالك و بدنك ، و ليس لك أن تتناول من ماله ولا من بدنه شيئاً إلا باذنه ، الواجب حملة كما صرح به غير واحد على إرادة رجحان إجازة الولد للوالد فى ذلك ، و حينئذ فيخرج شاهداً على صحة الفضولى ، و الله العالم .

﴿ ولو شرط على المعتق شرطاً ﴾ سائغاً ﴿ فى نفس العتق لزمه الوفاء به ﴾ فى الجملة بلا خلاف كما اعترف به غير واحد ، بل فى نهاية المرام الاجماع عليه ، لعموم « المؤمنون عند شروطهم » (١) و إطلاق ما دل (٢) على شرعية العتق الشامل للمشروط وغيره ، و خصوص المعبرة المستفيضة ، كصحيح أبى العباس (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام « سألت عن رجل قال : غلامى حر و عليه عمالة كذا و كذا ، قال : هو حر و عليه العمالة » و صحيح يعقوب بن شعيب (٤) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جارية و شرط عليها أن تخدمه عشر سنين ، فأبقت ثم مات الرجل ، فوجدها و رثته ، ألهم أن يستخدموها ؟ قال : لا ، و صحيح محمد بن مسلم (٥) عن أحدهما عليه السلام « فى الرجل يقول لعبده : أعتقتك على أن أزوجه ابنتى ، فان تزوجت عليها أو تسرى فعليك مائة دينار ، فأعتقه على ذلك ، فيتزوج أو يسرى ، قال : عليه مائة دينار ، و صحيح حريز (٦) قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه :

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٢ من كتاب النكاح .

(٢) الوسائل الباب ١٠ - وغيره - من كتاب العتق .

(٣) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب العتق الحديث ٢ .

(٤) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب العتق الحديث ١ .

(٥) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب العتق الحديث ٣ .

(٦) الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب العتق الحديث ٥ عن أبى جرير قال : « سألت

أبا جعفر عليه السلام » الا أن فى الكافى ج ٦ ص ١٩١ و التهذيب ج ٨ ص ٢٢٢

أنت حر ولي مالك ، قال : لا يبدأ بالحرية قبل المال ، فيقول له : لي مالك وأنت حر ، إن يرضى المملوك فالمال للسيّد ، إلى غير ذلك من النصوص (١) الدالة على صحة الشرط في الجملة ، من غير فرق بين المال والخدمة وغيرهما .

نعم في الأخير منهما (٢) اعتبار تقدم الشرط على الصيغة ولم أجد به قائلًا هنا ، بل صريح بعض النصوص (٣) السابقة خلافه ، فضلاً عن إطلاق الآخر والعمومات ، وحينئذ فهو عتق وشرط ، لا عتق معلق على الشرط ، ويتحقق كونه شرطاً في العتق بارادة اللفظ وقصده بقوله : « أنت حر ولي عليك ألف » والشرط على وجه يكون المجموع صيغة واحدة دالة على مجموع الأمرين .

ولكن بقي شيء ، وهو أن مقتضى بعض الأدلة المزبورة قابلية غير العتق من الإيقاع للشرط حتى الطلاق ، وقد تقدم في الطلاق خلاف ذلك ، وأنه متى قال : « أنت طالق على كذا » ولم تكن كراهة بينهما لا تلتزم به وإن رضيت بذلك ، خلافاً لمن عرفت ، فالأولى الاقتصار في صحة الشرط في الإيقاع على خصوص العتق ، للأدلة الخاصة ، وعدم منافاة الشرط فيه القواعد العامة حتى مع عدم القبول ، لما ستعرف من كونه مملوكاً له عيناً ومنفعة ، بل هو كل عليه لا يقدر على شيء ، فتأمل جيداً . وعلى كل حال فلا إشكال في صحة الشرط حينئذ .

إنما الخلاف في اعتبار رضا العبد بالشرط وعدمه ، فظاهر المتن وصريح

والاستبصار ج ٤ ص ١١ عن أبي جرير قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام . . . » ولكن في الفقيه ج ٣ ص ٩٢ عن حريز قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام . . . » وفي ذيل الحديث في الجميع « وأنت حر برضا المملوك » .

(١) الوسائل الباب - ١٠ و ١٢ - من كتاب العتق .

(٢) هكذا في النسخة الأصلية المسودة والمبيضة والصحيح « منها » فإن الضمير

يرجع الى النصوص .

(٣) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب العتق .

المحكى عن غيره الثاني مطلقاً ، لأنه مالك له ومستحق لمنافعه وكسبه وله الضريبة المقدورة له عليه ، فهي إيجاب مال من كسبه ، فإذا شرط عليه خدمة أو مالاً فقد فك ملكه عنه وعن منافعه واستثنى بعضها ، فله ذلك ، مضافاً إلى عموم أدلة الشرائط (١) وإطلاق أدلة مشروعية العتق (٢) وإطلاق النصوص (٣) الخاصة المتقدمة عدا الأخير (٤) منها .

و قيل : يشترط قبوله مطلقاً كالكتابة ، لاقتضاء التحرير تبعية المنافع ، فلا يصح شرط شيء منها إلا بقبول المملوك ، وللمصحيح الأخير (٥) وعدم الدخول في عموم « المؤمنون عند شروطهم » (٦) في صدق الشرط عليه عرفاً بدون الرضا مع أصل البراءة من الوفاء .

و فيه أن ذلك مقتضى التحرير المطلق لا المشروط الذي تحصل الحرية فيه مستحقاً عليه ذلك ، والصحيح الأخير أخص من المدعى ، مع أنك ستعرف ما فيه ، ودعوى اعتبار الرضا في صدق الشرط عليه أو في الدخول في عموم « المؤمنون » ممنوعة ، ضرورة تبعية الشرط لما يقع فيه : من العقد المحتاج إلى القبول ، والايقاع الذي لا يحتاج إليه ، وشرطيته بمعنى الالتزام فيه ، بل قد عرفت أن إطلاق أدلة العتق مثلاً يشمل المطلق والمشروط ، وأصل البراءة لا يعارض إطلاق الأدلة ، فليس حينئذ إلا الصحيح (٧) المزبور ، لكنه كما عرفت أخص من المدعى .

ومن هنا قيل بالتفصيل فيشترط رضاه إن كان المشروط عليه مالاً ولا يشترط

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٤ من كتاب النكاح .

والباب - ٤ - من أبواب المكاتب و الباب - ٦ - من أبواب الخيار من كتاب التجارة .

(٢) الوسائل الباب - ١ - وغيره - من كتاب العتق .

(٣) الوسائل الباب - ١٠ و ١١ و ١٢ من كتاب العتق .

(٤ و ٥ و ٧) راجع التعليقة (٦) من ص ١١٦ .

(٦) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٤ من كتاب النكاح .

إن كان خدمة ، وذلك لأن الخدمة مستحقة للمولى بالأصالة ، فشرطها كاستثناء بعض المملوك عن النقل بخلاف شرط المال ، فانه غير مملوك للمولى ، ولا يجب على المملوك تحصيله ، بل الواجب عليه بذل العمل ، سواء ترتب عليه المال أم لا ، فهو حينئذ كالكتابة المعتبر فيها القبول ، وأما الضريبة فتتمنع لزومها له بدون قبوله ، ولذلك اختاره نائي الشهيدین و غيره ، مضافاً إلى ما قيل من الاقتصار في الحكم بالزام العبد شيئاً لسيده بدون رضاه على موضع اليقين .

و فيه (أولاً) ما قيل من أن رادي الرواية (١) المزبورة على ما في التهذيب أبو جريز ، لأحرز ، وهو غير موثق ، فلا تصلح مقيدة حينئذ لما سمعت من النصوص . و (ثانياً) أنها مشتملة على اشتراط كون المال الموجود للعبد للسيد ، وقد عرفت أن التحقيق عدم ملكية العبد ، و أن جميع ما في يده لسيده ، فلا وجه لاشتراطه ، وفاقاً لما سمعته سابقاً من اشتغالها على اعتبار تقدم الشرط الذي لم نجد قائلًا به هنا عدا ما يحكى عن الشيخ ، وهو مخالف لاطلاق النصوص (٢) و خصوصها .

بل في الرياض المناقشة في الأخير (٣) بأنه « لو أريد بالتعيين معناه الأخص كان حصوله في الشق الأخير وهو اشتراط الخدمة محل نظر ، لمكان الخلاف فيه ، وعدم استفادة شيء من الصحيحة الأخيرة سوى المظنة ، وإن أريد به معناه الأعم الشامل لها صح نظراً إلى حصولها فيه من إطلاق الصحيحة الأخيرة ، إلا أنها حاصلة من إطلاق الصحيحة الأخرى (٤) في الشق المقابل المشروط فيه المال كما هو محل البحث » .

و بالجملة فإن كان الظن الحاصل من الاطلاق كافياً في هذا الحكم المخالف

(١ و ٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب العتق الحديث ٥ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ و ١١ و ١٢ من كتاب العتق .

(٤) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب العتق الحديث ٣ .

للاصل في غير مورد البحث فليكن كافياً فيه ، وإلا فلا يكون كافياً مطلقاً ، والفرق
 نعتكم ، والتعيين بالمعنى الأخص لمكان الخلاف غير متحقق ، وإن كان قد يناقش
 بأن الصحيحة الأخيرة على فرض اعتبارها تكون مقيدة لغيرها بالنسبة إلى المال ،
 أما الخدمة فتبقى على مقتضى إطلاق الأدلة الذي لا معارض له ، بخلاف المال الذي
 لا أقل من الشك في صحة اشتراطه مطلقاً ، للاختلاف في النصوص المزبورة ، فيكون
 المتيقن منه حينئذ المقارن للقبول لا مطلقاً ، ﴿ و ﴾ الأمر سهل بعد وضوح
 الحال بذلك ، وأن الأقوى الصحة مطلقاً ، لما عرفت ولأنه مالك لنفسه ومنفعته
 وكسبه ومسلط عليه ، بل لا يقدر على شيء الذي منه عدم القبول .

نعم ﴿ لو شرط اعادته في الرق إن خالف ﴾ فمن الشيخ في النهاية والقاضي
 وغيرهما ﴿ أعيد ﴾ إليه ﴿ مع المخالفة عملاً بالشرط ﴾ و موثق إسحاق بن
 عمار (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته
 ويشترط عليه إن هو أغارها أن يردّه في الرق ، قال : له شرطه » .

﴿ وقيل : يبطل العتق ﴾ والشرط ﴿ لأنه اشتراط لاسترقاق من ثبت
 حرّيته ﴾ فيكون شرطاً غير سائق ، ويتبعه بطلان العتق المقصود وقوعه على الشرط
 المزبور ، ولا يرد مثله في المكاتب المشروط الذي لم يخرج عن مطلق الرقية ،
 ومعنى قول السيّد : « فإن عجزت فأنت ردّ في الرق » الرق المحض الذي ليس
 بكتابة ، لا مطلق الرق الذي لم ينف بالكتابة ، وعدم الأخص أعم من عدم الأعم ،
 والرواية مع كونها من الموثق الذي فيه ما فيه شاذة كما في المحكي من نكت
 المصنف على النهاية ، فلا يثبت بها الحكم المزبور المخالف لأصول المذهب
 وقواعده التي منها عدم عود الحر - بعد أن صار حراً - رقاً ، بل ربّما قيل : إن
 أقصى ما فيه عوده في الرق ، وهو صادق مع بطلان العتق وإن كان قد يناقش بأن الردّ
 موضوع للرجوع بعد المفارقة التي لا يقول بها القائل بالفساد ، أللهم إلا أن يراد
 بها في الموثق المجاز من باب تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه كتسمية العنب خمرأ

أو من باب تسمية السبب باسم المسبب ، لكنه كما ترى .

وعن ابن إدريس بطلان الشرط لما عرفت دون العتق ، وتبعه فخر المحققين لبناء العتق على التغليب ، وفيه أنه يقتضي الصحة بדרך مقتضياتها ، نعم هو منه مبني على مذهبه في العقود وغيرها ، وهو عدم اقتضاء بطلان الشرط فيها بطلانها ، لأنه التزام مستقل فيها لا مدخلية له فيها ، ضرورة عدم كونه شرطاً بالمعنى اللغوي ، بل المراد أنه التزام ، وقد قدّمنا في البيع فساداً ، وأضحنا . إنه وإن كان بمعنى الالتزام إلا أنه لا ريب بارتباطه بقصد العقد على وجه حصول القصد للعقد المشتمل على الشرط المزبور ، ومن هنا قلنا بثبوت الخيار له مع فرض عدم الوفاء به ، بل يمكن التزام مثله هنا بناء على مشروعية عود الحر رقاً بالوجه المزبور ، إلا أن التحقيق خلافه ، وشدّذ الموثق (١) المزبور يمنع من العمل به ، بل اتفاقهم على عدم الخيار بعدم الوفاء بالشرط بالعتق كاشف عن عدم مشروعية ذلك ، ومضعف أيضاً للعمل بالموثق المزبور ، ضرورة اقتضاء الشرط ذلك مع فرض إمكانه ، وإلا لم يكن لشرطيته ولو بمعنى الالتزام الراجع إلى القصد في العقد معنى ، كما هو واضح .

ومن هنا مضافاً إلى ما عرفت كان الأقوى البطلان ، كما عن المصنف في النكح والفاضل في جملة من كتبه والشهيد وغيرهم ، بل لعله من العتق المعلق ، إذ لا فرق بين تعليقه مطلقاً وتعليقه مشروطاً ولو بتعليق شرطه ، وإن كان قد يمنع ذلك أولاً ، ويلتزم بصحة نحوه للخبر (٢) المزبور ، ضرورة كونه حينئذ كاشتراط المائة دينار إن تزوج أو تسرى الذي تضمنته الصحاح (٣) التي لا يعرف لها راداً بالنسبة إلى ذلك ، فالعمدة حينئذ ما ذكرناه من بطلان الشرط نفسه ، لما عرفت .

(١ و ٢) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب العتق الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب العتق الحديث ١ و ٣ والباب - ٣٧ - من

أبواب المهور من كتاب النكاح .

﴿ و ﴾ مما ذكرنا بان أنه لا إشكال في أنه ﴿ لو شرط خدمة زمان معين ﴾ على المعتق ﴿ صح ﴾ بلا خلاف فيه نصاً (١) و فتوى على حسب ما سمعته ، نعم في نهاية المرام « لو كان الشرط خدمة المولى أو غيره مدة حياته فظاهر الأصحاب عدم صحته للجهالة ، ولو قيل بالصحة لم يكن بعيداً ، لأنه معين في نفسه ، فيتناوله عموم قوله ^{عَلَى الْمَوْلَى} : (٢) « المؤمنون عند شروطهم » .

قلت : بل لم نتحقق ما حكاه عن ظاهرهم ، بل لعل ظاهر إطلاقهم صحة الشرط خلافه ، مضافاً إلى ما سمعته سابقاً ممّا يقتضي الجواز ، وهل تجب نفقته مدة الخدمة على المعتق ؟ كما عن ابن الجنيّد ، لقطعه عن التكسب ، أو لا كما هو الظاهر ، لأنها تابعة للملك ، والفرض زواله ، وحينئذ ينفق عليه من بيت المال ، أو يستثنى له تكسب مقدار قوته .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو قضى المدة آبقاً لم يعد في الرق ﴾ بلا خلاف أجدّه فيه بينهم ، بل ولا إشكال حتى لو أراد المولى إعادته لاستصحاب حرّيته ولقاعدة عدم عود الحرّ رقاً وغير ذلك .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ هل ﴾ للمولى أو ﴿ لورثته مطالبته بأجرة مثل الخدمة ﴾ في تلك المدة ؟ ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي النهاية والاسكافي ومن تبعهما على ما قيل : ﴿ لا ﴾ مطالبة له ولا لهم بالأجرة ، بل ليس للورثة المطالبة بالخدمة لو فرض بقاء بعض المدة ، لصحيح يعقوب بن شعيب (٣) المتقدمة سابقاً ﴿ والوجه اللزوم ﴾ وفاقاً لكافة المتأخرين كما قيل ، لأنها حق متقوم بالمال ، فيثبت على من فوّته قيمته ، وهي أجرة المثل ، وأما مطالبة الوارث بالخدمة مع فرض بقاء المدة فلا ينبغي التوقف فيها ، ضرورة كونه حقاً يورث ، والصحيح (٤) المزبور منزّل على وجدانها بعد انقضاء المدة الذي من المعلوم فيه عدم جواز مطالبة المولى

(١ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب العتق الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٤ من كتاب النكاح .

فضلاً عن وادئه بالاستخدام مثلها، إذ هي ليست من المثلثات التي تضمن بمثلها، بل هي بحكم القيمة، أو على أن الشرط قد كان خدمة المولى وقد فانت بموته، فلا يجب عليه خدمة غيره، وعلى كل حال لا ينبغي الخروج به عما يقتضيه القواعد، والله العالم.

﴿ومن وجب عليه عتق في كفارة﴾ أو غيرها ﴿لم يجزئه التدبير﴾ وإن نوى به بلا خلاف ولا إشكال، لأن الواجب العتق المنجز، والتدبير وصية بالعتق أوعتق معلق كما تقدم ذلك في الكفارات، وقال إبراهيم الكرخي (١): للصادق عليه السلام «إن هشاماً سألني أن أسألك عن رجل جعل لعبد العتق إن حدث بسيدته حدث، فمات السيد وعليه تحرير رقبة واجبة في كفارة، أيجزىء عن الميت العبد الذي كان السيد جعل له العتق بعد موته في تحرير رقبته التي كانت على الميت؟ قال: لا».

﴿وإذا أتى على العبد﴾ المؤمن سبع سنين استحب عتقه ﴿للمرسل﴾ (٢) عن الصادق عليه السلام «من كان مؤمناً فقد عتق بعد سبع سنين، أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، الماحمول على ذلك، للاجماع بقسميه على عدم انعاقه بعد ذلك، ﴿و﴾ لكن لأبأس بحملها على الذنب وإن كانت مرسله للتسامح. بل يستحب ﴿عتق المؤمن مطلقاً﴾ وإن تأكد في الأول لما فيه من الاحسان إليه بتخليصه من الرق. ﴿و﴾ قد سمعت ماورد (٣) في عتق الرقبة المؤمنة.

نعم ﴿يكره عتق المسلم المخالف﴾ كراهة عبادة، لقول الصادق عليه السلام (٤):

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الكفارات الحديث ١ من كتاب الإيلاء والكفارات.

(٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من كتاب العتق الحديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ١ - من كتاب العتق الحديث ٨ والباب - ٣ - منه.

(٤) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق الحديث ٣.

« ما أغنى الله عن عتق أحدكم ، تعتقون اليوم فيكون علينا غداً ، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفاً ، المحمول على الكراهة ، لاطلاق أدلة العتق ، وخصوص خبر أبي راشد (١) سأل الجواد عليه السلام : « أن امرأة من أهلنا اعتل صبي لها ، فقالت : اللهم إن كشفت عنه ففلانة جاريتي حرّة ، والبجارية ليست بعارفة ، فأبى أفضل ؟ تعتقها أو تصرف ثمنها في وجوه البر » ، فقال : لا يجوز إلا عتقها ، وغير ذلك وإن كان قد يجري فيه بعض ما سمعته في منع عتق الكافر ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كذا يكره ﴿ عتق من لا يقدر على الاكتساب ﴾ قيل : لصحيح هشام بن سالم (٢) « سأله عن النسمة فقال : عتق من أغنى نفسه ، وفيه أنه لا دلالة فيه على الكراهة ، بل أقصاه تأكد الذنب في خصوص من أغنى نفسه ، وكذا قول الرضا عليه السلام (٣) : « من أعتق مملوكاً لا حيلة له فإن عليه أن يعوله حتى يستغني عنه ، وكذلك كان علي عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار ومن لا حيلة له ، إنما يدل على استحباب العيلولة به ، لا على كراهة عتقه .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لا بأس بعتق المستضعف ﴾ لأن الحلبي في الصحيح (٤) « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرقبة تعتق من المستضعفين ، قال : نعم ، لكن قد سمعت قول الصادق عليه السلام (٥) : « لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفاً ، المحمول على الكراهة التي هي أسهل من كراهة عتق المخالف .

﴿ و من أعتق من يعجز عن الاكتساب استحب إعاقته ﴾ لما سمعت ، والله العالم .

(١) الوسائل الباب - ٦٣ - من كتاب العتق الحديث ١ عن أبي علي بن راشد

(٢) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب العتق الحديث ٣ .

(٣) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب العتق الحديث ١ .

(٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق الحديث ١ - ٣ .

﴿ ويلحق بهذا الفصل مسائل ﴾

﴿ الأولى ﴾

﴿ لو نذر عتق أول مملوك يملكه ﴾ مثلاً صحّ النذر وإن كان المنذور مجهولاً ، لعموم أدلة النذر (١) وخصوص ما سمعناه من النصوص (٢) في المقام ثم إن اتفق ملك واحد بشراء أو إرث أو نحوهما أعتق من غير انتظار لملك آخر بعده على الأظهر للصدق عرفاً .

﴿ ف ﴾ أما لو ﴿ ملك جماعة ﴾ دفعة فـ ﴿ قيل ﴾ و القائل الشيخ في النهاية والصدوق وجماعة كما في المسالك بل في الرّياض نسبتة إلى الأكثر : ﴿ يعتق أحدهم بالقرعة ﴾ لانتفاء الأولوية عن كلّ منهم ، ولصحيح العلبي (٣) عن الصادق عليه السلام « في رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حرّ » فورث سبعة جميعاً ، قال : يقرع بينهم ، ويعتق الذي يخرج اسمه ، ونحوه آخر (٤) .

﴿ وقيل ﴾ والقائل : الاسكافي والشيخ أيضاً في التهذيب والمصنّف في النكت والشهيد في الشرح على ما حكى ﴿ يتمخّر ويعتق ﴾ إلا أن يموت فالقرعة ، لخبر الصيقل (٥) « سألت الصادق عليه السلام عن رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حرّ » فأصاب ستة ، قال : إنما كان نيّته على واحد ، فليتمخّر أبّتهم شاء فليعتقه ، ولأنه

(١) سورة الحج : ٢٢ - الآية ٢٩ و الوسائل الباب ٣ - وغيره - من كتاب النذر

والمهد .

(٢) الوسائل الباب ٥٧ - من كتاب العتق .

(٣) الوسائل الباب ١٣ - من أبواب كيفية الحكم الحديث ١٥ من كتاب القضاء .

(٤ و ٥) الوسائل الباب ٥٧ - من كتاب العتق الحديث ١ - ٣ .

بعد أن كان المقصود واحداً وعدم اختصاص أحدهم بوصف الأولوية - بل هي لاحقة لكل منهم ، إذ الأول إما بمعنى غير المسبوق ، أو بمعنى السابق غير المسبوق ، وكل منهما صادق على كل منهم - يتجه التخيير ، كما في كل عنوان للأمر ، فلا إشكال ولا اشتباه كي يلزم بالقرعة ، لكن لا بأس باختياره ما يخرج بها ، بل لعل ذلك أولى ، وعليه يحمل خبر القرعة .

﴿ وقيل ﴾ كما عن السرائر : ﴿ لا يعتق شيئاً ، لأنه لم يتحقق شرط النذر ﴾ الذي هو وحدة المملوك ، ولا أول للمملوك كية دفعة إلا الجملة وعتقها غير مقصود ، والأصل البراءة . ﴿ و ﴾ لكنه كالاتجاه في مقابلة النص ، كما عرفت من أن ﴿ الأول ﴾ بل والثاني ﴿ مروي ﴾ وإن اختلفت في الصحة وعدمها ، على أنه إنما يتم لو اعتبر في الأولوية السبق على جميع المماليك ، وهو ممنوع ، ولعل الأقوى منهما الأخير ، وفي القواعد « يحتمل حرية الجميع لأن الأولوية وجدت في الجميع ، كما لو قال : من سبق فله عشرة فسبق جماعة ، فإن لكل منهم عشرة » ويؤيده خبر عبدالله بن الهاشمي رفعه (١) قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل نكح وليدة رجل أعتق ربها أول ولد تلده ، فولدت توأماً فقال : أعتق كلاهما » وعن بعض الكتب (٢) إرسال نحو ذلك عن علي عليه السلام والصادقين عليهم السلام ، وفيه ضعف ، لعدم الموم هناك للتنكير ، بخلاف لفظة « من » فإنها نعم الواحد والكثير ، والمرسل لاجبة فيه فضلاً عن أن يعارض ما عرفت ، والله العالم .

(١) الوسائل الباب - ٣١ - من كتاب العتق الحديث ١ عن عبدالله بن الفضل

الهاشمي عن أبيه رفعه .

(٢) المستدرك الباب - ٢٧ - من كتاب العتق الحديث ١ نقلاً عن دعائم الاسلام

عنهم عليهم السلام إلا أن فيها ج ٢ ص ٣٠٥ ذكر رواية عن علي وأبي جعفر وأبي عبدالله

عليهم السلام أنهم قالوا ثم ذكر عقيب ذلك في ص ٣٠٦ « وعنهم عليهم السلام » فالضمير

يرجع إلى علي والصادقين عليهم السلام .

المسألة الثانية :

﴿ لو نذر عتق أول ماتلده فولدت توأمين ﴾ دفعة ﴿ كانا ﴾ معاً ﴿ معتقين ﴾ بلا خلاف أجدّه لعموم لفظه « ما » وما روي عن بعض الكتب (١) عن الصادق عليه السلام أنه قال : « من أعتق حملاً لمملوكه له أو قال لها : ما ولدت أو أول ماتلدينه فهو حر » فذلك جائز وإن ولدت توأمين عتقا جميعاً ، نعم لو تربتا في الولادة عتق الأول خاصة ، لأنه الأول حينئذ قطعاً .

لكن في الرّياض بعد الاستدلال بمرفوع الهاشمي المتقدم قال : « وإطلاقه بل عمومه الناشئ من ترك الاستفصال يشمل صورتي ولادتهما معاً ومتعاقباً ، بل لعله بمقتضى الغلبة ظاهر في الأخير جداً ، ولذا أطلق الحكم في العبارة تبعاً للنهاية والقاضي وجماعة - إلى أن قال - : وذكر جماعة أنه مذهب الأكثر ، وبه يمكن جبر الخبر ، مضافاً إلى إمكان توفيقهما مع الأصل على تقدير ترجيح العرف على اللغة ، إذ يصدق على مجموع التوأمين أنهما أول ما ولدته ولو ولدتهما على التعاقب عرفاً وإن لم يصدق ذلك لغة » .

وفيه منع صدق العرف مع ملاحظة أنهما أنفسهما ، ومع ملاحظة النسبة إلى غيرهما يصدق على كل متعاقبين ، وهو معلوم العدم ، والخبر المزبور المعلوم بناء ما فيه على العرف يجب تنزيله على الدفعة ، كما أنه يجب حملها على إرادة التعدد من النكرة المذكورة فيه ، وإلا كان الواجب عتق واحد منهما فيما لو ولدتهما دفعة ، كالمسألة الأولى فضلاً عن التعاقب ، كما هو واضح .

وبذلك فرقوا بين المسألتين فإن متعلق الأولى مملوك ، وهو نكرة في سياق الانبئات ، والثانية لفظ « ما » وهي للعموم ، لكن في الرّياض « فيه نظر للمحقق الحكم بالمضاف دون المضاف إليه ، وهو نكرة على الإطلاق ، مع أن النص في المسألة متضمن

للسؤال عن عتق أول ولد تلده ، وهو بعينه كالمسألة الأولى ، .

قلت : لا يخفى عليك ما فيه ، نعم يجب إرادة الموصولة من لفظ « ما » لا الموصوفة التي هي بمعنى أول مولود تلده وإلا كانت كالمسألة الأولى ، ولعل الإطلاق يحمل على الأول ، كما هو مقتضى النص والفتوى أو على معلومية كون المراد من الأول ما يشمل التعاقب المزبور .

ولو ولدت الأول ميتاً احتمل بطلان العتق وإنحلال النذر ، لأن شرط النذر وجد في الميت الذي هو ليس محلاً للعتق ، واحتمل الصحة في الحي الذي تلده بعد ذلك ، لأن الظاهر تعلق النذر بأول حي تلده ، ولعل الأول أقوى .

ولو ولدته مستحقاً للعتق كالمقعد لم يعتق الثاني أيضاً في أقوى الوجهين ، بل في المسالك هو أولى من الأول بذلك ، لصلاحيته للعتق هنا ، غايته اجتماع سببين ، والله العالم .

المسألة الثالثة :

﴿ لو كان له ممالك فأعتق بعضهم ثم قيل له : هل أعتقت ممالكك ؟ فقال : نعم انصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصة ﴾ في نفس الأمر ، فإن العتق لا يتحقق إلا بصيغته وفي الظاهر لأنه إنما أفر بعتق عبده ، ويصدق على البعض أنهم عبيده ، فلا يؤخذ بعتق الكل ، وإن ظهر السؤال فيه ، إذ يسمع من المفسر التأويل فضلاً عن مثله ، ولخبر زرعة (١) سأله « عن رجل قال لثلاثة من ممالك له : أقتم أحرار وكان له أربعة ، فقال رجل من الناس : أعتقت ممالكك ؟ قال : نعم ، يجب العتق للأربعة حين أجملهم أو هو للثلاثة الذين أعتقوا ؟ فقال : إنما يجب العتق لمن أعتق » .

(١) الوسائل الباب - ٥٨ - من كتاب العتق الحديث ١ عن زرعة عن سماعة قال :

« سأله . . . » .

(جواهر الكلام - ج ٨)

نعم هل يشترط في عدم الأخذ بعق الجميع الكثرة فيمن أعتقه ؟ في القواعد « الأقرب ذلك ، ولعله لصدق « عبيدك » وإلا لم يكن له أن يقول إنما أفررت بعق الواحد أو الاثنين ، فانه تأويل لا يطابقه اللفظ ، فلا يسمع ، ولكن ظاهر المصنف وغيره عدم ، ولعله لجواز أن يقول : « إنما أردت إيقاع العتق في جملتهم » و هو يصدق على واحد منهم .

قلت : قد يناقش في ذلك ، أولاً بأن البحث فيما يحمل لفظه عليه لافي خصوص التداعي وادعاء التأويل ، ولا ينبغي التأمل في حمله في الأخير على الجميع ظاهراً أخذاً بظاهر اللفظ ، بل وفي الأول أيضاً ، لأن الجمع المضاف مفيدله ، وخبر زرة (١) إنما يراد منه في نفس الأمر أو أنه لا يحصل العتق بقول : « نعم » لمقتضى لاعادة السؤال على الجميع وإن قصد ذلك ، بل هو حاصل لمن أعتقهم بصيغة العتق ، لا أن المراد منه - مع عدم العلم بالحال - الحكم بعق الثلاثة خاصة المعلوم أنه أعتقهم دون الرابع الذي هو محل شك صرفاً لجوابه في خصوص المعلوم ، إذ هو كما ترى لا يوافق إرادة مافي نفس الأمر ولا ظاهر الإقرار ، إذ الأول لافرق فيه بين المتعدد والمتعدد ، والثاني لا بد من حمله على الجميع ، ومن هنا أنكر على العلامة الشرط المزبور بعض من تأخر عنه .

لكن في شرح الفخر « أن الجمع المضاف وإن كان الحق أنه للعموم لكن لا يحمل عليه هنا ، لأنه إذا أعتق ثلاثة من ممالك يصدق قوله : هؤلاء ممالك حقيقة ، فإذا قيل له : أعتقت ممالكك فقال : نعم وهي تقتضي إعادة السؤال و تقريره ، فيكون إقراراً بعق الممالك الذين انعتقوا ، ولا يلزم بغيرهم ، لأصالة البراءة ، ولأن الإقرار إنما يحمل على المحقق المتيقن ، لأعلى مافي احتمال ، وهل يشترط في الاقتصار عليه كثرة بحيث يصدق عليه الجمع حقيقة أم لا ؟ قولان ، ومنشأ القولين أن اللفظ إنما يحمل على الإقرار على أصل الحقيقة ، ومن حيث أصل البراءة ، ومن

جواز التجوز به أو يتفرع على ذلك الاكتفاء بالواحد وعدمه ، فعلى عدم الاشتراط يكتفى بالواحد ، وعلى عدمه لا يكتفى بالواحد ، ويلزم بعق ما يصدق عليه الجمع حقيقة ، ويكون في الباقي كالمشتبه ، وقد حكا عنه على طوله في المسالك وأطنب في ردّه حتى ذكر خمسة أوجه في مناقشته .

ولكن الحق عدم ورودها جميعها أو جملة منها ، ضرورة كون مراده بل ومراد الأصحاب بل ومافي الرواية أنه لا يحكم عليه بالإقرار بعق الجميع مع الظن أو الشك بإرادة الإقرار بمن وقع عتقه منهم ، ولأنه بمنزلة العهد الذي يحمل اللفظ فيه على المعهود ، ولا ينافي ذلك كون الجمع المضاف للعموم المعلوم إرادة كون عمومه على حسبه في نحو « هؤلاء مماليكى » .

وبالجملة الغرض حيث إنه لا يحصل ظن بالمراد من اللفظ وأن مراد لفظه التوصل إلى مقصوده بما يؤديه نفس اللفظ لا يحكم عليه بمعنى اللفظ ، ويرجع حينئذ إلى المتيقن ، لأن الأصل براءة الذمة ، وعلى ذلك مبنى هذه المسألة ، فلا وجه لأطناب ثاني الشهيد فيها ، إذ لا كلام في حمل الجمع المضاف على العموم ، ومما يؤيد ما ذكرناه فرضهم المسألة فيمن وقع منه عتق بعض مماليكه وغير ذلك مما يصرف اللفظ عن إرادة الإقرار بما يؤديه نفس لفظه مع عدم القرينة .

وما أشبه ما نحن فيه بما رواه الوليد بن هشام (١) قال : « قدمت من مصر ومعي رفيق ، فمررت بالعاشر ، فسألني ، فقلت : هم أحرار كلهم ، فقدمت المدينة فدخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي للعاشر ، فقال : ليس عليك شيء ، سواء كان المراد عدم حصول التحرير بهذا اللفظ أو عدم الحكم عليه بظاهر إقراره ، وكان المسألة من الواضحات وإن كثر كلام ثاني الشهيد فيها في المسالك ، والله العالم .

المسألة الرابعة: ﴿

﴿ لو نذر عتق أمته إن وطأها صح ﴾ لما عرفت من عموم أدلة النذر وقابليته للتعليل ، وأنه ليس من العتق المعلق وحينئذ ﴿ فتعتق أو تمنعق بتحقيق مسمى الوطء نعم ﴾ إن أخرجها عن ملكه انحلكت اليمين فلو أعادها بملك مستأنف لم يعد اليمين الذي كان ظاهره التعليل على الوطء بالملك الأول ، نحو ما سمعته في الإيلاء ، نعم لو قصد الأعم من العائد والموجود فلا إشكال في عدم الانحلال ، كما لا إشكال فيه مع قصده الوطء بالملك الموجود .

إنما الكلام مع الإطلاق ، وقد عرفت أن الظاهر منه ما ذكرناه ، وبدل عليه مضافاً إلى ذلك صحيح محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليه السلام د سألته عن الرجل تكون له الأمة فقال : يوم يأتيها فهي حرة ، ثم يبيعها من رجل ثم يشتريها بعد ذلك ، قال : لا بأس بأن يأتيها ، قد خرجت عن ملكه ، المحمول على النذر وشبهه ، لما عرفت من عدم جواز التعليل في العتق ، وفي الروضة د ويشهد له تعليله بأنها قد خرجت عن ملكه ، ولو لم يكن منذوراً لم يتوقف ذلك على الخروج ، كما لا يخفى ، وإن كان فيه ما فيه . وعلى كل حال فقد فهم الأصحاب منها ذلك وعملوا به ، بل في المسالك ما وقف على رادها إلا ما يظهر من ابن إدريس .

نعم في الروضة وكذا المسالك د في تعدية الحكم إلى غير الوطء من الأفعال وإلى غير الأمة وجهان : من كونه قياساً والفرض مخالفة الحكم للأصل من حيث إن خروجها عن ملكه لا مدخل له في انحلال النذر ، لأن غايته أن تصير أجنبية منه والنذر يصح تعليقه بالأجنبية كنذر عتقها إن ملكها ، وهي في ملك غيره ابتداءً .

كما تقدّم في نظائره - وفيه ما عرفت من ظهور النذر في الوطاء بذلك الملك - ومن إيماء النص إلى العلة بقوله **يُجِبُّ** « قد خرجت عن ملكه » وذلك يوجب التعدي إلى ما توجد فيه العلة المنصوصة . وفي الروضة « وهو المتبجّه » .

وفيه أن المبنى إذا كان ما ذكرنا من الظهور ينبغي أن يكون المدار عليه ، لانفس الخروج عن الملك مطلقاً ، ضرورة إمكان الفرق بين الوطاء وغيره من الأفعال في الظهور المزبور ، بل ينبغي القطع بإيماء التعليل إلى ذلك ، لا أن الحكم تعبدى .

ثم قال فيهما أيضاً : « إن ظاهر الصحيح المزبور جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط لم يوجد ، وهي مسألة إشكالية » ثم حكى في الروضة عن الفاضل في التحرير « اختيار عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حر » فباعه قبل الفعل ثم اشتراه ثم فعل ، وعن ولده أنه استقرب جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط قبل حصوله ، وهذا الخبر حجة عليهما .

قلت : قد عرفت ما يمكن الجواب به عن الأول منهما ، وأما مسألة التصرف في المنذور المعلق على شرط فقد يقال : إن محلها ما لو كان المعلق عليه متوقفاً كمعاواة المريض ونحوه ، وأما مع فرض القطع بعدمه فلا إشكال في الجواز ، والفرض في المسألة أنه بالخروج عن الملك يمتنع المعلق عليه بناءً على أن المراد الوطاء بذلك الملك فتأمل جيداً ، والله العالم .

المسألة الخامسة :

﴿ لو نذر عتق كل عبد قديم انصرف إلى من مضى عليه في ملكه ستة أشهر فصاعداً ﴾ إذا لم يكن هناك عرف يقتضي خلافه أو قصد كذلك ، بل نذر وقصد مصداق ذلك في نفس الأمر الذي لا يمكن معرفة أول مصاديقه لأحد إلا علام الغيوب أو من أودعه علم ذلك ، فإنه حينئذ أعرف أهل العرف ، ضرورة أن العرف العام إنما يعرف الأفراد المعلومه منه ، كما أنه يعرف الأفراد المعلوم أنها ليست منه ، أما أول المصاديق فلا يطبق له إلى معرفته ، فيكون المقام حينئذ كبيانته عليه السلام تحديد الوجه على التحقيق والركوع والمسافة ونحو ذلك ، ومع فرض عدم تجديد عرف آخر يكون هو الميزان .

وهذا هو المراد من مرسل النهدي (١) قال : دخل أبو سعيد المكارى على أبي الحسن الرضا عليه السلام ، فقال له : أبلغ من قدرك أن تدعي ما ادعى أبوك ؟ فقال له : مالك أطفاء الله نورك ، وأدخل الفقر بيتك ، أما علمت أن الله أوحى إلى عمران أني واهب لك ذكراً فوهب له مريم فزعم لمريم عيسى ، فعيسى من مريم ، ومريم من عيسى ، ومريم وعيسى شيء واحد ، وأنا من أبي وأبي مني ، وأنا وأبي شيء واحد ، فقال له أبو سعيد : فأسألك عن مسألة فقال : لا أخاك لك ، بعيد أن تقبل مني ولست من غنمي ولكن هاتها ، فقال : رجل قال عند موته : كل مملوك لي قديم فهو حر لوجه الله ، قال : نعم إن الله عز ذكره قال : حتى عاد كالعرجون القديم (٢) فما كان من ممالكه أني عليه ستة أشهر فهو قديم ، فهو حر ، وعن تفسير

(١) ذكر ذيله في الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب العتق الحديث ١ وتمامه في

الكافي ج ٦ ص ١٩٥ وفيهما قال : دخل ابن أبي سعيد المكارى ، ، .

(٢) سورة يس : ٣٦ - الآية ٣٩ .

علي بن إبراهيم أنه رواه عن أبيه عن داود بن سعيد (١) «سألته، وحينئذ يكون حسناً».

وعن إرشاد المفيد (٢) «قضى علي عليه السلام في رجل أوصى فقال: أعتقوا عني كل عبد قديم في ملكي، فلما مات لم يعرف الوصي ما يصنع، فسأله عن ذلك، فقال: يعتق كل عبد له في ملكه ستة أشهر، وثلاً الأية، وكان الشيخ فهم من المملوك العبد فعبّر به، ولعله كذلك لا أن المراد منه تعبد محض، وإلا لم يكن وجه للاستدلال بالأية على المكاري الذي هو ليس من غنمه، ويريد البرهان منه على ما دعه، وحينئذ يكون المسألة على الضوابط، ويتعدى من المقام إلى غيره، لكن على الوجه الذي ذكرناه، ولعل قول المصنف وغيره: «انصرف» إلى آخره لا يخلو من إشعار.

لكن في المسالك «هو شامل للذكور والأنثى. ولكن الشيخ عبّر بلفظ العبد، وتبعه المصنف والجماعة، وتماذي الأمر إلى أن توقف العلامة في تعدي الحكم إلى الأمة من حيث إن هذا الحكم على خلاف الأصل، ولا دليل عليه من جهة العرف ولا اللغة، وإنما مستنده الشرع، مع أن الرواية ضعيفة السند مرسله، واعتذر فخر الدين عنه بأن المسألة إجماعية وأن الإجماع لم يقع إلا على العبد، فلذلك استشكل والده في حكم الأمة، والاجماع على وجه يكون حجة ممنوع، بل كثير من العلماء - كابن الجنيّد وسالار والصدوق - لم يتعرضوا لها، وإن الأصل فيها الشيخ، وطريقته في النهاية الاستناد إلى الروايات من غير مراعاة طريقها، كما هو المعلوم من عاداته، ولكن اتباع ابن إدريس له حملهم على شبهة الاجماع، حيث إنه لا يعتمد على أخبار الأحاد مطلقاً، فعمله بمضمونها يدل على فهمه أنه إجماع».

وهو من غرائب الكلام، بل لا يخلو من سوء ظن أو سوء أدب مع من عرفت،

(١) أشار إليه في الوسائل في الباب - ٣٠ من كتاب العتق الحديث ١ عن داود بن محمد النهدي قال: «دخل أبو سعيد».

(٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب العتق الحديث ٢.

وكيف كان فقد عرفت الوجه في المسألة .

بل منه يعلم الوجه في التعدية إلى نذر الصدقة والإقرار ونحوهما مما يكون فيه الموضوع القديم ، لكن على الوجه الذي ذكرنا ، وليس مبناه دعوى الحقيقة الشرعية التي يمكن القطع بفسادها ، كما ظنّه بعضهم و ذكره وجهاً للتعدي .

وفي مقابله عدم ، لمعارضته اللغة والعرف ، ومنع الحقيقة الشرعية ، وضعف سند الخبر المزبور بالارسال وغيره ، وقصر الاجماع المدعى على مورده ، وفيه أنه لا وجه للعمل به في مورده مع فرض كون المتكلم من أهل العرف المفروض أن القديم فيه خلاف ذلك ، وأنه أراد ما في عرفه ، بل يمكن القطع بعدم التعبد بذلك ، بل ظاهر استدلال الامام عليه السلام خلافه ، فتأمل جيداً .

ولو قصر الجميع عن ستة أشهر ففي المسالك « في عتق أو لهم تملكاً اتحد أم تعدّ أو بطلان النذر وجهان » وفيه أنه لا وجه في الصحة بعد فرض كون أقصى مصداق القديم الستة ، ثم قال : « وعلى الصحة لو اتفق ملك الجميع دفعة ففي اعتناق الجميع أو البطلان لعدم الوصف الوجهان » قلت : قد عرفت أن المدار على صدق الانصاف بالقديم الذي هو من مضي له زمان من غير فرق بين المتحد والمتعد ، إلا أن المرجع في أدل مصداقه إلى من عرفت ، لأن المراد منه المتقدم على غيره ، والله العالم .

المسألة السادسة :

﴿ من أعتق وله مال فماله لمولاه ﴾ لما عرفته في كتاب البيع (١) أنه لا يملك شيئاً ، والعتق إنما هو فكّ رقبته من دون تمليك شيء له بعده ، وحينئذ فنسبة المالك له لأدنى ملازمة ، بمعنى أن ما في يده ومختص به ، كشيأه ونحوها مما كان قد أباح المالك له التصرف فيه تصرف المالك بملكه .

﴿ وقيل ﴾ والقائل جماعة من القدماء ، بل في الدروس نسبته إلى كافةهم ، وفي نهاية المرام نسبته إلى الأكثر : ﴿ إن لم يعلم به المولى فهو له وإن علم به فهو للمعتق إلا أن يستثنيه المولى ﴾ لصحيح زرارة (٢) عن الباقر عليه السلام في طريق ، وعنه وعن الصادق عليه السلام في طريق آخر (٣) وعن أحدهما عليه السلام في طريق ثالث (٤) « سألته عن رجل أعتق عبداً له وللعبد مال لمن المال ؟ فقال : إن كان يعلم أن له مالا تبعه ماله ، وإلا فهو للمعتق » وموثقه الآخر (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام « إذا كاتب الرجل مملوكه أو أعتقه وهو يعلم أن له مالا ولم يكن السيد استثنى المال حين أعتقه فهو للعبد » ونحوه الموثق الآخر (٦) وفي خبر البصري (٧) « سألته عن رجل أعتق عبداً له وللعبد مال وهو يعلم أن له مالا فتوفى الذي أعتق العبد ،

(١) راجع ج ٢٤ ص ١٧١-١٨٦ .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب العتق الحديث ٤ - ٢٠ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٦٩ الرقم ٢٣٦ .

(٥) الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب العتق الحديث ١ عن أبي جعفر عليه السلام إلا

أن الموجود في الكافي ج ٦ ص ١٩٠ عن أبي عبد الله عليه السلام .

(٦) الاستبصار ج ٤ ص ١٠ الرقم ٣١ و الفقيه ج ٣ ص ٦٩ الرقم ٢٣٧ .

(٧) الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب العتق الحديث ٦ .

لمن يكون المال ؟ يكون للذي أعتق العبد أو للعبد ؟ قال : إن أعتقه وهو يعلم أن له مالاً فماله له ، وإن لم يعلم فماله لولد سيده .

و في المسالك بناء هذه المسألة على مالكية العبد ، ثم حكى عن المختلف التوقف في الحكم هنا مع قوله بعدم ملكية العبد للنصوص (١) المزبورة و ناقشه أولاً ، و مال إلى القول به أخيراً .

قلت : و قد حكاه في كشف اللثام عن الصدوق و الشيخ و جماعة ممن منع ملكية العبد ، بل عن المصنف أن المنع عن الملك مع بقاء الرقية لا يستلزم المنع في حال الحرية ، فإذا ملك التصرف فيه ثم أعتقه أمكن أن يملك في تلك الحال ، لأنه صار له أهلية الملك ، فاستقر له الملك بالتملك الأول وإن كان هو كما ترى .

على أن التفصيل المزبور لا يوافق قواعد الملك ولا قواعد عدمه ، ضرورة أن مقتضى الأول كون المال للعبد على كل حال ، كما أن مقتضى الثاني كونه للسيد ، نعم قد يقال : إن عدم استثنائه مع العلم به قرينة على بقاء إباحته له ، فإذا نوى به التملك بعد الحرية أمكن القول بكونه ملكاً له ، نحو تملك المال المعرض عنه أو المباح للمتملك كبنثار العرس ونحوه .

وعلى كل حال فلا رجة للاستدلال بهذه النصوص على الملكية بسبب الإضافة التي بكفي فيها أدنى ملازمة ، وما أشبه هذه النصوص بالنصوص (٢) الدالة على أن مال العبد إذا علم به السيد ولم يستثنه عند بيعه العبد للمشتري ، وإلا كان للبائع المحمولة على ما يقرب مما ذكرناه تنزيلاً للنصوص المزبورة الذي مرجعه إلى حصول الفرائن من السيد على الإعراض عن ماله أو إباحته له أو نحو ذلك ، ومع فرض عدمها ولو لعدم العلم بالمال يبقى على ملكية السيد ، للأصل وغيره ، كما

(١) الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب العتق الحديث - ٥٠ - .

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجارة .

هو واضح . وأما احتمال التعبد بما في هذه النصوص المزبورة وإن لم يوافق القوانين الشرعية ففي غاية البعد ، والله العالم .

﴿ و ﴾ بذلك بان لك أن ﴿ الأول ﴾ مع كونه ﴿ أشهر ﴾ أشبه بأصول المذهب وقواعده ، ولا يعتبر في تملك المال على تقدير استثنائه تقديمه على صيغة الحرية ، للأصل ولأنه على كل حال جزء من الصيغة أو بحكمه تقدم أو تأخر ، فإن العبرة بالقصد المقرض كونه مقيداً ، فلا تؤثر الصيغة لو فرض تقدمها في اللفظ عليه قبل ذكره .

خلافاً للمحكي عن الشيخ وغيره ، لخبر أبي جريز (١) المتقدم الذي قد عرفت عدم القائل به ، بل معارض باطلاق الأدلة وخصوصها ، كما تقدم الكلام فيه سابقاً في اشتراط المال على العبد ، فما في الإيضاح - من أن الأقرب قول الشيخ ، لمصول التحرير بصيغته ، فيقع الزائد بعد السبب الموجب للتحرير ، ولهذه الدقيقة شرط المصنف في الشروط في العقود أن تكون بين الإيجاب والقبول - واضح الضعف خصوصاً بعد الإحاطة بما ذكرنا سابقاً ، فلا حظ وتأمل ، والله العالم .

(١) الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب العتق الحديث ٥ و الذي تقدم ذكره كان

بمنوان صحيح حريز ، راجع التعليقه (٦) من ص ١١٦ .

المسألة (السابعة) :

﴿ إذا أعتق ﴾ أو أوصى بعتق ﴿ ثلث عبيده ﴾ مثلاً ﴿ وهم ستة ﴾ والقيمة متحدة ﴿ استخرج الثلث بالقرعة ﴾ بلا خلاف ، بل عن صريح بعض وظاهر آخر الاجماع عليه ، بل ولا إشكال ، قال الصادق عليه السلام في خبر محمد بن مروان (١) : « إن أبا جعفر عليه السلام مات وترك ستين غلاماً وأعتق ثلثهم فأقرعت بينهم وأخرجت عشرين فأعتقتهم ، ونحوه غيره (٢) وفي صحيح ابن مسلم (٣) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون له المملوك فيوصي بعتق ثلثهم ، قال : كان علي عليه السلام يسهم بينهم ، إلى غير ذلك من النصوص ، مؤيداً ذلك بأن المقام من القسمة التي قد عرفت استعمال القرعة فيها ، وليس هو من قبيل الوصية بكلي يرجع في تعيينه إلى الوارث ، لكن في الدروس عن المصنف في الفرض « يعينه الوارث ، و القرعة على الندب و الروايات حكاية حال ، وهو كما ترى ، بل صحيح ابن مسلم ليس من حكاية الحال .

ثم إن ظاهر النص و الفتوى في المقام وغيره عدم كون القرعة من خواص الامام عليه السلام لكن في خبر بونس (٤) قال : « في رجل كان له عدة من ممالك فقال : أياكم علمني آية من كتاب الله فهو حر » ، فعلمه واحد منهم ثم مات المولى ولم يدر أيهم علمه الآية هل يستخرج بالقرعة ؟ قال : نعم ، ولا يجوز أن يستخرجه أحد إلا الامام ، فإن له كلاماً وقت القرعة يقوله ودعاء لا يعلمه سواه ولا يقدر عليه غيره ، وإن لم أر عاملاً به ، ويمكن حماه على إرادة أن استخراج المشتبه بها على

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٦٥ - من كتاب العتق الحديث ٢ - ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٧٥ - من كتاب الوصايا الحديث ١ والباب - ١٣ - من أبواب

كيفية الحكم الحديث ١٠ من كتاب القضاء .

(٤) الوسائل الباب - ٣٤ - من كتاب العتق .

وجه يوافق الواقع مختص بالامام أو على غير ذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان في صورتها ﴿ وكيفيتها يكون بطرق ، ولكن المحكمي عن النبي ﷺ (١) ما ذكره المصنف وهو ﴿ أن يكتب في ثلاث رقاع اسم اثنين في كل رقعة ﴾ من غير تعرض فيها للحرية والرقية أو معه ، ﴿ ثم ﴾ يسترد يخرج على الحرية أو الرقية ، فان خرج على الحرية كفت الواحدة و إن خرج على الرقية استرق ما فيها ﴿ افترق إلى إخراج اثنين ﴾ آخرين ، فان خرج على الرقية أيضاً أعتق الباقي وإلا استرق .

وإن كتب في الرقاع الحرية والرقية من غير أن يكتب أسماء العبيد فليكتب في رقعة حرية وفي رقعتين رقية على نسبة المطلوب في القلة والكثرة ، ثم يخرج باسم أحد الاجزاء الثلاثة الذين رتبوا سابقاً على الكيفية السابقة .

ويجوز أن يكتب في الفرض ستة رقاع إما بأسماء الستة ، كل واحد منهم في رقعة ثم يخرج على الحرية أو الرقية كما مر إلى أن يستوفي المطلوب ، أو يكتب في اثنين حرية وفي أربع رقية ثم يخرج على واحد واحد إلى أن يستوفيه ، وهذا الطريق وإن كان أعدل كما قيل ، لأن جمع اثنين على حكم واحد يمنع من افتراقهما في الرقية والحرية ، ومن الممكن خروج أحدهما حراً والآخر رقاً ، بل في قواعد الفاضل الأقرب استعماله في جميع الفروض وإن كان هو كالاتجاه في مقابلة النص المعمول به .

لكن المشهور بين الفقهاء هو الأول لما روى (٢) « من أن أنصارياً أعتق ستة لامال له سواهم ، فجزأهم النبي ﷺ ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين ، نعم هو متجه في بعض الفروض الخارج عن مفروض النص مع عدم إمكان التعديل فيه ، أما غيره فلا أقوى جواز الجميع فيه .

و كيف كان ﴿ فإذا تساوا عدداً وقيمة ﴾ وأمكن تجزئتهم ثلاثاً كما في الستة

مثلاً ﴿ أو اختلفت القيمة مع إمكان التعديل أنلاثاً ﴾ كالسنة إذا كانت قيمة ثلاثة منهم ستمائة كل واحد مأتان ، وثلاثة ثلاث مائة ﴿ فلا بحث ﴾ . أما في الأول فظاهر ، وكذا الثاني الذي يضم فيه كل خيس إلى نفيس ، ويجعلان ثلثاً .

﴿ ولو اختلفت القيمة ولم يمكن التعديل ﴾ عدداً على حسب اختلافها كما لو كان قيمة واحد من الستة مأتين وقيمة اثنين مأتين وقيمة ثلاثة مأتين عدل بها ﴿ أخرج ثلثهم قيمة ﴾ ولو الواحد ﴿ وطرح اعتبار العدد ﴾ وفقاً للأكثر كما في الرِّياض ، بل عن ظاهر المبسوط الإجماع عليه .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردد ﴾ من كون القسمة في غير المقام كذلك ، ومن خبر الأنصاري (١) المستبعد فيه تساوي القيمة ، بل عن بعض العامة الجزم باعتبار العدد في التعديل وإن وافقنا على أنه لا يعتق إلا الثلث قيمة ، ولا ريب في أن الأقوى الأول ، ضرورة كون المقام كغيره ، وخبر الأنصاري على ضعفه محمول على إمكان التعديل فيه عدداً وإن اختلفت القيمة ، وكذا نصوص الستين (٢) .

ولو أمكن التعديل عدداً خاصة ، كسنة قيمة اثنين منها مائة ، واثنين مائة وخمسون ، واثنين ثلاث مائة قسموا ثلاثة بالعدد ، فإن أخرج على الحرية فخرج اثنين يساويان الثلث قيمة فلا كلام ، وإن خرجا ناقصين عتقا وأكمل الثلث من الباقي بالقرعة ، وإن خرجا زائدين أعيدت القرعة بينهما ، وعتق من يخرج على الحرية ، ومن الآخر تمة الثلث ، وقيل : الأولى استعمال القرعة وإخراج واحد واحد حتى يستوفى الثلث .

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٨٥ .

(٢) الوسائل الباب - ٦٥ - من كتاب العتق الحديث ٢ والباب - ١٣ - من

أبواب كيفية الحكم الحديث ١٠ من أبواب القضاء والباب - ٧٥ - من كتاب الوصايا

الحديث ٢ .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ إن تعذر التعديل عدداً وقيمة ﴾ كخمسمة قيمة واحد مائة
واثنين مائة واثنين ثلاث مائة ﴿ أخرجنا على الحرية حتى يستوفى الثلث قيمة .
ولو قصرت قيمة المخرج أكملنا الثلث ولو بجزء من آخر ﴾ مراعاة للقواعد فيه
بعد خروجه عن مفروض النصوص ، ويستسمى حينئذ ناقص الحرية فيما بقي منها ،
كما صرح به غير واحد ، وإن كان قد يشكل بخروج المسألة عن دليل السراية
والاستسعاء ، وإلا لم يكن للقرعة وجه ، اللهم إلا أن يقال بالاقتصار في ذلك على
خصوص الموصى به كالثلث مثلاً لا الجزء منه ، فتأمل جيداً .

وربما احتمل تجزئهم أثلاثاً أيضاً ، فيجعل واحد ثلثاً والأربعة الباقية كل
اثنين ثلث ، ثم يقرع ويتجزر بها ما قابل الثلث ولو جزء من واحد ، ليكون
قريباً إلى المروي عن النبي ﷺ في قضية الأنصاري (١) التي موضوعها غير
المفروض . ومن هنا كان الأصح الأول حتى لو كانت قيمة الخمسة متساوية ،
فيكتب خمس دفاع بأسمائهم ويخرج على الحرية أو الرقية إلى أن يستوفى
الثلث .

هذا وقد أظنب الكر كي في حاشية الكتاب في ذكر الصور الممكنة ، وأنهاها
إلى ستة و كيفية استخراجها أجمع من عبارة المصنف ، ولكن لا طائل تحته بعد
الاحاطة بحكم الجميع مما ذكرناه .

ثم إن ظاهر النص والفتوى لزوم استخراج الحر من العبيد في مفروض
المسألة ، ولا يجوز البقاء على الاشاعة ، بل صرح به في الدروس ، بل قال فيها : « لو
نص عليه أي الشيوع فوجهان : من بناء العتق على السراية ، ووجوب العمل بقصده ،
قلت : لعل الأقوى عدم لزوم اعتبار قصده في المقام مع فرض تضرر الوارث بذلك ،
فتأمل جيداً .

ثم إن الظاهر عدم اختصاص الستة في التجزئة المذكورة ، بل لو كانت العبيد

تسعة مثلاً جزئت ثلاثاً أيضاً على أن يكون كل ثلاثة منهم ثلثاً ، بل لا يبعد التعدية إلى أربعة أجزاء في الثمانية لو أوصى بربعها مثلاً ، وخمسة أجزاء في العشرة لو أوصى بخمسها ، لكن في الدروس وفي تعدى التجزئة إلى أربعة أجزاء في الثمانية أو خمسة أجزاء في العشرة وهكذا وعدمها فيقرع على الأفراد نظر ، من قربه إلى ما فعله النبي ﷺ (١) ومن عدم الاكتفاء به ، إذ لا بد من إعادة القرعة ، وكان مراده الوصية بعنق ثلثهم مثلاً وكانوا ثمانية ، فيجزؤون أولاً أربعة أجزاء ، ويستخرج منها جزء حر ثم يقرع جديداً لا كمال الثلث من باقي الأجزاء ، إلا أنه كما ترى بعيد .

ولعل المتجه أيضاً تجزئتهم أثلاثاً إذا أمكن التعديل بالقيمة ، وإلا أفرع على واحد واحد ، نحو ما سمعته في الخمسة ، ومجرد قابلية التجزئ لا يقتضي ما ذكره كما هو واضح ، ويأتي الاحتمال السابق في تجزئتهم أثلاثاً في العدد للقرب مما فعله النبي ﷺ وإن لاحظ الثلث أيضاً زيادة ونقصاً على حسب ما عرفته .

ثم إن الظاهر عدم اعتبار كون القرعة بالرقاع على الوجه المذكور في كلامهم وإن كان هو أولى ، إلا أن المحكي من فعل النبي ﷺ أنه أفرع تارة بالبر والآخرى بالنوى يومئ إلى التوسع في أمرها ، خصوصاً بعد ملاحظة السيرة بين المتشرعة المظنون أن ما في أيديهم مأخوذ يداً بيد إلى أهل الوحي ، مؤيداً ذلك بأنه لا فرق بعد التفويض إلى الله تعالى شأنه بين الكيفيات ، والله العالم .

المسألة * الثامنة *

* من اشترى أمة نسيئة ولم ينقد ثمنها فأعتقها و تزوجها و * جعل عتقها مهرها ف * حملت ولم يخلف سواها بطل عتقه ونكاحه ، وردت على البائع رقاً ، ولو حملت كان ولدها رقاً ، وهي رواية هشام بن سالم * (١) بل وأبي بصير (٢) في الصحيح ، وفي الدروس عمل بها كثير .

* وقيل * والقائل ابن إدريس وغيره من المتأخرين : * لا يبطل العتق ولا يرق الولد و * لا ريب في أنه * هو أشبه * بأصول المذهب وقواعده ، فهو أرجح ، ولذا حمل الصحيح المزبور على وجوه لا بأس بها وإن بعدت ، وقد تقدم تفصيل الكلام في كتاب النكاح وعلى تقدير العمل بالخبر المزبور ينبغي الجمود على ما أفاده ، لكن في الدروس تعدى وفرّغ عليه فروعاً متعددة ، ولعله لما فيه من التعليل الذي لم يظهر وجهه لنا ، فلاحظ وتأمل . والله العالم .

المسألة * التاسعة *

* إذا أوصى بعتق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث إعاقته * لأنه القائم مقام الميت مع عدم الوصي * فإن امتنع أعتقه الحاكم * الذي هو ولي كل ممتنع ، بل قد يقال : إن له ولاية العتق من أول الأمر دون الوارث ، كما في غيره من الوصايا التي لم ينص الموصي على وصي خاص في تنفيذها ، وليس حال الوارث إلا كحال

(١) الوسائل الباب - ٢٥ - من كتاب العتق الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ من

كتاب النكاح .

(جواهر الكلام - ج ٩)

غيره من الأجانب ، بل لعله الأقوى .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ سيحكم بحريته حين الاعتاق ﴾ الذي هو سبب الحرية وإن طالت مدة ما بينه وبين الموت ﴿ لحين الوفاة ﴾ الذي به استقرت الوصية لا الحرية .

﴿ و ﴾ أما ﴿ ما اكتسبه قبل الاعتاق وبعد الوفاة ﴾ فعن الشيخ في المبسوط والنهاية ﴿ يكون له ، لاستقرار سبب العتق ﴾ الذي هو الوصية به ﴿ بالوفاة ﴾ لأن السبب المقتضى لانتقال مال الموصى عن ملك الوارث مستند إلى الوصية والموت ، فكل منهما جزء سبب ، وبالطو يتم السبب ، فيكون العبد الموصى بعقه بعد الموت بمنزلة الحر وإن توقفت حرته على الاعتاق . فيتبعه الكسب ، لكن لا يملكه إلا بعد العتق ، لأنه قبله رقيق لا يملك وإن كان هو الأحق به .

وقد يشكل بمنع استقرار السبب بالموت ، بل هو مركب من ثلاثة أشياء : الوصية و الموت وإيقاع صيغة العتق ، كما يتوقف ملك الوصية - لو كانت بمعنى التمليك - على قبوله مضافاً إلى الوصية ، وموت الموصى قبل القبول لا يملك وإن حصل الأمران الآخران ، ولو كان سبب العتق قد تم واستقر لزم أن يثبت معلوله وهو العتق ولم يقل به ، بل قال بتوقفه على الاعتاق ، ومتى لم يكن تاماً لم يثبت معلوله ، والملك متوقف عليه ، ولما امتنع خلو الملك من مالك ولم يكن العبد مالكا لنفسه قبل العتق فهو للوارث .

﴿ و ﴾ من هنا قال المصنف وتبعه بعض من تأخر عنه : ﴿ لو قيل يكون للوارث لتعقق الرق عند الاكتساب كان حسناً ﴾ لكن أشكله في المسالك تبعاً للدروس زيادة على ما فيه - من أن المراد بالسبب في كلام المستدل غير ما ذكره - بأن الله تعالى جعل الارث بعد الوصية النافذة ، والفرض هنا كذلك ، وذلك يمنع من ملك الوارث ، غايته أن يكون الملك مراعى بالاعتاق ، فكيف لا يتبعه الكسب ، ويكشف عن سبق ملكه كما يكشف قبول الموصى له عن ملك الوصية من حين الموت ،

وفي حكمه ماله أوصى بعين توقف في بعض الجهات ، أمّا الموصى به على وجه لا يتوقف على صيغة كقوله : « أخرجوا عني العين الفلانية في حجة » ، ونحوها فنماؤها بعد الموت وقبل الإخراج في الجهة تابع لها قطعاً ، لتميئها لتلك الجهة وخروجها عن ملك الوارث بالموت .

وفيه (أولاً) أن الآية (١) لانتافي ملكية الوارث كما في المقابل من التركة للدين ، كما أوضحنا ذلك في محله ، و (ثانياً) أن الشيخ رة قد اعترف بأنه لا يملك إلا بعد عتقه ، ولكن يكون قبله أحق به ، والكشف هنا لوجه له بعد أن لم يكن العتق كاشفاً عن حرّيته حين الموت ، ضرورة اقتضائه تملك العبد المفروض عدمه ، بل لعل المتبجّه كون الكسب للوارث وإن قلنا ببقاء عين العبد قبل العتق على حكم مال الميت ، لأن مقتضاه كون الكسب على حكم ماله ، والفرض عدم وصيته به ، فيكون للوارث كما قيل نحو ذلك في نماء المال بعد الوفاة بالنسبة إلى الدين ، فيحكم بكونه للوارث وإن قلنا ببقاء ما قابل الدين من التركة على حكم مال الميت ، لأنه إنما يتعلق بما كان تركة للميت لا ما يتجدد وإن كان لا يخلو من بحث .

لكن على كل حال ما نحن فيه للوارث سواء قلنا بخروج العين الموصى بها عن ملك الوارث أو ببقائها على ملكه حتّى تنفذ الوصية ، أمّا على الثاني فظاهر ، و أمّا على الأوّل الذي مقتضاه بقاءها على حكم مال الميت فكذلك ، ضرورة كون الباقي على حكمه نفس العين من حين العتق دون منافعه ، كما هو واضح بلا تأمل ، فلا وجه حينئذ لبناء المسألة على الخروج عن ملك الوارث وعدمه ، فتأمل جيداً .

هذا وينبغي أن يعلم أنه فرق بين نماء العين كالشجرة ونحوها ممّا يتبع أصله وبين تكسب العبد المحتاج إلى صيغ ونحوها ممّا يتوقف على إذن من المالك ، ومع عدمها يكون للمالك قيمة المنفعة المستوفاة من العبد ، ويمكن أن يراد بالكسب

ما يشمل ذلك ، وأما حيازة المباحات و التقاط ما يحصل الملك بالتقاطه فيشكل تملك السيد له بدون إذنه له ، وقد تقدم بعض الكلام في ذلك سابقاً في بحث ملك العبد ، والله العالم .

المسألة العاشرة :

﴿ إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه وقع العتق عن الأمر ﴾ عند المشهور خلافاً لابن إدريس . ﴿ و ﴾ إنما الكلام في أنه ﴿ ينتقل إلى الأمر عند الأمر بالعتق ﴾ أو بأول جزء من الصيغة ولو على جهة الكشف ﴿ ليتحقق العتق بالملك ﴾ الذي قد عرفت أنه شرط الصحة ، لقوله ^{في المتن} (١) : « لا عتق إلا في ملك » أو بتمامها يحصل الأمران وإن اختلفت كيفية تسببها لهما ، وجوه بل أقوال قد تقدم الكلام فيها مفصلاً في الكفارات .

ومنه يعلم أن المراد من قول المصنف ﴿ وفي الانتقال تردد ﴾ في وقته لأصله لما قيل من أنه لا خلاف فيه ، مضافاً إلى دعوى دلالة صحيح عمر بن يزيد (٢) المتقدم عليه أيضاً وإن كان فيه ما فيه ، بل قد يمنع أصل القطع بالانتقال ، ويقتصر على وقوع العتق عن الأمر دون انتقاله إليه ، على أن يكون المراد من « لا عتق إلا في ملك » أنه لا يعتق غير المملوك كما سمعته عن بعض العامة ، لا أن المملوك لا يصح عتق مالكه عن غيره إلا بعد انتقاله إلى الغير ، بل قد يدعى أن الصحيح

(١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب العتق الحديث ٢ وفيه « لا عتق إلا بعد

ملك » .

(٢) لم يتقدم لعمر بن يزيد رواية تدل على ذلك ، والذي يمكن الاستدلال به

هو صحيح بريد المجلى المروى في الوسائل الباب - ٤٠ - من كتاب العتق الحديث ٢

المتقدم في كتاب الكفارات ج ٣٣ ص ٢٢٢ .

المزبور على خلاف ذلك أدل ، وحينئذ يكون التردد في أصل الانتقال في عبارة المتن في محله ، وقد تقدم تمام الكلام في الكفتارات (١) فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

المسألة * الحادية عشرة : *

* العتق في مرض الموت يمضي من الثلث * كغيره من المنجزات . * وقيل : من الأصل ، و الأول مروي * عنهم عليهم السلام (٢) بعدة طرق فيها الصحيح وغيره ، كما أوضحنا ذلك مفصلاً فيما تقدم ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

(١) راجع ج ٣٣ ص ٢٢٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الوصايا الحديث ٣ و ٤ و ٥ و الباب - ٣٩ -

والباب - ٦٧ - منه .

﴿ تفریعان : ﴾

﴿ الاول : ﴾

﴿ إذا أعتق ثلاث إماء في مرض الموت ولا مال له سواهن ﴾ أخرجت واحدة بالقرعة ﴿ إن كانت هي مقدار الثلث ، وإلا فما قابله زاد أو نقص ولو جزء منها ، كما سمعته في المسألة السابقة التي هي عين هذه المسألة .

وعلى كل حال ﴿ فإن كان بها حمل تجدد بعد الاعتاق فهو حر ﴾ إجماعاً ﴿ ضرورة تكونه من حرّة ، فيتبعها إلا أن يكون أبوه عبداً واشترط عليه الرقبة وقلنا بجوازها . ﴾ وإن كان سابقاً على الاعتاق قيل ﴿ والقائل الشنيخ وأبو علي : ﴿ هو حر ﴾ أيضاً ﴿ لكونه تابعاً لأمه ﴾ وفيه تردد ﴿ بل منع لعدم مقتضى لها شرعاً ولا عرفاً ، فيبقى على أصل الرقبة ، بل هو أولى من البيع في ذلك ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ الثاني : ﴾

﴿ إذا أعتق ثلاثة ﴾ عبيد مثلاً ﴿ في مرض الموت ولم يملك غيرهم ثم مات أحدهم ﴾ قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث ﴿ أقرع بين الميت والحيين ﴾ ولا ينزل الميت منزلة العدم وإن أبقينا للوارث مثل ما فات ، لأن الميت إنما مات بعد العتق فهو صالح للحرية والرقبة .

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو خرج الحرية لمن مات حكم له بالحرية ﴾ وكانت

مؤونة تجهيزه على وارثه أو في بيت المال ﴿ وإن خرجت على أحد الحيين حكم على الميت بكونه مات رقاً ﴾ ومؤونة تجهيزه على سيده . ﴿ لكن لا يحسب ﴾ على الوارث ﴿ من التركة ﴾ بحيث يكون من ثلثيه ، لعدم قبضه لها والمراد له المالية ، بخلاف الميت الذي احتسبناه عليه من ثلثه لو خرجت القرعة بحريته ، لأن مراده الثواب وقد حصل له .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ يقرع بين الحيين و بحر ﴾ منهنما ما يحتمله الثلث من التركة الباقية ﴿ كما لو لم يكن له إلا العبدان وأعتقهما ، فمع فرض تساويهما في القيمة يعتق ثلثا من خرجت القرعة بحريته .

﴿ و ﴾ مع اختلافها فـ ﴿ لو عجز أحدهما عن الثلث ﴾ لخسته و فرض خروج القرعة بحريته ﴿ أكمل الثلث من الآخر ولو فضل منه ﴾ لنفاسته ﴿ كان فاضله رقاً ﴾ بخلاف أجده بين من تعرض لذلك من الفاضل في قواعده وتحريره والشهيد في دروسه وثاني الشهيد في مسالكه وغيرهم ، بل لعل إطلاق المصنف وغيره عدم الاحتساب يقتضي ذلك حتى مع قبض الوارث ، لعدم تسلطه على التصرف وإن ثبتت يده الحسيّة ، فيكون كما لو مات قبل قبضه ، لكن في المسالك ومحكي المبسوط الأصح احتسابه ، لدخوله في أيديهم و في ضمائمهم و حينئذ فإذا خرجت القرعة لأحد الحيين عتق كله .

قلت : قد يقال بعدم احتسابه مطلقاً على أحد منهم ، ضرورة اقتضاء عتقهم أجمع عتق الثلث من كل واحد ، فمع فرض موته يموت من الجميع ، كما هو مقتضى قاعدة الاشاعة ، وليس الحرّ واحداً منهم غير معين وإنما هو ثلثه المشاع في الثلاثة ، وإن كان بالقرعة يتعين في واحد كما يتعين غيره من المشاع بها ، وكون مقصود الميت الثواب لا يقتضي الخروج عن قاعدة الاشاعة ، خصوصاً لو مات أحدهم قبل موت السيد ، فانه بذلك يخرج عن كونه تركة يلاحظ ثلثه فيها ويتعين الثلث في الباقيين منه .

ومن الغريب اتفاقهم هنا على القرعة بين الميت والحيين مع ذكرهم وجوهاً

ثلاثة فيمن اعتق عبده منجزاً ومات قبل موت السيد ولا مال له غيره : أحدها حريةته أجمع ، لأنه لأفائدة للوارث في رقيته ، وثانيها رقيته أجمع ، لعدم مقابله للوارث لو حكمنا بحريةته ، وثالثها حرية ثلثه خاصة ، مع أن الأول والأخير جاربان في المقام .

اللهم إلا أن يقال إن مبنى المسألة على أن المعتق أحد الثلاثة إذا فرض أنه الثلث ، لخبر الأنصاري (١) المشتمل على النجزة أثلاثاً ، لأن المعتق الثلث من كل عبد وأن الموت قبل السيد لا يبطل حكم تنجيذه بالنسبة إلى الميت دون الوارث ، فلا بد حينئذ من القرعة ، إذ لعله يكون هو الحر ، فيحتسب على الميت الذي نجّزه ، ويحسب تنجيذه عليه من ثلثه ، بل إذا انكشف بالقرعة حريةته تبين أنه قد عيّن الميت الثلث به ، فإذا مات احتسب عليه ، كما لو عيّن ثلثه في عين فتلفت بأفة سماوية قبل الموت ، فإنه لا يكون له ثلث غيرها فكذا هنا ، فإن تنجيذه له بمنزلة تعيينه ثلثاً ، فتأمل جيداً فإن المقام محتاج إلى تأمل تام .

و لو كانت الصورة بحالها و مات اثنان فإن المتجه بناءً على ما عرفت أنه يقرع بينهم أيضاً ، فإن خرج سهم العتق على أحد الميتين عتق نصفه خاصة وحصل للورثة مثله وهو العبد الحي ، لعدم احتساب العبد الميت الآخر عنهم وإن خرج سهم الرّق عليه أفرع بين الميت الآخر وبين الحي ، فإن خرج سهم الحرية على الميت الآخر أعتقنا نصفه أيضاً ، وإن خرج سهم الرّق عليه لم يحتسب على الورثة وأعتقنا ثلث العبد الحي .

و لو كان موت الميت منهم بالقتل الموجب للقيمة دخل القتل في القرعة مطلقاً ، لأن قيمته تقوم مقامه على تقدير رقيته ، فلا يفوت الوارث المال . ثم إن خرج سهم العتق لأحد الحيّين عتق كلّهما وللورثة الآخر وقيمة القتل ، وإن خرج القتل بان أنه قتل حرّاً ، وعلى قاتله الدية لورثته .

ولا يخفى عليك أن ذلك وغيره مبنى على أن القرعة هنا بحكم القرعة التي

هي لتعيين المشتبه ، لا قرعة تمييز المشاع التي تقتضي التعيين حالها دون كشف السابق ، بل قد يتوقف في اقتضاء الأولى الكشف أيضاً فضلاً عن الثانية ، خصوصاً بالنسبة إلى التزام الغير بالدّية أو القصاص .

ولعل هذه أو بعض ماسمعتها سابقاً الدقيقة التي أشار إليها في الدّروس ، فانه بعد أن ذكر الأقرع بين الميّت والحى وذكر أن مؤدنة تجهيزه على ورثة العبد أو يئث المال لو خرجت القرعة بحريته قال : « وفيه دقّة » فتأمل جيداً ، هذا كله في العتق بالمباشرة .

﴿ وأما ﴾ العتق بـ ﴿ السراية ﴾ المشهور أن ﴿ من أعتق شقصاً ﴾ أي جزءاً ولو يسيراً ﴿ من عبده ﴾ المملوك بأجمعه أو أمته ﴿ سرى العتق فيه كله ﴾ وإن لم يملك سواء ﴿ إذا كان المعتق صحيحاً جائز التصرف ﴾ والمعتق بالفتح لا مانع من نفوذ العتق فيه ، بل لعل ظاهر المتن وغيره عدم الخلاف فيه ، بل في الرّوضة ربّما كان إجماعاً ، لخبر غياث بن إبراهيم (١) المنعبر بما سمعت عن جعفر عن أبيه عليه السلام « إن رجلاً أعتق بعض غلامه فقال عليّ عليه السلام : هو حرّ ليس لله شريك » وخبر طلحة بن زيد (٢) عن جعفر عن أبيه عليه السلام « أن رجلاً أعتق بعض غلامه فقال : هو حرّ كله ليس لله شريك » مضافاً إلى أدلّيتها من السراية في ملك الغير التي ستسمع اتفاق النصوص (٣) والفتاوى عليها في الجملة .

فما عن ابن طاووس - من الميل إلى عدم السراية للأصل المقطوع بما سمعت وظاهر جملة من النصوص (٤) المطرحة أو المؤولة وإن صحّ سند بعضها - في غاية الضعف ، وربّما مال إليه بعض من تأخّر عنه ممّن لم يكن على الطريقة المستقيمة في استنباط الأحكام ، وفي وافي الكاشاني حمل الخبرين المزبورين على صيرورة العبد

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٦٤ - من كتاب العتق الحديث ١- ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق .

(٤) الوسائل الباب - ٦٤ - من كتاب العتق الحديث ٣ و ٤ و ٨ .

بجميعه حراً إذا سعى في البقية ، قال : « و لعل له على مولاه ذلك شاء مولاه أو أبي ، ولذلك أطلق الحكم بالحرية » وهو غير المحكي عن ابن طاووس وإن كان مثله في الشذوذ .

ولعل الذي ألجأهم إلى ذلك النصوص التي منها خبر حمزة بن حمران (١) عن أحدهما عليه السلام « سألت عن رجل أعتق نصف جاريته ثم قذفها بالزنا فقال : أرى أن عليه خمسين جلدة ، ويستغفر الله تعالى - إلى أن قال - : قلت : فتغطي رأسها منه حين أعتق نصفها ، قال : نعم ، وتصلتي وهي مخمرة الرأس ، ولا تنزّج حتى تؤدي ما عليها أو يعتق النصف الآخر » الذي حمّله الشيخ على ما إذا لم يملك إلا نصفها ، لخبر الحارثي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل توفى وترك جارية له أعتق ثلثها فتزوجها الوصي قبل أن يقسم شيء من الميراث أنها تقوّم وتستعسى هي وزوجها في بقية ثمنها بعدما تقوّم ، فما أصاب المرأة من عتق أو رق جرى على ولدها ، الذي حمّله الشيخ أيضاً على ما إذا لم يملك غيرها ، وخبر أبي بصير (٣) سأل الباقر عليه السلام « عن رجل أعتق نصف جاريته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك ، قال : يشترط عليها أنها إن عجزت عن نجومها تردّ في الرق في نصف رقبتها » وصحيح الحلبي (٤) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أعتقت عند الموت ثلث خادمها هل على أهلها أن يكتبوها ؟ قال : ليس ذلك لها ، ولكن لها ثلثها ، فلتخدم بحساب ما أعتق منها » وصحيح ابن سنان (٥) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أعتقت ثلث خادمها بعد موتها ، أعلى أهلها أن يكتبوها شأواً أو أبوا ؟ قال : لا ، ولكن لها من نفسها ثلثها ، وللوارث ثلثاها يستخدمونها بحساب الذي لهم فيها ، ويكون لها

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٦٤ - من كتاب العتق الحديث ٣ - ٤ .

(٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب المكاتب الحديث ١ من كتاب التقدير

و المكاتب .

(٤ و ٥) الوسائل الباب - ٦٤ - من كتاب العتق الحديث ٦ - ٧ .

من نفسها بحساب ما أعتق منها ، ونحوه صحيح ابن مسكان (١) التي هي من غير الفرض خصوصاً بعد إمكان حملها على عدم ملك غيرها وإن كان فيها ترك الاستفصال .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا ريب في أن الأصح ما عليه المشهور ، لشذوذ النصوص المزبورة التي ينبغي طرحها إن لم تقبل التأويل ، لرجحان الأدلة عليها بما عرفت ، والله العالم .

﴿ فإن كان له فيه شريك ﴾ مسلم أو كافر ، إذ لا فرق في السراية بين أن يكون الشريك مسلمين أو كافرين ، أو كان المعتق كافراً إن سوغنا عتق الكافر ، أو بالتفريق ، لعموم الأدلة ، وحينئذ فمتى أعتق ﴿ قوم ﴾ عليه إن كان موسراً ﴿ بلا خلاف أجده فيه مع قصده الاضرار ، إلا ما حكاه في المختلف عن الحلبي من إطلاق وجوب السعي على العبد في الفك ، بل ومع عدم قصده عند الأكثر ، خلافاً للشيخ والقاضي فأوجبا على العبد السعي والاسكافي فخير الشريك بينه وبين إلزام المعتق قيمة نصيبه ، ولا شاهد له .

﴿ وسعى العبد في فك ما بقي منه إن كان المعتق معسراً ﴾ ولم يقصد المضاربة بلا خلاف ، بل ومع قصدها وفاقاً للأكثر ، بل المشهور ، بل في الانتصار الاجماع عليه ، وعلى الأول أيضاً ، وبذلك يجتمع أكثر نصوص المقام التي هي الصحيحان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه ، قال : إن ذلك فساد على أصحابه لا يقدررون على بيعه ولا مؤآجرته ، قال : يقوم قيمة فيجعل على الذي أعتقه عقوبة ، وإنما جعل ذلك عليه عقوبة لما أفسده ، وموثق سماعة (٣) « سألت عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه ، فقال هذا فساد على أصحابه »

(١) أشار إليه في الوسائل في الباب - ٧٤ من كتاب الوصايا الحديث ٣ وذكره

في التهذيب ج ٩ ص ٢٤٣ - الرقم ٩٤٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٩٠١ .

(٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٥ .

يقوم قيمة ويضمن الثمن الذي أعتقه ، لأنه أفسده على أصحابه ، وخبر البصري (١)
 « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم ورثوا عبداً جميعاً ، فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف
 يصنع بالذي أعتق نصيبه منه ؟ هل يؤخذ بما بقي ؟ قال : نعم يؤخذ بما بقي منه
 بقيته يوم أعتق » المقيدة بخبر محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام المنجبر بما
 سمعت « من كان شريكاً في عبد أو أمة قليل أو كثير فأعتق حصته وله سعة فليشتهر
 من صاحبه فيعتقه كله ، وإن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم أعتق منه
 ما أعتق ثم يسمى العبد بحساب ما بقي حتى يعتق » وصحيح الحلبي (٣) عن أبي
 عبد الله عليه السلام « في جارية كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه ، قال : إن كان موسراً
 كلف أن يضمن ، وإن كان معسراً خدمت بالحصص » محتسبة بذلك من السعي ، أو
 نقيذ ذلك بما إذا عجزت عن السعي .

وعلى كل حال بهما يقيد إطلاق خبري الحسن بن زياد وبعقو بن شعيب (٤)
 « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل أعتق شر كآ له في غلام مملوك عليه شيء ، قال :
 لا ، وإطلاق خبر علي (٥) « 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 » .

ونحوه في إطلاق الأمر بالسمي حسن محمد بن قيس (٦) عن أبي جعفر عليه السلام
 بل وإطلاق مرسل حريز (٧) عن أبي عبد الله عليه السلام سأل « عن رجل أعتق غلاماً
 بينه وبين صاحبه ، قال : قد أفسد على صاحبه ، فإن كان له مال أعطى نصف المال ،
 وإن لم يكن له مال عومل الغلام يوم للغلام ويوم للمولى ، ويستخدمه ، وكذلك إن
 كانوا شركاء » إلى غير ذلك من النصوص التي هي بعد حمل مطلقها على مقيدها دالة

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٦ - ٣ - ٧ .

(٤) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٨ .

(٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١٠ - ٣ - ١١ .

على المشهور مؤيدة في الجملة بقاعدة الاتلاف ، ولا ضرر ولا ضرار ، المشار إليها في النصوص المزبورة بالافساد .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك كله ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ في النهاية والقاضي ابن البراج : ﴿ إن قصد الاضرار فكأنه إن كان موسراً ، وبطل عتقه إن كان معسراً وإن قصد القرية عتقت حصته وسعى العبد في حصته الشريك ، ولم يجب على المعتق فكأنه ﴿ بل يستحب له ، فإن لم يفعل استسمى العبد في الباقي ولم يكن لصاحبه الذي يملك فيه ما بقي استخدامه ، ولا له عليه ضريبة ، بل له أن يستعبيه فيما بقي من ثمنه ، فإن امتنع العبد من السعي في فك رقبته كان له من نفسه قدر ما أعتق ولم يولد الباقي ، لصحيح محمد بن مسلم (١) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل ورث غلاماً وله فيه شركاء فأعتق أحدهم لوجه الله نصيبه ، فقال : إذا أعتق نصيبه مضارة وهو موسر ضمن للورثة ، وإذا أعتق لوجه الله كان الغلام قد أعتق من حصته من أعتق ، ويستعملونه على قدر مالهم منه ، فإن كان نصفه عمل لهم يوماً وله يوم ، وإن أعتق الشريك مضاراً وهو معسر فلا عتق له ، لأنه أراد أن يفسد على القوم حصصهم » و صحيح الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه ، فقال : إن كان مضاراً كلف أن يعتقه كله ، وإلا استسمى العبد في النصف الآخر .

إلا أن الأول قيل لأصراحة فيه في فساد العتق في حصته أيضاً ، وفيه أنه لم يفرض فيه إلا عتقها ، كما أنه قيل أيضاً لأصراحة فيه في سعي العبد في صورة عدم المضارة مع اليسار ، وفيه مع أنه يمكن حمل عمل اليوم على السعاية أنه يكفي فيه إبطال الآخر و عدم الدلالة في الثاني منهما على اعتبار اليسار يمكن تقييده بما في الصحيح الأول . وحينئذ يستفاد منهما معاً حكم الصور الأربع ، وهو الموسر المضار والموسر غير المضار والمعسر غير المضار والمعسر المضار ، ففي الأولى ضمن ، وفي الأخيرة يبطل ، وفي الثانية والثالثة يستسمى .

وظاهر المحكي عن خلافه قول آخر ، وهو ضمان الموسر مطلقا مضاراً كان أو لا ، وبطلان عتق الموسر المضار وسعي العبد مع عدم المضارة .
كما أن المحكي عن ابن الجنيد قول رابع ، وهو تخيير الشريك في صورة عدم المضارة واليسار بين إلزام المعتق القيمة وبين سعي العبد ، قال : ولواختار الأول كان للمعتق أن يرجع على العبد يستسعيه فيما غرمه من حصّة شريكه ، لأنه إنما غرم ذلك عن العبد وقام مقامه ، واستسعى العبد مع الاعسار وعدم المضارة ، ولم يتعرض لغير ذلك ، بل والمحكي عن أبي الصلاح من إطلاق السعي قول خامس

لكن لا يخفى عليك أن الذي تجتمع عليه جميع النصوص (١) بعد حمل المطلق منها على المقيد ما سمعته من الشيخ والقاضي ، بل هو أبعد عن أقوال العامة المحكية في المسألة إلا أن الشهرة على خلافه ، بل الاجماع المحكي ، وبهما يرجع الجمع الأول عليه ، إلا أنه لا بد من طرح بعض النصوص حينئذ .

ومن الغريب دعوى الحلبي تناقض كلام الشيخ في اعتبار قصد القرية مع المضارة ، وقد سمعت صراحة النصوص في ذلك على أن المضارة المزبورة - التي هي من لوازم العتق المزبور المشار إليها في النصوص بالافساد الذي استحق به التقويم عليه إذا لوحظت تبعاً على نحو ضم نيّة التبرّد - لا تقدر في التقرب كما هو واضح .

وبذلك كله ظهر لك القوة في القولين المزبورين ، وأما باقي الأقوال فواضحة الضعف ، بل بعضها لا شاهد له .

وكيف كان فظاهر النصوص أن جميع كسبه من سعيه الذي يفك به رقبته لا خصوص جزئه العر ، بل قد سمعت التصريح في خبر على بن أبي حمزة (٢) بأنه

(١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث - .

(٢) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث - .

« ليس للأخر أن يستخدمه ولا يأخذ منه الضريبة » بل لعل قوله **﴿إِيَّاهُ﴾** : في الصحيحين (١) « أن ذلك فساد على أصحابه لا يستطيعون بيعه ولا مؤآجرته » ظاهر في انقطاع التصرف عنه ، كما صرح بذلك في المسالك والمحكي النهاية .

لكن في القواعد على إشكال ، ولعله من استصحاب الرق إلى الأداء ، وهو يستلزم تشريك المولى في الكسب وإن كان لا يخفى ما فيه بعد انقطاعه بظاهر النصوص الذي منه يعلم ضعف ما في الإيضاح من دعوى قوة الاحتمال المزبور ، لأنه المأمور بفك نفسه ، فيكون من كسبه ، ولأنه إذا أدت عن كسبه المملوك للسيد كان العتق حينئذ بلا عوض ، إذ هو كالاتجاه في مقابلة النص .

وعلى كل حال **﴿فان عجز العبد أو امتنع من السعى﴾** ولم يكن بيت مال بفك منه من سهم الرقاب أو غيره **﴿كان له من نفسه ما أعتق وللشريك ما بقي﴾** ، وكان كسبه بينه وبين الشريك **﴿على النسبة﴾** و **﴿كذا﴾** نفقته ، وفطرته عليهما **﴿وغير ذلك من أحكام المبعوض﴾** ، لكن ظاهر المحكي عن ابن إدريس وجوب فك سلطان الاسلام له من سهم الرقاب في صورة العجز ، ولم أجده لغيره ، بل إطلاق أدلة المقام على خلافه .

ثم إن ظاهر المتن عدم جبر العبد على السعى ، وهو خلاف ظاهر ما سمعته من النصوص (٢) نعم في خبر على بن أبي حمزة (٣) على ما في كشف اللثام « ومتى لم يختار العبد أن يسعى فيما قد بقي من قيمته كان له من نفسه بمقدار ما أعتق ، ولمولاه الذي لم يعتق بحسب ماله » وربما يؤيده أن ذلك حق له

(١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٩٠١ .

(٢) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٢ و ٣ و ١٠ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٢١ الرقم ٧٩٢ وهذه القطعة ذكرت بعد رواية على بن

أبي حمزة ، ولم يعلم أنها من تنمة الرواية أو من عبارة الشيخ (قده) .

فلا يجبر عليه ، بل في الدروس و الروضة ظاهر الأصحاب عدم وجوب السعي عليه .

قلت : لكن جزم الفخر في الشرح بكونه قهرياً ، لأن نظر الشرع إلى تكميل الحرية ، ولذا عداه إلى ملك الغير قهراً ، وللاستسعاء في صحيح الحلبي (١) الدال على قهره ، مضافاً إلى ظاهر الأمر به في النصوص (٢) .

وفيه أن المتجه في الجمع بين هذه النصوص ونصوص المهايأة من الصحيح (٣) ومرسل حرير (٤) السابقين وخبر علي بن أمي حمزة (٥) الحكم بتخيير العبد بين السعي في فك نفسه وءمه ، وهو الذي سمعت نسبته إلى ظاهر الأصحاب ، بل هو الموافق لقول المصنف وغيره « كان كسبه بينهما » ولما تسمعه من المهايأة ، وإلا كان منافياً لفرض عبزه عن الكسب ، بل ولصرف كسبه في فك رقبة ، خصوصاً بعد ما في المسالك من أن السعي كالكتابة في كونه فكاً للرقبة من الرقة بجملة الكسب ، واستقرار الملك بمنجز المملوك ، وعتق ما قابل المدفوع منه كما في المطلقة ، قال : « ويفترقان في اشتراطه بسبق عتق شيء منه دونها وعدم اشتراطه بعقد ، ولا تقدير للمعوض ولا للأجل ، بل بقيمة المثل دونها » ضرورة اقتضاء ذلك احتساب كل ما يحصل من كسبه في فك رقبة لا أنه يكون مملوكاً للمولى ، إذ ليس مرجع ذلك إلا إلى اختياره ، فان شاء السعي في فكك رقبة فعل وإن شاء لم يفعل . وحينئذ يكون كسبه بينه وبين المولى .

بل يتجه قول المصنف ﴿ و ﴾ غيره : ﴿ لو هاباه شريكه في نفسه صح ﴾ بل لا أجد فيه خلافاً ، بل هي ما سمعته في صحيح ابن مسلم (٦) ومرسل حرير (٧) السابقين وإن كان الذي يقوى أنها من الصلح لأنها معاوضة برأسها مع احتماله ،

(١ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٢ - ١٢ - ١١ .

(٢) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٢ و ٣ و ١٠ .

(٥) راجع التعليقة (٣) من ص ١٥٨ .

(٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١٢ - ١١ .

مؤيداً بعدم ضرب الأجل و نحوه فيها و عدم لزومها و غير ذلك ممّا لا يغتفر في الصلح .

و هل هي واجبة مع طلبها أو مطلقاً هنا وإن كانت غير واجبة عندنا في المال المشترك الذي لا يمكن قسمته ؟ وجهان ينشآن من توقف جواز التصرف فيه عليها ، بل لعل ذلك هو ظاهر الصحيح (١) و المرسل (٢) المزبورين ، ومن الأصل وإشعار الافساد وعدم استطاعة التصرف فيه في النصوص المزبورة .

لكن في الروضة « لو امتنعا أو أحدهما من المهايأة لم يجبر الممتنع ، وكان على المولى نصف أجرة عمله الذي يأمره به ، وعلى المبعوض نصف أجرة ما يغصبه من المدة ويفوته اختياراً » وفيه ما لا يخفى بعد الاحاطة بما ذكرنا خصوصاً بعد قوله : « يغصبه » ولعله لذا اقتصر في الدروس في نفي الجبر على صورة امتناعهما .

﴿ و ﴾ كيف كان فاذا وقعت ﴿ تنازلت ﴾ أي ﴿ المهايأة ﴾ المزبورة مع الاطلاق فضلاً عن التصريح الكسب ﴿ المعتاد والنادر كالصيد و الالتقاط ﴾ ونحوهما بلا خلاف أجده فيه بيننا ، لاطلاق الأدلة التي منها خبر علي بن أبي حمزة (٣) السابق ، وحينئذ فكل ما اكتسبه في نوبته اختص به نادراً أو غيره ، وما اكتسبه في نوبة المولى اختص به كذلك ، خلافاً لبعض العامة ، فجعل النادر مشتركاً بينهما ، لأنه مجهول ، وفيه منع قدح مثل هذه الجهالة فيها بعد إطلاق أدلة مشروعيتهما ، كما هو واضح .

﴿ و لو كان المملوك بين ثلاثة ﴾ مثلاً ﴿ فأعتق اثنان ﴾ نصيبهما دفعة ﴿ قومت حصّة الثالث عليهما بالسوية تساوت حصصهما فيه أو اختلفت ﴾ بلا خلاف أجده فيه بيننا ، بل ولا إشكال ، ضرورة تساويهما في سبب الاتلاف المعبر عنه في

(١ و ٢) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١٢ - ١١ .

(٣) راجع التعليقة (٣) من ص ١٥٨ .

النصوص بالافساد (١) و إن اختلفت خلافاً لبعض فجعلها على التفاوت بنسبة الحصتين ، وهو واضح الضعف .

ولو كان أحدهما معسراً ففي القواعد قوم تمام الباقي على الموسر ، ولو كان معسراً بالبعض قوم عليه بقدر ما يملك ، وعلى الآخر بالباقي ، بل في كشف اللثام والكل ظاهر .

لكن لا يخفى عليك أنه بعد استوائهما في التسبب المقضى لكون الغرامة بينهما بالسوية ينبغي إجراء حكم كل منهما من اليسار والاعسار عليه ، فتأمل . وإن ترتب ولم يؤد الأول شيئاً فإن لم يشترط الأداء في السراية كان الثاني لاغياً وإلا صح عتقه ، ولكن قيمة حصته الثالث منهم على الأول خاصة ، لأنه استحقها عليه باعتاقه ، فلا يتغير باعتاق الثاني ، وإثماً يؤثر فيما استحق هو عليه ، وربما احتمل كون التقويم عليهما كما لو أعتقا دفعة إلا أن ضعفه واضح .

وعلى كل حال فالولاء لهما مع صحة عتقهما على قدر العتق . ولو وكل شريكه في عتق نصيبه فبادر إلى عتق ملكه قوم عليه نصيب الموكل على التعجيل ، وإلا فلولو كيل إعاقه ولا تقويم ، وإن بادر بعتق ما وكل فيه قوم على الموكل ، لأنه سبب وربما احتمل عدم التقويم ، لأن المباشر أقوى ، وضعفه واضح ، ولو أعتقهما دفعة فلا تقويم ، وإن أعتق نصفاً شائعاً منهما أمكن أن يقوم على كل واحد منهما ربع العبد ، وإن أعتق نصفاً ولم ينو شيئاً فلا قرب صرفه إليهما ، كما في الدروس ، ويحتمل إلى نصيبه لأن تصرفه فيما له هو الغالب ، ويحتمل إلى نصيب الشريك ، لأنه المأذون فيه ، والبطلان لعدم التعيين ، والله العالم .

و تعتبر القيمة وقت العتق حتى على القول بالانعتاق بالأداء فضلاً عن القول بانعتاقه بالعتق أو بالمراعاة لأنه وقت الانلاف أو الحيلولة بين المالك

وملكه بمنعه من التصرف فيه ، مضافاً إلى إنسياقه من النصوص (١) بل في صحيح عبد الرحمن (٢) عن الصادق عليه السلام التصريح بذلك ، بل وفي خبر محمد بن قيس (٣) عن الباقر عليه السلام أو صحيحه في صورة سعي العبد ، ولا فرق في القيمة بين التزام المولى بها أو العبد ، وكذا صحيحه الآخر (٤) على أنه لما أعتق نصيبه كلف بالأداء قيمة الباقي فيستصحب .

خلافاً للشهيدين في الدروس والمسالك فعند الأداء ، بناءً على الاعتقاد به ، لأنه وقت التلف ، ولغيرهما فأقصى القيم من حين العتق إلى حين الأداء ، وفيه - مع أنه كالأجتهاد في مقابلة النص - أن التلف شرعى والمضمن سببه ، وهو العتق ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ تمتنع حصّة الشريك بأداء القيمة لا بالاعتاق ﴾ وفقاً للمشهور بل عن المرتضى الاجماع عليه ، للأصل ولأنه المستفاد من التأمل في أكثر النصوص : كصحيح (٥) الحلبي وغيره بل وخبر محمد بن قيس (٦) أو صحيحه المتضمن لقوله عليه السلام : « فليشتره من صاحبه فليعتقه كله » بعد الاجماع في المسالك على عدم الشراء حقيقة ، فيحمل على الأداء وإن قال في الرياض في دعوى الاجماع عليه - مع تعبير كثير من الأصحاب بعين ما في الرواية من دون قرينة صارفة - مناقشة إلا أنه كما ترى ، ضرورة إمكان القطع بكون مرادهم الأداء المزبور لا الشراء حقيقة الذي قد يمتنع عنه الشريك و يحتاج إلى الجبر أو قيام الحاكم .

كما أن ما فيه أيضاً - من اعتبار الاعتاق ثانياً بعد الشراء ، بل قيل : ونحو هذا عبائر كثير من القدماء كالنّهية والقاضى والصّدوق - محمول على ما هو الظاهر

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث - ٥ - ٦ - ٣ .

(٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث - ٤ - ٣ .

(٥) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١ و ٩ .

من متأخري الأصحاب من عدم الخلاف في حصول الاعتناق بمجرد أداء القيمة، بل قيل هو الظاهر من عبارة كثير من القدماء كالمفيد والحلي والمرتضى، بل ظاهره الاجماع عليه، فينبغي صرفه في الرواية وكلام الجماعة إلى الاعتناق، خصوصاً بعد ملاحظة النصريح فيها بذلك حال السعي الذي هو كأداء القيمة، ولأنه لو أعتق بالاعتناق لزم الاضرار بالشريك بتقدير هرب المعتق أو تلف ماله.

خلافاً لابن إدريس فينعتق بصيغة العتق التي وقعت على نصيبه، لأن ذلك هو مقتضى السراية ومدلول الأخبار الدالة عليها، لقول النبي ﷺ (١) «إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال فقد عتق كله» ويروى (٢) «فهو حر» كله، ويروى (٣) «فهو عتيق» وقول علي عليه السلام (٤) «هو حر» ليس لله شريك، ونصوص الافساد (٥) الذي معناه حصول الاعتناق بعتقه، وفيه عدم اللفظ المزبور في المعتبر من نصوصنا، كما أن ما ذكره من الأخبار النبوية من طرق العامة وليست من طرقنا، وقول علي عليه السلام إنما هو فيمن أعتق بعض غلامه، ومحمتمل لإرادة بيان الواقع فيه نفسه لا التعليل، ولإرادة عدم الشريك للتحرير بأداء القيمة أو السعي ليشمل حالي اليسار والاعسار، ونصوص الافساد يراد منها الفساد بالتبعية المقتضى للمنع عن بيعه ومؤآجرته، فهي حينئذ على ما قلناه أدل.

وللشيخ في المحكي عن مبسوطه من أن الأداء كاشف عن العتق بالصيغة وهو الذي حكاه عنه المصنف بقوله: ﴿وقال الشيخ: هو مراعى﴾ ومال إليه في المسالك وغيرها بدعوى أن فيه جمعاً بين الأخبار، وفيه أنه ليس في نصوصنا ما يقتضي انعاقه بالعتق حتى يكون ذلك جمعاً بينها، بل هي ظاهرة في الأول، بل صريحة فيه في صورة السعي وفي أن الصيغة سبب للالتزام بالقيمة للموسر، والكشف إنما يلتزم

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٧٧ .

(٢) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٧٦ .

(٣) الوسائل الباب -٦٤- من كتاب العتق الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب -١٨- من كتاب العتق الحديث ١ و ٥ و ٩ .

به لو ثبت في الأدلة ما يقتضي سببية الصيغة للتحرير ، فيجمع بين ذلك وبين ما دلّ على اعتبار الأداء بالكشف . فمن الغريب توقف مثل العلامة في أكثر كتبه ، و ولده والشهيد في النكت في المسألة .

وأغرب منه ما في المسالك حيث قال بعد أن ذكر الأقوال والأدلة : « والحق أن الأخبار من الجانبين ليست من الصحيح ، والأخبار الدالة على اعتبار وقت العتق أكثر ، إذ قد عرفت أنا لم نقف على خبر منها في طرقنا ، وأن الدال على الأول الصحيح وغيره . »

وكذلك ما فرّعه على هذه الأقوال من مسألة عتق الاثنين من الشركاء الثلاثة مترتبين التي قد عرفت الحال فيها ، قال : « فإن قلنا ينعق بالاعتاق قوم على المعتق أولاً ، وإن قلنا بالأداء ولم يكن الأول أدنى قوم عليهما ، وإن قلنا بالمراعاة احتمل تقويمه عليهما أيضاً ، لأن عتق الثاني صادف ملكاً فوق صحيحاً ، فاستوياني الحصّة الأخرى وتقويم الأول ، لأنه بالأداء تبين انعتاق نصيب الشريك قبل أن يعتق ، فوقع عتقه لغواً وفي الأول قوة ، إذ لا يخفى عليك ما في جزمه بالتقويم عليهما على القول الثاني وذكره الوجهين على الثالث ، وكذا ما فرّعه أيضاً من وقت القيمة الذي عرفت أنه وقت العتق على كل تقدير ، للنصوص وغيرها . »

نعم يتفرّع على الأقوال المزبورة ما لو أعسر المعتق بعد الاعتاق ، فإنه تحصل الحرّية و تبقى القيمة في ذمته على القول بحصولها بنفس العتق بخلاف القولين الآخرين .

أما موته ففي المسالك « لا يؤثر على الأقوال ، أما على التعجيل فظاهر ، وأما على التوقف فلأن القيمة تؤخذ من تركته كالدّين ، والاعتاق صار مستحقاً عليه في حال الحياة ، وقد يوجب سبب الضمان في الحياة ويتأخر الوجوب عنها ، كمن حفر بئراً في محل عدواناً فتردّى فيها بهيمة أو إنسان بعد موته ، وفيه إمكان منع الاستحقاق عليه بعد الموت مع فرض كونه ليس من الدّيون ، للأصل وغيره ،

والقياس على حفر البئر يدفعه صدق الاتفاق معه ، بخلافه مع فرض كون الالتزام حال الحياة فتأمل .

ولو مات العبد قبل أداء القيمة فعلى القول بالتحريم بالعتق مات حراً موروثاً منه ، ويؤخذ قيمة نصيب الشريك ، وعلى المراعاة ففي المسالك « وقف إلى أداء القيمة ، فإذا أدت بان أن الأمر كذلك ، وفيه إمكان اعتبار قابليته للتحريم عليها ، فيسقط حينئذ كما يسقط على القول الثالث ، ضرورة عدم صلاحية الميت للعتق ، والتزام الكشف فيه هنا منافي لأصل القول ، كما هو واضح .

ولو أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة لم ينفذ بناءً على حصول التحريم بالعتق ، وإن أخرناه إلى أداء القيمة فالوجه نفوذه للأصل وغيره ، ولأن المقصود تكميل العتق ، وقد حصل وأغنى عن التكليف بأداء القيمة ، وربما احتتمل عدم النفوذ ، لاستحقاق المعتق تملكه بالقيمة ليعتق عليه ويكون ولاؤه له ، ولا يجوز صرف العتق عن المستحق إلى غيره ، لكنه كما ترى . نعم لا بأس بالقول بذلك على المراعاة وإن كان ظاهر المسالك كونه كالأول في النفوذ ، لكنه لا يخلو من نظر ، كما أشرنا إليه سابقاً ، فلاحظ وتأمل .

ولو وطأ الشريك الجارية قبل أداء القيمة فعلى القول بالحرية يلزمه حكم وطء الحرة ، وعلى المختار يلزمه نصف المهر بنصفها الحر مع الإكراه ، وعلى القول بالمراعاة ففي المسالك « يحتمل ذلك أيضاً ، لكونها حال الوطء مملوكة له ، وثبوت جميعه لها بعد الأداء ، لا لكشاف كونها حرة حينئذ ، ولا حد من جهة الحصنة ، لحصول الشبهة بالاختلاف في ملكه ، وفيه تأمل ، بل يمكن منافاته لما سبق منه ، إلى غير ذلك من الفروع المذكورة في الكتب المبسطة التي لا يخفى حكمها بعد الإحاطة بما ذكرنا .

(ومنها) ما ذكره المصنف بقوله : ﴿ ولوهرب المعتق صبر عليه حتى يعود ، ولو أعسر أنظر إلى الإيسار ﴾ ضرورة وضوح الحكمين على المختار وعلى المراعاة ،

لأن حق العتق لا يبطل بذلك ، بل يستمر إلى أن يمكن الأداء ، لوجود السبب الموجب له وهو الاعتاق ، وإن توقف على أمر آخر ولا يكون كالحق الفوري يبطل بالتأخير ، وحينئذ فيبقى بالنسبة إلى الشريك رقيقاً إلى أن يؤدي إليه القيمة ، وهل يرتفع الحجر عنه بذلك ؟ يحتمله حذراً من تعطيل ملكه عليه بغير بدل ، والأقوى خلافه ، للأصل ونصوص الأفساد وغير ذلك ، والفائدة في نقله المنع عن المملك ببيع ونحوه لافي استخدامه ، أما على القول بالحرية فالقيمة دين عليه ، فينظر عوده وبساره ، كما هو واضح ، والله العالم .

ولو أراد العبد فك نفسه بالبيع كان للشريك عدم قبوله بالنسبة إلى حصته ، للأصل وغيره ، ولو أعتقه معسراً ثم أيسر بعد السعي لم يكن للعبد رجوع عليه وإن احتمل ، للأصل وغيره ، نعم لو أيسر قبل السعي ولو قبل تمامه قيل : قوم عليه ، ولا يخلو من نظر ، ضرورة ظهور الأدلة في أن العبرة حال العتق ، ومن هنا لو تجدد إعساره انتظر ولا ينتقل إلى السعي ، لكن جزم في القواعد وغيرها بالتقويم ، ولا يخلو من نظر .

و (منها) ما لو ادعى أحد الشريكين على الآخر عتق نصيبه موسراً فأكثر حلف ، وكان نصيب المدعى حراً مجاناً على القول بالحرية بالعتق ، بخلاف القولين الآخرين ، ولو نكل استحق المدعى باليمين المردودة قيمة نصيبه ، وبأدائها يحكم بالعتق على المختار ، وبدونه على القول الآخر ، وكون اليمين المردودة بمنزلة الإقرار أو البيئنة بعد تسليمه إنما هو فيما وقعت عليه الدعوى من استحقاق الشريك القيمة لأمطلقاً .

لا يقال إقرار المدعى سبب اختياري في اعتناق حصته فيسرى عليه في حق المدعى عليه ، لا لما في حاشية الكركي من منع سببيته الخاصة التي هي مناط الشريان ، إذ الإقرار سبب كاشف لأمحصل للعتق وموجب له ، ومناط الشريان الثاني خاصة ، إذ هو كما ترى منافي لكون الإقرار طريقاً شرعياً لثبوت العتق

المقتضى للسريان ، بل لأن الإقرار هنا بالانعتاق لا بالعتق المقتضى له ، كما هو واضح .

﴿ ولو اختلفا في القيمة ﴾ ولا طريق إلى معرفتها لموت العبد و نحوه ﴿ فالقول قول المعتق ﴾ لأصالة براءة ذمته من الزائد كما في نظائره .

﴿ وقيل القول قول الشريك لأنه ينتزع نصيبه من يده ﴾ فيكون القول قوله ، واختاره الشهيد في اللعة ، و في الدروس مبنى القولين على الخلاف السابق أي إن قلنا : إن السراية تتعجل فالمصداق المعتق ، لأنه غارم ، وإن قلنا تتأخر فالمصداق الشريك ، لأن ملكه باقي ، فلا ينتزع إلا بما يقوله كما في المشتري مع الشفيع ، ﴿ والوجه تقديم قول المعتق على كل حال ، لأنه المنكر للزيادة على التقديرين .

نعم ﴿ لو ادعى المعتق فيه عيباً ﴾ يوجب نقص قيمته أصلياً أو عارضياً ﴿ فالقول قول الشريك ﴾ لأصالة السلامة وعدم حدوث العيب ، كما هو واضح . و لو ادعى فيه صنعة تزيد بها القيمة فإن تعذر استعمالها حلف المعتق ، وإن كان محسناً لها ففي الدروس على الأداء يقوّم صانعاً ، وعلى الاعتاق يحلف المعتق على عدم سبقها ، و هو جيتّد بناءً على اعتبار القيمة عند الأداء ، ولو أدعى القيمة ثم طالبه الشريك بالصنعة فادّعى تأخيرها عن الأداء حلف إن أمكن التجدد ، والله العالم .

﴿ والایسار المعتبر ﴾ هنا ﴿ هو أن يكون مالكاً لقدر قيمة نصيب الشريك فاضلاً عن قوت يومه وليلته ﴾ له ولعياله الواجب النفقة ، لقوله عليه السلام : (١) «فإن كان له مال قوم عليه الباقي ، الذي هو في الحقيقة تفسير للموسر في غيره (٢) بل ظاهر

(١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١١ و فيه «فإن كان له مال

أعطى نصف المال ، و في المستدرك الباب - ١٦ - منه الحديث ٥ عن النبي (ص) : «.... و له مال قوم عليه الباقي .»

(٢) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٧ .

عبارة المتن عدم استثناء المسكن والخدام اللذين هما من مستثنيات الدين ، بل
ظاھرھا أيضاً شمول الدين بمثل ما يملكه أو أكثر ، لإطلاق الخبر السابق (١) ،
ولأنه مالك ما في يده ، نافذ التصرف فيه ، حتّى لو اشترى به عبداً فأعتقه نفذ ،
ولأنه لو طالبه بعض غرمائه وجب عليه إبقاؤه وإن كان للباقيين ما يستغرق ماله ،
فلو كان وجود الدين المستغرق يجعله معسراً لحُرمت مطالبته على كل واحد منهم
كما تحرّم مطالبة المعسر والمعتق أولى ، لأنّه مبنيّ على التغليب .

لكن قد يناقش بأنّه وإن شمله الخبر المزبور (٢) بل وإطلاق اليسار في
بعض النصوص (٣) لكن في خبر البصري اعتبار السعة في المال (٤) الظاهر في غير
ذلك ، ضرورة أن المدين بقدر ما يملكه أو أزيد ليس من ذي السعة في المال ، كما
أن من ليس عنده إلاّ مستثنيات الدين كذلك أيضاً .

ولعله لذا لهجت السنة الطلبة في زمن العلامة بالسّهو من الناسخ في قوله في
الارشاد : « ولو كان عليه دين بقدر ماله فهو موسر » وأن الصواب « معسر » بل
عن فخر المحققين إصلاحها بذلك باذن العام من والده ، وكتب عليها بخطه « لا يقال
هذا مالك قادر على التقويم حقيقة وشرعاً فلم لا يكون موسراً ، لأنّا نقول : إن
هذا له بدل ، لأن الدين لم يتعلق بالمال ، بل بالذمة ، وإذا تعلق بالذمة هو
والمعتق وجب التقسيط مع القصور ، ولا تقسيط منّا ، وإن ناقشه الشهيد بأن التقسيط
إنما يكون مع مقتضيه ، كالفلس والموت ، فليس عدمه هنا لعدم تعلقه بالمال ،
سكّنا لكن التقسيط جائز فيك بحسابه ، وقد صرح به المصنف ، وإن نفى التقسيط
لعدم الحجر لم يلزم منه عدم اليسار على الإطلاق ، إذ هو مطالب بالدين والفك في
نفس الأمر .

(١٥١) راجع التعليقه (١) من ص ١٤٧ .

(٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ١٢ .

(٤) اعتبار السعة في المال إنما ورد في صحيحة محمد بن قيس المروية في الوسائل

الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٣ .

و من هذا وغيره جزم الشهيد بأن العبارة على حالها ، خصوصاً بعد أن استشكل في الإعسار و عدمه في الفرض في التحرير و إن جزم بكونه معسراً في القواعد .

قلت : لكن الانصاف صدق عدم السعة في المال و أنه ذو عسرة في الفرض حتى لو كانت الديون مؤجلة ، و التزام التقسيط في صورة الفلوس مما لا يلتزمه فقيه بعدم معلومية كون الالتزام بالفك ليس من الديون التي تتعلق بالمال ، كالتزام صدق اليسار على من قابل دينه ماله أوزاد ، و وجوب الدفع عليه عند مطالبة البعض لكونه قادراً على وفائه لا يقتضي صدق اسم اليسار عليه قطعاً فضلاً عن صدق ذي السعة في المال ، كما هو واضح .

و على كل حال فالمرضى معسر فيما زاد على الثلث بناءً على عدم نفوذ تنجيذه في غيره ، والميت معسر مطلقاً ، فلا يسرى عتقه الموصى به وإن وفي الثلث ، خلافاً لبعض كما ستسمع .

﴿ ولو ورث شقصاً ممن ينعق عليه قال ﴾ الشيخ ﴿ في الخلاف : يقوم ﴾ عليه مستدلاً عليه باجماع الفرقة و أخبارهم ﴿ و ﴾ لكن ﴿ هو بعيد ﴾ للأصل بعد ظهور أدلة السراية في المباشرة ، ولذا كان مذهبه في محكي المبسوط العدم ، كما هو المشهور بين الأصحاب ، نعم لو اشترى أو اتّهب سري ، لقيامه حينئذ مقام الاعتراف باختياره الشراء مثلاً المسبب للاعتراف ، مع أنه لا يخلو من نظر لو كان المدرك ذلك ، لعدم صدق الاعتراف عليه لا أقل من الشك ، والأصل عدمها كما تقدم ذلك في الكفارات ومنه يعلم أن المدرك غير ذلك .

﴿ و لو أوصى بعتق بعض عبده أو بعتقه و ليس له غيره لم يقوم على الورثة ببقية ﴾ لأنهم لم يعتقوه عن أنفسهم ، وإنما أعتقوه على المورث ، فلا وجه للسراية عليهم ولا على الميت و إن كان وقت الوصية موسراً ، لانتقال التركة إلى الوارث بالموت ، فصار عند الاعتراف معسراً ، فلا يقوم على من لا يملك شيئاً وقت نفوذ

العتق ، كما لو وكل في عتق الشقص وهو موسر فأعتقه الوكيل بعد أن أعسر .
 خلافاً للمحكي عن الشيخ ، فيسرى إن وسعه الثلث ، لخبر أحمد بن
 زياد (١) سأل الكاظم عليه السلام « عن رجل تحضره الوفاة و له ممالك
 خاصة بنفسه و له ممالك في شركة رجل آخر فيوصي في وصيته ممالك لأحرار ،
 ما حال ممالكه الذين في الشركة ؟ قال : يقومون عليه إن كان ماله يحتمل ، ثم
 هم أحرار ، الضعيف سنداً ولا جابر المحتمل لارادة التنجيز من قوله « أوصى ،
 الذي أشار إليه المصنف بقوله : ﴿ وكذا لو أعتقه عند موته أعتق من الثلث ولم
 يقوم عليه ، ﴾ وقد تقدم تمام الكلام في ذلك في كتاب الوصايا .

لكن في الدروس هنا « ولو أوصى بعتق شقص من عبده أو دبر شقصاً منه ثم
 مات ولا يسع الثلث زيادة عن الشقص فلا سراية ، ولو وسع ففي السراية وجهان ،
 كما لو أوصى بعتق شقص من عبد له فيه شريك و وسع الثلث نصيب الشريك ، وهنا
 روى أحمد بن زياد (٢) عن أبي الحسن عليه السلام تقويمه ، و عليه الشيخ في النهاية ،
 خلافاً للمبسوط وابن إدريس ، لزوال ملكه بموته ، والأول أثبت ، لسبق السبب ،
 وهو كما ترى ، ولو أوصى بعتق نصيبه و نصيب شريكه فعلى القول بالسراية فالوصية
 تأكيد ، ويجبر الشريك على أخذ القيمة ، بل يحتمل ذلك أيضاً على القول الآخر ،
 إذ عتق البعض سبب في التقويم ما لم يمنع مانع وهنازال المانع ، أعنى حق الوارث
 من التركة بالإيصاء ، و يحتمل المنع ، كما لو أوصى بشراء عبد الغير وعتقه ، لأنه
 لا يجبر مالكة على العتق .

ومنه - مضافاً إلى ما سمعته سابقاً من النصوص (٣) - يعلم أن المراد هنا نفي
 التقويم خاصة ، أما السعي فهو على مقتضى الأدلة السابقة ، كما نص عليه المصنف
 في كتاب الوصايا ، فلا يتوهم من كلامهم هنا عدم السعي وعدم التقويم .
 بل مما تقدم هناك يعلم الحال فيما لو كان قد أوصى بثلثه من دون تعيين

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٧٣ - من كتاب الوصايا الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق .

مصرف خاص ثم أوصى بعتق الشقص ، فيحتمل التقويم عليه باعتبار أن له مالا ، ويحتمل العدم باعتبار استحقاق صرف ثلثه في وجوه البر عنه ، فهو كالوصية به لمصرف خاص في كونه مستحقاً ، فلا مال له حينئذ ، ولعله لذا قال في القواعد : «إن المريض معسر فيما زاد على الثلث والميت معسر مطلقاً» فلا حظ وتأمل .

نعم لو أوصى بعتق النصيب والتكميل صح مع أنه قال في التحرير وهل يحتمل في الأخير رضا الشريك ؟ إشكال ، و هو في محله ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ الاعتبار بقيمة الموصى به بعد الوفاة ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، لأنها هي محل نفوذ العتق و وقت خروجه عن الوارث و انتقال التركة إليه ، فيعتبر وصول مثله إليه . ﴿ و ﴾ من هنا صرح الشيخ و أبو علي وغيرهما ﴿ بـ ﴾ أن الاعتبار بقيمة المنجز عند الاعتاق الذي هو وقت خروجه عن ملكه ، فيعتبر في نفوذه بقاء مقدار ضعفه للوارث ، خلافاً للفاضل في أحد قوليّه ، فجعل المنجز كالمتأخر في اعتبار القيمة عند الموت . إن نقصت قيمة المنجز لأنه لو بقي عبداً نقص على الوارث أيضاً ، فلم يتضرر بالتنجز بشيء ، نعم لو زادت قيمته كانت بمنزلة الكسب ، فلا يحسب منها تركة ما قابل الجزء المعتق بخلاف ما قابل الجزء الرق .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ الاعتبار في قيمة التركة بأقل الأمرين من ﴾ حين الوفاة إلى حين القبض ، لأن التالف بعد الوفاة ﴿ قبل القبض ﴾ غير معتبر ﴿ في الاحتساب على الوارث .

﴿ و ﴾ أما ﴿ الزيادة ﴾ وهي ﴿ مملوكة للوارث ﴾ باعتبار أنها نماء ملكه ، لانتقال التركة إليه ، وحينئذ فلو زادت قيمة المعتق عند الوفاة فإن خلف ضعف قيمته الأولى فصاعداً اعتق كله ، لأن الزيادة في الحرية غير محسوبة من التركة ، و إن نقص ماله أو لم يخلف سواء فعلى ما سمعته من الفاضل حسب نصيب الرقية من التركة ، فتكثر ، فيقل العتق ، فيكثر الرق ، فتزيد التركة ، فيكثر العتق ، وذلك دوري .

و حينئذ فطريق استخراج مقدار المعتق بأن يقال : لو كانت قيمته عشرة مثلاً وقت العتق فصارت عند الوفاة إلى عشرين ولم يخلف سواء عتق منه شيء ، وله من زيادة القيمة شيء ، وللورثة شيان بازاء المعتق ، لما عرفت من استحقاق الوارث الضعف ، فيكون العبد بتقدير أربعة أشياء ، فيعتق منه حينئذ نصفه الذي هو الآن يساوي عشرة ، وقد كان يساوي خمسين ، و للورثة نصفه الذي يساوي عشرة ، و هو ضعف ما عتق منه .

ولو كانت قيمته مائة وقت العتق و ثلاثة مائة عند الوفاة أيضاً قيل أيضاً عتق منه شيء ، وله من زيادة القيمة شيان ، لأنها ضعف الأولى ، و للورثة شيان ضعف ما عتق منه ، فيكون العبد بتقدير خمسة أشياء ، ثلاثة له ، و اثنان للورثة ، فيعتق منه ما يقابل مائة وثمانين ، ويبقى منه للورثة ما يقابل مائة عشرين .

و لو صارت قيمته مائتين و خلف السيد مائة غيره قيل عتق منه شيء ، وله من نفسه باعتبار زيادة القيمة شيء آخر ، و للوارث منه و من المائتين شيان بازاء ما انعتق ، فالمجموع في تقدير أربعة أشياء ، شيان للعبد من نفسه ، و شيان للورثة ، و الشيء خمسة و سبعون ، فيعتق منه ثلاثة أرباعه ، و يسلم المائة و الربع الآخر للورثة .

ولو بلغت قيمته ثلاثمائة و خلف مائة قيل أيضاً : عتق منه شيء ، و تبعه من نفسه باعتبار زيادة القيمة شيان ، و للورثة من نفسه و باقى التركة شيان بازاء ما انعتق ، فالمجموع في تقدير خمسة أشياء ثلاثة من نفسه ، و هي أربعة أخماس نفسه ، و للورثة اثنان من نفسه و باقى التركة ، فيعتق منه أربعة أخماس ، و هي مائتان و أربعون ، و يسترق الورثة منه ستين ، و يدفع لهم المائة ، فيكمل لهم مائة و ستون ضعف ما انعتق منه .

ولو أعتق و قيمته مائة ثم بلغت عند الموت ألفاً قيل : عتق منه شيء ، و تبعه تسعة أشياء ، و للورثة شيان بازاء ما عتق ، فالعبد في تقدير اثنى عشر شيئاً ، للورثة سدسه ، فيعتق خمسة أسداسه ، وهكذا باقى ما يفرض ، هذا كله على ما سمعته من

الفاضل . أما على ما سمعته من المصنف وغيره فلا عبرة بالزيادة أصلاً .

نعم لو نقصت قيمته عند الوفاة كما لو عادت إلى خمسة بعد أن كانت عشرة قال الفاضل : لزم الدور أيضاً ، لأن التركة معتبرة بالوفاة ، فلا يحصل للوارث ضعف ماعتق ، لأن المعتق منه ثلثه ، وهو يساوي ثلاثة وثلثاً ، فيجب أن يكون لهم ضعفها عند الوفاة ، وهو متعذر ، فينقص العتق عن الثلث ، وكلما فرض عتق كان للوارث ضعفه ، فيكثر نصيب الوارث بقلة المعتق ، ويكثر المعتق بكثرة النصيب ، فيقل النصيب وهكذا .

و التخلص منه باستخراج قدر المعتق بأن يقال : عتق منه شيء عاد إلى نصف شيء ، فيبقى العبد في تقدير خمسة إلا نصف شيء تعدل ضعف ما عتق ، فيكون الخمسة إلا نصف شيء يعدل شيئين ، فإذا أجبرت بنصف شيء و قوبلت بالنصف الناقص كانت خمسة كاملة تعدل شيئين و نصفاً ، فالشيء اثنان ، وقد عاد إلى نصف شيء ، فيكون واحداً ، وذلك خمس العبد الآن ، وقد كان قيمته وقت العتق اثنين ، وقد بقي للورثة أربعة أخماسه ، وذلك يساوي الأربعة الآن ، وهو ضعف قيمة الجزء المعتق من يوم الاعتاق ، ولا دور على قول الفاضل في الفرض ، لعدم تغيير الحكم عنده لو لم يكن له مال سواء ، وإن كان له مال غيره اعتبر ضعف قيمته الآن .

و لو كان قيمته يوم الاعتاق مائة ثم رجعت إلى خمسين عند الوفاة وقد خلف مائة أخرى غيره فعلى قول الفاضل ينعتق جميعه ، لأنه الآن ثلث التركة ، وعلى قوليهما يقال : عتق منه شيء رجع إلى نصف شيء بقي منه خمسون إلا نصف شيء ويكون للورثة المائة و خمسون إلا نصف شيء : تعدل شيئين ، و بعد الجبر والمقابلة يكون مائة و خمسين : تعدل شيئين و نصفاً ، فالشيء ستون ، فينعتق منه ثلاثة أخماس ، وهي الآن ثلاثون ، وللورثة مائة وعشرون ضعف ما عتق منه أولاً . ولو أعتق ثلاثة أعبد لا مال له سواهم ، قيمة كل واحد مائة فعادت قيمة أحدهم إلى خمسين ، فإن خرجت القرعة للذي انتقص قيمته عتق ، وبعث ثلث الآخر بالقرعة

عند الفاضل ؛ وعلى قول غيره لا يعتق من الآخر شيء ، لأنه قد كان قيمته يوم الاعتاق مائة ، وينبغي أن يبقى للورثة ضعفها ، وإن خرجت لأحد الآخرين فعلى قول الفاضل وغيره يعتق منه خمسة أسداسه ، وقيمتها ثلاثة وثمانون وثلث ، ويبقى للورثة سدسه والآخران ، وجملة قيمتها مائة وستة وستون وثلثان ، وهي ضعف ما عتق ، لأن المحسوب على الورثة الباقي بعد النقصان ، وهي مائتان وخمسون .

ولو أعتق عبيدين لا مال له سواهما قيمة كل واحد مائة ثم عادت قيمة أحدهما إلى خمسين ، فإن خرجت القرعة للذي لم تنقص قيمته عتق نصفه وبقي للورثة نصفه والآخر ، وهما ضعف ما عتق عند الفاضل وغيره ، وإن خرجت للذي انتقص عتق كله على قول الفاضل ، وعلى قول غيره يقع الدور ، لأنه يحتاج إلى إعتاق بعضه معتبراً بيوم الاعتاق وإلى إبقاء بعضه للورثة معتبراً بيوم الموت .

وطريقه أن يقال : عتق منه شيء وعاد إلى نصفه ، فيبقى للورثة مائة وخمسون إلا نصف شيء بقدر ضعف ما عتق ، وهو شيان ، فإذا جبرت وقابلت صار مائة وخمسون تعدل شيئين ونصفاً ، والشئ ستون ، فعرف أن المعتق من العبد يوم الاعتاق ستون ، ودعا هذا المبلغ إلى ثلاثين ، فيبقى للورثة خمسا هذا العبد وهو عشرون ، والعبد الآخر وهو مائة وذلك ضعف ما عتق أو لا إلى غير ذلك من الصور المتصورة التي تنطبق على القاعدتين المزبورتين .

ويمكن استخراج كثير من هذه الصور على حسب ما عرفت بطريق آخر ، وهو أن يؤخذ ثلث القيمة الناقصة ويقسم ثلثا القيمة الزائدة على مقداره ، ثم تنظر نسبة الثلث إلى ذلك ، فإن كان ربعا قيل : عتق ربه ، وإن كان خمسا قيل : عتق خمسة ، وهكذا . وهو متحد في النتيجة .

وأسهل منه طريق آخر أيضاً موافق في النتيجة أيضاً ، وهو أن تنظر نسبة القيمة الناقصة إلى الأولى ، فيكون خمسا أو سدسا أو غير ذلك ، فيلحظ مخرج الخمس أو السدس مثلاً ويضاعف بمثله ، ثم يزيد عليه واحداً ويحكم بأنه عتق منه ما يقتضيه نسبة ذلك الواحد إلى ما ضم إليها ، فلا حظ وتدبر .

ر على كل حال فالأصل في هذه المسألة هو ما حكاه الفاضل في المختلف عن ابن الجنيّد أنه قال : « لو كان العتق في المرض ثمّ تغيّرت حالهم بزيادة ونقصان كان التقويم يوم العتق في الحكم ، وإن كن مدبرات أو بوصية كان يوم يموت ، لأن في ذلك وقع العتق ، ولو كن حبالي قو من حبالي ، وأبشهن عتقت تبعها ولدها ، لأنه جزء منها وقت وقوع العتق - ثمّ قال هو - : « الوجه التسوية بين العتق المنجز والمؤخر كالتيدير والوصية في أن الاعتبار بالقيمة وقت الوفاة إن نقصت قيمة المنجز ، لأنه لو بقي عبداً لم يتحفظ على الورثة سوى قيمته الناقصة ، فلم يتلف عليهم أكثر منها وأما إن زادت القيمة كانت بمنزلة الكسب ، للعلم بعتق شيء من وقت الاعتاق فإن زادت قيمة المعتق لم يحسب من التركة ولا عليه ، وأما الرق فيحسب زيادته منها ويدخلها الدور إن لم يخلف شيئاً سواء أو خلف أقل من ضعف القيمة الأولى ، ثمّ أخذ في طريق استخراج الجزء المعتق بالطريق الذي سمعت أمثلته .

ثمّ حكى عن الشيخ في مبسوطه في مقام آخر أنه قال : « قيمة من أعتق في مرضه تعتبر حين الاعتاق ، لأنه وقت الانلاف ، وقيمة من أوصى بعتقه تعتبر حين الوفاة ، لأنه وقت استحقاق العتق ، وهذا يوافق قول ابن الجنيّد الذي نقلناه أو لا بيتنا الوجه في ذلك ، والأصل في هذه المسألة أن تقول : إن العبد إذا أعتقه مولاه المريض ولا شيء سواء ثمّ مات قبله هل يكون كلفه حراً أو كلفه رقاً أو يعتق ثلثه ؟ وجوه ثلاثة ، فإن قلنا إنه يتحرر كلفه فالوجه ما قدّمناه أو لا حين نقلنا كلام ابن الجنيّد في هذه المسألة ، وإن قلنا بالثاني جاء ما قاله الشيخ وابن الجنيّد وطريق استخراج معرفة القدر المعتق منه على قولهما - ثمّ ذكر الأمثلة السابقة إلى أن قال - : وإتّما طولنا في مثل هذه المسائل في هذا الكتاب وكثرنا الأمثلة لخلو كتب علمائنا عنها ، وبكثرة الشواهد يحصل التمهيد فيما يرد على الفقيه في هذا الباب ، وكلّ من تأخر عنه كالشهيد الأوّل والثاني والصيمري اقتصر على نقل كلامه أو أكثره من غير زيادة ولا نقص ولا تغيير ولا تبديل حتّى في المثال .

ولكن قد يناقش (أو لا) بأنه لا يظهر وجه تفريع قول الشيخ على القول بموت العبد رقاً الذي هو أحد الوجوه الثلاثة كما لا يظهر الوجه في بناء كلامه بتمامه على موته حرّاً ، نعم هو كذلك بالنسبة إلى عدم احتساب النقيصة .
 و (ثانياً) بأن ما اعتبره من دعوى زيادة القيمة من التركة لا يرجع إلى محصل ضرورة كونها أمراً اعتبارياً و العبرة بذى القيمة ، و الفرض وجوده و ملك الوارث ضعفي ما انعتق منه مع فرض عدم وجود غيره ، فزيادة القيمة حينئذ إنما هي نماء ملك الوارث ، وفي مقابلة الجزء الحر ، و كل منهما ليس من تركة الميت ، كما هو واضح . خصوصاً بعد ملاحظة كون المقام مثل باقى صور الشركة بعد أن جعل الشارع ثلثاً للميت وثلثين للوارث في نفس العين ، وقد استفاضت النصوص (١) والفتاوى أن من لم يكن عنده إلاّ عبد وقد نجّز عتقه لا ينفذ إلاّ في ثلث العبد مع عدم إجازة الوارث سواء زادت قيمته عن وقت التنجيز أو نقصت ، بل لا يكاد يظهر خلاف منهم في ذلك أو إشكال .

و منه يظهر الاشكال فيما ذكره في كلام الشيخ و ابن الجنيّد من دعوى كونه مع النقصان يكون على كلامهم من المسائل الدورية المحتاجة إلى استعمال قواعد الحساب المعدة لاستخراج المجهول ، نعم مقصودهم بقولهم : «المعتبر القيمة في المنجّز وقت التنجيز» ، إنما هو لو كان عنده مال غير ما نجّزه و أردنا إخراج ضعفه للوارث حتّى يكون ما نجّزه ثلثاً له لاحظنا القيمة وقت التنجيز ، وأخرجنا من المال ما يقابلها ، لأن ذلك الوقت هو وقت التلف ، والنقصان الطارئ لا يحسب على الوارث ، أما إذا لم يكن له مال غير ما نجّزه فليس للوارث إلاّ ثلثه ، كما ليس للميت إلاّ ثلثه زاد أو نقص ، نعم لو فرض أن له مالاً آخر لا تحصل به مقابلته أعتق من العبد زيادة على ثلثه بمقدار ما يسعه ذلك المال على حسب القيمة وقت

(١) انوسائل الباب - ١١ - من كتاب الوصايا الحديث ٢ و ٤ و ٦ والباب - ٣٩

و ٦٧ - منه .

(جواهر الكلام - ج ١١)

التنجيز ، وبقي الباقي من العبد رقاً ، وما أدري ما الذي دعاه رحمه الله إلى التزام ما ذكره في كلام ابن الجنيدي في صورة النقيصة ؟ كما أنه ما أدري ما الذي دعاه إلى التزام ما ذكره في صورة الزيادة ؟ !

و لعل المقام أشبه شيء بما التزمه البهائي ره في الوجه بالدائرة البر كالية لما كان في رواية (١) « مادارت عليه الابهام و الوسطى » و من كان له أنس بعلم الهيئة انساق إلى ذهنه ذلك ؛ ولم يفسر دارت بماحوت الذي هو المراد .

و من الغريب أن من تأخر عن العلامة اقتصر على نقل كلامه ولم يناقشه في شيء ، ولعله لذا فرض المسألة في القواعد فيما إذا كان النقصان بسبب التشقيص ، أي إذا كان له عبد مثلاً لا غير قيمته ثلاثون ، و باعتاقه الذي لا ينفذ إلا في ثلثه ينقص إلى عشرة مثلاً ، مع أنه قال فيها : على إشكال ينشأ من أنه كالاتلاف ونقص السوق وتفويت مال له ، فلا يبطل تصرفه في ثلثه ، ومن وجود المقتضى لبطلان العتق فيما زاد على الثلث فيه ، فلو كانت قيمته ثلاثين ورجع بالتشقيص كل جزء إلى ثلث قيمته ، ثم كسب ثلثين قبل الموت فعلى الثاني أي البطلان لولا الكسب يصح العتق في شيء ، وله من كسبه ثلاثة أشياء وللورثة ستة أشياء لأن المعتق منه في تقدير ثلاثة أشياء من قيمته الأولى ، لأن العبد يحسب عليه نقصان الجزء ، لأنه لمنفعته ، فكان كالواصل إليه ، ولا يحسب على الورثة نقصان جزئهم ، لعدم وصوله إليهم ، فالعبد و كسبه في تقدير عشرة أشياء ، فالشيء أربعة ، ويحتمل أن يقال : عتق منه شيء وله من كسبه شيء ، وللورثة ستة أشياء ، فالعبد و كسبه في تقدير ثمانية أشياء ، فالشيء خمسة ، لأنه يؤخذ من حصته من الكسب ما فوّت على الورثة من نصيبهم بالتشقيص و هو شيئان ، و ينبغي أن يكون للورثة من نفسه وضمان التفويت و كسبه مثلاً ما اعتق خاصة ، و هو كذلك هنا لأنه قد اعتق منه خمسة - و هي في تقدير خمسة عشر - و فوّت عليهم عشرة من نصيبهم من رقبته ، فحصل لهم خمسة من نفسه ، وخمسة عشرة من كسبه ، وعشرة مما فوّت إلى آخر ما أطنب فيه في القواعد ، فلاحظ

وتأمل والله الهادي المؤيد والمسدّد .

بقي شيء وهو أن ظاهر المتن وغيره بل هو صريح بعض أن الاعتبار بقيمة الموصى به وقت الوفاة وإن تأخر تنفيذ الوصية عنها ، كما لو فرض أنه أوصى بالعتق وتأخر إيقاعه عنها .

و قد يقال : إن المتبجّه فيه اعتبار القيمة وقت التنفيذ لا وقت الوفاة وإن استحق التنفيذ بها لكن المفروض عدم حصوله ، فلا يحسب عليه ما قبله إذا فرض زيادة قيمته بالنسبة إلى وقت التنفيذ ، فتأمل جيداً ، والله العالم .

﴿ ولو أعتق العامل تحرر الحمل ولو استثنى رقه على رواية السكوني (١) ﴾
عن أبي جعفر ﴿ عن أبيه عليه السلام ﴾ في رجل أعتق أمته وهي حبلى فاستثنى ما في بطنها قال : الأمة حرة و ما في بطنها حر ، لأن ما في بطنها منها ، المؤيد بصحيح الوشا (٢) عن أبي الحسن الرضا عليه السلام « سألت عن رجل دبّر جارية وهي حبلى فقال : إن كان علم بحالها فإن ما في بطنها بمنزلتها ، وإن كان لم يعلم فإن ما في بطنها رق » وقد عمل بها الشيخ و بنو زهرة والبراج وسعيد .

ولكن قال المصنف رحمه الله ﴿ وفيه إشكال منشأه عدم القصد إلى عتقه ﴾ ويدفعه أنه بعد العمل بالخبر المزبور يكون كالسراية التي لا تحتاج إلى قصد ، بل يتحقق مع قصد العدم ودعوى كونها في الأثقال لا في الأشخاص كالأجتهاد في مقابلة النص .

نعم قد يقال : بعدم صلاحية الرواية للعمل ، لضعفها وعدم الجابر وموافقتها للعامة ، وأما الصحيح فهو معارض بالموقوف (٣) عن أبي الحسن الأول عليه السلام « سألت عن امرأة دبّرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة ، فلم تدري المرأة

(١) الوسائل الباب - ٦٩ - من كتاب العتق الحديث ١ .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب التدبير الحديث ٣ - ٢ من كتاب

التدبير والمكاتبة .

حال المولودة هي مدبرة أو غير مدبرة ؟ فقال لى : متى كان الحمل بالمدبرة ؟
أقبل أن دبّرت أو بعد ما دبّرت ؟ فقلت : لست أدري ، أجبني فيهما جميعاً فقال :
إن كانت المرأة دبّرت وبها حمل ولم تذكر ما في بطنها فالبجارية مدبرة والولد
رق ، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر بتدبير أمه ، المعتضد
بالشهرة والأصول والقواعد وغيرها ، ومن هنا ينقذح ضعف العمل بالرواية الأولى
زيادة على ما عرفت .

ولو أعتق بعض العامل وقلنا بتبعية الحمل أو أدخله في العتق وتأخر الأداء
حتى وضعت بنى على ما مر ، فعلى اعتبار الأداء يلتزم بقيمة نصيب الشريك من
الحمل منفصلاً يوم الأداء ، وعلى الآخر تقوم حبلى ، والله العالم .

﴿ قريع : ﴾

﴿ إذا ادعى كل واحد من الشريكين ﴾ الموسرين مثلاً ﴿ على صاحبه
عتق نصيبه كان على كل واحد منهما اليمين لصاحبه ثم يستقر رق نصيبهما ﴾ إن
قلنا إنه ينعتق بالأداء ولو على جهة الكشف ، وإن قلنا إنه ينعتق بالاعتاق عتق من
غير أن يحلفاً أخذاً لها باقرارهما ، بل في استسعاء العبد هنا نظر ، من اعتراف كل
منهما باستحقاق قيمة نصيبه من الآخر لا من العبد ، وتعذر الأخذ منه لا ينزله
منزلة الاعسار وإن اختاره في كشف اللثام ، لكنه كما ترى ، ولو كان المدعى
أحدهما فقد عرفت الكلام فيه سابقاً .

ولو كانا معسرين عدلين ففي القواعد د فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما
ويصير حراً ، أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً ، وإن كان أحدهما عدلاً خاصة
كان له أن يحلف معه و لعل اقتصاره في ذلك على المعسرين للتهمة باعتبار القيمة
في الموسرين ، فلا تقبل شهادة أحدهما على الآخر .

وفيه أنه يمكن جريانها باختصاص السعى به دون الآخر أيضاً ، بل بذلك توجهت دعوى أحدهما على الآخر ، وإلا فلا معنى لدعوى انسان على آخر أنه أعتق عبده ، وإنما ذلك من وظيفة العبد ، كل ذلك بعد مشروعية اليمين من العبد هنا مع الشاهد باعتبار كونه لدفع السعى عن نفسه وإن قلنا بعدم ثبوت العتق إلا بشاهدين . مع أنه قد يناقش بأن دفع السعى عن نفسه للشريكين فرع ثبوت العتق منهما ، و الفرض عدم ثبوته إلا بالشاهدين ، ولا يمكن القول هنا بنفي السعى عنه بذلك وإن لم يثبت العتق نحو ما قيل في دعوى السرقة بالنسبة إلى ضمان المال دون الحد ، ضرورة إمكان الانفكاك فيه بخلاف المقام ، على أنه لا يتم في صورة عدالة أحدهما ، إذ الحلف على دعواه عتق شريكه يوجب السعى للمدعى لا نفيه عنه (١) كما هو واضح .

هذا و في المسالك في الصورة الأولى بعد أن حلف المدعى اليمين المردودة قال : « ثم لو شهد هذا المدعى مع آخر ثبت العتق بشهادة الحسبة ، وفيه إمكان منع القبول وإن كان هو قد استحق القيمة بيمينه ، فلا نعمة من هذه الجهة إلا أنه هو مدعى فيما شهد به كما في الشر كاء المدعين فتأمل .

وكيف كان ففي صورة الدعاى معشرين يخرج نصيب كل منهما باقراره عن استقرار يده ، ويسعى العبد في قيمته لهما بناء على ما عرفت من كون السعى بجميع الكسب لا خصوص الجزء الحر وإلا فلا يمكنه السعى هنا فإن كلا منهما يأخذ من كسبه ما قابل نصيبه لانكاره العتق فيه ، فلا يحصل منه ما ينفك به .

ولو اشترى أحدهما بعد دعوى العتق على جهة الفداء نصيب صاحبه عتق عليه ذلك ، لاقراره ، ولم يسر إلى النصف الذي كان له ، ولا يثبت له عليه ولاء بازاء هذا الجزء ، لأنه لم يصدر عتقه عنه ، فإن مات ولم يكن له وارث سواء قيل كان ماله مجهول المالك ، فإن البائع يقول : إنه للمشتري ، لكونه عبده ، والمشتري يقول : إنه للبائع بالولاء ولكن للمشتري أن يأخذ منه بقدر ما أداء من الثمن ، فانه يدعى

(١) و في النسخة الاصلية المسودة و المبيضة « لا ينفيه عنه » .

أن البائع إنما أخذ ظلماً ، وقد ظفر له بمال .

و فيه (أولاً) أنه يجب عليه دسه في ماله لعلمه بكونه له و (ثانياً) أنه لا ظلم من البائع بعد أن بذل هو الثمن له وأباحه له ، فلا وجه لمقاصته فيه .
و لو أكذب نفسه في شهادته على شريكه بالعتق ليسترق ما اشترى منه لم يقبل ، لأنه إنكار بعد إقرار .

و أما الولاء لو أعتقه ففي القواعد احتمال أنه له باعتبار أن على العبد ولاء شريكه لا يدعيه سواء ، فيثبت له كما في كل مال يدعيه من لا منازع له وإن تضمنت شهادته أولاً باعتراف شريكه بطلان الولاء له في نصيب الشريك ، لكنه كما ترى ضرورة أنه ليس هو المعتق لهذا الجزء باعترافه أولاً فهو لا يدعي ولاء إلا بعد أن أقر بانتفائه عنه ، فلا يسمع ، ولعله لذا استقرب بعد ذلك انتفاء الولاء عنه ، لكن قال : نعم يثبت له المال لاعتراف البائع له بالاستحقاق ، أي ومع ذلك هو يدعيه ، ولا يضر شهادته السابقة المتضمنة لانتهاء المال عنه ، فانه لم يكن حين الشهادة مال نفسه ، و حين حصول المال لا ينفيه ولا منازع ، فهو حينئذ كمن أقر بما في يده لاخر فأنكره ثم رجع وادعاه ، و حينئذ لومات المشتري قبل العبد ثم مات العبد ورث العبد وارث المال : من الزوجة وغيرها ، لا وارث الولاء ، إلا أنه لا يخلو من نظر وإن افترق المال والولاء بالاقرار وعدمه ، لكن هذا المال لا طريق إلى تملكه إلا الارث بالولاء الذي قد فرض عدم ثبوته له فتأمل .

و لو أكذب البائع نفسه فأقر بعتق نصيبه بعد إكذاب المشتري نفسه قدّم قول البائع وإن كان مدعياً لفساد العقد ، لتصادفهما حينئذ على الفساد بعد إلغاء إكذاب المشتري ، لكن لا ولاء له أخذاً باقراره الأول ، وهل له المال ؟ يحتمل لأنه يدعيه من صدقه المشتري حيث ادعى عليه العتق ، ولا يسمع إكذابه نفسه ثانياً ، والعدم لأنه بالبيع الذي فعله إقرار بأن المال ليس له ، فلا يسمع إكذاب نفسه ثانياً ، ولعله الأقوى .

و لو اشترى كل منهما نصيب صاحبه عتق أجمع باعترافهما ، و لا ولاء لأحدهما عليه لأقرارهما ، فإن أعتق كل منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته ففي القواعد ثبت الولاء ، وفيه نظر ، و كذا في قوله : و لو أقر كل منهما بأنه كان قد أعتق و صدق الآخر في شهادته بطل البيعان ، و لكل منهما الولاء على نصيبه فتأمل .

ولو كان أحدهما معسراً و الآخر موسراً عتق نصيب المعسر خاصة إن قلنا بتعجيل السراية ، لاتفاقهما عليه بالمباشرة أو بالسراية ، و إلا فنصيبه رق ، لعدم الأداء ، أما نصيب الموسر فلا يعتق مطلقاً ، لانكاره المباشرة و عدم السراية بدعوى المعسر و لا تقبل شهادته عليه ، لأنه يجبر إلى نفسه نفعاً و حينئذ فيحلف ويبرأ من القيمة و العتق ، و لا ولاء لأحدهما في نصيب المعسر و لو أقام العبد شاهداً حلف معه و عتق نصيب الموسر بناءً على الاجتزاء بالشاهد واليمين فيه .

و لو أعتق المعسر من الثلاثة نصيبه تحرر و استقر رق الآخرين إن لم نقل بالسعي ، فإن أعتق الثاني نصيبه و كان موسراً سرى في حصة الثالث و كان ثلثا الولاء للثاني .

و كيف كان فقد ظهر لك من جميع ما قدمناه أنه يعتبر في السراية زيادة على كون المعتق بالفاً جائز التصرف كون العتق باختياره ، كما أشار إليه المصنف في مسألة من ورث شقصاً و لم يذكر المصنف غير ذلك لكن في القواعد اعتبر شروطاً أربعة : « الأول أن يكون موسراً ، الثاني أن يعتق باختياره ، الثالث أن لا يتعلق بمحل السراية حق لازم كالوقف - قال - و الأقرب السراية في الرهن و الكتابة و الاستيلاء و التدبير ، الرابع تمكّن المعتق من نصيبه أولاً ، فلو أعتق نصيب شريكه كان باطلاً ، و لو أعتق نصف العبد انصرف إلى نصيبه و لزم التقويم ، و لو أعتق الجميع صح و لزمه القيمة » .

و فيه أن الأول ليس شرطاً للسراية ، لما سمعت من حصولها مع الاعسار و استعفاء العبد ، و مرجع الرابع إلى عتق الشقص المملوك له و لو بعث العبد أجمع

وأما الثالث فقد قيل في وجهه أنه ملك لله ، فيمنع من البيع ، فلا يصح التقويم والبراء ، وفيه أنه لا يتم على القول بانتقال الوقف إلى الموقوف عليه ، وحينئذ يتجه السراية للعموم الأخبار (١) خصوصاً بعد ثبوت بيع الوقف في موارد ، فلعله منها ، ولأنه اعتناق قهرى فيكون كما لو عمي أو جذم ، وخصوصاً أيضاً بعد ما قيل في وجه الأقرب من أنه لا يمنع شيء منها ، ولأن الملك أقوى منها ، فإذا لم يمنع من السراية فهي أولى ، ولتغليب الحرية ، اللهم إلا أن يناقش في الأخير بأنها على خلاف الأصل ، وبأنها حقوق لازمة مانعة من البيع ، فتمنع من التقويم ولا أقل من الشك ، والأصل عدم السراية ، ومنه ينقذح الشك فيها في الأول حتى على القول بالانتقال ، ولكن الأول لا يخلو من قوة .

و في الدروس يشترط في السراية أن لا يتعلق بالشقص حق لازم كالوقف والكتابة والاستيلاء ترجيحاً لأسبق الحقين ، وقيل بالسراية للعموم ، والسراية إلى الرهن أقوى ، وأقوى منه التدبير ، وأقوى منهما الوصية بعتق الشقص ، والله العالم .

❖ وإذا دفع المعتق قيمة نصيب شريكه ❖ و قلنا بتوقف العتق على الأداء وإلا فعلى التعجيل أو الكشف يحصل العتق بالصيغة ❖ هل يعتق عند الدفع أو بعده ؟ فيه تردد ، والأشبه ❖ عند الشيخ ❖ أنه بعد الدفع ليقع العتق عن ملك ❖ لكن ❖ لو قيل بالاقتران كان حسناً ❖ كما سمعته في عتق المأمور ، لظهور الأدلة في اعتناقه بمجرد الأداء ، فجمع بينه وبين ما دل (٢) على أنه لا عتق إلا في ملك ، بذلك ، ويكون الترتيب بينهما حينئذ ذاتياً لا زمانياً ، نحو ما سمعته في شراء القريب و اعتناقه عليه ، بل قد يقال : لاداعي هنا إلى ذلك بعد ظهور

(١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق .

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب العتق الحديث ٢ وفيه « لا عتق الا بعد

الأدلة بالاعتناق بالأداء الذي هو من المولى كالكسب من العبد ، ولا دليل على اعتبار الدخول في الملك في ثبوت الولاء له ، إن يمكن القول بالاكْتفاء بذلك في ثبوته له .

و على كل حال فلا إشكال في عدم احتياج العتق هنا إلى صيغة وإن أودعه بعض النصوص (١) السابقة التي عُبِّرَ بمضمونها بعض القدماء . و من ذلك أشكل الحال على بعض الأفاضل ، لكنه في غير محله ، ضرورة معلومية الحكم المقتضية لتتزيل ما في النصوص المزبورة على إرادة العتق بالأداء ، كما أشرنا إليه سابقاً . ثم إن الظاهر تبعض الحرية بتبعض القيمة كما في السعى ، لكن هل للمولى الامتناع من قبض البعض ؟ يحتمل ذلك ، بل قد يحتمل عدم اعتناق البعض لو فرض إيساره عن الجميع وإن كان الأقوى خلافه ، والله العالم .

﴿ وإن شهد بعض الورثة ﴾ على مورتهم ﴿ بعتق مملوك لهم مضى العتق في نصيبه ﴾ بلا إشكال ولا خلاف ، فإن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز أو كونه بصورة الشهادة (٢) لا ينافي كونه إقراراً أيضاً .

كما أنه لا إشكال ﴿ و ﴾ لا خلاف في أنه ﴿ إن شهد آخر ﴾ معه ﴿ و كانا مرضيين ﴾ للشهادة ﴿ نفذ العتق فيه كله ﴾ لعموم حجية البيعة ﴿ وإلا ﴾ يكونا مرضيين ﴿ مضى ﴾ العتق ﴿ في نصيبهما ﴾ للإقرار ﴿ ولا يكلف أحدهما شراء الباقي ﴾ لعدم كونه معتقاً ، لكن يستسعى المملوك ، لصحيح محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليه السلام « سألته عن رجل ترك مملوكاً بين نفر فشهد أحدهم أن الميت أعتقه ، قال : إن كان الشاهد مرضياً لم يضمن ، وجازت شهادته ، واستسعى العبد فيما كان للورثة » ونحوه خبر منصور (٤) عن الصادق عليه السلام قال « سألته عن رجل هلك

(١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق الحديث ٢ و ٣ .

(٢) هكذا في النسخة الأصلية المبيضة . وفي المسودة « وكونه بصورة الشهادة »

و هو الصحيح .

(٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥٢ - من كتاب العتق الحديث ١ - ٢ .

ونترك غلاماً فشهد بعض ورثته أنه حرّ، قال: إن كان الشاهد مرضياً جازت شهادته، ويستسعى فيما كان لغيره من الورثة .

و عن الصدوق وابن الجنيّد العمل بهما، بل عن الشيخ في النهاية استسعاء العبد في الباقي وإن لم يكن مرضياً، وفي المختلف الوجه مضيّ الاقرار في حق المقر سواء كان مرضياً أولاً، ولا يجب السعاية، ثمّ احتمل كون وجه التفصيل بين المرضي وغيره بالنسبة إلى السعي أن عدالته تنفي التهمة في تطرق الكذب عليه، فيمضي الاقرار في حقّه خاصة، وأمّا في حقّ الشركاء فيستسعى العبد، كمن أعتق حصته من عبد ولم يقصد الاضرار مع إيساره، وأمّا إذا لم يكن الشاهد مرضياً فإنه لا يلتفت إلى قوله إلاّ في حقّه خاصة، ولا يستسعى العبد، بل يبقى حصص الشركاء فيه على العبودية، ويحكم في حصته بالحرية، ولكن قال بعد ذلك: « وهذا عندي محمول على الاستحباب عملاً بالرواية ».

و فيه أنه لا داعي إلى حملها على ذلك مع عدم المعارض وجامعيتهما لشرائط العمل، نعم لا وجه للتعديّة عنها إلى وجوب السعي وإن لم يكن مرضياً بلا دليل، ويمكن أن يريد الفاضل عدم وجوب السعي على العبد، لما عرفت من أن ذلك راجع إلى اختياره، فلا يكون مخالفاً، كما أنه يمكن دعوى أنه يستفاد من النصّ (١) والفتوى تسلط العبد على الفكّ ولو بالسعي متى ثبت عتق شقصه ولو قهراً أو بإقرار بنفي الشريك فيه، فلاحظ وتأمل، فإنه لا يخلو من نظر أو منع، خصوصاً بالنسبة إلى الأخير، بل وسابقه بناءً على اختصاص أم الولد بالدليل، وربما يأتي مزيد تحقيق لذلك، والله العالم. هذا كلّّه في إزالة الرّق بالسراية.

﴿ وأما ﴾ إزالة ملك بالملك فإذا ملك الرّجل أو المرأة ﴾ اختياراً أو اضطراراً ﴿ أحد الأبوين و إن علوا أو أحد الأولاد ذكراً أو إناثاً ﴾ أو خناناً ﴿ وإن نزلوا انعتق في الحال ﴾ بلا خلاف أجده فيه نصاً (٢) وفتوى، بل الاجماع

(١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق .

(٢) الوسائل الباب - ٧ و ٩ - من كتاب العتق .

بقسميه عليه .

﴿ وكذا لو ملك الرجل إحدى المحرمات عليه نسباً ﴾ كالعمة والخالة
وبنت الأخ ﴿ و ﴾ بنت الأخت . نعم ﴿ لا ينعق على المرأة سوى العمودين ﴾
أي الأباء وإن علوا والأولاد وإن نزلوا بالاتفاق كما في كشف اللثام ، إلا في الزوج
ففيه خلاف ، قلت : في المقنعة إلحاق الأخ والعم والخال بالعمودين ، لكنه شاذ ، بل
النص والفتوى على خلافه .

﴿ ولو ملك الرجل ﴾ أو المرأة ﴿ من جهة الرضاع ﴾ من ينعق عليه ﴿ أو
عليها ﴾ بالنسب هل ينعق عليه ﴿ وعليها ؟ ﴾ فيه روايتان ﴿ (١) ﴾ وقولان
﴿ أشهرهما ﴾ رواية وفتوى ﴿ العتق ﴾ كما تقدم ذلك كله وغيره مفصلاً في بيع
الحيوان (٢) ، فلاحظ وتدبر .

وكذا تقدم فيه (٣) وفي كتاب الكفارات (٤) ﴿ و ﴾ في هذا الكتاب
أنه ﴿ يثبت العتق حين يتحقق الملك ﴾ لا بعده آنأ ، كما عن المبسوط ، ولا أنه
لاملك ، كما عن بعض وإن أوهمه بعض النصوص (٥) النافية له المحمول على
إرادة المستقر .

بل ﴿ و ﴾ تقدم أيضاً أن ﴿ من ينعق كله بالملك ينعق به بملك ذلك البعض ﴾
لاطلاق الأدلة ﴿ و ﴾ أنه ﴿ إذا ملك ﴾ اختياراً ﴿ شقصاً ممن ينعق عليه لم يقو ﴾ عليه
إن كان معسراً ﴿ ضرورة عدم زيادته على عتق ذلك مباشرة ﴾ وكذا لو ملكه بغير
اختياره ﴿ وإن كان موسراً ، خلافاً لما سمعته من الشيع في الخلاف . ﴾ ﴿ و ﴾ قد

(١) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب العتق .

(٢) راجع ج ٢٤ ص ١٤١-١٤٦ .

(٣) راجع ج ٢٤ ص ١٤١ .

(٤) راجع ج ٣٣ ص ٢٤٣-٢٤٤ .

(٥) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب العتق الحديث ٢ و ٣ و ٥ .

عرفت ضعفه ، نعم ﴿ لو ملكه اختياراً وكان موسراً قال الشيخ : يقوم عليه ، وفيه تردد ﴾ قد عرفت منشأه ، وتحقيق الحال فيه وفي غيره في كتاب الكفارات (١) فلاحظ ، والله العالم .

﴿ فرعان : ﴾

بل فروع

﴿ الاول : ﴾

لو أوصى له ببعض ولده فمات بعد موت الموصى قبل القبول فقبله أخوه له ملكه على الأصح ، لكن في القواعد وشرحها للاصبهاني دسرى في باقيه على الميت إن خرج قيمة الباقي من الثلث ، لاعساره فيما زاد عليه ، و ذلك لتنزل قبوله منزلة قبول الموصى له ، فكأنه قبل في الحياة ، وقبوله كاشف عن ملكه حين مات الموصى ، وفيه أن قبول الأخ يملكه لا الميت ، كما تقدم تحقيقه في كتاب الوصايا . ومنه يعلم ما في قوله أيضاً د ولو أوصى له ببعض ابن أخيه فمات وأخوه وارثه فقبله أخوه له لم يقوم الباقي على الأخ ، لأن الملك يحصل للميت أولاً ، لقبول الوارث له ثم له بالارث ، فكأنه حصل له الملك بغير اختياره ، إذ قد عرفت أن الذي يملك بالقبول الوارث لا الميت الذي خرج عن قابلية الملك ، والوارث إنما قام مقامه في استحقاق تملك الموصى به بالقبول للأدلة الدالة عليه ، ولذا لا تتعلق به ديون الميت ولا وصاياه ، بل لو قصد القبول للميت بطل ، لعدم ما يدل على مشروعيته على وجه يترتب عليه الحكم المزبور ، وعلى هذا فالمتجبه في الفرض النقيض على الوارث .

بل في القواعد احتمال ذلك على الأول أيضاً ، لأنه في الحقيقة حصل باختياره وإن بعد بواسطة قال : د وكذا الاحتمال لورجع إليه بعض قريبه الذي ينعتق عليه

بردّ عوضه بالعيب ، أى كما لو باع بعض أخيه بعين ثم مات البائع ، ولم يخلف إلا ابن أخيه ، ثم ظهر في العين عيب فردّه ، فرجع إليه البعض من أبيه ، فيقوم عليه ، لحصول الملك له باختياره بواسطة ، ومقتضى ذكره ذلك احتمالاً أن الأقوى عنده خلافه ، ولعلّه لما قيل من أنه إنما اختار ردّ العوض والرّجوع حصل بغير اختياره ، لكنه كما ترى ، ضرورة أن اختيار المسببات باختيار أسبابها .

﴿ الثاني : ﴾

لو اشترى هو وأجنبى صفقةً قريبه الذي ينعقد عليه عتق كلّ مع يساره ، وضمن قيمة حصّة شريكه .

الثالث :

لو اشترى الزوج والولداً صفقةً وهي حامل ببنت سرى على الولد في الأم ، وقومت حصّة الزوج منها على الابن ، لأنها تنعقد عليه دونه ، وعتقت البنت عليهما معاً ، لأنها بنت الزوج وأخت الابن ، وليس لأحد هما على الآخر شيء من قيمتها ، وكذا لو وهبت الأم لهما فقبلاها دفعةً ، ولو قبلها الابن أولاً عتقت عليه هي وحملها وغرم قيمة الأم حاملاً للواهب دون الزوج الذي لم يحصل له ملك بسبب التلف قبل قبوله وإن احتمل ، لكنه واضح الضعف . ولو قبل الزوج أولاً عتق عليه الولد كلّهُ وعليه قيمة نصفه للواهب ، ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الأم كلّها ويغرم نصف قيمتها للزوج ، والله العالم .

الرابع :

﴿ إذا أوصى ﴾ مثلاً ﴿ لصبي ﴾ أو مجنون بمن ينعتق عليه فللولي أن يقبل إن لم يتوجه به ضرر على المولى عليه ﴿ بانفاق ونحوه ، بل ربما احتتمل الوجوب ، وهو أحوط ، ﴾ فان كان فيه ضرر لم يجز القبول ، لأنه لا غبطة ﴿ للمولى عليه ، بل فيه فساد ، وذلك ﴾ كالوصية بالمريض الفقير تفصيلاً من وجوب نفقته ﴿ على المولى عليه ، وحينئذ فلو قبل على هذا الحال كان القبول باطلاً ، نحو شراء الولي قريب الطفل الذي ينعتق عليه ، لأنه إتلاف محض .

الخامس : (١)

﴿ إذا أوصى له ببعض من ينعتق عليه وكان معسراً جاز القبول ﴾ أو وجب . ﴿ ولو كان المولى عليه موسراً قيل : لا يقبل ، لأنه يلزمه افتكاكه ﴾ وإن لم تجب نفقته ، ﴿ والوجه ﴾ عند المصنف والأكثر على ما في المسالك ﴿ القبول ، إذ الأثبه أنه لا يقوّم عليه ﴾ لدخوله في ملكه بغير اختياره ، والأصل البراءة ، وإن كان قد يناقش بأن اختيار المولى كاختياره ، ولكن الأقوى عدم التقويم ، والله العالم .

﴿ وأما ﴾ زوال الرق بـ ﴿ العوارض فهي ﴾ أمور : منها ﴿ العمى والبصام والإقعاد ﴾ بلا خلاف أجده في شيء منها ، بل ظاهر غير واحد الإجماع عليه ، بل عن الشيخ في الخلاف الإجماع صريحاً في الأخير والأول ، لقول الصادق عليه السلام في

الصحيح (١) : « إذا عمى المملوك عتق » وفي خبر السكوني (٢) : « قال رسول الله ﷺ إذا عمى المملوك فلا رق عليه ، والعبد إذا جذم فلا رق عليه ، وفي خبره الآخر (٣) عنه أيضاً عن أبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : « العبد الأعمى والأجذم والمعتوه لا يجوز في الكفارات ، لأن رسول الله ﷺ أعتقهم » وفي خبر أبي البخترى (٤) أن أمير المؤمنين عليه السلام قال : « لا يجوز في العتاق الأعمى والمقعد » وعن ابن الجنيد في حديث أهل البيت عليه السلام (٥) : « أن الرسول ﷺ قال : إذا عمى المملوك أو جذم فلا رق عليه ، وعن أمير المؤمنين عليه السلام (٦) : « من أصابته زمانة في جوارحه وبدنه ومن نكل به مولاؤه فهو حر » لاسبيل عليه سائبة ، وقال أبو جعفر عليه السلام في خبر الجعفي (٧) : « إذا عمى المملوك أعتقه صاحبه ، ولم يكن له أن يمسكه » بل عن ابن حمزة إلحاق البرص بالجذام ، ولم أقف له على دليل .

❦ منها ❦ إسلام المملوك في دار الحرب سابقاً على مولاؤه ❦ وخرج منها إلينا بلا خلاف أجده ، بل عن صريح المختلف وظاهر غيره الإجماع عليه ، مضافاً

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من كتاب العتق الحديث ١-٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الكفارات الحديث ٣ من كتاب الإيلاء والكفارات .

(٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من كتاب العتق الحديث ٤ .

(٥) الظاهر أن ابن الجنيد (قدّه) اقتبس ذلك من رواية السكوني المتقدمة والمروية

في الوسائل الباب - ٢٣ - من كتاب العتق الحديث ٢ .

(٦) الظاهر أن ابن الجنيد (قدّه) اقتبس ذلك من رواية السكوني المتقدمة

والمروية في الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الكفارات الحديث ٣ و رواية أبي بصير الآتية

والمروية في الوسائل الباب - ٢٢ - من كتاب العتق الحديث ٢ .

(٧) الوسائل الباب - ٢٣ - من كتاب العتق الحديث ٦ .

إلى الخبر (١) : « أيما عبد خرج إلينا قبل مولاه فهو حر » وأي عبد خرج إلينا بعد مولاه فهو عبد ، بل عن ظاهر المبسوط و صريح الحلي - وإن كنا لم نتحقق الأخير - ذلك وإن لم يخرج ، لأية نفي السبيل (٢) خلافاً للمشهور للأصل وظاهر الخبر السابق (٣) ، و تمام الكلام فيه في كتاب الجهاد (٤) .

﴿ و ﴾ منها ﴿ دفع قيمة الوارث ﴾ الذي لا وارث لقريبه غيره ، وقد أشبعنا الكلام فيه في كتاب الموارث ، فلا حظ وتأمل .

﴿ وفي عتق من مثله مولاه نرد ﴾ وخلاف ﴿ و ﴾ لكن ﴿ المروي ﴾ في مرسل جعفر بن محبوب (٥) عن الصادق عليه السلام ﴿ أنه ينعق ﴾ قال : « كل عبد مثله به فهو حر » وقال أبو جعفر عليه السلام في صحيح أبي بصير (٦) : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بمملوكه أنه حر » لاسبيل له عليه ، سائبة ، إلى آخره ، وعن الصدوق « أنه روى في امرأة قطعت يدي وليدتها أنها حرة لا سبيل لمولاتها عليها » (٧) إلى غير ذلك من النصوص المنجبرة بالشهرة العظيمة التي لا تخالف لها إلا ابن إدريس لا أصله الذي قد تحقق ضعفه في محله ، بل عن الشيخ في الخلاف الإجماع عليه ، فمن الغريب نرد المصنف في ذلك ، وأغرب منه الوسوسة من بعض الناس في الحكم في الأسباب الأولى التي لم يخالف فيها ابن إدريس أيضاً ، والتحقيق ما عرفت .

والتنكيل : إذا جعله نكلاً وعبرة لغيره ، كما في المسحاح ، كما أن فيه أيضاً « مثله به يمثل مثلاً : أي نكل ، والاسم المثلة بالضم ، ومثله بالفتيل جذعه ،

(١ و ٣) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب جهاد العدو الحديث ١ من كتاب

الجهاد .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ١٣١ .

(٣) راجع ج ٢١ ص ١٣٥ و ١٣٦ .

(٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٢٢ - من كتاب المتق الحديث ١ - ٢ - ٣ .

والمثلة بفتح الميم وضمّ الشاء العقوبة ، و الجمع المثلات وأمثلة ، جعله مثلة ، إلى آخره .

و على كلّ حال فليس في كلام الأصحاب ما يدل على شيء مخصوص ، بل اقتصروا على تعليق الحكم على مجرد الاسم تبعاً لاطلاق النص ، وقد سمعت مرسل الصدوق ، ومن طرق العامة روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده زنباع أبي روح (١) د أنه وجد غلاماً مع جارية له فجذع أنفه وجبهه ، فأثنى النبي ﷺ فقال : من فعل هذا بك ؟ فقال : زنباع ، فدعاه النبي ﷺ ، فقال ما حملك على هذا ؟ فقال : كان من أمره كذا وكذا ، فقال النبي ﷺ : اذهب فأنت حر ، وظاهرها أن الجبّ تنكيل وتمثيل وليس ببيع .

و يتفرع على ذلك اعتناق الخصيان على مواليتهم الذين يفعلون بهم ذلك ، فلا يصحّ شراؤهم لمن يعلم بالحال ، نعم لا بأس به مع اشتباه الحال ، كما لا بأس بالشراء مع الشك في حصول التنكيل بقطع بعض الأذن الواحدة أو نحو ذلك للأصل وغيره .

ثمّ إن الظاهر عدم الفرق في اقتضاء الأسباب المذكورة الاعتناق بين كونها بفعل الله أو بفعل العبد ، لحصول مسماها الذي هو العنوان ، نعم يقتصر التنكيل فيها بالمولى .

ولو كان له بعض العبد فنكل به اعتق عليه وضمن قيمة الشقص لشريكه بناءً على أن اختياره للسبب اختيار للمسبب ، فهو حينئذ كسواء من يعتق عليه ، واستشكل فيه في الدّروس من ذلك ومن تعريم السبب ، والله العالم .

وقد يكون التدبير والمكاتبه والاستيلاد سبباً للعتق ، وذلك إذا جمع الشرائط الآتية التي منها موت المولى والولد حي وارث ، وكون موت المولى من

(١) سنن البيهقي ج ٨ ص ٣٦ وفيه عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبدالله بن عمرو

ابن العاص قال : كان لزنباع ... ، مع اختلاف في لفظ الحديث أيضاً .

فعل الله تعالى دون الاستيلاء لا يقتضى رفع سببته ، كما أن عمى العبد وإقاعده من أسباب العتق وإن كان من قبل الله تعالى ، وامتراط المباشرة في السبب تحكّم ، وفي الحقيقة هذه الأسباب علامات لحكم الله تعالى بالعتق سواء كان بفعل الله تعالى أو بفعل المكلف ، نعم يمكن أن لا يجعل الاستيلاء سبباً باعتبار أن موت المولى مع بقاء الولد بوجب انتقال أم الولد إلى ملكه أو بعضها ، فتنتعق عليه بالملك لا بالاستيلاء ، ولكن الأمر سهل إذ لفائدة مهمة في ذلك .

و كيف كان فلمّا كان الاستيلاء سبباً في زوال الرّق كالتيدير والكتابة ﴿ فلنذكر الفصول الثلاثة في كتاب واحد ، لأن ثمرتها إزالة الرّق ﴾ * وهي مشتركة بينها .

﴿ كِتَابُ التَّدْبِيرِ وَالْمَكَايِدِ وَالْإِسْتِثْلَاكِ ﴾

﴿ التدبير هو ﴾ تفصيل من الدبر ، والمراد به هنا تعليق الحكم بدبر الحياة ، وإليه يرجع ما قيل من أنه سمي تدبيراً ، لأنه دبر أمر دنياه باستخدامه واسترقاقه وأمر آخرته باعتاقفه ، لأن التدبير في الأمر مأخوذ من الدبر أيضاً ، بمعنى النظر في عواقب الأمور وأدبارها .

وعلى كل حال فلا خلاف بين المسلمين في تحقيقه بإنشاء ﴿ عتق العبد ﴾ أي المملوك معلقاً له على ما ﴿ بعد وفاة المولى ﴾ أي عندها على نحو غيره من التعليق. ﴿ و ﴾ إنما الخلاف ﴿ في صحة تدبيره بعد وفاة غيره كزوج المملوكة و وفاة من يجعل له خدمته ﴾ ومن هنا قال المصنف : فيه ﴿ تردد أظهره الجواز ﴾ وفاقاً للشيخ وأتباعه ، بل المشهور ﴿ ومستنده النقل ﴾ .

وهو صحيح يعقوب بن شعيب (١) د سألت أبا عبد الله عليه السلام الرجل يكون له الخادم ويقول 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 إذا بقت ، قال : إذا مات الرجل فقد عتقت .

و خبر محمد بن جهم (١) المنجبر بالشهرة وبرواية الحسن بن محبوب عنه الذي هو من أصحاب الاجماع قال : « سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام رجل زوج أمته من رجل آخر وقال لها : إدامات الزوج فهي حرة فمات الزوج ، قال : إدامات الزوج فهي حرة تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ولا ميراث لها منه ، لأنها إنما صارت حرة بعد موت الزوج ، وأسند الأول في الكفاية إلى صحيح محمد بن مسلم وإن كنا لم نتحققه .

ومن ذلك يظهر لك النظر فيما أنكره في المسالك وغيرها على المصنف وغيره ، حتى قال : « إنما الموجود من النقل صحيح يعقوب الذي هو مختص بوفاة المخدم ، فتعديده إلى غيره غير مستند إلى النقل ، فإن روعيت الملابس وهي لا تخرج عن رتبة القياس فلا وجه ، لاختصاصه بهذين ، لأن وجوه الملابس لا تنحصر ، ويحيى على هذا جواز تعليقه بوفاة مطلق الملابس ، بل مطلق الناس ، لفقد ما يبدل على غير المخدم ، وهو قول في المسألة وربما قيل بجواز تعليقه بموت غير الأدمى لاشتراك الجميع في معنى التدبير لغة ، وهو تعليق العتق على الوفاة ، وأكثر الأصحاب لم يتعرضوا لغير المروي ، وهو الأنسب ، لكن يبقى فيه أن الصحيح وارد في الأمة فتعديده إلى العبد لا يخلو من نظر ، وما اشتهر من أن خصوصية الذكورية والأنوثة ملغاة وأن الطريق متحد لا يقطع الشبهة وإن كان متجهاً ، إذ هو كما ترى وإن تبع في أكثره الشهيد .

ومن الغريب دعوى تحقيق التدبير بالتعليق على وفاة غير الأدمى بل لأعرف القائل به ، وما سمعته عن ابن الجنيد إنما هو في العتق المعلق ، بل يمكن دعوى حصول القطع من النص والفتوى بخلافه ، إذ نحن في عويل من تحققه بموت غير

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التدبير الحديث ٢ والباب - ٦٥ - من أبواب نكاح المبيد و الاماء الحديث ١ من كتاب النكاح . وفي كلا الموضعين عن محمد ابن حكيم كما في التهذيب ج ٨ ص ٢١٣ - الرقم ٧٦٠ و الفقيه ج ٣ ص ٣٠٢ - الرقم

المولى و لو المخدم والزَّوج ، حتَّى أن ابن إدريس أنكره فيهما ، وهو في معمله ، فان الاستفادة من نصوص الباب وفتاوى الأصحاب كون التدبير التعليق على وفاة المولى ، وليس في الخبرين المزبورين دلالة على صحته تدبيراً ، فيمكن جواز خصوص هذا الفرد من العتق معلقاً للخبرين المزبورين بعد كونهما من حجة و لو من جهة الانجبار ، ولا يتعدى إلى غير مضمونهما ، أو تأويلهما بما يرجع إلى شرط الخدمة في العتق أو النذر وأخويه أو غير ذلك ، أو حملهما على التقية ، أو تأويل الصحيح بما يرجع إلى التدبير ، بدعوى إرجاع الضمير إلى المولى ، كما أطنب به المقداد في التنقيح ، وإن كان هو كما ترى .

و بذلك يظهر لك النظر في كلمات كثير من الناس ، إذ المحصل منها تحقق التدبير بالتعليق على الوفاة و لو غير الأدمى أو خصوص المولى والمخدم أو هما مع الزَّوج أو مطلق الملابس أو مطلق الأدمى ، وفي المسالك بناء الخلاف على كونه وصية أو عتقاً ، فلا يصح تعليقه على غير المولى على الأول بخلاف الثاني ، مع أنه يمكن استثناء هذا الفرد من الوصية للخبرين ، مع فرض دلالتها على صحته تدبيراً ، والتحقيق ما عرفت .

وربما يومیء إليه جعل المصنّف مضمون الصحيح مسألة مستقلة في آخر كتاب التدبير فقال : « و لو جعل خدمة عبده لغيره ثم قال : هو حر بعد وفاة المخدم صح على الأصح » ، و نحوه الشهيد في الدرر قال : « كتاب المدبر وهو المعلق عتقه بموت المولى ، لأن المولى دبّر الحياة فالوصى بعتقه ليس مدبراً والتعليق بموت غير المولى إن جعل له الخدمة نافذ في صحيح يعقوب بن شعيب (١) عن الصادق عليه السلام وحمل عليه الزَّوج و طرد بعضهم في الموت مطلقاً وقصره ابن إدريس على موت المولى ، ويظهر من ابن الجنيد جواز تعليقه على موت الغير مطلقاً ، وسماء تدبيراً ، والقاضي لوعلق العتق بوقت تحرره عنده ، وله الرجوع فيه ، وكذا لوعلقه

بقدم زيد أو برؤيته ، وهو كالصريح في أن ذلك مسألة مستقلة لا أنها من التدبير على وجه يجري عليه أحكامه التي ستعرفها . وكذا الشيخ في النهاية ، بل والمفيد في المقنعة وغيره .

بل يومئ إليه تصريح الصحيح (١) بعدم بطلان تحريره بالاباق ولو كان تدبيراً لبطل ، و دعوى اختصاص الحكم المزبور في خصوص المعلق على وفاة المولى ليس بأولى من القول بأن ذلك لعدم كونه تدبيراً ، بل الثاني أولى ، لظهور أدلة بطلانه بالاباق في الأعم .

بل قد يدعى اتفاق أهل الشرع و اللغة والعرف على ذلك ، ولذا حكى في التوقيح عن ابن إدريس دعوى إجماع المسلمين عليه مقرأ على ذلك ، بل ظاهر الخصم ذلك ، ضرورة استناده في المعلق على وفاة المخدم والزواج إلى النقل الذي قد يدعى أنه لادلالة فيه ، لا إلى صدق التدبير ، بل التأمل في عبارة الفاضل في المختلف يقتضي الاعتراف بعدم كونه تدبيراً عرفاً .

وأول من اشتبه عليه الأمر - فظن أن ذلك من التدبير على وجه تجري عليه أحكامه لذكرهم إياه في كتاب التدبير للشبه به - ابن حمزة في الوسيلة وتبعه المصنف في الكتاب وافتقاه تلميذه الفاضل في جملة من كتبه ، وتبعهما الشهيد في غاية المراد ، وجرى على منوالها ثاني الشهيدين ، وتبعه الصيمري و الفاضل الأصبهائي في شرحه على القواعد ، والسيد في الرّياض وغيرهم ، وأخذ بعضهم كلام بعض على وجه يظهر للمتأمل فيه أن كلاً منهم قد استمد من الآخر ، ولكن التحقيق ما عرفت ، والله الموفق والهادي .

وحينئذ فيجرى عليه حكم العتق المعلق لا التدبير ، فيحسب من تصرفات المالك في حال صحته لو فرض موت المعلق عليه في حياة المولى إذا فرض وقوع ذلك في حال صحته ولا يبطل بالاباق ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فتمام ﴿ العلم به ﴾ أى التدبير ﴿ يستدعى
ثلاثة مقاصد : ﴾

﴿ الاول : ﴾

﴿ فى العبارة وما يحصل به التدبير ﴾

﴿ و ﴾ لا خلاف ولا إشكال في أن اللفظ ﴿ الصريح أنت حر ﴾ بعد وفاتى ﴿
من غير حاجة إلى قول : « أنت رق في حياتى » ، كما عساه يظهر من الشيخين أو
يتوهم ﴿ أو إذا مت فأنت حر ﴾ أو عتيق أو معتق ﴿ وإن تردد فيه المصنف في
صيغة العتق ، إلا أنك قد عرفت هناك تحقيق الحال وأن لفظ العتق أكثر
استعمالاً من لفظ التحرير ، فالصيغة به من الصريح قطعاً ، والتدبير أولى
منه بذلك .

بل لا يبعد صحته بغير الجملة الاسمية مثل حر رتك وأعتقتك بعد وفاتى وإن
سمعت الخلاف فيه في العتق ، ولكن ظاهر المتن حصر اللفظ الصريح بما ذكره ،
ومقتضاه عدم جواز غيره ، لأنه صريح ، بل ظاهر المسالك وكشف اللثام الإجماع
على عدم وقوعه بالكناية ، إلا أنه لا يخفى عليك ما في دعوى عدم صراحة غير ما ذكر ،
ضرورة عدم الاشكال في صراحة « حر رتك » و « أعتقتك » .

كما أنه لا يخفى عليك ما في دعوى عدم الاجتزاء بها وإن كانت صريحة ، ضرورة
اقتضاء إطلاق الأدلة خلافها ، بل لم نعرف أحداً صرح بعدم الاجتزاء بها وإن كانت
صريحة ، نعم قد سمعت ذلك في العتق ، ودعوى اتحاده مع التدبير بالنسبة إلى ذلك
ممنوعة وإن قلنا إنه قسم من العتق ، لكنه يمكن التوسعة فيه ، كما يومىء إليه

ما ستعرفه من صحته بأنت مدبّر (وبالجملّة) لا إجماع قطعاً على عدم الاجتزاء بها وإن كانت صريحة ، فإطلاق الأدلة حينئذٍ بعاليها ، نعم إن كان هناك إجماع فهو بالنسبة إلى الكناية لا إلى الصريح ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا إشكال ولا خلاف في أنه ﴿ لا عبرة باختلاف أدوات الشرط ﴾ لإطلاق الأدلة واحصول الاختلاف في المأثور منها ﴿ وكذا لا عبرة باختلاف الألفاظ التي يعبر بها عن المدبّر كقوله : هذا أوهذه أو أنت ﴾ أو هو ﴿ أو فلان ﴾ بل وغير ذلك ممّا يدلّ عليه حقيقة أو مجازاً كما سمعته في موضوع العتق . ﴿ وكذا لو قال متى مات أو أي وقت أو أي حين ﴾ أو غير ذلك .

﴿ وهو ﴾ على المشهور ﴿ ينقسم إلى مطلق كقوله : إذا مت ، وإلى مقيّد بشرط أو شروط ﴾ كقوله : إذا مت في سفرى هذا أو في مرضى هذا ، أو في سنتى هذه أو في شهرى أو في شهر كذا ﴿ أو حتف أنفى أو قتلت أو في بلد كذا أو نحو ذلك ، لإطلاق الأدلة ، وخصوص صحيح ابن حازم (١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال : إن حدث بي حدث في مرضى هذا فغلامي فلان حر » ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : يرد من وصيته ما شاء ويجيز ما شاء ، الحديث وحينئذٍ فإن مات على الصفة المزبورة عتق وإلا فلا ، خلافاً لموضع من المبسوط ، فألحق التدبير المقيّد بالمعلق على الشرط ، فحكم ببطالهما ، نظراً إلى اشتراكهما في التعليق ، واقتصاراً في مخالفة التنجيز على المتيقن من النصوص والفتاوى ، وفيه أن إطلاق أدلة التدبير كافٍ في الحكم بجوازه ، خصوصاً بعد الشهرة العظيمة ، على أنه في الخبر (٢) « رجل قال : إن حدث بي حدث في مرضى هذا فغلامي فلان حر » ، قال : يرد من وصيته ما شاء ويجيز منها ما شاء .

﴿ ولوقال : أنت مدبّر واقتصر لم ينعقد ﴾ كما عن الخلاف ، للأصل المقصّر في الخروج منه على المتيقن ، خصوصاً بعد معلومية كون التدبير قسماً من العتق الذي

قد عرفت الاجماع على عدم وقوعه بالكناية التى منها ذلك ، بل ظاهر المسالك وكشف اللثام وغيرهما الاجماع هنا أيضاً على عدم الوقوع بالكناية ، ولأنه إما عتق فلا بد فيه من صريح لفظه ، أو وصية به فلا بد من التصريح بالموصى به .

لكن قد يناقش بمنع كونه منها ، بل هو من الصريح لغة وعرفاً فيه ، بل قيل : إنه كان معروفاً في الجاهلية ، ولا ينافي كونه فرداً من مطلق العتق اختصاصه بلفظ لا يصح في المطلق نحو ما سمعته في الخلع ، لصراحته فيه دونه ، ولعلّه لذا كان خيرة الفاضل الوقوع بها ، كما عن القاضي وأبي عليّ والمبسوط ، بل في الرّياض نسبتّه إلى جمع كثير ، بل حكى عن الأولين تحقق التدبير به مع القصد وإن كان كناية ، لكنه كما ترى بناءً على تحقق الاجماع على عدم جواز التدبير بها ، هذا كله إذا اقتصر .

﴿ أما لو قال : فإذا مت فأت حرّ صح ﴾ إجماعاً بقسميه ﴿ وكان الاعتبار بالصفة لا بما تقدمها ﴾ كما هو واضح .

﴿ ولو كان المملوك لشريكين ﴾ مثلاً بالسوية أو التفاوت ﴿ فقالا ﴾ دفعة أو ترتيباً : ﴿ إذا متنا فأت حرّ ﴾ وأطلقا لفظاً ونية ﴿ انصرف قول كل واحد منهما إلى نصيبه وصح التدبير ﴾ كما عن المبسوط ، لأن اللفظ كما هو صالح لتعليق العتق على شرط فهو صالح أيضاً لتعليق نصيب كل منهما على وفاة نفسه ، فيحمل على الصحيح صوتاً لكلامه عن الهذر وترجيحاً لجانب الصحة الموافق لغرض الشارع مع إمكان حمله عليه .

وفيه - مع أنه مبنى على عدم جواز التعليق على وفاة الغير على جهة التدبير أو غيره - أن الأصل المزبور لا يغيّر ظاهر اللفظ الذي هو التعليق على وفاة الغير ، ضرورة كونه إنشاءً لا يتحقق بالنسبة إلى موت الآخر إلا بتعليقه عليه ، بخلافه على ما ذكر ، فإنه يكون إنشاءً بالنسبة إلى تعليق نصيبه على وفاة نفسه ، وإخباراً

بالحكم بالنسبة إلى الحكم بعقده أجمع على تقدير وفاته ، وحينئذ فالنتيجة بناء صحته وبطلانه على جواز تعليقه على وفاة الغير تدبيراً أو غيره وعدمه ، وقد عرفت أن التحقيق عدم جوازه مطلقاً إلا في خصوص مضمون الخبرين (١) المزبورين ، ومنه يعلم الحال في صورة العلم بكون قصدهما ذلك .

أما مع قصد تدبير كل منهما نصيبه خاصة فلا إشكال ﴿ و ﴾ لا خلاف في الصحة إن ﴿ لم يكن حينئذ معلقاً على شرط ﴾ ولا على دبر حياة غير المولى ، بل هو بمنزلة التدبير ، كل منهما نصيبه بصيغة تخصه ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ ينبغي بموتهما ﴾ دفعة ﴿ إن خرج نصيب كل واحد منهما من ثلثه ﴾ لما تسمعه من أن ذلك حكم التدبير أو أجاز الوارث ﴿ ولو خرج نصيب أحدهما ﴾ خاصة من ثلثه ﴿ تحرر وبقي نصيب الآخر ﴾ كـ ﴿ أو بمضه رقاً ﴾ على حسب ما يخرج من ثلثه إن لم يجز الوارث .

﴿ و لو مات أحدهما تحرر نصيبه من ثلثه و بقي نصيب الآخر رقاً حتى يموت ﴾ والكسب المتخلل بين الموتين مشترك بين المدبّر والمالك الحي بنسبة الملك ، كما أنه بين الورثة والمالك الحي لو أجزأه تدبيراً معلقاً على وفاته و وفاة شريكه لو فرض موت أحدهما قبل الآخر ، و كذا لو أجزأه عتقاً معلقاً على ذلك لا تدبيراً ، ضرورة عدم حصول الحرية قبل موتهما معاً ، فيبقى على الرقية وكسبه للوارث .

نعم في المسالك ليس له التصرف فيه بما يزيل الملك لا غيره كالاستخدام والاجارة ، لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك ، وفيه نظر ، نعم في جواز نقله عن الملك لو جعلناه تدبيراً نظر ممّا عرفت ، و من جواز الرجوع في التدبير ، وهذا من أفراد ، بل عن الارشاد الجزم بعدم جوازه على هذا التقدير ، ولعلّه لعدم ثبوت جواز الرجوع للوارث الذي هو غير المدبّر ، ودعوى كونه من الحقوق التي تنتقل إلى الوارث

يمكن منعها ، إذ لعلته نحو جواز الرجوع بالهبة للواهب ونحوه من الأحكام التي لا تنتقل إلى الوارث .

❖ و ❖ كيف كان ف❖ يشترط في الصيغة المذكورة شرطان : ❖

❖ الاول : ❖

❖ النية ❖ التي هي شرط في غيرها أيضاً من صيغ العقود والايقاعات من غير خلاف فيه ولا إشكال نصاً وفتوى ، بل الاجماع بقسميه عليه . ❖ فلا حكم ❖ حينئذ ❖ لعبارة الساهي ولا الغالط ولا السكران ولا المحرج الذي لا قصد له ❖ بسبب اكراهه وإلجائه إلى التديير على وجه يرتفع قصده لفظاً ومعنى أو معنى لا لفظاً على حسب ما عرفنه من المكروه في كتاب الطلاق .

❖ وفي اشتراط نية القرية تردد ❖ وخلاف ينشأ من كون التديير وصية أو عتقاً أو من التردد في اعتبارها في العتق . ❖ والوجه ❖ عند الشيخ والمصنف وجماعة ممن تبعهما ❖ أنه غير مشروط ❖ لاطلاق الأدلة ، ولما ستعرف من كونه وصية لا عتقاً ، ولا خلاف في عدم اعتبارها فيها .

لكن قد يناقش بما ستعرف من كون المراد بكونه وصية أنها بمنزلتها في جواز الرجوع والاخراج من الثلث وغير ذلك ، وإلا فلا ريب في أنه عتق لكنه غير منجز ثبتت مشروعيته ، فيشملة حينئذ ما دل (١) على أنه لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى ، وغيره من الأدلة التي سمعتها على اعتبار القرية في العتق ، مضافاً إلى الاجماع المحكي عن المرتضى على ذلك وعلى عدم جواز تديير الكافر ، بل وإلى الصحيح (٢) « إن كان على مولى العبد دين فدبره فراراً من الدين فلا تديير له ، وإن كان في صحة و سلامة منه - أي الدين كما عن جماعة - فلا سبيل للديان »

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

(٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب التديير الحديث ١ .

أي الدّين الذي حصل بعد التّديير ، بناءً على أن الوجه في فساد التّديير في الأول فقد شرطية القربة ، وإن كان فيه ما فيه ، لكن الأول كافٍ في الدلالة على الاشتراط ، ولا يعارضه الإطلاق المقيد بما سمعت ، بل قد عرفت أنه ليس إلاّ إطلاق العتق الذي قد سمعت اعتبارية القربة فيه ، بل قيل : إنه لا إطلاق هنا سوى أخبار واردة (١) في غير حكم المسألة ، ولعله لذا كان خيرة المرتضى والحلي والفاضل في ظاهر المختلف اشتراطها ، وهو الأقوى والله العالم .

﴿ الشرط الثاني : ﴾

﴿ تجريدّها عن الشرط والصفة في قول مشهور للأصحاب ﴾ بل عن ظاهر الخلاف والمبسوط والسرائر الإجماع عليه ، مضافاً إلى ما سمعته مكرراً ممّا يدل على اعتبار التنجيز في كلّ عقد وإيقاع ، ومنه الإجماع المحكي على ذلك إلاّ ما خرج ، بل قد عرفت أن التّديير قسم من العتق الذي قد عرفت اعتبار التنجيز فيه ، نعم ثبتت مشروعية التعليق فيه على وجه خاص لا يتعدى منه إلى غيره بعد حرمة القياس عندنا .

وحينئذٍ ﴿ فلو قال : إن قدم المسافر فأنت حرّ بعد وفاتي أو إذا أهلّ شهر رمضان مثلاً لم ينقصد ، وكذا لو قال : بعد وفاتي بسنة أو أشهر ﴾ أو يوم . ﴿ وكذا لو قال : إن أدّيت إليّ أو إلى ولدي كذا فأنت حرّ بعد وفاتي لم يكن تدييراً ولا كتابة ﴾ فما عن أبي عليّ من جواز تعليقه على شرط أو صفة مبني على مذهبه في القياس ، قال : « ولو جعل له العتق بعد وقت من موت سيده كان ذلك وصية بعتقه في معنى التّديير » وهو كما ترى أيضاً ، نعم لو قال : « أعتقه بعد كذا من موتي » صحّ إذ ليس حينئذٍ عتقاً ولا تدييراً معلقاً ، والمسألة بحمد الله من الواضحات وإن وسوس

نيتها صاحب المسالك لوسوسته في أصل اعتبار التنجيز في العقد والايقاع ، بل جعل قول المصنف هنا على قول مشهور مشعراً بذلك ، وليس كذلك ، فان المصنف لا إشكال عنده في اعتبار التنجيز في سائر العقود والايقاعات ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا خلاف ولا إشكال نصاً (١) و فتوى في أن المدبرة ﴿ مثلاً ﴾ ﴿ رق ﴾ بل الاجماع بقسميه عليه ، وحينئذ فـ ﴿ له و طؤها ﴾ والتصرف فيها ﴿ بوطء واستخدام وغيرهما ﴾ وإن حملت منه لم يبطل التدبير ﴿ خلافاً للشافعي فأبطله بالاستيلاء ، لكونه أقوى ، نعم تكون مستحقة للعتق بسببين مع فرض بقاء ولدها بعد موت سيدها .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو مات مولاه عتقت بوفاته من الثلث ﴾ قيل : لأنه السبب السابق ﴿ وإن عجز الثلث ﴾ عن بعضها ﴿ عتق ما بقي منها من نصيب الولد ﴾ ولو فرض عجزه عتق منها نصيبه واستسعت في الباقي كما ستعرفه في حكم أم الولد ، ففي صحيح أبي مريم (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر أبطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها فقال : أي ذلك شاء فعل » وفي خبر اسماعيل بن مرار عن يونس (٣) « في المدبر والمدبرة يباعان يبيعهما صاحبهما في حياته فإذا مات فقد عتقا ، لأن التدبير عدة وليس بشيء واجب ، فإذا مات كان المدبر من ثلثه الذي يتركه ، وفرجها حلال لمولاه الذي دبرها وللمشتري الذي اشتراها منه قبل موته ، وهو إن كان من كلام يونس كما هو الظاهر دال على معلومية الحكم في ذلك الزمان ، وإلا كان خبراً مؤكداً لما سمعته من خبر أبي مريم ، إلا أن مقتضى ماسمعه سابقاً - من تعليل إجراء حكم المدبرة أولاً بالسبق - أنه لو انعكس الأمر جرى عليها حكم أم الولد أولاً ، فتعتق من نصيب ولدها ، فان عجز فمن ثلثه ، لكن لا ينفى عليك ما فيه من الاشكال ، وربما تسمع تحقيقه

(١) الوسائل الباب - ١ و ٣ - من أبواب التدبير .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التدبير الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التدبير الحديث ٢

فيما يأتي إنشاء الله .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لمو حملت ﴾ المدبرة ﴿ بمملوك ﴾ لمولاهـ ﴿ سواء كان من عقد أو زنا أو شبهة كان مدبراً كأمه ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، نعم ربّما توهم الاشكال في الزنا مع علمها بالتحريم ، لانتفائه عنها شرعاً ، وفيه - مع أن جاب المالية والحيوانية غالب في الأمة ولذا كان ولدها من الزنا لمولاهـ دون مولى الزنا - أن الموجود في النصوص « فما ولدت فهو بمنزلتها » ولاريب في صدق أنها ولدته وإن كان من زنا .

ففي صحيح (١) يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن جارية أعتقت عن دبر من سيدها ، قال : فما ولدت فهم بمنزلتها ، وهم من ثلثه ، وإن كانوا أفضل من الثلث استسعوا في النقصان » إلى آخره ورواه الصدوق مرسل (٢) وزاد « لأن الحمل حدث بعد التدبير » .

وفي خبر أبي البختري المروي عن قرب الاسناد (٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام قال : « ما ولدت الضعيفة المعتقة عن دبر بعد التدبير فهو بمنزلتها يرقون برقها ويعتقون بعثتها ، وما ولد قبل ذلك فهو ممالك ، لا يرقون برقها ولا يعتقون بعثتها » إلى غير ذلك من النصوص (٤) الشاملة لولد الزنا وغيره التي لا يعارضها خبر علي بن جعفر (٥) المروي عن قرب الاسناد وكتاب المسائل له قال : « سألته عن رجل قال إذا مت فجاري متي فلانة حرة ، فعاش حتى ولدت الجارية أولاداً ثم مات ما حالها ؟ قال : عتقت الجارية ، وأولادها ممالك » بعد شدوذه والاعراض عنه .

(١ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب التدبير الحديث ٤ - ٥

- ٠ - ٦ .

(٢) أشار اليه في الوسائل في الباب - ٥ - من أبواب التدبير الحديث ٢ و ذكره

في الفقيه ج ٣ ص ٧١ الرقم ٢٤٦ .

و على كل حال ففي التعليل المزبور في خبر يزيد إشعار بأن سرابة التدبير للمحمل من حيث كونه نماء المدبرة الذي لأفرق فيه بين كونه من الزنا وغيره كالملك ، لا من حيث كونه ولداً لها حتى يتبع الولد الشرعي ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ من هنا ﴿ لو رجع المولى في تدبيرها لم يكن له الرجوع في تدبير ولدها ﴾ كما عن النهاية والخلاف والمبسوط والقاضي وابن حمزة والجامع والنافع ، بل في الكفاية نسبته إلى الأكثر ، بل عن الخلاف وكز العرفان عليه إجماع الفرق ، وذلك لأن الرجوع فسخ لما حصل بصيغة التدبير لا لما كان تدبيره بالنماء الذي لا يقبل الفسخ ، ولذا كان الفسخ بالخيار لا يقتضي الفسخ في النماء المتخلل ، بل يبقى للمشتري وإن ردت العين للبائع ، وإلى ذلك يرجع ما في الدروس والتنقيح وغيرهما من الفرق بين تدبير الأم الذي هو بفعل المالك فجواز له الرجوع وبين تدبير الولد الذي هو بالسراية فلا اختيار له فيه ، قال في الدروس : « ولو حملت بعد التدبير بمملوك فهو مدبر قسراً ، فلا يصح الرجوع في تدبيره وإن رجع في تدبيرها ، ونقل الشيخ فيه الإجماع ، وجوزّه الحلبيون ، لأن الفرع لا يزيد على أصله » والله العالم .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ قيل ﴾ والفاضل ابن إدريس وجماعة بل نسب إلى أكثر المتأخرين : ﴿ له الرجوع ﴾ فيه أيضاً ، لا طلاق مادل (١) على جواز الرجوع في التدبير ، ولأنه فرع تدبيرها ، فلا يزيد على أصله ، ولا طلاق التشبيه بتدبيرها ، بل قد سمعت ما في خبر أبي البختری (٢) من التصريح بأنهم يرقون برقها ويعتقون بعقها .

﴿ و ﴾ فيه - بعد تسليم شمول الإطلاق حتى إطلاق المنزلة وحتى خبر أبي البختری - أنه يجب الخروج عنه بما عرفت ، كقاعدة عدم زيادة الفرع عن الأصل

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التدبير .

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب التدبير الحديث ٥ .

لو سلم كونها قاعدة شرعية .

على أن (الأول مروي) في صحيح أبان بن تغلب (١) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبّر مملوكته ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً ثم مات زوجها و ترك أولاده منها ، فقال : أولاده منها كهيئتها ، إذا مات الذي دبّر أمّهم فهم أحرار ، قلت له : يجوز للذي دبّر أمّهم أن يردّ في تدبيره إذا احتاج ، قال : نعم ، قلت : أرايت إن ماتت أمّهم بعدما مات الزوج وبقي أولادها من الزوج الحرّ أيجوز لسيدّها أن يبيع أولادها ويرجع عليهم في التدبير ؟ قال : إنما كان له أن يرجع في تدبير أمّهم إذا احتاج ، ورضيت هي بذلك ، » .

والمناقشة فيه - يتضمنه ما لا يقول به المشهور من رقية ولد الحر ، و توقف الرجوع في تدبير الأمّ على رضاها والاحتياج ، فلا مكافئة له للعمومات حتّى يخصّها ، والذب عنه بالتقييد بصورة اشتراط رقية الولد ، وبالحمل على الاستحباب لا يدفع هذا الوهن الموجب لعدم التكافؤ ، مع عدم تمامية الذب عن الأول بما مرّ في كتاب النكاح من عدم إفادة الاشتراط الرقية ، ولا يجبر هذا الوهن الشهرة المحكية ، لكونها بالشهرة المتأخّرة معارضة ، ولا حكاية الاجماع المتقدّمة ، لأنّها بشهرة الخلاف المتأخّر بن موهونة ، مضافاً إلى نسبة الحلّي جواز الرجوع إلى مقتضى مذهب الامامية ، وفي دعوى (٢) الفرق بين تدبير الأمّ وتدبير الولد المذكورة بأن غاية على تقدير تسليمه نفي الأولوية ، وهو لا يستلزم نفي الحجية على جواز الرجعة بالكلية ، فإن العمومات لما عرفت بعد بحالها باقية - مدفوعة بأن الصحيح قد تعرض لحكم المدبرة وولدها ، وصرّح فيه باختصاص جواز الرجوع في تدبير الأمّ دون الولد ، فلا مدخلة لمفروض السؤال ، على أنك قد عرفت في كتاب النكاح صحة القول بحصول الرقية بالشرط بما لا مزيد عليه ، بل يمكن الاستدلال عليه بهذا الصحيح

(١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التدبير الحديث ١ .

(٢) عطف على الضمير في قوله : « والمناقشة فيه ، » .

أيضاً ، وتضمنه للاحتياج والرضا كما في كثير من النصوص (١) غير قادح بعد حمله على الذنب ، والشهرة المتأخرة غير محققة ، لأن المصنف والشهيد في الدروس وغيرهما ممن تأخر عنهما قالوا بعدم جواز الرجوع ، فلا توهن الشهرة المتقدمة ، فضلاً عن الإجماعين المزبورين ، وابن إدريس تخيّل انحصار الدليل في الصحيح الذي لا يعمل به على أصله ، وأن العمومات شاملة للمقام ، فقال : « إن مقتضى مذهب الإمامية جواز الرجوع » ، وقد عرفت عدم شمولها ، وعلى تقديره فهي مخصصة بما عرفت على أصولنا .

و أما المناقشة في الفرق المزبور بما سمعت فهي واضحة الضعف بعد الإحاطة بما ذكرناه .

وأما خبر أبي الخثري (٢) فهو - مع ضعفه وعدم روايته في الكتب الأربعة و كونه مطلقاً أيضاً لاحتمال إرادة رقتهم برقها إلى آخره من حيث سعة النكاح وعدمها ، فيقيّد حينئذ بما عرفت - ظاهر في التلازم بين الرجوع بالأمم والرجوع بالآؤلاد مع أن الخصم لا يقول به ، بل لانقتضيه القواعد أيضاً ، ضرورة ، حصول وصف التدبير فيهم بتدبير الأمم فلا يزول بزواله فيها من حينه وإن صرح ابن الجنيّد باقتضاء الرجوع بها الرجوع بهم ، واستجوده في المختلف ، ومن ذلك يعلم الحال في التشبيه الذي يمكن دعوى ظهوره في إرادة حصول وصف التدبير ، وحينئذ فلا محيص عن كون الأقوى عدم جواز الرجوع .

﴿ وكذا ﴾ الكلام في ﴿ المدبّر إذا أتى بولد مملوك ﴾ ملولاه لكونه من أمته مدبّرة أولاً ومن غيرها مع اشتراط الرقية ، ﴿ فهو مدبّر كأبيه ﴾ ضرورة عدم الفرق بين المدبّر والمدبّرة في جميع ما ذكرناه ، وفي صحيح يزيد بن معاوية (٣)

(١) الوسائل الباب - ١ من أبواب التدبير .

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب التدبير الحديث ٥ .

(٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب التدبير الحديث ١ .

عن أبي جعفر عليه السلام : « في رجل دبّر مملوكاً له تاجراً موسراً فاشتري المدبر جارية فمات قبل سيده ، فقال : أرى أن جميع مائرك المدبر من مال أو متاع فهو للذي دبّره ، وأرى أن أمّ ولده للذي دبّره ، وأرى أن ولده مدبرون كهيئة أبيهم ، فإذا مات الذي دبّر أباهم فهم أحرار » بل ربّما كان فيه تأييد للمختار في الجملة باعتبار عدم بطلان تدبيرهم ببطلان تدبيره بالموت .

بقي الكلام في شيء ، وهو أنه لا كلام في أن الأولاد يخرجون من الثلث أيضاً لكن مقتضى ما تسمعه فيما يأتي أن التدبير كالوصية في الخروج من الثلث ، وأن الخارج الأول فالأول ، وحينئذ يخرج الأمّ أولاً ثم الأولاد مترتبين ، ومن لم يسمه الثلث ولا بعضه يبقى رقاً ولا استسعاء ، إلا أنه قد سمعت إطلاق استسعائهم في النقصان في خبر يزيد (١) بل لعلمه ظاهر في توزيع الثلث بينهم ، فيتحرّر منهم شيء ويستسعون في الباقي ، وهو مخالف لما سمعت ، وقد تعرض لذلك المصنّف في النافع ، فأفتى بمضمون الخبر المزبور .

وفي الرّياض في شرح ذلك « لأنه من لوازم التدبير كما سيأتي » وهو كما ترى ، أللهم إلا أن يفرق بين التدبير القهري والاختياري .

وكذا الفاضل في القواعد ، قال : « ولو حملت بعد التدبير فإن خرجت هي والأولاد من الثلث عتقوا ، وإلا قسط عليهما ، فيعتق من كل واحد قدر ما يحتمله الثلث من جميعهم ، وسعى في قسطه من الزيادة ، لأنهم جميعاً بمنزلة عبد واحد لم يحتمله الثلث ، وهو صريح في أنه لا يقدم عتق الأمّ فضلاً عن غيرها من الأولاد وحينئذ فإن لم يفضل من الثلث شيء لم يعتق منها ولا من الأولاد شيء ، وإن فضل عتق منهم بالنسبة ، ولعلمه لأن النص (٢) والفتوى إنما دلت على مساواة الأولاد لها في التدبير ، لكن في كشف اللثام « ربّما يوهّم خبر يزيد وعبرة النهاية والسرائر تقديم الأمّ أولاً فتأمل جيداً » .

ولو دبّرها ثم رجع في تدبيرها فأتت بولد لستة أشهر فصاعداً من حين

رجوعه ﴿ لم يتجاوز أقصى مدة الحمل ﴾ لم يكن مدبراً لاحتمال تجدده ﴿ كما هو مقتضى أصل عدم تقدمه ، من غير فرق بين كونها فراشاً وعدمه ، لقيام احتمال الشبهة الذي لا ينافي حال المسلم ، على أن الحكم بتدبره مشروط بعلوقها به مدبرة ولم يتحقق ، والأصل بقاؤه على الملك ﴾ و ﴿ الحكم شرعاً بلحوقه به أولاً من حيث النسب لا يقتضي تحقق شرط التدبير .

نعم ﴿ لو كان ﴾ قد أتت به تماماً ﴿ لدون الستة أشهر ﴾ من حين الرجوع ﴿ كان مدبراً ﴾ بلا إشكال ﴿ لتحقيق العمل بعد التدبير ﴾ حينئذ كما لا إشكال في انتفاء تدبيره لو ولدته بعد تجاوز أقصى الحمل من حين التدبير ، كما هو واضح .

﴿ ولو دبّرهما حاملاً قيل ﴾ والقائل الاسكافي والشيخ في النهاية وابن البراج وحمزة : ﴿ إن علم بالحمل فهو مدبر ، وإلا فهو رق ، وهي رواية الوشا (١) ﴾ عن الرضا عليه السلام في الحسن أو الصحيح « سألته عن رجل دبّر جارية وهي حبلى فقال : إن كان علم بحبل الجارية فما في بطنها بمنزلتها ، وإن كان لم يعلم فما في بطنها رق » ، بل في المسالك عمل بمضمونها كثير من المتقدمين والمتأخرين ونسبوها إلى الصنعة ، والحق أنها من الحسن ، وأن صحتها إضافية ، بل في الدروس نسبته إلى المشهور ، ولعله لذا نسب القول المزبور في المفاتيح إلى الأكثر وإلا فلم تتحققه ، بل لم تتحقق ما في المسالك فضلاً عنه وعمّا في الدروس .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه و ابن إدريس وغيرهما بل المشهور : ﴿ لا يكون مدبراً ، لأنه لم يقصد التدبير ، وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده المؤيدة بموثقة عثمان بن عيسى (٢) الذي أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه عن الكاظم عليه السلام « سألته عن امرأة دبّرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة المولودة مدبرة أو غير مدبرة ؟ فقال لي : متى كان

الحمل للمدبرة ؟ أقبل أن دبّرت أو بعدما دبّرت ؟ فقلت : لست أدري ، ولكن أجبني فيهما جميعاً ، فقال إن كانت المرأة دبّرت وبها حبل ولم تذكر ماني بطنها فالجارية مدبرة والولد رق ، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير أمّه ، وما عن المبسوط من نسبته في موضع إلى رواية أصحابنا وفي آخر منه إلينا ، وما عن السرائر من نسبته إلى مقتضى مذهبنا وبما سمعته غير مرة من أن التصرف في الأمّ الحاصل ببيع أو غيره لا يقتضي ترتب أثر ذلك التصرف على الحمل الذي هو موضوع آخر ، ويصح تدبير كل منهما بدون الآخر .

ودعوى كونه جزءاً منها واضحة المنع ، بعد الإجماع هنا على عدم لحوق حكم الجزئية في صورة عدم العلم بالعمل ، خلافاً للعامة ، فعكموا بالدخول مطلقاً ، وما في المسالك وغيرها من حكاية قول بالسراية مطلقاً مع عدم نسبته إلى القائل منّا معلوم يمكن إرادة ما عند العامة به ، وأمّا القاضي منّا فقد حكي عنه في المختلف أولاً موافقة النهاية وإن كانت عبارته الملحكية فيه تقتضي الإطلاق ، لكن على كل حال خلافه لا يقدح بالإجماع .

و بذلك وغيره يظهر لك عدم مكافئة الحسنّة المزبورة للموثق من وجوه ، فلا وجه لتقييده بها ، خصوصاً بعد إمكان الجمع بينهما بما عساه ينساق إلى الذّهن من التفصيل بين حالي العلم وعدمه من إرادة تدبير الحمل مع أمّه في صورة العلم به وعدم استثنائه بخلاف حال عدمه ، بل لولا ذلك لخلّا الحكم المزبور عن السبب والحكمة ، و كونه تعبدّاً محضاً بعيد جداً .

المقصد * الثاني *

* في المباشر *

* ولا يصح التديير إلا من بالغ عاقل قاصد مختار جائز التصرف * بلا خلاف أجده في شيء من ذلك إلا في خصوص البالغ عشر سنين من الأول الذي تسمع الكلام فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى الأدلة الخاصة والعامة ، خصوصاً بعدما عرفت من كونه عتقاً فيعتبر فيه ما اعتبر فيه .

وحينئذ * فلو دبّر الصبي لم يقع تدييره * لسلب عبارته كما في غيره من أفراد العقد * و * الإيقاع نعم * روى (١) إن كان مميّزاً له عشر سنين صح * وصيته وعتقه ، و * تدييره * لا يخلو من أحدهما ، بل عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه ، لكن قد عرفت الحال فيها بالنسبة إلى العتق ، مضافاً إلى عدم انسياق ما يشمل التديير من العتق فيها ، أما الوصية فقد تقدم في كتاب الوصية جوازها منه بالمعروف ، لكن التديير ليس وصية قطعاً ، وإنما هو بمنزلتها في الخروج من الثلث و نحوه ، لافي الاندراج في مفهومها بحيث يشمل لفظ « من أوصى » ولا عموم منزلة يوثق به على وجه يتناول ذلك . و من هنا جزم المصنّف بصحة وصيته و تردّد في عتقه للرواية (٢) وجزم بعدم صحّة التديير .

فما في المسالك - « من إشكاله بأنه لا وجه للجزم بعدم هنا مع أن التديير راجع إليهما قال : « وكذلك صنع العلامة في الارشاد في الوصية والتديير ، ورجوعه

إلى الرجوع أدلى من تكلف الفرق بما لا يبعدى « - لا يخلو من نظر ، ضرورة كون الوجه ما عرفت . ولذا يستسمع قول المصنّف : « إنه بصفة الوصية يجوز فيه الرجوع » وهو كالصريح في عدم اندراجهِ في مفهومها ، بل وعدم عموم تنزيله منزلتها ، نعم هو من أفراد العتق الذي تردّد فيه ، ولعلّ قوله : « وروى » مشعر بترددٍ فيه في الجملة أيضاً إلاّ أنه لما كان سلب عبارته معلوماً اقتصر في الخروج فيها على المتيقن المنساق ، وهو العتق المنجز .

وبذلك اتضح الوجه في شهرة الأصحاب على جواز وصيته وعدم جواز تديبيره ، وعلى أن التديبير وصيّة أي كالوصية في بعض أحكامه ، وأنه ليس ذلك منهم رجوعاً ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كلّ حال ﴿ لا يصح ﴾ تديبير المجنون ولا المكره ولا السكران ولا الساهي ﴿ ولا الغالط ولا غيرهم ممن قد عرفت سابقاً عدم الصحة فيهم ، لا اعتبار القصد المفروض عدمه فيهم ، بل كان الشرط المتقدم سابقاً مغنياً عن ذلك .

ولامن المحجور عليه لسفه خلافاً لما عن الشيخ من جوازه في الأخير ، لكونه تصرفاً بعد الموت الذي يرتفع معه حكم السفه ، بل عن التحرير أنه استشكله ، لكنه كما ترى ، وإلاّ لصحّ وصية السفه بثلثه ، وهو معلوم البطلان ، على أن التديبير عتق منه حال سفهه وإن تأخر أثره إلى ما بعد الوفاة ، كما هو واضح . وأما الفلاس فستسمع الكلام فيه فيما يأتي إنشاء الله تعالى .

﴿ وهل يصح ﴾ التديبير من الكافر ؟ ألا شبه ﴿ عند المصنّف ومن تبعه ﴾ نعم حريباً كان أو ذمياً ﴿ لاطلاق الأدلة ، و كونه بمنزلة الوصية التي لا يعتبر فيها النية .

بل في المسالك « بنى الخلاف على أن التديبير وصية أو عتق ، فعلى الأول يصحّ من الكافر مطلقاً ، لعدم اشتراط نية القربة ، وعلى الثاني يبني على اشتراطها

في العتق وعدمه ، وعلى أن المراد بها قصد التقرب سواء حصل أم لا ، فعلى الأول لا يصح تدبير الكافر مطلقاً ، وهو خيرة ابن إدريس مصرحاً بأنه عتق ، وعلى الثاني يصح ، وعلى الثالث يصح ممّن أقر بالله تعالى كالكتابي دون غيره - إلى أن قال :- والأصح صحة التدبير فيه مطلقاً .

ولا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما قدمناه هنا وفي الكفارة وفي العتق ، ومقتضاه عدم جوازه من الكافر مطلقاً ، لأنه قسم من العتق الذي قد عرفت اشتراط القرابة فيه الممتنع وقوعها من الكافر بل ومن المخالف ، فلا صحة لشيء من عباداتهم قطعاً ، كما حررناه غير مرة ، فلاحظ وتأمل . وعلى كل حال فلا مدخلة للحربي والذمي في الحكم المزبور ، خصوصاً بعد شمول الحربي للكتابي الذي لا يلتزم أحكام الذمة ، والله العالم .

﴿ ولو دبّر المسلم فارتد لم يبطل تدبيره ﴾ بخلاف أجده فيه ، للأصل وعدم خروج ماله عن ملكه بارتداده . ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو مات في حال رده عتق المدبّر ﴾ من ثلثه ، لإطلاق الأدلة ﴿ هذا إذا كان ارتداده لاعتق فطرة ﴾ .

﴿ و لو كان عن فطرة لم ينعتق المدبّر بوفاء المولى لخروج ملكه عنه ﴾ بالارتداد عنها ، فلم يحصل شرط الصحة الذي هو الاستمرار على الملك إلى الموت حتى يعتق عنه ، لأنه لا عتق إلا في ملك . ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه تردّد ﴾ من ذلك ومما في المسالك وغيرها من سبق حق المدبّر على حق الوارث ، فلا يمتثل إليه خصوصاً عند من منع من بيع المدبّر ، فإذا مات السيد انعتق ثلثه لا غير ، إذ لا مال له سواء ، ثم قال : « وهل يجعل للوارث الثلثان ؟ يحتمله ، لعدم فائدة في حبسه عنهم إن لم نقل بقبول توبته ، وإلا فالفائدة محتملة بتجدد مال آخر له على تقدير التوبة » وفي المبسوط أطلق القول ببقاء التدبير مع الارتداد ، والأشهر التفصيل وإن كان ما ذكره الشيخ متجهاً لأمر نذكره في أحكام المرتد إنشاء الله ،

وربما قيل بانعتاقه بالارتداد عن فطرة تنزيلاً له منزلة الموت ، و هو بعيد .

قلت : لعل جعل ذلك وجهاً للتردد أولى من الأول المنافي للنص (١) والاجماع على زوال ملكه عنه بالارتداد وإن قلنا بقبول توبته ، والفرض أنه مال قابل للانتقال ، بل بقاؤه أو الثلث منه ملكاً له مستلزم لملك الكسب الحاصل منه ، ولغير ذلك ممّا لا يلتزم ، وسبق حق التدينير بعد فرض انتفاء شرط الصحة قبل الموت غير مجدي ، ودعوى منع الشرط المزبور - فينتقل إلى الوارث ، لعدم اشتراط العتق عنه بملكيته ، كما سمعته في « أعتق عبدي عنك » - منافية لما هو كالمسلم عندهم ، بل ظاهرهم المفروغية عنه وإن تقدم في كتاب البيع احتمال صحة بيعه مدبراً نحو بيعه جانباً ، إلا أن كلامهم صريح في خلافه ، كما هو واضح . ولم ندر الأمر الذي يذكروه في حكم المرتد بحيث يقتضي بقاء صحة تدينيره ، والله العالم .

﴿ ولو ارتد لأعن فطرة ثم دبّر صح ﴾ بناءً على عدم اعتبار القرية فيه ، لاطلاق الأدلة وعدم خروج ماله عن ملكه بالارتداد المزبور ، لكن مع ذلك قال المصنّف ﴿ على تردد ﴾ ولا وجه له بعد الجزم بصحته من الكافر المبني على عدم اشتراط القرية ، و من هنا جزم بالصحة في القواعد على تقدير عدم الاشتراط ، إلا أنه قال : فإن تاب نفذ وإلا فلا . و ظاهره أن الصحة مراعاة بذلك ، و في كشف اللثام تبعاً للدروس و للصيمري تعليل عدم النفوذ مع عدم التوبة بالحجر و إن كان لم يتضح لنا إلا أن الوجه في شيء من ذلك ، لكن سهّل الخطب عندنا عدم صحته عندنا ، لما عرفت من اشتراط نية القرية فيه ، وهي متعذرة من الكافر من غير فرق بين المرتد وغيره ، ولعل وجه التردد حينئذ ذلك ، على معنى أنه يصح جزماً لعدم ثبوت الحجر عليه ، و يحتمل الصحة مراعاة أو على معنى أنه يصح ، ولكن قد تردد فيها لكونه محجوراً عليه كالفقيه على وجه لا يصح التصرف منه و إن لحقته التوبة التي تفك

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المرتد الحديث ٢ و ٣ و ٧ من

كتاب الحدود .

الحجر عنه حين حصولها لا فيما تقدم ، بل حكى في شرح ترددات الكتاب عن المبسوط الحكم بالبطلان للحجر ، والله العالم .

﴿ ولو كان ﴾ ارتداده ﴿ عن فطرة ﴾ ثم دبر ﴿ لم يصح ﴾ لخروج المال عن ملكه بارتداده ، ولاشترائط نية القربة فيه ﴿ و ﴾ لكن ﴿ أطلق الشيخ ﴾ في المحكي عن المبسوط ﴿ الجواز ، و فيه إشكال ينشأ من زوال ملك المرتد عن فطرة ﴾ نعم لو فرض تجدد ملك له بعد الردة وقلنا بأنه يملك معها وإن زال الأول صح إطلاقه حينئذ بناءً على عدم اشتراط نية التقرب لكن ذلك كله شك في شك . والتحقيق عدم الصحة من المرتد مطلقاً لما عرفت .

و في المسالك « إطلاق الشيخ الجواز يدل على منع انتقال المال عنه ، و هو قول ابن الجنيدي ، و لم يفرق بين الملى و الفطري ، واستفادة الفرق بينهما وإثبات الأحكام المشهورة من النصوص مشكل ، وسيأتي البحث فيه ، قلت : لا إشكال فيه كما حررناه في محله .

و لو ارتد المملوك لم يبطل تدييره بلاخلاف كما عن الخلاف ، للأصل إلا أنه قيده بالارتداد الذي يستتاب فيه ، و تبعه القاضي ، و لعله لبطلان تديير غيره كما أنه يبطل تديير الأول لو التحق بدار الحرب عندنا كما عن المبسوط ، لأنه إباق و زيادة ، خلافاً للشافعي . ولو مات قبل التحاقه عتق ، والله العالم .

﴿ ولودبر الكافر كافراً فأسلم بيع عليه سواء رجع في تدييره أو لم يرجع ﴾ لأنه على كل حال باق على ملكه ، و مستحق لاستخدامه ، فهو سبيل له عليه ، وعلو منه عليه ، و قد تقدم في كتاب التجارة (١) أن مثله يباع على ماله قهراً ، فما عن ابن البراج - من أنه يتخير بين الرجوع في التديير ، فيباع عليه و بين الحيلولة بينه وبينه و كسبه للمولى ، و بين استسعائه ، و حينئذ فينشق عليه من كسبه فان فضل منه شيء فهو للمولى - لم أقف له على دليل .

﴿ و ﴾ على كل حال ف﴿ لو مات ﴾ السيّد ﴿ قبل بيعه ﴾ عليه ﴿ وقبل الرجوع في التدبير تحرر من ثلثه ﴾ للإطلاق ﴿ و لو عجز الثلث تحرر ما يحتمله ، وكان الباقي للوارث ، فان كان مسلماً استقر ملكه و إن كان كافراً بيع عليه ﴾ بلا إشكال في شيء من ذلك ﴿ و يصح تدبير الأخرس ﴾ عندنا ﴿ بالإشارة ﴾ المفهومة القائمة مقام اللفظ كباقي تصرفاته . ﴿ وكذا رجوعه ﴾ الذي هو منها من غير فرق بين الذاتي منه والعرضي .

﴿ ولو دبر صحيحاً ثم خرس و رجع بالإشارة المعلومة صح ﴾ لا تعاد المدرك في الجميع ، هذا و في المسالك نبّه بقوله : « وكذا رجوعه على خلاف بعض العامة ، حيث منع من رجوعه بالإشارة و إن جوز تدبيره بها بناءً على أن الرجوع لا يصح عنده بالقول بل بالفعل ، و غاية إشارته أن تقوم مقام القول ، فلا يزيد الفرع على أصله ، قلت : هو ليس حينئذ خلافاً فيما نحن فيه ، و الأمر سهل ، والله العالم .

المقصد * الثالث *

* فى الاحكام *

* و هى مسائل :

* الاولى :

* التديبير بصفة الوصية * فى الرجوع وفى الخروج من الثلث وغيرهما من الأحكام التى ستعرفها ، لا أنه وصية حقيقة وفقاً للمحكمى عن المقنع والمقنعة والخلاف والنهاية و السرائر والغنية والوسيلة والجامع وغيرها ، اصحة الساب ، ولخروجه عن المعروف فى تعريفها الذى مرّ فى محله ، ولعدم الاحتياج فى تحريره إلى صيغة أخرى ، إذ لم يثبت مشروعية إنشاء التحرير بها ، كما ثبت إنشاء التمليك بها ، ولقول الصادق عليه السلام فى صحيح هشام (١) « هو مملوكه بمنزلة الوصية » وفى صحيح معاوية بن عمار (٢) « هو بمنزلة الوصية يرجع فيما شاء منها » وفى خبر أبى بصير (٣) « المدبّر مملوك ، و لمولاه أن يرجع فى تديبره - إلى أن قال - و هو من الثلث إنما هو بمنزلة رجل أوصى بوصية ثم بدا له بعد فقيرها من قبل موته » .

ولا ينافى ذلك الموثق (٤) عنه عليه السلام « سألته عن المدبّر أهو من الثلث ؟ قال : نعم ،

(١ و ٢) الوسائل الباب - ١٩ - من كتاب الوصايا الحديث ٣ - ٤ .

(٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب التديبير الحديث ٣ .

(٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التديبير الحديث ٢ .

وللموصى أن يرجع في وصيته في صحة أو مرض ، ضرورة إمكان ترتب ذلك على كونه بمنزلتها ، كما هو واضح .

بل هو نحو صحيح محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام « المدبر من الثلث ، وللرجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحة أو مرض ، بل يمكن إرجاع ما في النافع ومحكمي المبسوط من أن التدبير وصية إلى إرادة ما عند المشهور من كونه كالوصية ، خصوصاً بعد قوله في الأول متصلاً : « يرجع فيه المولى إن شاء ، المشعر بكونه كالوصية في ذلك ، و خصوصاً بعد ما حكى من ظهور الاجماع في المبسوط على ذلك ، إذ قد عرفت أن الاجماع لظن كونه بصفتها لأنه منها حقيقة ، إذ لم نعر على من سبقه إلى ذلك ، وجواز الرجوع فيه وخروجه من الثلث لا يقتضي كونه منها حقيقة ، وإنما هما الوجه في تنزيله منزلتها وتشبيهه بها .

إنما الكلام في إطلاق تنزيله منزلتها على وجه يرجع إليه في غير ما نص عليه من أحكامها ، واختصاصه بما ورد منها دون غيره ، فيبقى على ما تقتضيه الأصول والقواعد في العتق المعلق ، وجهان أقواهما الثاني كما اعترف به في المسالك ، لعدم إطلاق يوثق بأرادة حكم الإطلاق منه في النصوص بل والفتاوى .

و من ذلك يظهر لك النظر فيما في الرياض من أن « ثمرة الخلاف هيئته ، لعدم ظهورها إلا في النذر وما شاكله ، فيتحقق الامتنال بالتدبير لو التزم وصية على ما في العبارة والموقف (٢) وعلى المختار لا بد من وصية أخرى » .

بل هو من غرائب الكلام ، خصوصاً بعد قوله في المسالك بعد ذكره القول بأنه عتق مشروط أو وصية « وهما أصل كثير في تفريع مسائل الباب ، و خصوصاً بعد ما سمعت من ابتناء جملة من الفروع عليه ، بل يكفي في الثمرة أنه يعتبر فيه ما يعتبر في العتق من القربة و الصيغة الخاصة ونحوها ، بناءً على أنه منه حقيقة

وإن كان كالوصية في الرجوع والخروج من الثلث ونحوهما من الأحكام، إذ لا يعتبر فيه شيء من ذلك، بناءً على أنه من الوصية حقيقة، ضرورة عدم تناول أدلة العتق له.

وأغرب من ذلك قوله فيه أيضاً: «وبالجملة الأقوال في المسألة ثلاثة أحدها أنه وصية كما في العبارة، وثانيها عتق معلق، وثالثها إيقاع مستقل لكنه بمنزلة الوصية في الأحكام من نفوذه من الثلث وجواز الرجوع فيه، وعليه كما عرفت أكثر الطائفة» إذ مقتضاه عدم جريان الأحكام المزبورة على القول الثاني، مع أنه لم يعرف خلاف في جريانها عليه على كل حال، كما اعترف به في كشف اللثام، بل لم نعتز على قائل صريحاً بما نسبته إلى أكثر الطائفة.

نعم في موضع من المسالك بعد أن ذكر القولين الأولين قال: «ولو قيل بأن التفسير إيقاع برأسه وإن شابه العتق المعلق بوجه والوصية بوجه كان حسناً وفيه جمع بين الأدلة وسلامة من تناقض الأحكام المترتبة عليه غالباً» وهو كالصريح في عدم قائل بذلك، ولعله لصدق العتق المعلق عليه لغة وشرعاً وعرفاً.

لكن قال أيضاً في موضع آخر منها: «والتحقيق أنه بمنزلة الوصية لا عينها كما ذكره هنا، لأنه لو كان وصية محضة لافتقر في عتقه إلى صيغة بعد الموت، ولا يلزم من كونه بمنزلتها مساواتها في جميع الأحكام، بل المراد أنه بمنزلتها في الأحكام المسؤول عنها في الروايات، وهو كونه من الثلث ويجوز الرجوع فيه ونحو ذلك، وليس بعتق معلق أيضاً، كما قال ابن إدريس وغيره، وإلا لما صح الرجوع فيه، فكونه متردداً بينهما في بعض الأحكام ومستقلاً بنفسه - ومن ثم وقع بصيغته الخاصة الخارجة عن الأمرين - أظهر».

و فيه أن اختلاف الأحكام لا مدخلية له في مهية الشيء وحقيقته، وحينئذ فمراد القائل بكونه بصفة الوصية وليس منها حقيقة وهو الأكثر أنه عتق معلق بصفته في جواز الرجوع والخروج من الثلث ونحوهما من الأحكام التي لا تقتضي كونه إيقاعاً مستقلاً كما هو واضح.

و كيف كان فلا خلاف بيننا نصاً و فتوى في أنه ﴿يجوز الرجوع فيه﴾ بل
الاجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منهما مستفيض إن لم يكن متواتراً ، ولا فرق
فيه عندنا بين أن يكون ﴿قولاً﴾ كقوله : رجعت في هذا التدبير ﴿أو نقضته أو
فسخته أو نحو ذلك﴾ و فعلاً ﴿يدل على قصد الرجوع﴾ كأن يهب ﴿و إن
لم يقبض﴾ أو يعتق أو يقف ﴿و إن لم يقبض﴾ أو يوصي ﴿به خلافاً للشافعي في
أحد قوليه﴾ سواء كان ﴿التدبير﴾ مطلقاً ﴿بأن علقه على مطلق الموت﴾ أو
مقيداً ﴿بالموت في سفره أو مرضه ، خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة ، فخص الجواز
بالثاني .

﴿و كذا لو باعه بطل تدبيره﴾ و إن لم يقصد به الرجوع ، لاقتضاء البيع
خروجه عن ملكه المنافي لبقاء تدبيره .

﴿و قيل : إن رجع في تدبيره ثم باع صح بيع رقبته ، و كذا إن قصد بيعه
الرجوع و إن لم يقصد مضي البيع في خدمته دون رقبته و تحرر بموت مولاه ،﴾
وظاهره اختصاص الخلاف في البيع إذا لم يقع رجوع قبله و لم يقصد به الرجوع .

و نحوه الفاضل في القواعد و إن لم يذكر القيد الثاني ، قال فيها : « و يجوز
الرجوع في التدبير قولاً أو فعلاً ، فلو وهب و إن لم يقبض أو أعتق أو وقف أو أوصى
به أو باعه على رأي أو رهنه بطل التدبير ، مطلقاً كان أو مقيداً ، و صح العقد و إن
لم يرجع في التدبير ، و سواء قصد بيعه الرجوع أولاً ، و هل يبطل التدبير بالعقود
الفاصلة ؟ الأقرب ذلك إن لم يعلم فسادها أو قصد الرجوع ، و قيل : لا يبطل التدبير
بالبيع إذا لم يرجع فيه ، بل يمضي البيع في خدمته دون رقبته » .

و في التنقيح « لا خلاف أنه مع تقدم الرجوع القولي أو التصريح بقصد الرجوع
بيعه أنه يبطل التدبير ، و مع عدم الأمرين إن صرح ببيع رقبته أو هبتها كذلك
و إن صرح ببيع منافعه أو هبتها لم يكن رجوعاً ، و تحرر بموت سيده أما مع
الاطلاق فأكثر الأصحاب قالوا بانصراف البيع و الهبة إلى منافعه ، و أنه لا يبطل

بذلك وقال الحلبيون ببطالان التدبير وصحة البيع .

و قال في الدروس : « صريح الرجوع رجعت في تدبيره أو نقضت أو أبطلت أو شبهه دون إنكار التدبير ، أما لو باعه أو وهبه ولمّا ينقض تدبيره فأكثر القدماء على أنه لا ينقض التدبير ، فقال الحسن يبيع خدمته أو يشترط عتقه على المشتري فيكون الولاء له ، وقال الصدوق : لا يصح بيعه إلا أن يشترط على المشتري إعاقته عند موته ، و قال ابن الجنيد : تباع خدمته مدة حياة السيد ، و قال المفيد : إذا باعه ومات تحرر ولا سبيل للمشتري عليه ، وقال الشيخ في النهاية : لا يجوز بيعه قبل نقض تدبيره إلا أن يعلم المشتري بأن البيع للخدمة ، وتبعه جماعة والحليون إلا الشيخ يحيى على بطلان التدبير بمجرد البيع ، إلى آخره إلى غير ذلك من كلماتهم المذكورة في تحرير محل النزاع ، لكن ما وصل إلينا من كلمات القدماء غير منطبق على ذلك ، وإنما هو في بيع خدمة المدبر إذا أراد بيعه مدبراً .

قال في النهاية : « التدبير بمنزلة الوصية يجوز للمدبر نقضه مادام فيه الروح ، فإن نقضه جاز له بعد ذلك بيعه وهبته والتصرف فيه بجميع أنواع التصرف ، ومتى لم ينقض التدبير وأمضاه على حاله ثم مات المدبر كان المدبر حراً من الثلث ، فإن نقص عنه اعتق وإن زاد عليه استسعى في الباقي ، ومتى أراد المدبر بيعه من غير أن ينقض تدبيره لم يجز له إلا أن يعلم المبتاع أنه يبيعه خدمته ، وأنه متى مات هو كان حراً لا سبيل عليه ، وهو كالصريح في جواز بيع خدمة المدبر لأنه إذا أطلق البيع انصرف إليها ، ونحوه ما في محكمي المذهب والكمال .

قال في الأول : « يجوز لسيد المدبر أن يبيع خدمته إذا ثبت على تدبيره ، ولم يرجع عنه ، فيشتريه المشتري كذلك ، فيخدمه أيام حياة الذي دبّره ، فإذا مات عتق من الثلث » .

و قال في الثاني : « من دبّر مملوكاً و أراد بيعه لم يجز له ذلك إلا أن ينقض تدبيره أو يعلم المشتري أنه يبيعه خدمته ، وأنه متى مات هو كان حراً لا

سبيل له عليه .

وكذا المحكمي عن أبي الصلاح قال : « يجوز بيعه في حال تدبيره ، فإذا مات مدبره تحرر على مبتاعه ، فإن كان عالماً بتدبيره حال ابتياعه وإلى أن مات مدبره فلا شيء له ، وإن لم يعلم رجع إلى التركة بما نقد فيه ، وإن كان باعه بعد مارجع في تدبيره لم يتحرر بموت مدبره » .

وأما ابن حمزة فلم يتعرض لهذه المسألة ، وإنما اقتصر على بيان عدم جواز رجوعه بنفس التصرف ، قال : « وليس له التصرف فيه بالبيع والشراء والهبة وغير ذلك رجوعاً وإذا أراد ذلك رجع ثم باع أو فعل ما شاء » .

وأما ابن أبي عقيل فظاھر عدم جواز بيع المدبر إلا مع اشتراط عتقه على المشتري ، وأنه يجوز بيع خدمته قال : « ليس للمدبر أن يبيع المدبر إلا أن يشترط على المشتري عتقه ، وإذا أعتقه المشتري فالولاء لمن أعتق ، وله أن يبيع خدمته ، فإذا مات المدبر فالمدبر حر » .

وكذلك الصدوق لكن لم يتعرض لبيع خدمته قال : « وإذا أعتق الرجل غلامه أو جاريته على دبر منه ثم يحتاج إلى ثمنه فليس له أن يبيعه إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته » وهو كما ترى لا تعرض في كلامهما لانصراف البيع عند الإطلاق إلى الخدمة كما سمعته في تحرير محل النزاع .

وكذلك ابن الجنيد على ما حكى من عبارته في المختلف قال : « عن أمير المؤمنين عليه السلام (١) إن رسول الله ﷺ باع خدمة المدبر ، ولم يبع رقبته ، ولا بأس عندنا ببيع رقبة المتطوع بتدبيره إذا احتاج السيد إلى ثمنه ، لحديث جابر (٢) فأما المدبر عن نذر قد كان مانذر فيه ووجب على السيد تدبيره فلا يجوز

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التدبير الحديث ٤ .

(٢) المستدرک الباب - ١ - من أبواب التدبير الحديث ٧ وسنن البيهقي ج ١٠

بيع رقبته ، وإلّا يباع من هذا خدمته مدة حياة سيّده ، والأحوط أن يباع ذلك منه بمكاتبه أو غيرها ، ولا اختار بيع المتطوع بتدييره وخدمته الواجب تدييره في دين أو غيره إلّا إذا لم يف ملك السيّد بدينه ، ولم يكن به غنى عن بيعه ولو باع خدمة مدبرة من نفسه لم يسقط ما وافقه عليه بموت السيّد ، فإن كان مال حال وجب عند موته وإن كان منجماً كان للورثة على نجومه ، كالمكاتبه ، إذ هو كما ترى صريح في خلاف ماسمعه من تحرير النزاع .

نعم ظاهر عبارة المقنعة جواز بيع المدبّر على وجه يكون ملكاً للمشتري ، إلّا أن يموت المدبّر ، قال : « ولما لك العبد أن يبيعه بعد التديير له ، غير أنه متى مات البائع صار حراً لا سبيل للذي ابتاعه عليه » ويمكن أن يريد بيع الخدمة ويكون كلام الشيخ ره كالتفسير له ، لاستبعاد إرادة بيع الرقبة على الوجه المزبور وإن ذكر الفاضل نحوه في تأويل كلام القائلين ببيع الخدمة ، وقال : « إنه كبيع العبد المشترط حرّيته » إلّا أنه كما ترى .

و كأنه أخذه مما في معكمي المبسوط من أنه « روى أصحابنا (١) أن التديير باق ، إذا مات السيّد يعتق في ملك المشتري ، وينبغي أن يبيعه بهذا الشرط ، ومتى عاد إليه ملكه بغير ذلك فهل يعود حكم التديير ؟ قال قوم : يعود تدييره ، وإن كان لم ينقض تدييره فالتديير باق ، لأن عندنا يصح بيع خدمته دون رقبته مدة حياته » وهو صريح في انتفاضه بالبيع ، خصوصاً بعد قوله قبل ذلك : « لو جنى المدبّر فإن اختار سيّده تسليمه للبيع فإن استغرق الأرض قيمته بيع فيها وبطل التديير ، وإن كان الأرض لا يستغرق قيمته ولم يمكن بيع بعضه بيع كله ، والفضل لسيّده ، وإن بيع بعضه كان الباقي مدبراً ، وكل موضع زال ملكه عنه زال التديير » .

(١) المبسوط ج ٦ ص ١٧٢ و لفظه هكذا « روى أصحابنا أن التديير باق و اذا

مات السيد » .

و نحوه ما عن الخلاف « أن بيع المدبر وهبته و وقفه ناقض للتدبير ، و لو وهبه كانت الهبة رجوعاً في التدبير سواء أقبضه أولاً ، و كذا لو أوصى به ، ثم قال في الخلاف أيضاً : « إذا دبّر عبداً ثم أراد بيعه والتصرف فيه كان له ذلك إذا نقض ، فإن لم ينقض تدبيره لم يجز بيع رقبته ، و إنما يجوز له بيع خدمته مدة حياته ، وبالجملة إنما كلامهم أو أكثرهم في مشروعية بيع خدمة المدبر إذا لم يرد نقض تدبيره ، لا في انصراف البيع إليها .

و السبب في ذلك بعض النصوص الدالة على ذلك ، كخبر السكوني (١) عن جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام « باع رسول الله ﷺ خدمة المدبر ولم يبع رقبته ، و خبر علي (٢) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جارية له عن دبر في حال حياته ، قال : إن أراد بيعها باع خدمتها في حياته ، فإذا مات اعتقت الجارية ، و هما مع ضعفهما و موافقتهما للمعكم عن بعض العامة محتملان لإرادة مطلق النقل من البيع كالصلح أو الاجارة مدة معينة فمدة و هكذا وغيرهما لا البيع حقيقة ، ضرورة معلومية كون مورده الأعيان لا المنافع ، خصوصاً مع جهالتها ، و دعوى اختصاص الموضع المزبور بذلك كما سمعته من الدروس بعيدة ، لقصور الخبرين المزبورين عن إثبات ذلك .

و كذا الكلام في خبر أبي مريم (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر أبطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته ؟ فقال : نعم أي ذلك شاء فعل ، و أبعد منه حملهما على إرادة بيع الرقبة إلى أن يموت البائع ، فينعتق عليه بمعنى ملكية متزلزلة إلى الموت ، كما سمعته من الفاضل و فرّع عليها فروعاً .

و أما ما سمعته من الصدوق وابن أبي عقيل فيدل عليه صحيح ابن مسلم (٤) عن أحدهما عليه السلام « في رجل يعتق غلامه أو جاريته في دبر منه ثم يحتاج إلى

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التدبير الحديث ٤ - ٣ - ١ .

(٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التدبير الحديث ٦ .

ثمنه أبيعته؟ فقال: لا، إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته، ونحوه صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام الذي ينبغي حملهما على ضرب من الكراهة، كخبر وهب (٢) عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: «إن علياً عليه السلام قال: لا يباع المدبر إلا من نفسه، الموافق للمعنى عن بعض العامة.

وكذا ما دل على تقييد البيع بالاحتياح أو رضا المملوك كصحيح ابن مسلم (٣) «قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل دبّر مملوكه ثم يحتاج إلى الثمن قال: إذا احتاج إلى الثمن فهو له، يبيع إن شاء وإن شاء أعتق، فذلك من الثلث، وموثق إسحاق بن عمار (٤) «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يعتق مملوكه عن دبر ثم يحتاج إلى ثمنه، قال: يبيعه، قلت: فإن كان عن ثمنه غنياً قال: إن رضى المملوك فلا بأس، وصحيح جميل (٥) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبر أبيع قال: إن احتاج صاحبه إلى ثمنه، وقال: إذا رضى المملوك فلا بأس، وخبر أبي بصير (٦) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد والأمة يعتقان عن دبر، قال: لمولاه أن يكاتبه إن شاء وليس له أن يبيعه إلا أن يشاء العبد أن يبيعه قدر حياته، وله أن يأخذ ماله إن كان له مال، لعدم قائل بمضمونها حتى من القائلين ببيع الخدمة.

وعلى كل حال فلا ينكر دلالة هذه النصوص أجمع على نافية بيع المدبر لتدبيره.

مضافاً إلى صحيح ابن مسلم (٧) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبّر

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التدبير الحديث ٦ والتهذيب ج ٨ ص ٢٦٣ الرقم ٩٦٠ والاستبصار ج ٤ ص ٢٨ الرقم ٩٦.

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب التدبير الحديث ٢.

(٣) (٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التدبير الحديث ٧-٤ - ٥.

(٦) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التدبير الحديث ٢.

(٧) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التدبير الحديث ١.

مملوكاً ثم احتاج إلى ثمنه ، فقال : هو مملوكه إن شاء باعه وإن شاء أعتقه وإن شاء أمسكه حتى يموت ، فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه ، وخبر أبي بصير (١) عن أبي عبد الله عليه السلام المدبر مملوك ، ولمولاه أن يرجع في تدبيره إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أمهره ، مضافاً إلى غيرهما من النصوص بل لا ينكر ظهورهما خصوصاً الأخير منهما في حصول الرجوع بالبيع إذا قصد ، خلافاً لما سمعته من ابن حمزة .

فتمحصل من جميع ما ذكرناه أنه لا إشكال في بطلان تدبيره برجوعه عنه ، فله بيعه وغيره ، وكذا لو قصد بيعه الرجوع به ، بل وكذا لو أطلق بيعه غير مستحضر لذلك أو لتدبيره ، لاقتضاء البيع نقل رقبته ، وهو مقتضى لا بطلان تدبيره . نعم لو صرح ببيع خدمته مع إرادة بقاء تدبيره أو ببيع رقبته كذلك ففيه البحث السابق الذي قد عرفت فيه أن الأصح عدم جوازه ، وكذا لو أطلق البيع مريداً ذلك من غير إعلام المشتري ، والكلام مع القدماء في مشروعية ذلك ، ولو حمل كلامهم على نحو ما سمعته منّا في حمل النصوص ارتفع النزاع من البين ، وخلت المسألة عن الأشكال . ومما ذكرنا يظهر لك النظر في جملة من الكلمات ، والله العالم بحقيقة الحال .

﴿ ولو أنكر المولى تدبيره ﴾ على وجه لم يقصد الرجوع به ﴿ لم يكن رجوعاً ﴾ لغة ولا شرعاً ولا عرفاً ، ضرورة تمايز إنشاء الرجوع بالشئ وإنكار أصل إيقاعه ، خصوصاً إذا كان مع النسيان مثلاً ، فما عن بعضهم - من أنه يكون رجوعاً لاستلزامه رفعه في سائر الأزمان ، فكان أبلغ من الرجوع المقتضى لرفعه في الزمن المستقبل خاصة - واضح الفساد وكذا الكلام في سائر ما كان عنوان إبطاله الرجوع ونحوه من وكالة أو وصية ونحوهما ، عدا الطلاق الذي قد ورد النص (٢)

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التدبير الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .

الصحيح فيه بكونه رجوعاً ، وقد عرفت تحقيقه فيما تقدم .

﴿ و ﴾ كذا الكلام فيما ﴿ لو ادعى المملوك التديير وأنكر المولى فحلف ﴾
إذ الحلف لم يفد الرجوع ، وإنما يؤكّد الانكار ، ويقتضى ارتفاعه ظاهراً وحينئذ ﴿ لم
يبطل التديير في نفس الأمر ﴾ فلو مات السيد على الحال المزبور بحيث لم يحصل
منه ما يدل على الرجوع انعتق المملوك فيما بينه وبين الله تعالى شأنه .

و قد تظهر الفائدة ظاهراً لو اعترف المولى بعد الحلف بكذبه فيه ، فإن
جعلنا الانكار رجوعاً لم يعد باعترافه وإلا بقي بحاله ، فيثبت ظاهراً أيضاً حيث
يعترف به ، بل في المسالك وقد تظهر فائدته أيضاً لو كان الحلف لعدم البيّنة ثم
وجدت بعد ذلك ، وهو مبني على سماع البيّنة بعد اليمين ، وقد حققنا ذلك في كتاب
القضاء ، والله العالم .

المسألة الثانية :

لا خلاف نصاً (١) و فتوى في أن * المدبر * عن حياة سيّده * ينعتق بموت مولاه من ثلث مال المولى ، فان خرج منه و إلا تحرّر من المدبر بقدر الثلث و * حينئذ * لم يكن سواء عتق ثلثه * نعم لو علقه بموت المخدم مثلاً ومات في حياة المولى وصحته لم يعتبر من الثلث وإن قلنا إنه تدبير بلا خلاف ولا إشكال ، لأنه كتعجيل العتق في حال الصحة ، و إطلاق النص (٢) و الفتوى خروج المدبر من الثلث منزل على الغالب من كونه معلقاً بموت المولى .

نعم في المسالك « لومات المخدم في مرض موت المولى أو بعده فهو من الثلث ، كالمعلق على وفاة المولى ، و لو كان واجباً بنذر و شبهه فان كان في مرض الموت لم يتغير الحكم ، و إن كان في حال الصحة فان كان المنذور هو التدبير فالأظهر أنه من الثلث أيضاً ، لأنه لا يصير واجب العتق بذلك ، بل إنما يجب تدبيره ، فاذا دبّر برىء من النذر ، ولحقه حكم التدبير ، وإن كان قد نظر عتقه بعد الوفاة فهو من الأصل كغيره من الواجبات المالية ، ومثله نذر الصدقة ونحوها بمال بعد الوفاة ، وفي التحرير ساوي بين الأمرين في خروجه من الأصل ، و نقله في الدروس عن ظاهر الأصحاب ، و الأظهر الأول و حينئذ لوجوبنا تعليق العتق على الشرط فقال : هو حرّ قبل مرض موتي بيوم مثلاً خرج من الأصل ، و كذا لو جعلنا المنجزات من الأصل فعلقه على آخر جزء من حياته ، و لو نذر عتقه أو الصدقة بمال أو صرفه في بعض الوجوه السابقة في آخر يوم من أيام صحته فكذلك أو في آخر يوم من أيام حياته على القول الآخر .

قلت : قال في الدروس : « التدبير ثلاثة أقسام : واجب ، ولا يصح الرجوع فيه إن قال : لله عليّ عتق عبدي بعد وفائي ، ولو قال : لله عليّ أن أدبّر عبدي فكذلك

في ظاهر كلام الأصحاب ، لأن الغرض التزام الحرية بعد الوفاة لا مجرد الصيغة ، وعن ابن جواز الرجوع لو فاته بنذره بإيقاع الصيغة ، فيدخل في مطلق التديبير - ثم قال فيها في آخر كتاب التديبير - : ولو كان التديبير واجباً أو معلقاً بموت الغير فمات في حياة المولى فهو من الأصل ، و في التحرير « أما التديبير الواجب بالنذر وشبهه فلا يجوز فيه الرجوع ، ويخرج من أصل المال ، و في الرياض عن الاتصاف الاجماع على ما نسبه في الدروس إلى الأصحاب .

قلت : قد يناقش فيما ذكره في المسالك أولاً بعدم صدق التبرع به في مرض ، وإن حصل تنجيزه به و لكنه بسبب حال الصحة ، ولا أقل من الشك ، والأصل الخروج من الأصل ، ولعله لذا أطلق في الدروس الخروج من الأصل مع حياة المولى .

بل قد يناقش في الخروج من الثلث فيما بعد الوفاة أيضاً ، للأصل السالم عن معارضة إطلاق الأدلة الظاهرة في وفاة المولى المديبر له ، لا فيما يشمل الغرض الذي مقتضى الأصل فيه الخروج من الأصل بعد أن لم يصدق عليه أنه وصية ولا يندرج في إطلاق أدلة التديبير . و مما ذكرنا يعلم الحال فيما ذكره من الأمثلة للمعلق المعلق على فرض جوازه .

بل قد يناقش فيما ذكره في التديبير الواجب بنذر وشبهه من التفصيل بين كونه في المرض و بين كونه في الصحة بأنه مناف لما سمعته من إطلاق التحرير والدروس الذي يؤيده ما عرفت من كون الأصل الخروج من الأصل الذي ينبغي الاقتصار في خلافه على المتيقن الذي هو التبرع المحض على وجه لا يلحق باسم الدين أو ما في حكمه مما يخرج من الأصل ، ومنه النذر و لو في حال المرض ، إلا أن الانصاف عدم خلوه من الاشكال فتأمل .

وقد يناقش فيما ذكره أخيراً أيضاً بأن مرجع النزاع إلى لفظ ، ضرورة تبعية النذر للقصد الذي لا ينبغي النزاع فيه بعد معلوميته ، ومع الإطلاق وعدم قرينة فلا ريب في أن التديبير اسم لنفس إنشاء التديبير بصيغته إلا أن تقوم قرينة على إرادة

أثره لا نفس الصيغة ، فيكون كنذر حرمة بعد الوفاة التي قد يمنع صدق اسم التدبير عليها بعد فرض عدم إنشائه بصيغته الخاصة به ، و موافقة النذر للتدبير في النتيجة لا يقتضى الاندراج في الاسم .

و على كل حال فلا يخرج عن ملكه بالنذر المزبور إجماعاً بقسميه ، لاستلزامه الحث في نذره ، فلو فعل ففي الرياض صح ، للعموم مع عدم المخرج عنه سوى النهي الغير المستلزم للفساد في المعاملات ، نعم يأنم وتلزمه الكفارة مع العلم لا مع النسيان على الظاهر لعدم الحث ، و في الجاهل وجهان ، و فيه أن انعقاد النذر يقتضى تشخيصه للنذر كتشخيصه للشرط مثلاً كما تسمع تحقيقه إنشاء الله في كتاب النذور .

﴿ و لو دبر جماعة فان خرجوا من الثلث ﴾ فذاك ﴿ و إلا عتق من يحتمله الثلث و بدىء بالأول فالأول ﴾ مع فرض ترتيبهم ، بناءً على أن التدبير من الوصية التي مر في بابها أن ذلك حكمها نصاً (١) و فتوى أو منزل منزلتها على وجه يشمل الحكم المزبور أو على أن الحكم المزبور على وفق القواعد في الوصية و في المقام باعتبار أولوية كل سابق على مسبوقه في التعليق بالحق وإن كان لا يخلو من نظر ، ضرورة اتحاد الجميع في كيفية التعلق و مجرد سبق في الوجود لا يقتضى التقدم بعد اشتراك الجميع في الوصية مثلاً .

﴿ و ﴾ على كل حال ف﴿ ولو جهل الترتيب استخرجوا بالقرعة ﴾ بلاخلاف ولا إشكال ، كما أنه لا خلاف ولا إشكال في توزيع الثلث بينهم ، فمع فرض إيقاع تدبيرهم بصيغة واحدة .

﴿ و لو كان على الميت دين يستوعب التركة بطل التدبير و بيع المدبرون فيه ﴾ لأنه وصية أو بمنزلتها بالنسبة إلى ذلك ، وكذا ما في معناه من التنجيز و الإيصاء المتقدم عليه لفظاً ، فيخرج أولاً ثم يعتق المدبر من الثلث الباقي ، و في

خبر الحسن بن علي بن أبي حمزة (١) عن أبي الحسن عليه السلام : قلت له : أبي هلك
و ترك جاريتين قد دبّرهما ، و أنا ممن أشهد لهما ، وعليه دين ، فقال : رحم الله
أباك قضاء دينه خير له إنشاء الله .

﴿ و إلا ﴾ يكن الدين مستوعباً ﴿ بيع منهم بقدر الدين ﴾ بالقرعة ،
كما صرح به الصيمري ، قال : « فان كان الدين بقدرهم مثلاً ولا تركة سواهم
كتب رقعة للدين و أخرى للتركة بعد أن يقسم العبيد قسمين ، و إن كان بقدر
ثلث العبيد كتب ثلاث رقاع : واحدة للدين و اثنتين للتركة ، وكذلك الحكم
لو أعتق المريض في مرض الموت و مات و عليه دين و احتجنا إلى بيع بعض
المعتقين . »

﴿ و ﴾ على كل حال فاذا أخرج بها كل من أخرج للدين ﴿ نحر ﴾ ثلث
من بقي سواء كان الدين سابقاً على التديير أو لاحقاً على الأصح ﴿ الموافق للمشهور
شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً إذ لم نعرف مخالفاً إلا الشيخ في النهاية التي
هي متون أخبار وليست كتاب فتوى ، وتبعه القاضي ، ففرق بينهما ، فقدّم التديير
على الدين إذا كان لاحقاً وبالعكس إذا كان سابقاً لصحيح أبي بصير (٢) « سألت
أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبّر غلامه و عليه دين فراراً من الدين ، قال : لا تديير له ،
و إن كان دبّره في صحة منه و سلامة فلا سبيل للدّيان عليه ، والحسين بن علي بن
يقطين (٣) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن بيع المدبّر ، قال : إذا أذن في ذلك فلا بأس
به ، و إن كان على مولى العبد دين فدبّره فراراً من الدين فلا تديير له ، و إن كان
دبّره في صحة و سلامة فلا سبيل للدّيان عليه ، ويمضى تدييره ، القاصرين عن معارضة

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب التديير الحديث ٣ مع الاختلاف في اللفظ .

(٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب التديير الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب التديير الحديث ١ عن الحسين بن علي

ابن يقطين كما في التهذيب ج ٨ ص ٢٦١ الرقم ٩٥٠ والاستبصار ج ٢ ص ٢٨
الرقم ٩١ .

ما تقدم من النصوص (١) الدالة على أنه بمنزلة الوصية وأنه من الثلث وأن قضاء الدين خير له من وجوه ، فيطرحان أو يحتملان على التديير الواجب بنذر وشبهه ، فإذا وقع كذلك مع سلامة من الدين فلا سبيل للديان عليه ، ولو نذره فراراً من الدين لم ينعقد نذره ، لأنه لم يقصد به الطاعة ، بل ظاهرهما اعتبار قصد الفرار في الشق الأول ، ولم يقل به أحد ، بل هما ظاهران بالنظر إلى سياقهما في التفصيل بين قصد الفرار وعدمه المعبر عنه بالصحة والسلامة ، لا تقدم الدين وتأخره ، وحينئذ يكونان أعم من المدعى ، ويخرجان عن الدلالة على التفصيل المزبور ، بل ربما احتمل أن المراد منهما التفصيل بين حالتي الصحة والمرض ، بل قيل : إنه المتبادر من اللفظتين عند الإطلاق وإن كان هو كما ترى ، إلا أن المراد بيان إجمال الروايتين على وجه لا وثوق بالمراد منهما بحيث يصلح لمعارضة ما عرفت .

هذا ولكن في صحيح الحلبي (٢) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل قال : إن مت فعبدي حر و على الرجل دين ، فقال : إن توفي و عليه دين قد أحاط بثمان الغلام يبيع العبد ، وإن لم يكن أحاط بثمان العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه ، وهو حر إذا أوفى ، ولعل وجهه انعتاق جزء منه مع فرض عدم الاحاطة ، فيستسعى حينئذ كما أن ترك ذكر الوارث فيه مع أن له حقاً أيضاً في زيادة قيمته لا يقدر بعد استفادته من خارج .

ومنه ينتقدح الاشكال فيما ذكره المصنف وغيره من البيع بقدر الدين خصوصاً مع تأييد الصحيح المزبور بإطلاق أدلة البيع على وجه يمكن جعله قاعدة في كل من أعتق بعضه ، فتأمل جيداً ، والله العالم .

﴿ و كما يصح الرجوع في المدبتر ﴾ أجمع ﴿ يصح الرجوع في بعضه ﴾ ، لأنه بحكم الوصية التي يجوز فيها ذلك ، كما عرفت في كتابها .

(١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب التديير .

(٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من كتاب الوصايا الحديث ٣ .

المسألة الثالثة :

﴿ إذا دبّر بعض عبده لم ينعنق عليه الباقي ﴾ معجلاً للأصل السالم عن معارضة مادل (١) على ذلك بعد ظهوره في العنق المنجز ، خلافاً للمحكى عن المرتضى وبعض العامة من القول بالسراية كالعنق المنجز ، لأنه يوجب استحقاق العنق بالموت ، فصار كالاستيلاء الموجب لتقويم حصص الشركاء عليه ، وفيه منع الاستحقاق أولاً لجواز الرجوع ، ومنع الملازمة على تقدير الاستحقاق ثانياً ، لعدم تحقق العنق بالفعل ، لعدم المقتضى ، والفرق بين الاستيلاء والتدبير أن الاستيلاء كالاتلاف ، حيث إنه يمنع التصرف بالبيع ونحوه ، ولا سبيل إلى دفعه بخلاف التدبير ، كما هو واضح .

بل في المسالك لا ينعنق عليه أيضاً بعد انعقاد التدبير ، لأنه حينئذ لا يبقى المعتق موسراً ، لا تنقل ماله عنه بالموت ، بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفة فوجدت الصفة وهو موسر وجوزّاه ، فإنه يعتق النصيب ويسرى ، وفيه إمكان كونه موسراً بالخروج من الثلث ، فإن لم يكن له ثلث غيره استسعى العبد ، فتأمل .

﴿ ولو كان له شريك لم يكلف شراء حصته ﴾ على معنى ضمائها له ، لما عرفت من عدم المقتضى لذلك ، فأصالة البقاء بحالها ، والمخالف هنا كالسابق ، وجوابه جوابه ، بل هنا أولى بعدم السراية ، خلافاً لبعض العامة ، فخير الشريك بين أن يضمه القيمة وبين أن يستسعى العبد وبين أن يدبّر نصيبه أو يعتقه ، وهو كما ترى .

﴿ وكذا لو دبّره باجمعه ورجع في بعضه ﴾ الكلام الكلام .

بل عن الشيخ ره أنه ﴿ كذا لو دبّر الشريك ثم أعتق أحدهما لم يقوّم عليه حصّة الآخر ﴾ لأن له جهة يعتق لها وهو التدبير، فلا يحتاج إلى جهة أخرى وإن كان هو كما نرى، ضرورة تناول إطلاق أدلة السراية. ﴿ و ﴾ لذا قال المصنّف ﴿ لو قيل يقوّم ﴾ عليه ﴿ كان وجهاً ﴾ .

﴿ و لو دبّر أحدهما ﴾ خاصة ﴿ ثم أعتق وجب عليه فك حصّة الآخر ﴾ مع الشرائط قطعاً، لعموم الأدلة السالم عن المعارض .

﴿ و لو أعتق صاحب الحصّة الفن لم يجب عليه فك الحصّة المدبّرة ﴾ عند الشيخ، بل في المتن ﴿ على تردد ﴾ وقد عرفت ضعفه، والله العالم .

المسألة ﴿ الرابعة ﴾ :

﴿ إذا أبق المدبّر بطل تدبيره ﴾ بالاخلاف أجده، بل الاجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى خبر محمد بن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام « سألته عن جارية مدبّرة أبقّت من سيّدها سنيّاً ثم جاءت بعد ما مات سيّدها بأولاد و متاع كثير، وشهد لها شاهدان أن سيّدها كان دبّرها في حياته قبل أن تأبق، فقال أبو جعفر عليه السلام : أرى أنها وجميع ما معها للورثة، قلت : لا تعتق من تلك سيّدها، فقال : لا، إنها أبقّت عاصية لله عزّ وجلّ و لسيدها، و أبطل الأباق التدبير، و خبر رزين (٢) عن الصادق عليه السلام « في رجل دبّر غلاماً له، فأبق الغلام فمضى إلى قوم، فتزوج منهم، و لم يعلمهم أنه عبد، فولد له و اكتسب مالاً، فمات مولاه الذي دبّره، فجاء ورثة الميّت الذي دبّر العبد فطالبوا العبد، فما ترى؟ فقال : العبد و ولده رقّ لورثة

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التدبير الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التدبير الحديث ٢ عن علاء بن رزين .

الميت ، قلت : أليس قد دبّر العبد ، فذكر أنه لمّا أبق هدم تدبيره ورجع رفاقاً .

ولا حاجة بعد ذلك إلى تكلف الفرق بينه وبين الارتداد الذي لا يبطل معه التدبير مع أنه معصية لله عز وجل بأن الأول مع ذلك هو معصية للسيد المحتاج إلى خدمته ، بخلاف الارتداد الذي هو معصية للسيد الفنى عنه ، مع أنه منتقض بعدم بطلانه بالأباق مع التعليق على وفاة المخدم الذي قد سمعت الكلام فيه ، وستمع إنشاء الله تعالى فالعمدة حينئذ النص والاجماع وكفى بهما فارقاً ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فإذا بطل تدبيره ﴿ كان هو ومن يولد له بعد الأباق رفاقاً إن ولد له من أمة ﴾ مولاة أو غيره ، بل أو حرة إذا كان بحيث يلحق به الولد بلا إشكال في شيء من ذلك ولا خلاف .

﴿ و ﴾ أما ﴿ أولاده قبل الأباق ﴾ فهم ﴿ على التدبير ﴾ ولا يبطل تدبيرهم بأباقه ، للأصل وغيره ، بل قد يمنع بطلانه بأباقهم فضلاً عن إباقه اقتصاراً فيما خالف الأصل على مورد النص (١) على أن تدبيرهم قد جاء بالسراية كما تقدمت الإشارة إلى ذلك في مسألة جواز الرجوع بهم ، فلا حظ وتأمل .

لكن قد يقال ظاهر الخبر الأول (٢) التعليل الشامل لذلك ، أللهم إلا أن يمنع كونه تعليلاً لبطلانه بمقتضى إطلاق النص والفتوى به وإن لم يكن عسياًناً لصغر ونحوه ، وقد يحتمل منع ذلك تنزيلاً للإطلاق على المنساق والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا يبطل تدبير المملوك لو ارتد ﴿ للأصل حتى لو كان عن فطرة ﴾ فإن التحق بدار الحرب بطل لأنه إباق ، و ﴿ حينئذ ﴾ لومات مولاة قبل فراره تحريراً ﴿ لحصول المقتضى ، فما عن ابن الجنيدي - من بطلان التدبير

بالارتداد أو الالتحاق بدار الحرب وأسر المسلمين له - واضح الضعف ، لعدم الدليل إلا القياس الذي هو هنا مع ثبوت الفارق محرم عندنا ، والالتحاق حيث يكون إباحاً يكفى في تحقق البطلان وإن لم ينضم إليه الأسر ، كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة الخامسة :

﴿ ما يكتسبه المدبّر لمولاه ﴾ كما عرفت من ﴿ أنه رق ﴾ نصاً (١) وفتوى ، بل إجماعاً بقسميه ﴿ ولو اختلف المدبّر والوارث فيما في يده بعد موت المولى فقال المدبّر : اكتسبته بعد الوفاة ﴾ وقال الوارث : قبلها ﴾ فالقول قوله مع يمينه ﴿ للأصل ، ولأنه صاحب يد ﴾ ولو أقام كل منهما بينة فالبينة بينة الوارث ﴿ لأنها بينة خارج بناء على تقديمها على بينة الداخل ، هذا كله إذا كان خارجاً من الثلث .

أما إذا كان النزاع في صورة ما إذا لم يخلف سواء وكانت قيمته ثلاثين مثلاً وقد اكتسب ستين مثلاً فادعى الوارث السبق ويلزمه اعتاقه أجمع وكون الكسب له ، لأنه ضعف قيمته وادعى العبد التأخر ، ومقتضاه حرية ثلثه ويتبعه ثلث الكسب وهو عشرون ، فيبقى للوارث منه أربعون ، وإذا ضمت إلى قيمة العبد كانت سبعين ، والمجموع تركة باعتراف الوارث ، فينعتق منه ثلثها ، وهو ثلاثة وعشرون وثلث ، وذلك سبعة أنساع المدبّر ، فالقول قوله أيضاً بيمينه في استحقاق العشرين ، ولكن يفك العبد نفسه إن شاء بستة وثلثين من العشرين التي أخذها بجزئه الحر ، ولا يحسب على الوارث ، لأنه إنما يحسب عليه ما يصل إليه ، ويبقى له منها ثلاثة عشر وثلث .

لكن في المسالك لا يقال يلزم على هذا أن يثبت له زيادة على ما يدعيه ،

لأن دعواه التي حلف عليها و قدم قوله فيها أنه اعتق ثلثه واستحق ثلث الكسب ،
وذلك ثلاثون تمام قيمته ، و لازم دعواه أيضاً شرعاً أن مجموع الكسب للورثة ،
و ليس له إلا رقبته ، لأن ما يحصل له من الكسب يجب عليه دفعه في فكاك باقيه ،
وهو بتمامه تمام الباقي ، فكيف يستحق الزائد ، وهو بنفسه ، لا نا نقول : إن الزيادة
حصلت له من قبل الجزء الحر ، وهو حق لله تعالى شأنه يثبت فيه ما يقتضيه الشرع ،
ولا يلتفت فيه إلى إنكاره ، بخلاف المال ، وذلك لأن مقتضى دعواه في المال لما
كانت استحقاق عشرين لم يزد عليها ، وأما العتق فإن الشرع يحكم بعنق ثلث
ما يتحصل بيد الوارث من التركة ، ولما اعترف له من الكسب بأربعين و قيمته
تساوي ثلاثين فقد تحصل بأيديهم سبعون ، فيحكم بعنق مقدار ثلثها منه . سواء
اعترف به أم أنكره ، لأن العتق حق لله تعالى شأنه ، فيحصل له منه مقدار ثلاثة
وعشرين ، فإذا أضيفت إلى ما حكم له به من الكسب زاد عن القيمة ، فكان الزايد
له لأجل ذلك ، وقس على هذا ما إذا قصر الكسب عن ضعفه أو خلف شيئاً آخر معه
لا يبلغ الضعف ، فلو كان كسبه مقدار قيمته كان له ثلثه بدعواه التي قدم فيها
و ضم ثلثه ، و هو عشرون في المثال إلى مجموع المدبر ، و قيمته ثلاثون ، فيكون
الحاصل بيد الوارث خمسين ، ويحكم عليه بعنق ثلثها ، وهو ستة عشر وثلثان ، وهي
خمس أضعافه ، وله ثلث كسبه عشرة ، ويجتمع للورثة عشرون من الكسب وثلاثة
عشر وثلث من رقبته ، وذلك ضعف ما عتق منه ، وقد أخذ ذلك كله من الفاضل في
القواعد و ولده في شرحها .

لكن فيه - بعد الأغضاء عما في دعوى وجوب دفع ما استحقه بيمينه في فك
نفسه - أن دعوى الحرية التي يعلم العبد خلافها لا تكون سبباً لملك الزيادة التي
يجب عليه دفعها في فكاك نفسه على ما ذكره فيما بينه وبين الله تعالى شأنه ، وكذا
عدم سماع إنكاره لها في ظاهر الشرع لو سلم ، و إلا فقد يمنع ، لا إطلاق قوله
عليه السلام (١) : « الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية » وحينئذ

فالمتبجّه معامله كلّ منهما باقراره .

و زاد في القواعد احتمال كون المسألة دورية ، قال : « و لو ادعى الوارث سبق الكسب على الموت و العبد تأخره قدّم قوله ، فان أقاما بينة قدّمت بينة الوارث هذا إن خرج من الثلث ، و لو لم يخلف سواء و كان الكسب ستين ضعف قيمته قدّم قول العبد أيضاً ، و يحتسب على الورثة ما يصل إليهم من الكسب باقرارهم ، و هل للعبد بالجزء الذي اعتق باقرارهم مقابله من كسبه إشكال ، ينشأ من إجراء إقرار الورثة مجرى الاجازة أولاً ، فعلى الأول يدخلها الدور ، فنقول عتق منه شيء ، وله من كسبه شيئان وللورثة شيئان من نفسه و كسبه ، فالعبد و كسبه في تقدير خمسة أشياء ، فالشيء ثمانية عشر ، فله من نفسه ثمانية عشر ، و من كسبه ضعف ذلك ، وللورثة من نفسه و كسبه ستة وثلثون ، و على الثاني يعتق سبعة أمثاله ، و له من كسبه عشرون ، و منه يستخرج حكم ما قصر الكسب فيه عن ضعفه أو خلف شيئاً معه » .

قلت : لأعرف وجهاً للاحتمال الأول الذي جعل المسألة دورية على تقديره ، وذلك لعدم إقرارهم باعتاق جزء منه على وجه يستحق به من الكسب شيء ، ضرورة كون دعواهم تقدّم الكسب على وفاة السيد ، وهو زمان الرقبة ، فلا يتصور استحقاق شيء من الكسب بجزئه الحرّ على دعوى الوارث ، كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة السادسة :

﴿ إن جنى على المدبر بما دون النفس كان ﴾ القصاص أو ﴿ الأرض للمولى ﴾ لأنه مملوك له فهو حينئذ كالقن ﴿ ولا يبطل التدبير ﴾ بذلك للأصل ﴿ وغيره ، نعم ﴾ إن قتل بطل التدبير ﴿ لفوات محله ﴾ وكانت قيمته للمولى ﴿ أو القصاص ولكن ﴾ يقوم مدبراً ﴿ ، إذ قد يقتضى التدبير إذا كان واجباً أو قلنا بعدم جواز بيع رقبة المدبر نقصاً بالنسبة إلى قيمته غير مدبر ، كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة السابعة :

﴿ إذا جنى المدبر تعلق أرض الجناية برقبته ﴾ كالقن ، لاطلاق الأدلة ، فإن كان موجباً للقصاص فاقتصر منه فات محل التدبير ، وكذا إن استرق لخروجه حينئذ عن ملك سيده ، فيبطل تدبيره ﴿ و ﴾ إن عفى عنه أو رضى المولى بالمال أو كانت الجناية توجب مالاً فـ ﴿ ليسيده فكته بأرض الجناية ﴾ أو بأقل الأمرين على الخلاف المقرر في جناية القن ، ﴿ وله بيعه ﴾ كلاً أو بعضاً ﴿ فيها فإن فكته فهو على تدبيره ﴾ للأصل ﴿ وإن باعه وكانت الجناية تستغرقه فالقيمة لمستحق الأرض ، فإن لم تستغرقه بيع منه بقدر الجناية ، والباقي على التدبير ﴾ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ولا إشكال .

﴿ و ملواه أن يبيع خدمته ﴾ حقيقة منفردة أو مع رقبته إلى حين موته ، أو ينقلها بعقد صلح أو إجارة مدة فمدة على حسب ماسمعه من الخلاف السابق ،

ضرورة عدم خصوصية للمقام .

﴿ وله أن يرجع في تدبيره ﴾ إن لم يكن واجباً عليه ﴿ ثم يبيعه ﴾ إن شاء ﴿ و ﴾ إن شاء فداء .

بل ﴿ على ما قلناه ﴾ سابقاً ﴿ لو باع رقبة صح وكان ذلك نقضاً لتدبيره ﴾ وإن لم يقصده ، لافتضاء البيع انتقال الرقبة ، وقد عرفت منافاته للتدبير ، بناءً على أنه لا عتق إلا في ملك ، مضافاً إلى ظهور النصوص (١) السابقة في ذلك .

ولكن قال المصنف هنا : ﴿ وعلى رواية إذا لم يقصد نقض التدبير كان التدبير باقياً وينعتق بموت المولى ، ولا سبيل عليه ﴾ ولم نعر عليها بالخصوص ، إذ ليس إلا ما سمعته مما هو ظاهر في جواز بيع الخدمة (٢) لا أنه مع إطلاق البيع يبقى تدبيره ، ولعله لذا قال الكركي في فوائده « هذا بخصوصه غير موجود في شيء من الروايات ، ولكن المصنف حيث جمع بينها بالحمل على ذلك حكاه بصيغة « على » ولم يقل في رواية ، فكأنه قال : على مقتضى رواية باعتبار الحمل الذي ساق إليه اختلاف الروايات ، قلت : وقد عرفت عدم قبول النصوص المزبورة للجمع المذكور ، فلا حظ و تأمل .

﴿ ولومات المولى قبل افتكاكه ﴾ أو استرقاقه ﴿ انعتق ﴾ لإطلاق أدلة التدبير و سبق سبب الحرية على الجناية ، و بنائها على التغليب وحينئذ فالمتبجح تعلق أرض جنائته بذمته ﴿ ولا يثبت ﴾ أي ﴿ أرض الجناية في تركة المولى ﴾ للأصل وغيره ، حتى لو قلنا بثبوته لو اعتق العبد الجاني باعتبار كونه بناءً على نفوذ العتق التزاماً بالفداء ، لتعذر تسليمه لاستيفاء حق الجاني ، ضرورة الفرق بينهما بالسبق واللعوق ، فما عن الشيخ من كون الأرض في تركة المولى ضعيف ، نعم لو فرض تدبيره بعد الجناية و قلنا بانعتاقه بالموت و اتفق حصوله قبل الفك أمكن القول

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التدبير .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التدبير الحديث ٣ .

بذلك ، كما أن المتجه في الأول بناءً على عدم اعتاقه بموت المولى - كما عن بعض أقوال العامة - تخيير الوارث بين فدائه فيعتق حينئذ من الثلث و بين تسليمه للاسترقاق ويبيعه في جنايته ، فيبطل التدبير حينئذ .

و في المسالك عن ابن الجنيد و القاضي لا يبطل ، بل يستسمى في قيمته بعد موت المولى ، واختاره في الدروس لصحيحة أبي بصير (١) والأظهر البطلان ، قلت : لم أجد ذلك فيها ، وإلما الموجود هنا « ولو جنى فكالف ولو عتق قبل الفك ففي رقبته أو ماله ، لا على الورثة ، و في المبسوط يؤخذ بالأثر من بركة المولى كأنه يجري مجرى إعتاق العبد الجاني ، و لو كاتبه جزم الشيخ ببطلان التدبير و ابن الجنيد و ابن البراج ببقائه ، وهو الأصح لصحيح أبي بصير (٢) ولعل فيما حضره من النسخة سقط .

و في كشف اللثام « عن أبي علي أن له أي المولى أن يدفعه إلى أولياء المقتول يخدمهم حتى يموت المولى ، ثم يستسمى في قيمته » قلت : لا بأس به مع التراضي .

ولكن في المقنعة « إذا قتل العبد والمدبر رجلاً حراً خطأ فديته على سيديهما ، فإن لم يؤدياه دفع العبد و المدبر إلى أولياء المقتول فاسترقوا العبد واستخدموا المدبر حتى يموت سيده الذي دبّره ، فإذا مات سيده خرج عن الرق إلى الحرية ، و لم يكن لأحد عليه سبيل » .

وقال الشيخ في النهاية : « إذا قتل مدبر حراً كانت الدية على مولاه الذي دبّره إن شاء أو يسلمه برقته إلى أولياء المقتول ، فإن شأوا قتلوه إن كان قتل صاحبهم عمداً ، وإن شأوا استرقوه ، وإن كان قتله خطأ استرقوه وليس لهم قتله ، و إذا مات الذي دبّره استسمى في دية المقتول و صار حراً ، و فيه أنه مناف لمادل »

على استرقاقه (١) الظاهر في خروجه عن ملك مالكة وصيرورته رقاً لولى المجنى عليه ، من غير فرق بين القن و المدبر الذي هو كالقن أيضاً خصوصاً بعد صحيح أبي بصير (٢) عن الباقر عليه السلام : سألت عن مدبر قتل رجلاً عمداً فقال : يقتل به ، قلت : و إن قتله خطأ فقال : يدفع إلى أولياء المقتول ، فيكون لهم ، فان شاؤوا استرققوه ، وليس لهم قتله ، ثم قال : يا أبا محمد إن المدبر مملوك ، الذي قد اعترف غير واحد بأنه نص في الباب .

و يمكن أن يكون مستند المفيد ره حسن جميل (٣) عن الصادق عليه السلام : قلت له : مدبر قتل خطأ من يضمن عنه ، قال : يصلح عنه مولاه ، فان أبي دفع إلى أولياء المقتول يخدمهم حتى يموت الذي دبّره ، ثم يرجع حراً لا سبيل عليه .

كما أنه يمكن أن يكون مستند الشيخ خبر هشام بن أحمد (٤) : سألت أبا الحسن عليه السلام عن مدبر قتل رجلاً خطأ قال : أي شيء رويت في هذا الباب ؟ قال : قلت : روينا عن أبي عبد الله أنه قال : يرميه إلى أولياء المقتول ، فإذا مات الذي دبّره أعتق ، فقال : سبحان الله تعالى ، فيطل دم امرء مسلم ! قلت : هكذا روينا ، قال : غلطتم ، بل يرميه إلى أولياء المقتول ، فإذا مات مدبره استسعى في قيمته ، بل عن الشيخ في كتابي الأخبار تقييد الخبر الأول بالثاني ، و في المختلف هو مذهب الصدوق ره في المقنع ، وليس بعيداً عن الصواب ، لما فيه من الجمع بين الأخبار بما يناسب العتق .

قلت : لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه ، بل هو صريح كلام الشيخ في المحكي عن مبسوطه وغيره ، نعم لا بأس بذلك إذا لم يرد ولي المقتول استرقاقه ، وقد دفعه مولاه إليه باقياً على تدبيره ورضى هو بذلك .

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب القصاص في النفس الحديث ١ .

(٣ و ٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ديّات النفس الحديث ١ - ٥ من كتاب

ولعله لذا قال ابن إدريس فيما حكى عنه بعد أن ذكر كلام الشيخ في النهاية :
 « لا دليل على صحة هذه الرواية ، لأنها مناقضة للأصول ، وهو الخروج عن ملك
 من دبره و صار عبداً لأولياء المقتول ، فمن أخرجه عن ملكهم بعد دخوله فيه
 يحتاج إلى دليل ، ولادليل على ذلك ، ويمكن أن نحمل الرواية على أنه كان التديير
 عن نذر واجب لا يجوز الرجوع فيه ، فإذا كان ذلك وكان القتل خطأ فإنه بعد
 موت من دبره يصير حراً ويستسعى في الدية - ثم قال - : والأقوى عندي في الجميع
 أنه يسترق سواء كان عن نذر أولاً ، لأن السيد ما رجع عن تدبيره ، وإنما صار عبداً
 لحق » .

قلت : بل من آخر كلامه يستفاد الحكم في مسألة أخرى ، وهو عدم الفرق
 في الاسترقاق حيث يكون له بين النذب والواجب وغيرهما ، ولعله الموافق لاطلاقهم
 هنا إذ وجوبه لا ينافي استرقاقه بدليل آخر لمدخلية للمدبر فيه ، والأصل براءة
 الذمة من وجوب فكه .

ولو قتل المدبر مولاه ففي القواعد « احتمل بطلان تدبيره مقابلة له بنقيض
 مقصوده ، كالوارث الذي يمنع من الارث بقتله ، ولأنه أبلغ من الباقي ، ولكنه كما
 ترى لا ينطبق على أصولنا ، فالمتجه الانعتاق للأصل وتغليب الحرية بعد منع
 القياس ، والأولوية .

و كذا لا ينطبق عليها ما فيها أيضاً من أنه « لو دبر عبدين وله دين بقدر
 ضعفهما عتق من أخرجه القرعة قدر ثلثهما ، وكان الباقي والأخر موقوفاً ، فإذا
 استوفى من الدين شيء أكمل من عتق من أخرجه القرعة قدر ثلثه ، فإن فضل عتق
 من الآخر ، وهكذا حتى يعتق مائة أو مقدار الثلث منهما ، ولو تعذر استيفاؤه لم
 يزد العتق على قدر ثلثهما ، ولو خرج من وقعت القرعة له مستحقاً بطل العتق فيه ،
 وعتق من الآخر ثلثه » ، إذ هو كما ترى أيضاً غير منطبق على أصولنا التي مقتضاها
 انعتاق ثلثيهما ، ثم كل ما جاء من الذين يعتق منهما على السواء ، وهكذا .

نعم لا بأس بما فيهما من ، لو دبّر عبداً وكان له ابنان وله على أحدهما دين ضعف قيمته عتق من المدبر ثلثاه ، لأن حصّة المديون من الدين كالمستوفى ، وسقط عنه من الدين نصفه ، لأنه قدر حصته من الميراث ، ويبقى منه للأخر النصف ، وكلما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه ، ولو كان الضعف ديناً عليهما بالسوية عتق الكل ، ولا شيء لأحدهما على الآخر ، ولو تفاوتتا فيه فبالنسبة إلى كل منهما ، ضرورة انطباق ذلك كله على أصولنا ، والله العالم .

المسألة الثامنة :

قد عرفت أنه ﴿ إذا أبق المدبر بطل التديير ﴾ نصاً (١) وفتوى ﴿ و ﴾ إن صحّ تديير الأبق ، لإطلاق الأدلة ، بل قد عرفت أيضاً أنه ﴿ لو جعل خدمته لغيره مدة حياة المخدم ثم هو حرّ بعد موت ذلك الغير لم يبطل تدييره بآباقه ﴾ لصحيح يعقوب بن شعيب (٢) السابق إلا أنك قد عرفت فيما مضى كون التحقيق عدم كون ذلك من التديير ، لأنه تديير مستثنى من إطلاق مادل (٣) على بطلانه بالآباق لو قلنا بشموله ، إنما الكلام باقتضاء إباق المعلق عتقه على وفاة الزوج - أو مطلق الغير و قلنا إنه تديير - البطلان أما على القول بعدم كونه تدييراً كما سمعت تحقيق الحال فيه فلا إشكال في عدم البطلان ، بل قد يقوى ذلك على القول بأنه تديير اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن الذي هو المعلق على وفاة المولى ، خصوصاً بعد التصريح بعدم البطلان في المخدم .

فما في المسالك بعد الاشكال منه - ولو قيل بقصر عدم البطلان على إباق من جعلت خدمته لغيره و علق تدييره على وفاة المخدم كان حسناً ، لأن هذا الحكم قد صار على خلاف الأصل ، فالنظر إلى قاعدة الأصحاب في المسألة وظهور اتفاقهم

(١ و ٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التديير .

(٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التديير الحديث ١ .

على أن إباق المدبّر مبطل له إلا ما أخرجه الدليل ، - لا يخلو من نظر ، خصوصاً بعد أن لم نتحقق ما ذكره من قاعدة الأصحاب وظهور اتفاقهم عليه ، وإنما لهم كلام سابق قبل الخوض في مسألة الإباق دفعاً للاستدلال على عدم كونه تدبيراً بما تضمنه الصحيح المزبور من عدم البطلان بإباق المعلق على وفاة المخدم على وجه لا يكون إجماعاً بحيث يعتمد عليه في إثبات حكم مخالف للأصل بعد فرض خلو النصوص عما يقتضي الشمول لمثل ذلك ، فلا حظ وتأمل ، والله العالم .

﴿ فروع أربعة : ﴾

﴿ الأول : ﴾

﴿ إذا استفاد المدبّر مالا بعد موت مولاة فإن خرج المدبّر من الثلث فالكل له ﴾ لكونه حينئذ حراً فكسبه له ﴿ وإلا كان له من الكسب بقدر ما تحرر منه والباقي للورثة ﴾ بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك ، هذا إذا كان عتقه معلقاً على وفاة المولى ، أما لو كان معلقاً على وفاة غيره كالمخدم وتأخر موته عن موت المولى فإنه باقٍ على الرقبة إلى أن يموت المخدم ، فكسبه لهم مطلقاً إلى حصول المعلق عليه .

وهل يجوز للوارث الرجوع في تدبيره كما كان ذلك جائزاً للمولى ؟ نوقف فيه في المسالك أولاً من إطلاق جواز الرجوع في التدبير ، ومن اختصاص ذلك بمن باشر التدبير ، ولذا لم يجز للمدبّر أن يرجع بالأولاد ، لعدم مباشرته لتدبيرهم ، ثم مال إلى الجواز لقيام الوارث مقام الموزوث ، ولأنه يرث الحقوق التي له كحق الشفعة والخيار وغيرهما من الحقوق المالية ، ولأن الناس مسلطون على أموالهم .

لكن قد يقوى خلافه ، للأصل الذي خرجنا عنه في المدبر للنصوص (١)
الدالة عليه الظاهرة في كونه موصياً أو بمنزلة الموصي في ذلك المقتضية لعدم جواز
تبديل وصيته ووجوب إبقائها ، إذ هو حينئذ كمن أوصى بشيء تأخر وقته مثلاً ،
والله العالم .

﴿ الثاني : ﴾

﴿ إذا كان له مال غائب بقدر قيمته مرتين ﴾ و كان قد دبّر عبداً ثم مات
﴿ تحرر ثلثه ﴾ معجلاً وفاقاً للأكثر ، لوجود للمقتضى فيه بلا مانع ، ﴿ و ﴾
وقف الثلثان ، ثم ﴿ كل ﴾ ما حصل من المال شيء تحرر من ﴿ باقي ﴾ المدبر
بنسبته ﴿ ، فلو فرض أن ﴾ قيمته مائة مثلاً و المال الغائب مائتان وقد حصل منه مائة
تحرر منه ثلثاه ﴿ وإن تلف ﴾ المائتان مثلاً ﴿ استقر العتق في ثلثه ﴾ خاصة ،
وعلى هذا فثلث اكتسابه بعد موت السيد له ، ويوقف الباقي ، فان وصل المال إلى
الوارث تبين عتقه أجمع وتبعه كسبه .

وفي غاية المراد والمسالك ذكر ذلك أحد الوجهين ، والثاني أنه لا ينعق
حتى يصل المال إلى الورثة ، لأن في تنجيز العتق تنفيذ التبرع في الثلث قبل تسلط
الورثة على الثلثين ، إذ لا بد من التوقف في الثلثين إلى أن يتبين حال الغائب ، وحينئذ
فينعق منه في المثال المزبور إذا حصلت مائة نصفه لا ثلثاه ، لحصول مثليه حينئذ
للوارث ، وفي غاية المراد ربما أمكن احتمال المراعاة ، وفي المسالك ربما
يخرج على الوجه الثاني أن للوارث التصرف في الثلثين ، كما يحكم بعتق الثلث
مراعاة للحقّين المتلازمين ، فان حضر الغائب نقض تصرفه ، وإلا صح خلاف
ذلك كله .

وفيه أنه لاوجه لتخريج ذلك على الوجه الثاني الذي هو عدم الحكم بتعجيل عتق ثلثيه ، نعم هو احتمال على الوجه الأول ، بل لا يخلو من قوة ، ضرورة كونه مقتضى أصالة عدم وصول المال المقتضى لحرية الثلثين ، وكون الحكم شرعاً بانهتاقه من الثلث واقعاً و الفرض عدم العلم لا ينافي العمل بما تقتضيه الأصول ، لأنه وإن لم (١) يتشخص بها كون الثلث الموجود خصوصاً مع ملاحظة الضرر على الوارث بالتعطيل فتأمل جيداً .

ومنه يعلم ما في قوله : « و كما يوقف كسبه في الثلثين قبل وصول المال يوقف نفقته ، بمعنى أنه يتفق عليه منه ، فان وفى وإلا أكمل الوارث ، فان حضر المال وأعتق أجمع رجع الوارث بما غرم منها ، مضافاً إلى ما فيه أيضاً من منع إلزام الوارث بالاكمال بناءً على الايقاف ، نعم يتجه ذلك بناءً على العمل بالأصول إلى أن يتبين الحال ، والله العالم .

(١) هكذا في النسخة الاصلية : المسودة و المبيضة ، و الظاهر زيادة كلمة

الفرع * الثالث :

* إذا كُتِبَ ثم دُبِّرَ صح * لا إطلاق الأدلة مع عدم منافاتها له ، ضرورة عدم خروجه بها عن ملك السيد ، فيشملة حينئذ إطلاق أدلة التدبير كما لو أعتقه حالها ، وحينئذ فيجتمع عليه الأمران : التدبير والكتابة * فان أدى مال الكتابة * قبل موت المولى * عتق * بها أي * بالكتابة وإن تأخر حتى مات المولى عتق بالتدبير إن خرج من الثلث * لعموم أدلته وكسبه له حال حياة المولى على الأقوى ، لأنه مكاتب ، بل في المسالك * في بطلان الكتابة حينئذ وجهان ، مثلهما مالو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء ، والوجه أنها لا تبطل للأصل ، فان بقي من الأحكام شيء يتوقف عليها تأدي بها ، قلت : ستعرف تحقيق ذلك في الكتابة إنشاء الله .

* (و) على كل حال فـ * لا * يخرج من الثلث * عتق منه الثلث وسقط من مال الكتابة بنسبته * أي ثلثهما في الفرض ، لحصول تحريره بالتدبير لا بها * و كان الباقي مكاتباً * يؤدي للورثة ما عليه ، هذا كله في التدبير بعد الكتابة .

* (أما لو دُبِّرَ ثم كاتبه كان نقضاً للتدبير * عند الشيخ والأكثر ، لأن التدبير وصية ، وهي تبطل فيما لو فرض وصيته بعبد لانسان ثم يكاتبه ، ولأن العبد بالكتابة يكون مالكا لنفسه ، فكان السيد زال ملكه عنه ، فيكون الحكم كما لو باعه .

* (و) لكن * فيه إشكال * لا يمكن منع كونه بعكم الوصية في الحكم المزبور ، بل هو عتق معلق لامنافاة بينه وبين الكتابة كما في الصورة الأولى ، وليست الكتابة مخرجة للعبد عن ملك السيد وإلا لم يجز تدبيره في الصورة الأولى .

ومنه يعلم مافي التعليل الثاني ، فيكون حينئذ مدبّراً ومكاتباً يجري عليه

ماسمعته من الحكم في الصّورة الأولى ، حتّى مع الاطلاق و اشتباه الحال فضلاً عما لو صرح بعدم إرادة الرجوع بالكتابة .

ولعله لذا كان المحكمي عن ابني الجنيد والبراج ذلك ، بل سمعت اختياره في الدّروس لصحيح أبي بصير (١) الذي هو « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد والأمة يعتقان عن دبر فقال : ملواه أن يكتبه إن شاء » ، بل لعله المراد من قول علي عليه السلام في خبر وهب (٢) « السابق : لا يباع المدبّر إلاّ من نفسه » ، بل قد سمعت احتمال كونه المراد من النصوص (٣) المجوزة لبيعه بشرط رضا ، وحينئذ فالأقوى الجواز ، والله العالم .

ثمّ لا يخفى عليك أنّ ذلك كله في عقد الكتابة بعد التّديير ، ﴿ أما لو دبّرهُ ثمّ قاطعه على مال ليعجل له العتق لم يكن إبطالاً للتّديير قطعاً ﴾ لأنّ غايته الوعد بتعجيل العتق على تقدير فعل إذ المقاطعة غير لازمة لأحدهما ، فلا تكون منافية ، وحينئذ فالمال الذي يكتسبه العبد للمقاطعة ملك للمولى ، كما هو واضح والله العالم .

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التّديير الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب التّديير الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التّديير الحديث ٤ و ٥ و الباب - ٧ -

﴿ الرابع : ﴾

﴿ إذا دبّر حملاً صح ﴾ منضماً أو منفرداً كما يصح عتقه ، لاطلاق الأدلة ، إذ هو آدمي مملوك ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لا يسرى ﴾ تدبيره ﴿ إلى أمه ﴾ للأصل وغيره ، ويجري عليه نفسه حكم التدبير ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو رجع في تدبيره ﴾ بالقول أو بالفعل كما لو صالح عنه ﴿ صح ﴾ بلا خلاف فيه عندنا ، نعم لا بد من معرفة صلاحيته للتدبير حينه ﴿ فان أمت به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير صح ﴾ التدبير فيه لتحقيقه ﴿ حينئذ ﴾ وقت التدبير ﴿ وإن كان لا يزيد من أكثر الحمل لم يصح ، لتبين عدم وجوده حينئذ ﴾ وإن كان لا أكثر ﴿ من الستة ولم يتجاوز أقصى الحمل ﴾ لم يحكم بتدبيره لاحتمال تجدده ونوهم الحمل ﴿ بل الأصل تأخره كما ذكرنا ذلك غير مرة .

نعم في المسالك « ينبغي الفرق بين ما إذا كانت خالية من فراش وعدمه ، كما سبق في نظائره ، لأن الأصل المزبور وإن كان واقعاً في الحالين إلا أن الظاهر يعارضه ، وأصالة عدم وطء متجدد وصيانة حال المسلمة على تقديره من الحمل على الزنا ، وفيه ما عرفته غير مرة من أن ذلك لا يشخص وجوده حال الإيقاع والله العالم .

﴿ وأما المكاتبه ﴾ :

التي هي في الأصل مصدر - كالكتابة من الكتب - بمعنى الضم والجمع ، يقال : كتبت القربة إذا وكّمت رأسها ، ومنه الكتابة ، لما فيها من ضم الحروف بعضها إلى بعض ، و الكتابة لانضمام بعضهم إلى بعض ، وعرفاً اسم للعقد الخاص أو للأثر العاقل منه أولغير ذلك مما سمعته مكرراً في نظائرها ، وكان وجه المناسبة ما فيها من انضمام النجم إلى النجم ، أو لكتب كتاب بينهما بالعنق إذا أدّى ، أو لايجاب المولى على نفسه ذلك من « كتب » أي « أوجب » ، أو لأنها توثق بالكتابة باعتبار كون عوضها مؤجلاً من شأنه الاستيثاق بالكتابة موافقاً لقوله تعالى : (١) « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » ، والأصل في مشروعيتها قوله تعالى : (٢) « والذين يبتغون الكتاب ممّا ملكتم أيما نكم فكتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذي آتاكم » مضافاً إلى إجماع المسلمين والسنة المتواترة (٣) .

وعلى كل حال ﴿ فـ ﴾ تمام الكلام فيها ﴿ يستدعى ﴾ بيان أركانها وأحكامها و لواحقها ﴿ .

﴿ أما الأركان فالصيغة والموجب والمملوك والعوض ﴾ إلا أنه ينبغي أن يعلم أولاً أن ﴿ الكتابة مستحبة ﴾ عندنا ﴿ ابتداء ﴾ مع الأمانة ﴿ أي ﴾ الديانة ﴿ والاكتساب ﴾ أي المال المفسر بهما الخير في الآية في صحيح الحلبي (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن علمتم فيهم خيراً إن علمتم لهم ديناً ومالاً » وفي صحيح

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٨٢ .

(٢) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٣ و ٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتبه الحديث - ١٠ - .

ابن مسلم (١) عنه عليه السلام أيضاً «الخير أن يشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، ويكون له بيده عمل يكتسب به ، أو يكون له حرفة ، وفي خبر العلاء (٢) عنه عليه السلام أيضاً «إن علمتم فيهم خيراً : إن علمتم لهم مالا ، وفي صحيح ابن مسلم (٣) عن أحدهما عليه السلام «الخير : إن علمت أن عنده مالا ، وفي صحيح الحلبي (٤) عن الصادق عليه السلام أيضاً «إن علمتم لهم مالا ، وعن المقنع أنه روي (٥) في تفسيرها «إذا رأيتموهم يحبون آل محمد صلوات الله عليهم فارفعوهم درجة ، بل في موثق سماعة (٦) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد يكتابه مولاه وهو يعلم أن ليس عنده قليل ولا كثير ، قال : يكتابه وإن كان يسأل الناس ، ولا يمنعه المكاتبة من أجل أنه ليس له مال ، فإن الله يرزق العباد بعضهم من بعض ، والمؤمن معان ، ويقال للمحسن معان ، وعن الشيخ روايته «والمحسن معان» .

ومنه يعلم استحباب أصل الكتابة وإن لم يسألها العبد مع عدم الكسب فضلاً عن الكسب ، نعم قوله : «والمؤمن معان» يشعر بكونه مؤمناً مؤيداً بما سمعته من مرسل الصدوق ره ، كما أنه يؤيد أصل نذرها كونها إحساناً وضرباً من ضروب العتق الذي قد سمعت شدة الحث عليه ، خصوصاً بالنسبة إلى المؤمن ، وخصوصاً إذا كان قابلاً للقيام بنفسه ، ولولا ذلك لأشكل إثبات الاستحباب ابتداءً وإن نفى عنه الخلاف في الرياض ، ضرورة اختصاص النصوص المفسرة للخير فيها بالذين يبتغون الكتاب من الممالك ، وإن كان قد يشعز كرههم الأمرين وتعرضهم للنصوص المفسرة للخير بهما بأن نظرهم إليها ، إلا أنه كما ترى لا دلالة في الجميع على الاستحباب ابتداءً ، نعم بناءً على استفادة نذرها من غيرها يحمل ما فيها حينئذ على تأكد الاستحباب بالالتماس بعد الإجماع من أجل عدم وجوبها ، خلافاً لبعض العامة ، مضافاً إلى ما ورد من أن الأمر فيها أحد الأمرين الأربعة المراد بها النذب في الكتاب .

(١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتبة الحديث ٥-٤ .

(٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتبة الحديث ٢ - ٣ - ٧ .

(٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المكاتبة الحديث ١ .

﴿ و ﴾ حينئذ يتجه قول المصنف وغيره : إنه ﴿ يتأكد ﴾ استحبابها ﴿ بسؤال المملوك ﴾ لكن قوله : ﴿ ولو عدم الأمران كانت مباحة وكذا لو عدم أحدهما ﴾ لا يخلو من نظر ، ضرورة التصريح بالأمر بها في الموثق (١) بل والنهي عن منعه إياها مع عدم المال (٢) ولذا قال في النافع : « الكتابة مستحبة مع الديانة وإمكان النكسب ، وتؤكد بسؤال المملوك ، وتستحب مع التماسه ولو كان عاجزاً » .

وما في الرياض - من المناقشة فيه « باحتمال ورود الأمر فيه مورد توهم الحظر فلا يفيد سوى الإباحة على الأصح » كما قرر في محله - إلى أن قال - : وكيف كان فيستفاد منه الإباحة في هذه الصورة وعليها أكثر الطائفة ، وعن المبسوط القول بالكرهية ، ولا وجه له - واضح الفساد ، خصوصاً مع معروفة رجحان فك المؤمن من الرقية ، وقد سمعت مافي المرسل (٣) بل ظاهر المرتضى في الانتصار أن الخير في الآية (٤) الدين ، ولملئه الموافق لقولهم في الدعاء للمؤمن : « اللهم إنا لا نعلم منه إلا خيراً » أو للعرف ، فإنه يقال للمؤمن : إنه علم منه خير ، بل لا يقال لغيره : إنه علم منه خير وإن كان كثير المال ، كما اعترف به المرتضى .

ومن ذلك يعلم مافي المسالك حيث إنه بعد أن ذكر الخبر (٥) المختصر في تفسير الخير على المال قال : « ورجحه بعضهم بأن فيه استعمال المشترك في أحد معنيينه ، وفي الأول استعماله فيهما ، وهو مجاز على أشهر القولين لا يصار إليه بدون القرينة ، ويضعف بأن القرينة موجودة ، وهي الرواية الصحيحة ، ولا تعارضها الأخرى ، لأن احتمالها (٦) على إثبات شرط آخر ، والمثبت مقدم ، نعم يمكن

(١ و ٢) الوسائل الباب ٢ - من أبواب المكاتب الحديث ١ .

(٣ و ٥) الوسائل الباب ١ - من أبواب المكاتب الحديث ٧ - ٢ .

(٤) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٦) هكذا في النسخة الأصلية . وفي المسالك « ولا تعارضها الأخرى ،

لاشتمالها » .

إثبات أصل الاستعجاب بوجود المال أعني القدرة على كسبه عملاً بالرّواية الصحيحة ،
ويتأتى كد الاستعجاب مع وجود الوصفين نظراً إلى الخبر الآخر (١) إلا أن قول
المصنّف : « ولو عدم الأمران كانت مباحة ، وكذا لو عدم أحدهما » ينافي ذلك ،
ولو فقد الشرطان معاً لم يستحب لعدم مقتضى له ، حيث إن الأمر مخصص بالخبر
المفسر بهما أو بالثاني ، ولو اتصف بالأول خاصّة وهو الأمانة لم يستحب ، لعدم
المقتضى له ، وربّما قيل بالاستعجاب أيضاً ، لاستعمال الخير فيه وحده في قوله
تعالى : (٢) فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ، يعنى عملاً صالحاً وهو الدين ، وقوله
تعالى : (٣) « والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير » أي ثواب ، كما
أريد بالخير المال وحده في قوله تعالى : (٤) « وإنه لحب الخير لشديد » وقوله
تعالى : (٥) « إن ترك خيراً الوصيّة » ويضعف بأن استعمال المشترك في أحد معنّيه
لا يجوز بدون قرينة كاستعماله في المعنّين ، وهي منتفية في جانب الدين وحده بخلاف
المال ، فقد يرجع جانبه بالرّواية الصحيحة ، والتحقيق أن إطلاق اسم الخير على
المعنّين المرادين هنا مجاز ، لأنّه في الشواهد إنما استعمل في العمل الصالح والثواب
ونفس المال ، والمراد هنا الأمانة والقدرة على التكسب ، وهما ليستا عملاً صالحاً
ولا ثواباً ولا مالاً حقيقة ، وإنما يكون التكسب سبباً في المال ، وإطلاق اسم السبب
على المسبب مجاز ، كما أن إطلاق الأمانة القلبية على الأعمال الصالحة المتبادر
منها إرادة أعمال الجوارح أو الثواب عليه ولا يعرفه إلا الله تعالى مجازاً أيضاً ، وحينئذ
فاطلاقه عليهما أو على أحدهما موقوف على النقل ، وهو موجود في إرادتهما وإرادة

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتب الحديث ١ .

(٢) سورة الزلزلة : ٩٩ - الآية ٧ .

(٣) سورة الحج : ٢٢ - الآية ٣٦ .

(٤) سورة العاديات : ١٠٠ - الآية ٨ .

(٥) سورة البقرة : ٢ - الآية ١٨٠ .

الثاني منهما دون الأول ، فكان العمل به متعيناً ، و حيث يفقد الشرطان أو الأول منهما تكون مباحة ، ولا تكره للأصل ، و قيل تكره حينئذٍ ، وقواه في المبسوط .

وفيه - بعد الاغضاء عن منافاة ما ذكره أولاً لقوله أخيراً « أو الأول منهما » - أن الموثق (١) المؤيد بما عرفت كافٍ في إرادة المؤمن ولو غير ذي المال الذي هو أولى قطعاً من إرادة ذي المال خاصة ، بل ظاهر انتصار المراضى أنه المراد بالخير في الآية (٢) لأذ المال خاصة كما توهمه بعض العامة ، فانه يصدق عليه أن فيه خير بخلاف الكسوب غير المؤمن ، فلا ريب في أولوية ذلك خصوصاً بعد معلومية مرجوحية فك رق غير المؤمن أو حرمة .

بل لعل ترك ذكر الدين في خبري المال (٣) انكالا على الظهور ، ولا أقل من حملهما على المقيد بذكره مع الدين وإن لم نقل بحمل المطلق على المقيد في المندوبات ، لكن في خصوص المقام باعتبار ما تقدم من النهي في النصوص عن عتق غير المؤمن (٤) - .

لا يقال لم يذكر كون المكاتب مؤمناً في الموثق لأن تعليله أخيراً بناء على إرادة العبد منه أو مع المولى ظاهر في ذلك ، نعم ليس فيه اعتبار سؤال العبد كما سمعته من النافع ، ومن هنا قلنا باستحباب الكتابة ابتداءً مع الأمرين ويتأكد بالسؤال ، وإلا فقد عرفت أن الآية (٥) و نصوص تفسير الخير (٦) فيها في خصوص

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المكاتب الحديث ١ .

(٢) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣

(٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتب الحديث ٢ و ٣ .

(٤) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب المتق الحديث ٣ .

(٥) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتب .

السائلين ، ولا ينافي ذلك عدم تعرض الموثق للمؤمن الكسوب ، لا مكان استفادته بالاولوية .

وبذلك كله يظهر لك النظر في جملة من الكلمات ، خصوصاً ما في الرّياض الذي جعل الأمر في الموثق المزبور للإباحة باعتبار توهم الحظر إذ بناءً على ذلك لا دليل على استحباب الكتابة ابتداءً من غير سؤال ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فهي ﴿ ليست عتقاً بصفة ﴾ كما عن بعض العامة ، لعدم صدقه عليها عرفاً ، وعدم قصده في عقدها ، والاتحاد في الغاية أو في بعض الأحكام لا يقتضي الاندراج في الاسم ، وإلا لدخل كثير من المعاملات في آخر .

﴿ ولا بيعاً للعبد من نفسه ﴾ كما عن التقى وابني زهرة وإدريس وظاهر عليّ ابن إبراهيم في تفسيره ﴿ بل هي معاملة مستقلة ﴾ خارجة عن قياس المعاملات من جهة أنها دائرة بين السيد وعبد ، وأنّ العوضين للسيد ، وأن المكاتب على مرتبة متوسطة بين الرّق والحرية ، وليس له استقلال الأحرار ولا عجز المماليك ، ولذا كانت تصرفاته مردّدة بين الاستقلال و نقيضه كما ستعرف ، إلا أنّ الحاجة لمآكات داعية إليها - فإن السيد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجاناً والمملوك لا يشمر للكسب مالم يكاتب تشميره إذا كوتب - شرعها الشارع ورتب عليها أحكاماً ، ومن هنا اغتفر فيها مالا يفتقره في غيرها ، نحو اغتفاره الجهالة في بيع القراض وعمل الجمالة .

و على كل حال فهي ﴿ بعيدة عن شبه البيع ﴾ الذي يقتضي المغايرة بين البائع والمشتري ، والمبيع هنا هو المشتري ، ويقتضي قبول المشتري للملك ، وهو منتف عن المملوك ، ويقتضي كون العوض ملكاً للمشتري والمعوض ملكاً للبائع ، وهنا الأمران للمولى ، على أنّ البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى آخر ، فلا بد من تحقق إضافة الملك بين المشتري والمبيع ، وهو منتف هنا لتوقف الإضافة على تغاير المضافين المفقود في المقام ، ولأنّ ملك العبد يتوقف على حرّيته ، وحرّيته موقوفة على تملكه فيدور ، ولأنّ السيد لا يباع عبده ، ومن ثم لا يصحّ بيعه مالا

آخر قولاً واحداً ، ولأنه لو كانت بيعاً لثبت المال في ذمته وعتق في الحال ، كما لو أعتق على مال ، إلى غير ذلك مما لا يخفى من المنافيات لاندراجها في البيع حقيقة .

مضافاً إلى صحة السلب و تغاير المفهوم عرفاً و إطلاق الاسم عليها في بعض النصوص لضرب من المجاز لا يقضى اندراجها فيه حقيقة وإلا لكان الصلح أولى بذلك ، ضرورة كثرة إطلاق البيع والشراء على موارد ، فليس حينئذ الإطلاق المزبور إلا على وجه التشبيه البليغ لا الحقيقة .

ومن هنا قال الشيخ : الكتابة تفارق البيع من وجوه : (أحدها) أن الكتابة لا بد فيها من أجل و البيع لا يقتصر إليه ، و (منها) أن الكتابة يمتد فيها خيار العبد و البيع لا يمتد فيه خيار الشرط ، و (منها) أن للبائع أن يشترط لنفسه الخيار ، وليس للمشتري أن يشترط ، ويتفقان في أن الأجل فيهما لا بد أن يكون معلوماً ، ولا يصح كل واحد منهما إلا بعوض معلوم ، وإن كان الاختلاف المزبور لا ينافي كونها من البيع حقيقة ، إذ الأجل على تقدير اعتباره يكون فيها كاعتباره في السلم من البيع الذي قيل فيه بعدم اعتباره فيه ، نحو ما تسمعه فيها أيضاً ، وامتداد خيار العبد على القول به كامتداد خيار المجلس بامتداده ، وخيار الشرط باشتراطه مدة مدبدة ، واشتراط الخيار لنفسه فيها استعرف الكلام فيه إنشاء الله ، إنما العمدة ما ذكرناه من ثبوت تغاير مفهومها مع مفهومه عرفاً .

وحينئذ ﴿ فلو باعه نفسه بثمن مؤجل لم يصح ﴾ كتابة ، لما عرفت من عدم كونها من أفرادها وإلا لصح وإن لم يقصدها كما يصح البيع في مورد السلم سلماً وإن لم يقصده سلماً .

وما عن المبسوط - من جواز وقوعها بلفظ البيع لافادة المراد وإن قلنا إنها ليست بيعاً - مبني على جواز استعمال اللفظ مجازاً في العقد كما ذكرنا قوته غير مرة ، ولا ينافي ذلك مناسبتها له في المفهوم أو مبني على جواز ذلك بيعاً لا كتابة ،

إذ لا تلازم بين عدم كون الكتابة بيعاً وبين جواز بيع العبد من نفسه بضمن مؤجل ،
فيثبت له حينئذ أحكام البيع لا الكتابة ، كما يومئذ إليه مافي الدروس ، فانه ذكر
فروعاً متصلة بالمسألة الأولى منها ، قال : « إن جوازنا بيعه عليه فاذا قال : بعتك
رقتك أو نفسك بكذا فقبل عتق كسراء القريب ، ولا ولاء عليه إلا مع الشرط عند
الشيخ كما مر » ويشكل ببعد ملك الانسان نفسه ، ولو صح فكيف يكون
الولاء للبائع مع أنه لم يعتقه ، والاشتراط يخالف قوله عليه السلام : (١) الولاء
لمن أعتق ،

قلت : ولا يدفع الاشكال الأول كونه كبيع مافي الذمة على الانسان نفسه ،
لأن ذلك مرجعه إلى الاسقاط بعد قابلية المشتري لأصل قبول البيع بخلاف الفرض ،
فان قابلية شراء العبد نفسه مفقودة ، ودعوى سيرورته قابلاً ذلك بمقدد البيع معه -
على معنى حصول القابلية والاعتناق دفعة بالقبول - كما ترى ، وإطلاق لفظ البيع
لا يقتضي صحة ذلك .

فالتحقيق عدم صحة ذلك بيعاً أيضاً فضلاً عن أن يكون من الكتابة التي
لا يتصور كونها من البيع بالمعنى المزبور في كتاب البيع ، بل ظني أن القائل بأنها
من البيع لم يرد أنها فرد حقيقة من البيع بالمعنى المعهود الذي لا يخفى مباينته
لها ، ولا أن البيع مشترك لفظاً بين مفهومها وبين غيرها ، ضرورة عدم اقتضاء ذلك
ثبوت أحكام البيع من خيار المجلس ونحوه مما كان العنوان فيه البيع ، بل يريد
أن البيع للأعم من ذلك وما يشملها ، نحو ما سمعته في بيع الخدمة ، بل وفي بيع
العرية وحينئذ فلا يرد عليه كثير مما سمعته ، نعم يدفعه تحقق التباين عرفاً بين
المفهومين وعدم قدر مشترك بينهما على وجه يشتركان فيما يثبت من الأحكام التي
عنوانها البيع ، كخيار المجلس ونحوه ، والاشتراك اللفظي لا يفيد ذلك ، بل لائمه
في النزاع فيه ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ بذلك يظهر لك أنه ﴿ لا يثبت مع الكتابة خيار المجلس ﴾

الذي عنوانه البيعان بالخيار مالم يفترقا ، وكذا الكلام في غيره من الأحكام .
هذا وفي الدروس قال : « الثاني - أي من الفروع المزبورة - لو قال له :
أنت حرّ على ألف درهم أو إن أعطيتني ألفاً فأنت حرّ قيل : يبطل ، لأن العبد
لا يملك ، والثاني تعليق ، ويمكن إلحافهما بالكتابة » .

قلت : لم أجد ذلك لأحد من الخاصة ، نعم هو في بعض كتب الشافعية ،
ومرجعه إلى مشروعية هذين القسمين كمشروعية الكتابة ، وهو كما ترى لا يوافق
أصولنا التي منها حرمة القياس ، نعم قد يقال بصحة الأول باعتبار كونه شرطاً في
العتق ، وقد عرفت صحته ، والثاني بناءً على صحة التعليق ، وليس من الكتابة في
شيء قطعاً ، ولا من ملحقاتها ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ وكيف كان فلا تصح من دون الأجل على ﴾ الأشهر ﴿ الأشبه ﴾
بأصول المذهب و قواعد التي منها أصالة بقاء العبد على الرقبة التي لا يعارضها
إطلاق الكتابة في الكتاب (١) والسنة (٢) بعد دعوى دخول الأجل في مفهومها
أو احتمالها احتمالاً مساوياً لعدمه ، أو انسياق المؤجل منها ، خصوصاً بعد ملاحظة
النصوص (٣) التي تعرضت لأحكامها ، فانه يظهر منها المفروغية من كونها
مؤجلة ، حتى ورد عن الصادق عليه السلام في خبر الملا (٤) في تفسير قوله تعالى (٥) :
« و آتوهم من مال الله » قال : تضع عنه من نجومه التي لم تكن تريد أن تنقصه
منها ، وورد عنه عليه السلام أيضاً في صحيح معاوية بن وهب (٦) في حديث المكاتبة « قلت :

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتبة .

(٣) الوسائل الباب - ٤ و ٥ - من أبواب المكاتبة .

(٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المكاتبة الحديث ٢ .

(٥) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المكاتبة الحديث ١ .

فما حد العجز؟ قال: إن قضائنا يقولون: إن عجز المكاتب أن يؤخر النجم إلى النجم الآخر حتى يعول عليه الحول، قلت: فماتقول أنت؟ قال: لا ولا كرامة، ليس له أن يؤخر نجماً عن أجله إذا كان في شرطه، إلى غير ذلك من النصوص الظاهرة في كون بناء الكتابة على ذلك.

و لعله إليه يرجع الاستدلال على ذلك بإيقاع السلف من عهد النبي ﷺ وبعده، فانهم لا يعقدون الكتابة إلا على عوض مؤجل على وجه يقتضي عدم جواز غيره، فكان إجماعاً، فلا يرد حينئذ عدم اقتضاء ذلك بطلان الحال، إذ عدم استعمالهم له أعم من البطلان.

كما أن ما ذكر أيضاً من الاستدلال بأنه على تقدير الحلول يتوجه المطالبة في الحال وهو عاجز عن الأداء حينئذ، فيكون كالسلم في شيء لا يوجد عند الحلول، فلا بد من ضرب أجل له يوجد فيه لئلا يطرق إليه الجهالة الداخلة في القرر المنهي عنه (١) فيرجع إلى إرادة عدم ثبوت شرعية الحال الذي لا يتمكن منه العبد غالباً، واحتماله في بعض الأفراد على بعض الأحوال خصوصاً إذا كان مبيعاً وكونه على الجزء الآخر لا ينافي حكمة شرعية الأجل الذي تخرج به المعاملة عن كونها سفهية وعن غير المقدور عليها ونحو ذلك.

فما عن الشيخ في الخلاف وابن إدريس و يحيى بن سعيد من عدم اعتبار الأجل للاطلاق لا يخلو من نظر وإن اختاره الفاضل في القواعد و ثاني الشهيد بن في المسالك، بل الأولى اعتبار أجل يتمكن فيه من أداء المال عادة، فلا يكفي غيره على الأحوط، والله العالم.

﴿ ولا خلاف في أنه ﴾ يفتقر ثبوت حكمها إلى الإيجاب والقبول ﴿ ولو على جهة المعاطاة كغيرها من العقود بناءً على عموم شرعيتها، وإن كان لا يخلو جريان المعاطاة هنا من إشكال لعدم ثبوت سيرة عليها، نعم أقوا الثبوت عند بعض، للصدق عرفاً وإن كان فيه ما فيه، كما تقدم في نظائره. ﴾

﴿ و كيف كان فـ ﴾ يكفى في ﴾ عقد ﴾ المكاتبه أن يقول كاتبك مع تعيين الأجل والعوض ﴾ ويقول العبد : « قبلت » ﴾ وهل يفتقر إلى قوله فإذا أدت فأنت حر مع نية ذلك ﴾ في إيجاب المكاتبه ؟ ﴾ قيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي الخلاف : ﴾ نعم ﴾ بل هو الظاهر من كلام ابن إدريس ، لاشتراك لفظ المكاتبه بين المراسلة والمخارجه وبين المكاتبه الشرعية ، فلا بد من مائز باللفظ يخرجها عن الاشتراك إلى الصريح .

﴿ وقيل ﴾ و القائل هو في المبسوط و الأكثر بل جعله في الأول هو مقتضى مذهبنا : ﴾ بل تكفى النية مع العقد ، فإذا أدى عتق سواء نطق بالضميمة أو أغفلها وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، لأصاله عدم الاشتراط بعد دلالة إنشاء عقد المكاتبه الذي غايته ذلك عليه ، بل هو كغيره من الغايات المترتبة على العقود التي من المعلوم عدم وجوب ذكرها ، بل الملتجئ عدم الاحتياج إلى نية ذلك وإخطاره في البال ، للاكتفاء بالإنشاء المزبور ، لكونه صريحاً في ذلك ، وإلا لم يعجز حتى مع النية ، بناءً على عدم جواز الكناية في العقد وإن كان قد تكرر منّا ذكر الاشكال فيه باقتضاء إطلاق الأدلة جواز العقد باللفظ الحقيقي والمجازي ، إذ ليس هو إلا كغيره من المقاصد التي تبرز بهما ، كما تقدم ذلك منّا غير مرة .

و أصل الخلاف في هذه المسألة إنما هو من الشافعي وأبي حنيفة ، و أوجب الأول التصريح باللفظ المزبور ، ولم يكتف بنيته ، كما لا تكفى نية الإيجاب عن التصريح بما يدل عليه ، واكتفى الثاني بلفظ « كاتبك » عن غيره ، لأنه صريح في ذلك : ضرورة كون المراد من اللفظ المستعمل في إيجاب العقد ما يقتضي الحرية بعد الأداء ، كما أن المراد منه على فرض كونها بيعاً معنى « بعثك » وعلى فرض كونها عتقاً بصفة أنت حر بعد أدائك ، واستعمال المكاتبه بمعنى المراسلة والمخارجه غير قادح في الصراحة عند إرادة إنشاء عقد المكاتبه بها ، بل لعل ألقاظ العقود والإيقاعات جميعها كذلك ، إذ مع قطع النظر عن الاتيان بها حال إرادة

الإنشاء لا تدل على العقد المخصوص ولا الإيقاع كذلك ، لأنها مشتركة بين الإخبار والإنشاء مثلاً إلا أنها صريحة في معناها في مقام الإنشاء .

وربما يؤيد ما ذكرنا التأمل فيما تسمعه من النصوص (١) الكثيرة المشتملة على اشتراط الرد في الرق مع العجز الظاهرة في اقتضاء المكاتب الحرية بقدر ما أدى مع عدم الشرط المزبور ، بل كاذ يكون صريح بعضها الاجتزاء بقول : « كاتبك » مع ذكر الأجل والعوض ، بل هي ظاهرة في كون ذلك من مفهوم المكاتب والمكاتب ، بل من مفهوم كاتبك المستعملة في إنشاء العقد إن لم يرد منها التحرير بعد الأداء ، فلا ريب في إرادة جعلتك مكاتباً فيها ، والنصوص المزبورة ظاهرة في أن المكاتب إن لم يشترط عليه الرد في الرق مع العجز تحرر منه بقدر ما أدى ، ودعوى اعتبار قول : « فاذا أديت فأنت حر » مع قول : « كاتبك » وذكر الأجل والعوض في لحوق وصف المكاتب له ظاهرة الفساد ، ضرورة صراحة كل صيغة مشتقة من اسم المعاملة الخاصة في تمام معناها ، كما في « بعث » و « صالحت » و « أنكحت » وغيرها .

فمن الغريب ميل الفخر وتلميذه الشهيد في نكت الارشاد إلى اعتبار اللفظ المخصوص . مضافاً إلى الصيغة المشتملة على ذكر الأجل والعوض ، بل ظاهر الثاني منهما أن ذلك من تنمة الإيجاب ، والله العالم .

﴿ وكيف كان فلا خلاف بيننا في أن ﴾ الكتابة قسمان : مشروطة ومطلقة و ﴿ في أن ﴾ المطلقة أن يقتصر على العقد وذكر الأجل والعوض والنية ﴿ بالمعنى الذي تقدم ﴾ و المشروطة أن يقول مع ذلك : « فان عجزت فأنت رد في الرق » و حينئذ ﴿ فمتى عجز كان للمولى رده رقاً ، ولا يعيد عليه ما أخذ ﴾ قال أبو جعفر عليه السلام في صحيح ابن مسلم (٢) : « إن المكاتب إذا أدى شيئاً اعتق بقدر ما أدى إلا أن يشترط مواليه إن عجز فهو مردود ، فلهم شرطهم » و في

صحيحه الآخر (١) عنه عليه السلام أيضاً « في مكاتب شرط عليه إن عجز أن يرد في الرق ، قال : المسلمون عند شروطهم » وقال الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي (٢) « في المكاتب إن أدى بعض مكاتبته إن الناس كانوا لا يشترطون وهم اليوم يشترطون ، والمسلمون عند شروطهم ، فإن كان شرط عليه إن عجز رجع ، وإن لم يشترط عليه لم يرجع » ونحوه صحيحه الآخر (٣) عنه عليه السلام أيضاً وفي خبره الآخر (٤) عنه عليه السلام أيضاً « في المكاتب يكاتب ويشترط عليه مواليه أنه إن عجز فهو مملوك ، ولهم ما أخذوا منه ، قال : يأخذ مواليه بشرطهم » وفي خبر القاسم بن سليمان (٥) عنه عليه السلام أيضاً « أن علياً عليه السلام كان يستسعى المكاتب ، إنهم لم يكوا يشترطون إن عجز فهو رقيق ، قال : وقال أبو عبد الله عليه السلام : لهم شروطهم ، إلى غير ذلك من النصوص التي يمر عليك بعضها .

خلافاً للعامة ، فليست عندهم إلا قسماً واحداً ، وهو المشروط عندنا ، فلا يعتق إلا بأداء جميع المال ، لقوله عليه السلام (٦) « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » المحمول على صورة الشرط ، وإليه أومئ في النصوص السابقة التي منها يعلم أيضاً طرح خبر جابر (٧) عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألت عن المكاتب يشترط عليه إن عجز فهو رد في الرق ، فعجز قبل أن يؤدي شيئاً فقال أبو جعفر عليه السلام : لا يرد في الرق حتى يمضي ثلاث سنين ، ويعتق منه بمقدار ما أدى ، فإذا أدى ضرباً فليس لهم أن يردوه في الرق ، أو حمله على ما لا ينافيها ، وكذا غيره .

و على كل حال فقد ظهر لك الفرق نصاً و فتوى بين المطلقة و المشروطة بانعتاق قدر ما يؤدي في الأولى و عدمه في الثانية . و أما اشتراكهما ففي أكثر الأحكام .

بل في المسالك و غيرها ممن تأخر عنها اشتراكهما في الفسخ بالعجز أيضاً

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتب الحديث ٧ - ٣ .

(٣ و ٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتب الحديث ٥ - ٦ -

قال : « إذا عجز المكاتب عن مال الكتابة أو بعضه جاز للمولى الفسخ في الجملة ، لكن إن كانت مشروطة رجع رفقاً بالعجز ولو عن درهم من آخر المال ، وإن كانت مطلقة و كان عجزه عن النجم الأول فكذلك ، وإن كان عن غيره أو عن بعضه بعد أن أدى شيئاً أفاد الفسخ عود ما بقي منه واستقر عتق مقدار ما أدى ، فاحتيج إلى معرفة العجز المسوخ للفسخ في القسمين ، وإن كان مقتضى عبارة المصنف والأكثر أن البحث عن عجز المشروطة خاصة . »

قلت : لعل وجهه عدم دليل على اقتضائه الفسخ في المطلقة التي لا يكفي في ثبوت ذلك فيها بمجرد تخلف الأداء عن النجم مطلقاً أو إلى نجم آخر ، وإلا لاقضى ذلك في النسبة في البيع مثلاً ، ضرورة عدم صدق الشرط على مثله كي يتسلط على الخيار بعدم الوفاء نحو غيره من الشرائط ، بل هو من توابع الثمن الذي هو ركن المعاملة المقتضية لتسليمه لأنه مستحق بالشرط ، وإلا لاقضى الفسخ فيها على وجه يعود جميعه رفقاً ، كما في غيره من الشرائط الموجبة للفسخ بعدم الوفاء بها ، وكان العامة توهموا ذلك فجعلوا القسمين قسماً واحداً ، لكنه كما ترى لا شرطية في المطلقة بخلافه في المقيدة ، فتأمل جيداً فإنه ربما يأتي لذلك مزيد تحقيق .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ بعد العجز ﴾ و علامته في المشروطة كما في النهاية ﴿ أن يؤخر نجماً إلى نجم ﴾ ويجتمع مالان على المملوك ، ﴿ أو يعلم من حاله العجز عن فك نفسه ﴾ وإن لم يؤخر نجماً إلى آخر ، و تبعه ابن البراج ، بل في المسالك نسبته إلى أتباعه أيضاً ، بل قال : سواء كان ذلك التأخير بسبب العجز عنه أو بالمطل أو بالغيبة بغير إذن المولى ، وإطلاق اسم العجز على هذا الشق مجاز باعتبار قسميه ولمشار كته العجز في المعنى .

﴿ و قيل ﴾ والقائل المفيد و الشيخ في الاستبصار و ابن إدريس ، بل نسب إلى كثير من المتأخرين : هو ﴿ أن يؤخر نجماً عن محله ﴾ بل في المسالك « سواء

بلغ التأخير نجماً آخر أم لا ، و سواء علم من حاله العجز أم لا ، حتّى لو كان قادراً على الأداء فمطل به جاز الفسخ إذا أخره عن وقت حلوله و لو قليلاً ، وإن كان فيه بل و في السابق أيضاً عدم صدق العجز في صورة المماطلة .

وعبارة المفيد لا تقتضي ذلك ، قال : « إن اشترط في الكتاب أنك إن عجزت عن الأداء أو أبطأت به رجعت عبداً فمعجز عن الأداء بعد حلول الأجل أو أبطأ بالأداء وقد حل الأجل كان عبداً على حاله قبل المكاتبه ، و هي كالصريحة في اشتراط البطء كالعجز ، لأنّه مع الاقتصار على الآخر يحصل الحكم بالبطء ، فتأمل .

وعن الصدوق ره « إن كاتب رجل عبداً و شرط عليه إن عجز فهو ردّ في الرق » فله شرطه ، فينتظر المكاتب ثلاثة أنجم ، فإن هو عجز ردّ رقاً ، وقال ابن إدريس على ما حكى عنه : « و حد العجز هو أن يؤخر نجماً إلى نجم ، و الأولى أن نقول : يؤخر النجم بعد محله ، فأما تأخير النجم إلى نجم آخر فعلى جهة الاستعجاب الصبر عليه إلى ذلك الوقت ، و هو موافق لما سمعته من المفيد ، فتكون الأقوال حينئذ في المسألة ثلاثة . و أما كلام ابن الجنيد فمرجه إلى أن المدار على ما يتحقق به شرطه ، كما لا يخفى على من لا حظّه ، فهو ليس قولاً في المسألة .

و على كل حال ففي المتن ﴿ و هو ﴾ أي القول الثاني ﴿ مردوي ﴾ مشيراً بذلك إلى صحيح معاوية بن وهب (١) عن الصادق عليه السلام « سألته عن مكاتبه أدت ثلثي مكاتبها وقد شرط عليها إن عجزت فهي ردّ إلى الرق » ونحن في حلّ مما أخذنا منها و قد اجتمع عليها نجهان ، قال : تردّ و يطيب لهم ما أخذوا ، و قال : ليس لها أن تؤخر النجم بعد حله شهراً واحداً إلاّ باذنهم .

و صحيحه الآخر (٢) عنه عليه السلام أيضاً « قلت له : إني كاتب جارية لا يتم لنا

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المكاتب الحديث ٢ .

(٢) ذكر صدره في الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المكاتب الحديث ١ و ذيله

في الباب - ٥ - منها الحديث ١ .

و اشترطت عليها إن هي عجزت فهي رد في الرق و أنا في حل مما أخذت منك ، قال : فقال لي : لك شرطك ، وسيقال لك إن علياً عليه السلام كان يقول يعتق من المكاتب بقدر ما أدت من مكاتبته ، فقل : إنما كان ذلك من قول علي عليه السلام قبل الشرط ، فلما اشترط الناس كان لهم شرطهم ، فقلت له : وما حد العجز ؟ فقال : إن قضائنا يقولون : إن عجز المكاتب أن يؤخر النجم إلى النجم الآخر حتى يحول عليه الحول ، قال : قلت : فما تقول أنت ؟ فقال : لا ولا كرامة ، ليس له أن يؤخر نجماً عن أجله إذا كان ذلك في شرطه ، بناءً على رجوع لفظ ذلك ، للعجز الذي هو البعيد لا التعجيز بالتأخير عن المحل حتى يكون خارجاً عن محل النزاع ، إذ هو كما ترى مناف للظاهر ، بل و للانكار على ما حكاه عن القضاة ، بل و لغير ذلك .

ثم إن ظاهر المصنف عدم رواية تدل على القول الأول ، لكن قيل يدل عليه المرسل (١) عن بعض الكتب عن أمير المؤمنين عليه السلام « لا يرد في الرق حتى يتوالى نجمان » و موثق إسحاق بن عمار (٢) عن الصادق عليه السلام « إن علياً عليه السلام كان يقول : إذا عجز المكاتب لم ترد مكاتبته في الرق ، ولكن يمتظر عاماً أو عامين ، فإن قام بمكاتبته و إلا رد مملوكاً » بناءً على أن المراد من النجم العام ، كما يؤول إليه الصحيح (٣) السابق بعد حمل قوله عليه السلام : « أو عامين » على الندب . و أما الفسخ في صورة العلم بالعجز وإن لم يحصل التأخير إلى النجم الآخر فلا أن التأخير حينئذ عبث ، ضرورة كونه لرجاء القدرة المفروض العلم بعندها .

لكن في الأول أنه مرسل و وجادة ولا جابر ، و في الثاني أعمية النجم من الحول ، فلا بأس بحمله على ضرب من الندب ، لذلك و للتخيير فيها ، و أما ما ذكره

(١) المستدرك الباب - ٥ - من أبواب المكاتبة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبة الحديث ١٣ .

(٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المكاتبة الحديث ٢ .

من عدم الفائدة مع العلم بالعجز ففيه منع ظاهر وذلك لأن المراد بالعلم هنا أيضاً الظن الغالب، لتعذر العلم حقيقة، ويمكن تخلفه ولو يبدله من أحد مثلاً قبل حلول النجم الثاني.

هذا وفي المسالك «يمكن الاستدلال له بصحيح معاوية بن وهب الأول حيث دلّ صريحاً على جواز الفسخ بتأخير نجم إلى نجم لقوله: «وقد اجتمع عليه نجمان»، إلى آخره، ولا دليل صريحاً على جواز الفسخ قبل ذلك، بل على تحريم تأخير الأداء، ولا كلام فيه، لأن ذلك مقتضى الدين بعد حلوله - قال - : ولعل نسبة المصنف القول الثاني إلى الرواية وإشعار تصديره بالحكم بالقول الأول ناش عن ذلك، وإلا لم يكن للعدول عن الرواية الصحيحة وجه».

قلت: لا يخفى عليك ظهور بيان حرمة تأخير الأداء هنا في إرادة الفسخ، كما يشهد له سياق الصحيح (١) المزبور، على أن الظاهر كون المسألة لفظية لامدخلية للتعبد بالنص فيها، ضرورة كون المدار على ما يشترطه المولى من التأخير عن الماحل أو إلى حلول النجم الآخر أو إلى جميع النجوم أو غير ذلك، ومن التعليق على العجز أو المطل أو الأعم منهما الشامل لحال الغيبة أو غيرها، وإلى ذلك أوما ابن الجنييد وغيره، ومع إطلاق العجز لا يدخل فيه المطل والغيبة قطعاً، وإطلاق الصحيح (٢) المزبور محمول على التأخير عن الماحل بالعجز لا بهما، كما هو واضح.

ويتحقق بصدق اسمه بالتأخير عن الماحل ولو لحظة مع فرض كون المراد من الشرط تحقق أصل ماهيته، ولو فرض إجمال المراد به عرفاً فالأصل للزوم، واحتمال الرجوع إلى النصوص تعبداً فيه واضح الضعف، للعلم بكون المدار على ما يفهم عرفاً وأنه لا يعتمد بخلافه. وبذلك يظهر أن المراد من النصوص المفهوم عرفاً دون التعبد وإن نافي العرف ولم يفهم منه فيه وحينئذ فصحة الرواية وعدمها لامدخلية لها في المقام.

ثم لا يخفى عليك أن ظاهر ما سمعته من عبارة الشيخ الاكتفاء في ثبوت الخيار بالعلم بالمعجز ولو قبل حلول النجم الأول كما اعترف به في كشف اللثام ، وحينئذ فيصح مقابلته للمعجز على القولين ، لأنه يختص مقابلته للمعجز على القول الأول ، ولعله على ذلك تحمل عبارة الارشاد ، قال : « وحده تأخير النجم عن محله على رأى أو يعلم من حاله المعجز ، وإن كنا لم نجده قولاً لأحد ، بل فى المسالك دعوى الاجماع على عدم جواز الفسخ قبل حلول نجم ، وإن علم المعجز ، وحينئذ فيختص صحة مقابلته للمعجز بالمعنى الأول كما فى المتن ، لتحقيق المغايرة بينهما دون الثانى الذى مقتضاه ثبوت الخيار بالتأخير عن النجم لحظة ، علم المعجز أو لم يعلم ، بل وإن علم عدمه ، وقبله لا يجوز ، وحينئذ فتكون عبارة الارشاد غير سليمة كما جزم بذلك فيها تبعاً للشهيد فى غاية المراد ، خصوصاً بعد أن جعله فيها قسماً للمعجز بالمعنى الثانى المقرون بالرأى ، ومقتضاه عدم الخلاف فى ثبوت الفسخ به وإن لم يحل نجم ، وقد عرفت أننا لم نعرفه قولاً لأحد ، ولكن الأمر سهل .

ثم إن ظاهر ما سمعته من النهاية والمتن اعتبار المعجز عن فك نفسه ، لا العلم بالمعجز عن أداء النجم الذى قد حل ، ولعله لأنهم قد فرضوا المسألة فى المشروطة التى بعجزه عن قليل من المال لا ينفك شيء من رقبته ، وإنما يختلف الحكم فى المطلقة التى قد عرفت كون المفروض فى كلام الأصحاب خلافاً ، وكلام ابن الجنييد الذى قد استحسنه فى المسالك وغيرها مرجعه إلى ما ذكرناه من أن المدار على شرطه ، كما لا يخفى على من لا حظه .

و المراد بالنجم هنا المال المشترط أدائه فى وقت خاص وإن كان المتعارف من النجم الوقت ، قيل ومنه ما فى الحديث (١) « هذا إبان نجومه » يعنى البنى ، أى وقت ظهوره ، ويقال : كان العرب لا يعرفون الحساب وبينون أمورهم على طلوع النجوم و المنازل ، فيقول أحدهم : إذا طلع نجم الثريا أدبت حقا ، فسميت

الأوقات نجومياً ، إلا أنه يطلق على المال المجموع عليه في ذلك الأجل ، وهو المراد هنا ، والله العالم .

﴿ ويستحب للمولى مع العجز الصبر عليه ﴾ عاماً أو عامين أو ثلاثة ، لما سمعته من الموثق (١) و خبر الحسين بن علوان (٢) المروى عن قرب الاسناد عن جعفر عن أبيه عليه السلام « إن علياً عليه السلام كان يؤجل المكاتب بعد ما يعجز عامين يتلوهم ، فإن أقام بحريته وإلا ردّه رقيقاً » وقول الصادق عليه السلام (٣) « ينتظر بالمكاتب ثلاثة أنجم ، فإن هو عجز ردّه رقيقاً » وقول الباقر عليه السلام في خبر جابر (٤) السابق المحمولة أجمع على النذب ، لقصورها عن الحكم بالوجوب .

بل للتسامح في أدلة السنن أطلق المصنف استحباب الصبر عليه من غير تقييد له بمدة ، لامكان القول بافادتها ذلك وإن اختلفت شدة وضعفاً بطول المدة وقصرها ، مضافاً إلى ما في الصبر عليه من الإحسان ورجاء حصول الحرية ، وعلى كل حال فما سمعته من الصدوق من تحديد العجز بالثلاثة لهذه النصوص واضح الضعف ، ويمكن إرادته النذب .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ الكتاب عقد لازم ﴾ من الطرفين ﴾ مطلقة كانت ﴿ كما هو المشهور ، بل عن التحرير الإجماع عليه ﴾ أو مشروطة ﴿ لأصالة اللزوم المستفادة من الآية (٥) والاستصحاب وغيرهما مما ذكرناه في محله ، ولا ينافي ذلك جواز الفسخ إذا كانت مشروطة وعجز العبد ، لما سمعته من الأدلة ، كما لا ينافي في لزوم البيع ثبوت الخيار فيه في الجملة ، وحينئذ فما في القواعد - من أن الكتابة عقد لازم من الطرفين إلا إذا كانت مشروطة وعجز العبد - لا يخلو من شيء إلا أن الأمر سهل بعد وضوح المراد .

(١ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتب الحديث ١٣ - ٩ -

. ١٢

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المكاتب الحديث ٣ .

(٥) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

و قيل : إنها مطلقا لازمة من طرف المولى جائزة من طرف العبد مطلقا ، لأن الحظ في الكتابة له دون السيد ، فله إسقاط حقه دونه ، ولأن الكتابة يتضمن تعليق المتق بصفة في العبد ، والتعليق يلزم من جهة المعلق دون العبد الذي لا يلزمه الاتيان بالصفة .

إلا أنه لم تتحقق القول المزبور وإن حكى عن الخلاف إلا أن المحكى عنه الاستدلال على ذلك باجماع الفرق و أخبارهم على أن المكاتب متى عجز كان لمولاه رده في الرق إذا كانت الكتابة مشروطة ، وهو كالصريح في اختصاص الحكم بها دون المطلقة التي قد سمعت دعوى الاجماع على لزومها من الفاضل .

وعلى كل حال لا ريب في ضعفه ، وكون الحظ له فيها لا يقتضي عدم وجوب وفاء الدين الذي هو حق المولى أيضا ولا تعليق فيها ، بل مقتضاها أداء المال في نجومه ، فيجب عليه الوفاء به للأية (١) كما هو واضح .

﴿ وقيل ﴾ و القائل الشيخ في المحكى من مبسوطه : ﴿ إن كانت مشروطة فهي جائزة من جهة العبد ، لأن له أن يعجز نفسه ﴾ قال : « الذي يقتضيه مذهبنا أن الكتابة إن كانت مطلقة فهي لازمة من الطرفين ، وليس لأحدهما فسخ ، وإن كانت مقيدة فهي لازمة من جهة السيد و جائزة من جهة العبد ، فإن عجز لم يجبر على الاكتساب ، و وافقه عليه ابن إدريس على ما حكى عنه ، وكان وجهه ماسمته من الخلاف من جواز رده في الرق مع عجزه ، فدل على أن له تعجيز نفسه ، وإلا لوجب التكبس و لم يعجز رده .

ولا يخفى ضعفه ، فإن جواز رده في الرق مع عجزه لا يدل على جواز تعجيز نفسه اختيارا ، وإنما يدل على جواز الفسخ مع العجز عن أداء ما عليه . وإلى ذلك كله أشار المصنف بقوله : ﴿ والأول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده .

﴿ ولا نسلم أن للعبد أن يعجز نفسه ، بل يجب عليه السعى ، و لو امتنع يجبر ، و قال الشيخ : لا يجبر ، وفيه إشكال من حيث اقتضاء عقد الكتابة وجوب

السعي ، فكان الأثبته الاجبار ، لكن لو عجز كان للمولى الفسخ * وكأنه أشار بذلك إلى الفرق بين المقام وبين بيع النسيئة الذي لا يجب فيه على المشتري السعي في وفاء الثمن مع فرض إعساره ، لأن ذلك ليس مقتضى البيع الذي يجب الوفاء به بخلاف المقام الذي مقتضى العقد فيه وجوب السعي ، بل قد سمعت ما دل على المراد بالخير في الآية (١) من النصوص (٢) لا أن مقتضاه إثبات مال في ذمته يجب عليه أدائه مع حصوله له ولا يجب عليه تحصيله .

بل به ظهر الفرق بين المقام وبين الدين الذي لاوجب التكسب على المديون في وفائه ، بل منه يعلم أيضاً ما في كلام ثاني الشهيدين في المسالك ، فلاحظ و تأمل .

كما أن مما ذكرنا يظهر ضعف المحكي عن ابن حمزة من جواز المشروطة من الطرفين والمطابقة من طرف المكاتب خاصة بل هو من الغريب ، ضرورة مخالفته الأصول ، خصوصاً في المولى الذي لا حظ له في العتق ، على أن الجواز في حقه آت بمعنى أن له فسخ العقد وإن لم يعجز العبد ، وهو مناف لما هو كالمجمع عليه بينهم من عدم جواز ذلك ، خصوصاً بعد أن ذكر غير واحد هنا أن المراد بالجواز من طرف المكاتب أنه لا يجب عليه السعي في مال الكتابة ولا أدائه على تقدير وجوده معه ، بل له أن يعجز نفسه و يمتنع من تحصيل صفة العتق ، فلمولى حينئذ أن يفسخ العقد ، وله أن يصبر ، وليس المراد بجوازه ما هو المعمود في غيره من العقود من أن له فسخ العقد .

نعم عن الشيخ في المبسوط قول آخر في تفسير الجواز ، وهو أنه لا يلزمه التكسب له وإن قدر عليه ، لكن إن كان عنده مال وجب عليه دفعه ، وأجبر على ادائه مع الامتناع ، كمن عليه دين وهو موسر .
وقد يقال : إن معنى جوازها من طرف المولى بمعنى أن له تعجيز العبد

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتب .

و منعه من التكبس حتى يحصل العجز الموجب للخيار ، و على كل حال فمعنى لزومها من الطرفين أنه ليس لأحد منهما فسخها بنفسه كغيرها من العقود اللازمة ومع ذلك قد يجوز فسخها للمولى في حال مخصوص ، فتأمل جيداً ، والله العالم .

﴿ ولوائفقا على التقايل صح ﴾ * بخلاف ولا إشكال لما عرفت في الإقالة من تناول دليلها لمائر المعاوضات التي منها عقد الكتابة التي هي كالبيع وإن كان فيها شائبة العبادة بالعتق الذي لا يقبل التقايل ، بل الظاهر صحته في المطلقة مع أداء البعض أيضاً لكن بالنسبة إلى ما بقي ، لما عرفت في محله من جريان الإقالة في البعض ، نعم الظاهر عدم جريان الإقالة في الجزء الحر أو الكل بعد الأداء ، لأن الحر لا يعود رقاً ، والله العالم .

﴿ وكذا ﴾ يصح * لو أبرأه من مال الكتابة لاطلاق أدلة الإبراء الشامل للمقام ، فإن المال في ذمة العبد المكاتب لمولاه . ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ ينعتق بالابراء ﴾ لأنه بحكم الوصول ، و أولى منه الاحتساب عليه من الحقوق ، كما هو واضح . ولو أبرأ من بعض صح و انعتق بحسابه لو كانت مطلقة .

﴿ ولا تبطل بموت المولى ﴾ كغيرها من العقود اللازمة ، للأصل وغيره . ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ للملوارث المطالبة بالمال ﴾ الذي انتقل إليه من مودته كانتقال باقي حقوق الكتابة التي منها الفسخ لو عجز . ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ ينعتق بالأداء إلى الوارث ﴾ كما هو واضح . و أما حكمها لو مات المكاتب فستعرف الكلام فيه ، والله العالم .

و كيف كان فلا خلاف ﴿ و ﴾ لا إشكال في أنه ﴿ يعتبر في الموجب ﴾ الذي هو المولى ﴿ البلوغ و كمال العقل والاختيار وجواز التصرف ﴾ فلا يكفي العشر و إن اكتفينا بها في العتق سواء أذن المولى أولاً ، ولا يصح من المجنون المطبق ولا الأذاري إلا أن يكون حال الافاقة المعلوم .

و بالجملة حال هذا العقد كغيره من العقود التي قد تكرر ذكر وجه اعتبار ذلك فيها ، خصوصاً العقود المتضمنة للتصرف في المال المعلوم حجر الصبي والمجنون

عن النصرف فيه ، كملومية عدم نفوذ تصرف المكره إلا أن يرضى بعد زوال
الأكراه على ما عرفته في محله ، و المحجور عليه لفلس وسفه و نحوهما إلا مع
إذن الغرماء أو الولي .

و لو كان المريض ففي الدروس وكذا القواعد يصح إن خرج من الثلث أو
أجاز الوارث ، لأنه معاملة على ماله بماله ، قلت : قد يقال إن ذلك لا يكفي في كونه تبرعاً
فالمتجه الصحة من الأصل مع فرض عدم المعاينة كغيرها من المعاوضات .

❦ وهل يعتبر فيه ❦ الاسلام ؟ فيه تردد ❦ ينشأ من كون الكتابة عتقاً بعوض ،
وهو لا يصح من الكافر مطلقاً مقرأ بالله تعالى شأنه أو جاحداً له على ما عرفت ،
لكونه عبادة لا تصح منه على حال ، ومن منع كونها عتقاً وإن ترتب عليها التحرير
الذي هو أعم من العتق الذي قد عرفت ظهور الأدلة في اعتبار النية فيه ، هذا إن
قلنا بعدم صحة العتق من الكافر مطلقاً أو من خصوص الجاحد وإلا فلا إشكال أصلاً
لاطلاق الأدلة بلا معارض .

هذا ولكن في الرياض مال إلى عدم الجواز إن لم يكن إجماعاً وإن قلنا
بالصحة من الكافر ، لأصالة الفساد بعد اختصاص أدلة المشروعية كتاباً (١)
وسنة (٢) بالمسلم الذي هو المخاطب بالأية بقرينة التعليق بعلم الخير المراد
به الإيمان الذي بزعمه الكافر شرراً ، ولا عموم في السنة ولا إطلاق سوى الموثقة (٣)
المتقدمة المتبادر منها كون المولى مؤمناً لا مطلقاً ، مضافاً إلى ظهور قوله ﷺ
« و المؤمن معان » في كون العبد مؤمناً ولا يكون عبداً للكافر غالباً ، فلا تحمل
الرواية على ما هو فرد نادر جداً ، مع أنه لا يصلح مكاتبة الكافر له عند جماعة لوجوب
إخراج المسلم عن ملك الكافر فوراً ، والمكاتبة لا تقتضي الإخراج خروجاً تاماً ،

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتبة .

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المكاتبة الحديث ١ .

ولا ترفع السلطنة خصوصاً في المشروطة ، فلا يمكن أن يحمل عليه إطلاق الرواية من هذه الجهة أيضاً .

و كذا الكلام في عموم «أوفوا» (١) أما على القول بكون الكتابة عقداً جائزاً مطلقاً أو في الجملة فظاهر ، لعدم دخولها من أصلها حينئذ فيه أصلاً وكذا على المختار من كونه لازماً لما مضى من عموم الآية (٢) السابقة من اختصاص الخطاب بالمسلم وعدم موجب للتعدي لامن سنة ولا من إجماع ، و ثبوتها إلى الكافر في كثير من المعاملات بأحد الأمرين لا يوجب ثبوتها مع انتفائهما في المسألة ، و القياس حرام بالشرعية ، فالقول بالاعتبار لولم يكن على عدمه إجماع لعله لا يخلو من قوة ، و لو قلنا بأن الكتابة معاملة مستقلة لعدم مقتضى لصحتها كلية حتى في المسألة ، لما عرفت من ضعف المقتضيات المزبورة ، و لم أقف من دونها على دلالة فتأمل ، مع أن الأصل على الفساد أقوى حجة سيما إذا كان العبد مسلماً ، لما مضى ، وكذا إذا كان كافراً على القول بعدم صحة مكاتبة العبد الكافر ، كما هو الأقوى . و سيأتي أن المرتضى ادعى عليه إجماعنا مطلقاً من دون تقييد بكون المولى مسلماً .

و من هنا ينقدح وجه آخر في الجواب عن العموم لو سلم ، فإن الإجماع المزبور ينفي جواز مكاتبة الكافر و آية نفى السبيل (٣) تنفي جواز مكاتبة المسلم ، و بهما تخصص العمومات المزبورة ، فلا فرد للمسألة تشمله فيكون ثمرة للنزاع والمشاجرة ، و هو كما ترى . وقد نقلناه بطوله لكثرة معال النظر فيه ، ضرورة استفاضة السنة بذكر المكاتب وأقسامه و أحكامه وهو شامل لهما ، وليس ذلك منحصراً في الموثقة (٤) المزبورة التي في بعض طرقها « المحسن معان » بدل

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٣) سورة النساء : ٤ - الآية ١٤١ .

(٤) الوسائل الباب ٢ - من أبواب المكاتبة الحديث ١٠١ .

« المؤمن » ، وهو شامل للكافر ، بل الآية شاملة أيضاً ، ضرورة استفادة مشروعية المكاتب المتعارفة منها ، والتقييد بعلم الخير للأمر بها لا لأصل المشروعية .

و كذا عموم « أدفوا » (١) فان الخطاب وإن كان للمؤمنين لكن المراد بيان الشرعية لهم لا اختصاصها بهم ، فان أحكام الوضع لا اختصاص لها بمكلف ، بل التحقيق مشاركة الكافر للمؤمن في الفروع التي هي من العبادات المنحصرة صحتها في المؤمن ، كما بيّن في محله ، وحينئذ فيكفي في التعدية الاجماع على قاعدة الاشتراك ، ولا يحتاج إلى إجماع بخصوصه .

وستعرف البحث في صحة كتابة الكافر عبده الكافر والاكتفاء بها عن بيعه لأنها قاطعة للسلطنة ، والبحث في كتابة عبده المسلم وأن التحقيق الصحة في الثاني ، فيكون حينئذ مورداً للنزاع .

﴿ و ﴾ من هنا بان لك أن ﴿ الوجه عدم الاشتراط ﴾ كما هو المشهور إن لم يكن إجماعاً ، بل عن بعضهم الاعتراف بمجهولية القائل بالاشتراط .
و حينئذ ﴿ فلو كاتب الذمي ﴾ مثلاً ﴿ مملوكه على خمر أو خنزير ﴾
أو نحوهما مما كان حلالاً في مذهبهما ﴿ و تقابضا ﴾ وهما ذميّان و ترافعا إلينا ﴿ حكم عليهما بالتزام ذلك ﴾ لأنهم ألزموا أنفسهم به ﴿ ولو أسلما لم يبطل ﴾ ذلك كما في غيره من عقودهم .

﴿ و إن لم يتقابضا ﴾ و أسلما ﴿ كان عليه القيمة ﴾ التي هي أقرب شيء إليه بعد تعذر دفعه بالإسلام ، كما تقدم نظيره في المهر وغيره ، بل في المسالك هنا احتمال جريان القول بالسقوط باعتبار أنه رضي بالعوض المحرم فيدام عليه حكم رضاه ، وقد تعذر قبضه بالإسلام بالنسبة إلى المستحق عليه و إن لم ينقلوه هنا .

قلت : أولى من ذلك احتمال البطالان لتعذر ملك العوض ، و لو أسلما بعد

تقايض البعض مضي في المقبوض ، ولزمه القيمة للباقي ، ويأتي فيه الاحتمالان وكذا لو أسلم المولى خاصة أو المملوك ، والله العالم .

﴿ ويجوز لوليّ اليتيم أن يكتب مملوكه مع اعتبار الغبطة للمولى عليه ﴾ في ذلك بأن كان بيعه جائزاً لحاجة اليتيم ، لاطلاق ما دل على ذلك من قوله تعالى : (١) « ويسألونك عن اليتامى قل : إصلاح لهم خير » وغيره مضافاً إلى صحيح معاوية بن وهب (٢) السابق ، بل قد يقال بالجواز للولي الاجباري مع عدم المفسدة وإن لم تكن غبطة .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه قول ﴾ محكي عن الشيخ في المبسوط ﴿ بالمنع ﴾ لأن الكتابة شبيهة بالتبرع من حيث إنها معاملة على ماله بماله ، إذ المال المكتسب تابع للمملوك ، وفيه أنه قد لا يحصل المال بدون المكاتب ، بل هو الغالب ، وكسبه بعد العقد ليس مالاً محضاً للمولى ، وقبله ليس بموجود حتى تكون المعاملة عليه ، والله العالم .

﴿ و لو ارتد ثم كاتب ﴾ عبده المسلم ﴿ لم يصح إما لزوال ملكه عنه ﴾ كما إذا كان عن فطرة ، بل لا يصح كتابته لعبده الكافر فضلاً عن المسلم ﴿ أو لأنه لا يقر المسلم في ملكه ﴾ إذا كان عن ملكة ، نعم لو كان كافراً صح لبقاء ملكه له ، لكن في الدروس يصح من المرتد عن ملكة باذن الحاكم لا بدونه في الأصح ، قال : « ويحتمل المراعاة باسلامه » .

و في القواعد « و لو ارتد المولى لم تصح كتابته إن كان عن فطرة ، لزوال ملكه عنه ، وإن كان عن غيرها فكذلك إن كان العبد مسلماً ، لوجوب بيعه عليه ، ويحتمل وقوعها موقوفة ، فان أسلم تبينا الصحة وإن قتل أو مات بطلت ، وإن أدّى حال الردة لم يحكم بعنقه ، بل يكون موقوفاً ، فان أسلم ظهر صحة الدفع والعق ، ولو ارتد بعد الكتابة أدّى العبد إلى الحاكم لا إليه ، ويعتق بالأداء ، فان دفع إليه

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٠ .

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتب الحديث ١ .

كان موقوفاً أو باطلاً على التردد ، وفي اشتراط الحاكم في الحجر و في تعجيزه بالدفع إلى المرتد مع التلف إشكال ، ولو أسلم حسب عليه مما أخذه في الرقة ، إلى غير ذلك من كلماتهم التي مقتضاها الحجر على المرتد مطلقاً أو مع حكم الحاكم على وجه يبطل تصرفه أو يبقى موقوفاً و قد تقدم بعض الكلام سابقاً في ذلك ولكن إلى الآن لم نتحقق الدليل المقتضى للحجر عليه المنافي لقاعدة تسلط الناس على أموالهم و غيرها .

وكيف كان فلا يخفى عليك بناء التعليق في المتن على عدم صحة كتابة الكافر للعبد المسلم ، كما هو أحد القولين في المسألة ، لأنه يجبر على نقله عن ملكه ، والكتابة لا توجب الانتقال التام عن الملك ، لأنها مترددة بين الخروج عنه والبقاء ، وتام الخروج موقوف على أداء المال .

والقول الآخر الصحة ، ولا يجبر معها ، لأنها مستلزمة لرفع اليد في الجملة ، و تثبت المكاتب بالحرية ، و برفع الحجر عنه في كثير من الأعمال ، خصوصاً إذا جعلناها بيعاً ولازمة من جهة المولى .

و ربما فرق بين المطلقة و المشروطة ، فاكتمى بالأولى دون الثانية ، لأنه لا يخرج في المشروطة عن الرقة إلا بأداء جميع المال ، وهو معرض العجز اختياراً أو اضطراراً .

قلت : قد يقال بصحة مكاتبته وترتب أحكامها لو فرض عدم بيعه وتعدى قهره أو لم يعلم الحاكم به ، لأنها ليست من السبيل المنفي ، و احتمال عدم صحتها لمنافاتها للبيع المأمور به (١) يدفعه إمكان التزام بيعه بعد وقوعها مكاتباً ، كما نسمعه من ابن الجنيدي في صورة ما إذا كان كافراً فأسلم ، أو يلتزم ببطلان المكاتبه ترجيحاً لمادل (٢) على وجوب إخراجه عن الملك ولو لسبق تعلقه على الكتابة ، خصوصاً مع ملاحظة بيع أم الولد والمكاتب الجاني ، وربما يأتي الكلام في صحة كتابته

جائياً ، فتأمل جيداً .

وعلى كل حال فيتفرع على هذه الأقوال ما إذا كاتبه كافرأ فأسلم قبل الأداء وفيه أنه يمكن القول بالجواز هنا وإن قلنا بالمنع ، للفرق بين الابتداء والاستدامة كما جزم به الفاضل وغيره ، لأصالة اللزوم المانعة من البيع مع حصول الغرض ، وهو ارتفاع السلطان ، وقيل : لا يلزم لثلا يكون له عليه سبيل ، وعن أبي على يباع مكاتباً ويؤدى إلى المشتري ثمنه لا أزيد ، لأنه ربا .

ثم على تقدير الاكتفاء بالكتابة لو عجز بتخير المولى للإطلاق ، فيباع عليه حينئذ ، وربما احتمل عدم الخيار له هنا ، لاستلزامه تملك المسلم اختياراً ، وفيه أنه ليس تملكاً ، والله العالم .

﴿ ويعتبر في المملوك البلوغ وكمال العقل ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل نسبه في غاية المرام إلى القطع به في كلام الأصحاب ، بل في كشف اللثام الاتفاق عليه ، بل عن بعضهم الإجماع عليه .

ولعله ﴿ لأنه ليس لأحدهما أهلية القبول ﴾ ولادليل على قيام السيد والأب والجد مقامهما في هذه المعاملة المخالفة للأصل المنساق من موارد أدلتها كتاباً (١) وسنة (٢) العبد المالك ، لأقل من الشك و لو بملاحظة ما سمعته من الإجماع المزبور . و من الغريب دعوى عدم الفرق بين المقام و بين اعتبار الاسلام في المولى .

و أغرب منه دعوى تناول قوله تعالى : (٣) « أوفوا بالعقود » لمثل المقام المتوقف على صحة قيام السيد والأب والجد مقامهما لتتم أركان العقد التي منها القبول ، كما هو واضح . ومنه يعلم ما في المناقشة التي في المسالك وغيرها في الحكم المزبور ، فلا حظ وتأمل ، والله العالم .

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - ٢٥ - من أبواب المكاتب .

(٣) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

﴿ وفي كتابة الكافر ترد ﴾ ينشأ من إطلاق الأمر بالوفاء بالعقد (١) وإطلاق دليل الكتابة ، و أنها معاملة كالبيع ونحوه ، ومن اشتراط الخير المفسر بالدين (٢) في الآية (٣) ﴿ أظهره المنع ﴾ عند المصنف وفاقاً للأكثر على ما قيل ، بل عن الانتصار والغنية الإجماع عليه معتضداً بعدم نقل خلاف فيه من أحد من القدماء ، وإنما ابتدء الخلاف فيه من الفاضل في المختلف ، و تبعه بعض من تأخر عنه كالشهيدين ، مع أن الأول منهم قد وافق المشهور في غير واحد من كتبه كالقواعد وغيرها .

لكن الانصاف عدم خلو المسألة بعد من الاشكال ﴿ لأن العمدة عندهم في ذلك ﴾ قوله تعالى (٤) : فكانبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴿ مؤيداً بالأمر بالائتاء من الزكاة (٥) الممنوع فيه ، وبالنهي عن المودة له (٦) وهو إنما يدل على اشتراط الأمر بها لا مطلق الاذن فيها ويتبعه الأمر بالائتاء ، ولا يلزم من توقف الأمر بها على شرط توقف إباحتها عليه ، وقد عرفت أن الدليل على تسويغ الكتابة غير منحصر في الآية المزبورة .

على أنه بعد التسليم إنما يدل على اعتبار ذلك في المولى المسلم لا مطلقاً ، وليس في الانتصار سوى أنه مما انفردت به الامامية ، وليس ذلك إجماعاً ، وعدم نقل الخلاف لا يقتضي عدمه ، بل لعله ظاهر كل من لم يتعرض لاشتراطه في صحة الكتابة من القدماء ، بل المحكي عن الشيخ في موضع من المبسوط والقاضي الصنع في المولى المسلم فضلاً عن الكافر الذي لا تلازم بينه وبين المسلم بناءً على ظهور

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتب الحديث ١ .

(٣ و ٤) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٥) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب المكاتب .

(٦) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢٢ . راجع البحار ج ٧٥ ص ٣٨٥ .

تلك الأدلة في عدم صحتها منه ، بل لعله ظاهر المصنف وغيره ممن صرح بعدم اشتراط الاسلام في المولى و فرّع عليه مكاتبه الذمي لمثله بخمر أو خنزير ، فانه إن لم ينزل كلامه هنا على الاشتراط بالنسبة للمسلم لم يكن للحكم الأول حينئذ مورد ، كما هو واضح .

نعم لا يصح كتابة المرتد عن فطرة منه لعدم قابليته للملك ، بل في الدروس وإن كان عن ملة جوّزه الشيخ ، لأن له أهلية المعاوضة ، وهو مطالب بالفرق ، بل البطلان هنا أولى . لعدم إقراره على ردّه وإن كان قد يناقش بأن ذلك لا ينافي قابليته للمعاوضة الثابتة بالأصل وغيره ، وكفى بذلك فارقاً بينه وبين الفطر الذي انقطعت استدامة تملكه فضلاً عن ابتدائه ، والله العالم .

﴿ وأما الأجل ففي اشتراطه خلاف ، فمن الأصحاب من أجاز الكتابة حالة ومؤجلة ﴾ ، لاطلاق الأدلة وكونها كالبيع على المعسر ﴿ ومنهم من اشترط الأجل ، وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، لما سمعته من الأدلة السابقة لا ﴿ لأن ما في يد المملوك لسيّده ، فلا تصح المعاملة عليه ، وما ليس في ملكه يتوقع حصوله فيتعين ضرب الأجل ﴾ إذ يمكن دفعه بفرض مال مقارن ، ومعارضته بالبيع على المعسر الذي لا يملك شيئاً ، اللهم إلا أن يرجع إلى ما ذكرناه كما تقدم الكلام في ذلك كله مفصلاً .

﴿ و ﴾ إنما أعاده ليفرّع عليه ما سمعته من أنه ﴿ يكفي ﴾ فيه بناءً على اعتباره ﴿ أجل واحد ﴾ عندنا وعند أكثر العامة ، لاطلاق الأدلة ، خلافاً لبعضهم فاشترط كونه نجمين فصاعداً ، لأنه المجهود من عمل الصحابة والتابعين ، ولأن الكتابة مأخوذة من الكتب بمعنى الضم باعتبار ضم النجوم فيها بعضها إلى بعض ، وأقل ما يحصل به ذلك نجمان فصاعداً ، ولأن الكتابة عقد إرفاق ومن تمتته التنجيم ، والجميع كما ترى لا يصلح قطعاً لاطلاق الأدلة ، ضرورة أعمية عمل الصحابة بعد تسليمه من الاشتراط ، كما أن أخذ الكتابة من الكتب بمعنى الضم كذلك إذ بعد تسليم انحصار وجه المناسبة فيه يمكن أن يكون بناؤه على الغالب ، والارفاق مع أنه

حكمة يمكن حصوله بإبعاد الأجل ، كما هو واضح .

﴿ ولاحد في الكثرة إذا كانت معلومة ﴾ بخلاف ولا إشكال ، نعم في المسالك يدخل في ذلك ما إذا جعله إلى مدة لا يعيشان إليها غالباً ، ولا بأس به بالنسبة إلى المولى الذي قد عرفت أنه لا تبطل الكتابة بموته ، فتكون حينئذ كالبيع كذلك ، للاصل ، فينتقل الحكم إلى الوارث حينئذ ، أما بالنسبة إلى المكاتب فقد يشكل بطلانها بموته مطلقاً إذا كان مشروطاً ، وفي الباقي في المطلق ، فيكون اشتراط الزائد منافياً لمقتضى العقد ، وقد أطلق الشهيد في بعض تحقیقاته جواز التأجيل كذلك مطلقاً وحكم بانتقال الحكم إلى الوارث بعد الموت ، ولا يدخل في جانب المكاتب من إشكال ، قلت : المراد من نفي الحد في الكثرة عدم المانع من حيث كونها كذلك في مقابلة القول بعدم جواز الأجل الواحد ، لأنها جائزة وإن حصل المانع من جهة أخرى ، فلا إشكال حينئذ ، والله العالم .

﴿ ولا بد أن يكون وقت ﴾ استحقاق ﴿ الأداء معلوماً ﴾ على وجه يكون مشخصاً ﴿ فلو قال : كاتبك على أن تؤدي إلى كذا في سنة بمعنى أنها ظرف الأداء لم يصح ﴾ للجهالة كما في النسيئة ، خلافاً للمحكمي عن أبي علي والخلاف فأجازه ، وخيره في الدفع في مجموع ذلك الوقت ، ولا ريب في ضعفه وإن توقف فيه الفاضل في القواعد .

﴿ ويجوز أن تساوي النجوم و أن تختلف ﴾ بلا خلاف ولا إشكال لإطلاق الأدلة وعمومها ، كما يجوز تساوي المقادير فيها ﴿ و ﴾ اختلافها . نعم ﴿ في اعتبار اتصال الأجل بالعقد تردد ﴾ وخلاف من إطلاق الأدلة ومن كونه خلاف المعهود ، كما تقدم الكلام في نظائره منه في المنفعة وغيرها .

﴿ و ﴾ لو جمع في العوض بين المال والخدمة مثلاً ﴿ كما ﴾ إذا قال : كاتبك على خدمة شهر و دينار بعد الشهر صح . إذا كان الدينار معلوم الجنس ، ولا يلزم تأخير الدينار إلى أجل آخر ﴿ لصدق حصول الأجل له ، نعم هو نجم واحد ، وقد

عرفت صحته عندنا، وإنما يتوجه عليه المنع عند من يشترط تعدد النجوم، ثم إطلاق خدمة شهر محمول على المتصل بالعقد كمنظأره .

❖ ولو مرض العبد شهر الخدمة بطلت الكتابة ❖ إذا كانت مشروطة أو كان هو مجموع العوض ❖ لتعذر ❖ أي ❖ العوض ❖ حينئذ ، أما لو كان بعده الدينار و كانت مطلقة لم تبطل ، وروعي أداء المال و عتق منه بنسبته .

❖ ولو قال : ❖ كاتبك ❖ على خدمة شهر بعد هذا الشهر قيل ❖ والقائل الشيخ : ❖ تبطل ❖ بناء ❖ على القول باشتراط اتصال المدة بالعقد ، وفيه تردد ❖ بل منع كما عرفته سابقاً و إنما ذكر ذلك بخصوصه لبيان أنه لا فرق بين المال و الخدمة ، والله العالم .

❖ ولو كاتبه ثم حبسه مدة قيل ❖ والقائل الشيخ في المحكي عن المبسوط : ❖ يجب أن يؤجله مثل تلك المدة ❖ لأن القدر الواجب من التأجيل الامهال في تلك المدة ولا قيمة له فيضمنه بمنله .

❖ وقيل ❖ والقائل الشيخ أيضاً في موضع آخر من المبسوط : ❖ لا يجب بل يلزمه أجرته مدة احتباسه ، و هو أشبه ❖ بأصول المذهب وقواعده ، لأن المكاتب مضمون بالغصب كالقن ، فيضمن منافعه مدة الحبس ، وهو أقوى ، فان لم يكن ذا صنعة وجب أجرته لعمل مطلقاً ، وإن كان له صنعة وجب أجرته لتلك الصنعة ، وإن تعددت قيل : يلزمه أجرة الأعلى منها ، وقيل يجب أجرة الأغلب وقوعاً بالنسبة إليه ، ويأتي تحقيقه إنشاء الله في كتاب الغصب .

❖ وأما العوض فيعتبر فيه أن يكون ديناً منجماً ❖ على الأصح ❖ معلوم الوصف والقدر ممّا يصح تملكه للمولى ، فلا تصح الكتابة على عين ❖ مشخصة لا لما قيل من أنها إن كانت بيد المملوك فهي للمولى ، فلا يتحقق المعاوضة بها ، لأنها معاوضة على ماله حينئذ بماله ، وإن كانت لغيره لم يصح ❖ وإن أذن لاشترط الملك في العوض حتى يملك المعوض ، ولذا لا يصح البيع بعين لغير المشتري على أن يكون

المبيع ملكاً له والتمن من غيره ، إلا أن يكون المراد في الفرض بيع العبد بالعين لصاحبها لأنه لا يتم على القول بأن العبد يملك ولو في الجملة ، ضرورة تصور مالكية العين ، وبكفي في الاذن من سيده في التصرف بها مكاتبته عليها ، بل ولا في المبيع إذا أريد المكاتبته معه على جزئه الرق ، إذ يمكن كونه مالك العين بجزئه الحر . بل قد يقال بكفاية الاذن من الغير بالمكاتبته على عينه على أن تكون فرضاً عليه ، ويحصل ذلك بمقدد المكاتبته المخرج له عن محض الرقية بحيث يكون صالحاً لأن يملك المولى عليه ما أثبتته في نعمته من المال الحاصل بالسعي الذي هو مملوك للسيد ، وصالحاً لأن يملك عليه الخدمة المملوكة له فعلاً .

بل لعدم ثبوت مشروعية ذلك والأصل الفساد بعد الشك في تناول إطلاق الأدلة لمثله خصوصاً بعد الاتفاق ظاهراً عليه ، كما اعترف به غير واحد ، وخصوصاً بعدما عرفت من اعتبار الأجل فيها الذي معله الدين لا العين .

نعم قد يقال : إن ذلك مناف لصحة جعل الخدمة المتصلة بالعقد عوضاً ، لعدم صدق الدين عليها ، ولا أجل فيها والتقيد بشهر ونحوه إنما هو لتقدير المنفعة لأجل مكاتبته ، وحينئذ فلا بد من الجمع بارادة اعتبار الدين فيه في مقابل العين ، كما يشعر به التفريع ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ نصح ﴿ مع جهالة العوض ﴾ لأنها كالبيع بالنسبة إلى ذلك بلا خلاف أجده فيه ، بل ظاهر بعضهم أنه كذلك في سائر عقود المعاوضة للنهي عن الفرر وإن كان فيه ما فيه ، كما أوضحناه في الصلح وغيره ، وعلى كل حال فلا يكفي العوض المجهول ﴿ بل ﴾ لا بد أن ﴿ يذكر ﴾ في وصفه كلما يتفاوت الثمن لأجله بحيث ترتفع ﴿ معه ﴾ الجهالة ﴿ على ﴾ نحو ما سمعته في البيع الذي إن أم يكن المقام منه ، فهو شبيه به ومنزّل منزله بالنسبة إلى ذلك .

وحيث ﴿ فإن كان من الأثمان وصفه كما يصفه في النسيئة وإن كان عرضاً وصفه كصفته في السلم ﴾ ، ضرورة كون المدار على ارتفاع الجهالة في الجميع ، كما هو

واضح ، وكذا لاتصح بعوض لا يملكه كالخمر والخنزير في المولى المسلم ، نعم يجوز ذلك في الذميين كما عرفت سابقاً .

﴿ ويجوز أن يكاتبه بأي ثمن شاء ﴾ لاطلاق الأدلة وخصوص المرسل (١) « رجل ملك مملوكاً فسأل صاحبه المكاتبه أله ألا يكاتبه إلا على الأعلى ؟ قال : نعم » .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ يكره أن يتجاوز قيمته ﴾ يوم المكاتبه بلا خلاف أجده فيه ، بل في الرياض ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه ، قلت : لعله لمنافاته للارفاق وللإحسان الذي بني عليه مشروعية الكتابة ، مضافاً إلى قاعدة التسامح .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ تجوز المكاتبه على منفعة كالخدمة والخيطة والبناء ﴾ ونحوها إذ هي كالعين في الذمة ، لاطلاق الأدلة ، نعم يصح ذلك ﴿ بعد وصفه بما يرفع الجهالة ﴾ من التقدير بالعمل كالخيطة لهذا الثوب المشخص ، والبناء للجدار المعين مثلاً ، أو المدة كخدمة شهر أو سنة .

والمناقشة - بأن المنفعة ملك فعلاً للمولى ، فلا يعاوض على ماله بماله ، بخلاف المال المتجدد الذي هو ليس بموجود ولا داخل تحت قدرته ، أما الخدمة فكالعين الحاضرة ، ومن ثم جاز عتقه منجزاً بشرط خدمة معينة بغير رضاه دون اشتراط مال بغير رضاه - يدفعها ما في المسالك من أن « عقد الكتابة يخرج المملوك عن ملك المولى محضاً وإن كان انتقالاً متزائلاً ، ومن ثم سقطت عنه نفقته وفطرته ، ولم يكن له استخدامه وغير ذلك من توابع الملك ، فكانت منفعته وما يتجدد من كسبه تابعة له في الانتقال عن ملكه ، ويجوز جعله عوضاً عن فك رقبتة ، ولما كان العتق المنجز يقتضي ملك المعتق منافعه نفسه أيضاً وكسبه اعتبر رضاه في اشتراط المال دون الخدمة ، لأنها تصير كالمستثناة مما يخرج عن ملكه بالتهجير المتبرع به ، وهذا لا يلزم منه بطلان جعل الخدمة عوضاً في الكتابة الواقعة برضا المكاتب ، مضافاً

إلى عموم الأدلة ، وإن كان لا يخلو من مناقشة ، بل هو عند التأمل خصوصاً الأخير منه مؤكّد للسؤال لادافع له .

فالأقعد في الجواب الاستناد إلى إطلاق الأدلة وعمومها ، وخصوص الخبر (١)
 « عن رجل قال : غلامي حرّ وعليه عمالة كذا وكذا سنة ، فقال : هو حرّ » وعليه
 العمالة ، بناءً على أنّه من الكتابة . كما عساه يظهر من غير واحد لامن العتق
 الذي اشترط فيه شرط وإن كان هو الظاهر ، وإلى كون المجموع عوضاً أن يخدمه
 لاستعدادها لها التي هي ملك له ، بل هو نحو أن يكتب مالاّ ويسمى في تحصيله ،
 فتأمل جيداً ، والله العالم .

✽ وإذا جمع بين كتابة وبيع وإجارة أو غير ذلك من عقود المعاوضات في
 عقد واحد صحّ ✽ كل منها عندنا وإن اتحد العوض ، وقسّط عليها أجمع ، ويكفي
 معلوميته وإن جهل تقسيطه للأصل وغيره ممّا مرّ في كتاب البيع وغيره ، خلافاً
 لبعض العامة فأبطلها أجمع ، لأنها بمنزلة عقود متعدّدة ، فيعتبر العلم بعوض كلّ
 واحد منها منفرداً خصوصاً مع اختلاف أحكامها ، وفيه منع واضح ، ومنهم من
 صحّح الكتابة خاصّة بكلّ العوض ، وهو كما ترى . ويقابله احتمال بطلانها خاصّة
 باعتبار أن المكاتب لا يستقل بالتصرف إلى أن يتم عقد الكتابة ، وقد وقع البيع
 والاجارة قبل ملكه للتصرف فوقها باطلين .

وأجاب عنه في المسالك بأنّ الاستقلال مندفع برضا المولى بذلك ، فإن
 الحجر إنما كان لحقه ، والأولى الجواب بحصول أثر الجميع دفعة بتمام القبول ،
 ولا بأس بذلك ، لإطلاق الأدلة وعمومها المقتصر في الخارج عنها على سبق البيع
 والاجارة على الكتابة .

هذا بناءً على ما فهم فيها من فرض مسألة جمع العقود في المكاتب بمعنى أن
 البيع والاجارة والكتابة للعبد بعقد واحد ، لكن في حاشية الكر كي تفسير الجمع بأن

تكون الكتابة للعبد والمعاوضة الأخرى لغيره ، وحينئذ فلا إشكال ، وكأنه أولى ، لعدم قابلية العبد وقت الإيجاب لحصول أثره ، ولا ينافي ذلك وقوع إيجاب الكتابة التي مبني شرعيتها على ذلك ، على أن مقتضى وقوع الثلاثة للعبد أن تبقى الاجارة والبيع مراعيين بحصول الحرية وعدمها ، وأنه لا يستقر ملكه لذلك حتى تحصل الحرية ، كما صرح به في المسالك ، وهو كما ترى ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ تكون مكاتبته ﴾ بنسبة ﴿ حصته ثمنه من البذل ﴾ بعد ملاحظة قيمة المبيع وأجرة المثل بالنسبة إليه أيضاً ، وبأدائها يكون حراً ، وكذا إذا احتيج إلى معرفة ما يخصه من مال الكتابة ، بأن ظهر المبيع مستحقاً للغير ولم يجز المالك ، فانه حينئذ يوزع العوض على قيمة المملوك حين المكاتبه ، وعلى قيمة المبيع وأجرة مثل الدار تلك المدة ، ويسقط من العوض ما يقابل الفاسد ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ وكذا يجوز أن يكاتب الاثنان عبداً ﴾ واحداً صفقة ﴿ سواء اتفقت حصصهما أو اختلفت تساوى العوضان أو اختلفا ﴾ لاطلاق الأدلة وعمومها وقاعدة تسلط كل من الشركاء على مكاتبه حصته بما شاء منفرداً فكذا مع الاجتماع ، خلافاً للمحكى عن بعض ، فمنع من اختلافهما في القدر مع تساويهما في المالك حذراً من أن ينتفع أحدهما بمال الآخر فيما إذا دفع إلى أحدهما مائة مثلاً وإلى الآخر مائتين ثم ارتفعت الكتابة بالعجز فيحتاج الأول إلى أن يرجع على الثاني بخمسين ، ويكون الثاني قد انتفع بها مدة بقائها في يده من غير استحقاق .

وفيه أن الاستحقاق طار من حين الانفساخ ، وقبله كان ملكاً للقباض متزائلاً ، فلا يلزم ارتفاع أحدهما بمال الآخر حين التصرف فيه ، على أن مقتضى ذلك المنع حتى مع الاختلاف في قدر المملك إذا فرض كون العوض الزائد للأقل ملكاً ، والمحكى عنه اعتبار التساوي في القدر .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا يجوز أن يدفع إلى أحد الشريكين دون

صاحبه * بلاخلاف كما عن المبسوط والخلاف ، لأن الدين حينئذ مع فرض الاتحاد في الجنس ، والأجل مشترك بينهما ، ضرورة كون الفرض وقوع المكاتبه منهما بعقد واحد ، وقد تحقق في محله أنه لا يجوز الدفع إلى أحد منهما خاصة ، * و * حينئذ فـ * لو دفع شيئاً كان لهما * مع إجازة الآخر القبض * و * لكن * لو أذن أحدهما لصاحبه جاز * خلافاً للمحكي عن ابني الجنيد والبراج ، فجوزا أن يدفع إلى أحدهما دون الآخر مالم يشترطاً عليه أن يكون أداء الكتابة لهما جميعاً ، فهو ما سمعته عن ابن إدريس في الدين المشترك ، لأنه لمن عليه التخيير في جهة القضاء ، ويعين ما شاء فيه من أمواله ، فإذا دفع إلى أحدهما حقه فقد اختار دفع ما يستحقه المدفوع إليه في المدفوع ، واختار منع الآخر منه ، فلا شركة فيه ، كما لو منعه من الاستيفاء من بعض أمواله ، وقد تقدم في كتاب الدين ما يعلم منه بطلان ذلك و أن الدين الكلتي كالإشاعة في العين المشخصة المشتركة .

نعم هو كذلك مع اختلاف العوضين في الجنس والأجل ، بل ومع تعيين عوض كل واحد بخصوصه وإن اتحد الجنس والقدر والأجل وإن كان ظاهر المتن والقواعد اتحاد الجميع في الحكم المزبور ، بل كاد يكون صريح المسالك إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة عدم اشتراك الدين بينهما ، لأن الفرض امتياز عوض كل منهما عن الآخر بالجنس أو الأجل أو بالتعيين .

و لعل إطلاق المصنف وغيره مبني على أن ذلك من الأذن كما في كشف اللثام وإن كان هو كما ترى ، بل مبناه امتياز الدينين وتسلط المكاتب على عمله وسعيه وتخييره في تعيين ما يبذله لدينه ، فالفرض حينئذ بمنزلة تعدد في العقد لا مع اتحاده المقتضى لاشتراك الدين وإن كان هو بالنسبة إلى الموليين بحكم المتعدد فيما إذا أدى نصيب أحدهما باذن الآخر ، فانه ينعتق بخلاف ما إذا لم يكن باذنه فانه لا يتحقق العتق في أحد النصيبين ، وفيما لو عجز فعجز أحدهما وصبر الآخر ، (جواهر الكلام - ج ١٨)

إذ هو حينئذ كما لو تعدد ، والله العالم .

﴿ و لو كانت ثلاثة في عقد واحد صح ﴾ عندنا لاطلاق الأدلة و عمومها
 ﴿ وكان كل واحد منهم مكاتباً ﴾ نسبة ﴿ حصّة ﴾ منه أي قيمته ﴿ من المسمى ﴾
 بعد تقويم الجميع ، كما لو بيعوا وكانوا المتعددين ، لأن القيمة هنا ملحوظة ،
 لكون الكتابة بيعاً أو شبهة به ، بل هي أولى من البضع الذي قد عرفت في الصداق
 والخلع ملاحظة قيمته التي هي مهر المثل ، فلو كانت قيمة أحدهم مائة والثاني مائتين
 والثالث ثلاثمائة فعلى الأول سدس المسمى وعلى الثاني ثلثه ، وعلى الثالث نصفه .
 ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ تعتبر القيمة وقت العقد ﴾ لأن سلطنة السيد تزول يومئذ ، وعن
 بعض العامة التوزيع على عدد الرؤوس ، ولا ريب في ضعفه .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ أيتم أدّى حصته عتق ولا يتوقف على أداء حصّة
 غيره ، وإيتم عجز استرق دون غيره ﴾ ، وكذا لو مات أحدهم ، لصدق المكاتبه
 على كل واحد منهم ، فيجري عليه حكمها ، بل في المسالك « ولا ينظر إلى أن السيد
 علق عتقهم بأداء جميعهم حيث قال : فإذا أدبتم فأنتم أحرار ، لأن الكتابة الصحيحة
 يغلب فيها حكم المعاوضة ، ولذلك إذا أبرأ السيد المكاتب عتق ، وإذا مات لم تبطل
 الكتابة ، بخلاف العتق المعلق » .

و فيه أن مفروض المسألة مع الإطلاق أو التصريح بعدم تعليق عتق أحد منهم
 على آخر ، وإلا فمع تصريح السيد بذلك يبنى على صحة هذا الشرط وعدمه ،
 وعلى فرض صحته فلا ريب في توقف حرية كل واحد منهم على الآخر ، بل
 ربما قيل : لا يعتق بعضهم بأداء ما عليه ، وإنما يعتقون معاً إذا أدوا جميع المال
 في صورة الإطلاق ، لظهور اللفظ كما في العتق المعلق .

و عن ابن البراج إذا كاتب انسان عبيدين كتابة واحدة فمات أحدهما قيل
 للثاني إما أن تختار أن تؤدّي باقي الكتابة عنك وعن صاحبك وإما أن تكاتب عن
 نفسك كتابة جديدة ، فأيتهما اختار كان له ذلك ، وإن كان المتروك مالاً فيه وفاء
 بقسطه من الكتابة أخذ السيد مال الكتابة ، وكان على الثاني ما بقي من قسطه منها

و كذلك إذا ارتد أحدهما و لحق بدار الحرب ، وإن كان ما ترك فيه وفاء بجميع الكتابة فإن السيد يأخذ من ذلك جميع الكتابة ويعتقان معاً ، ويرجع ورثته على الحي بحصته ، وبقية ذلك ميراث لهم .

﴿ و ﴾ هو كما ترى لا ينطبق على شيء من الأصول خصوصاً بعد ما نسمع من بطلان الكتابة بموت المكاتب الذي مقتضاه سقوط قدر نصيبه من مال الكتابة ، لأنه عوض فيهما فيقسط عليهما كالبيع لا أنه ينحصر في أحدهما .

نعم ﴿ لو شرط كفالة كل واحد منهما صاحبه أو ضمان ما عليه كان الشرط والمكاتب صحيحين ﴾ لعموم « المؤمنون عند شروطهم » (١) فيلزمه حينئذ حكم الكفالة ، و ما عن بعضهم - من عدم صحة الكفالة لعدم لزوم مال الكتابة من جهة المكاتب والمشروط كجزء من العوض فيتبعه في الجواز - واضح الضعف بعد ما عرفت من لزومها عندنا ، وكذا الكلام في صحة اشتراط الضمان لكن يعتقون حينئذ لصديق الأداء من كل منهم وإن بقي مديوناً بغير مال الكتابة الذي كان عليه ، نعم لو تقابل الضامن والمضمون له عاد المال إلى ذمة المكاتب ولكن لا يعود رقاً ، بل يكون حراً مشغول الذمة كما صرح به الكركي هنا في حاشيته على الكتاب .

وعلى كل حال فما في المختلف - من أنه إذا رضي المولى بضمانهم كلهم فهو كما لو لم يقع ضمان - واضح الفساد إلا أن يريد كعدم الضمان في كون كل منهما مشغول الذمة بالمال ، لكن في الدروس لو شرط السيد بقاء الرق مع هذا الضمان حتى يؤدّيا أو تخيره في الرجوع على من شاء منهما ففي كلام الشيخ إشعار بجوازه ، وذكر في العائريات جواز ضمان اثنين مالا واشتراط رجوعه على من شاء منهما ، وهو إن لم يحمل على استحقاق ذلك بالشرط كان على وفق مذهب العامة الذي قد عرفت أن الأصحاب على خلافه ، والله العالم .

﴿ ولو دفع المكاتب ما عليه قبل الأجل كان الخيار لمولاه في القبض والتأخير ﴾ عندنا لاشتراك مصلحة الأجل بينهما ، ولقاعدة المؤمنون عند شروطهم ،

و أخبر اسحاق بن عمار (١) عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام : إن مكاتباً أتى علياً عليه السلام وقال : إن سيدي كاتبني وشرط عليّ نجوماً في كل سنة ، فبحثته بالمال كله ضربة فسألته أن يأخذ كله ضربة ويجيز عتقي فأبى عليّ ، فدعاه عليّ عليه السلام فقال له : صدق فقال له : مالك لا تأخذ المال و تمضي عتقه ؟ فقال : ما آخذ إلا النجوم التي شرطت وأتعرض بذلك إلى ميراثه ، فقال عليّ عليه السلام : أنت أحق بشرطك .

ولا يتأفیه صحيح الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام أيضاً : في مكاتب ينفذ نصف مكاتبته ويبقى عليه النصف فيدعو مواليه ويقول : خذوا ما بقي ضربة واحدة ، قال : يأخذون ما بقي و يعتق ، بعد حمله على بيان الجواز لا لزوم ولو لرجحان الأول عليه من وجوه ، خصوصاً بعد أن لم نعرف قائلًا به منّا ، نعم عن ابن الجنيد وجوب القبول في خصوص ما إذا كان المكاتب مريضاً و أوصى بوصايا وأقر بديون ، لأن في امتناعه حينئذ إبطالا لأقراره و وصيته ، و هو كما ترى ، وعن بعض العامة قول باجبار المولى حيث لا ضرر عليه ، لأن الأجل حق من عليه الدين ، و قد تقدم في كتاب البيع بعض الكلام في المسألة ، والله العالم .

ولو عجز المكاتب المطلق كان على الامام أن يفكه من سهم الرقاب * بلا خلاف أجده ، بل ظاهرهم الاتفاق عليه ، ولعله للخبر المرسل (٣) عن مكاتب عجز عن مكاتبته وقد أدّى بعضها ، قال ، يؤدّي عنه من مال الصدقة ، فإن الله يقول في كتابه : وفي الرقاب (٤) .

لكن في الرقاب هو بعد الاغماض عن سنده غير واضح الدلالة على ما ذكره

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب المكاتب الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب المكاتب الحديث ١ راجع التهذيب ج ٨

ص ٢٧١ الرقم ٩٩٠ والاستبصار ج ٤ ص ٣٩ الرقم ١٣٠ .

(٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب المكاتب الحديث ١ .

(٤) سورة التوبة : ٩ - الآية ٦٠ .

من الوجوب من وجوه ، ولذا يظهر من الكفاية التردد فيه تبعاً للسيد في شرح الكتاب و لعله في محله إن لم ينعقد الاجماع على خلافه ، و كان هذا منه من الغرائب ، لمعلومية شدة اعتماده على الشهرة في جبرها للسند والدلالة ، بل المحكي عنه أنه يرى حجيتها فضلاً عن جبرها .

إنما الكلام فيما في المسالك تبعاً للدروس من أن للمولى ردة في الرق إن تعذر ذلك ، وحكاه الكركي في حاشية الكتاب على الدروس واستحسنه ، ضرورة عدم دليل يدل على خيار المولى في المكاتب المطلقة مع العجز ، بل مقتضى الأصل وغيره خلافه ، بل خبر القاسم بن سليمان (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « إن علياً عليه السلام كان يستسمى المكاتب ، إنهم لم يكونوا يشترطون إن عجز فهو رق » كالصريح في عدم الخيار في المكاتب المطلق ، وإطلاق بعض النصوص (٢) الخيار مع العجز لو كان منزلاً على المشروط ، خصوصاً بعد قوله عليه السلام « رد رقاً » الظاهر في استرقاقه أجمع ، وهو إنما يسلم في المشروط بخلاف المطلق إذا أدى بعض مكاتبته ، فانه لا يرد جميعه رقاً وإن عجز إجماعاً أو ضرورة (وبالجمله) المسألة في غاية الاشكال كما أشرنا إليها سابقاً ، ولم أعثر على من تعرض لتنقيحها ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان في المكاتب الفاسدة لا يتعلق بها حكم بل تقع لاغية ﴿ عندنا كغيرها من العقود ، و الفساد و البطلان عندنا بمعنى ، سواء كان الاختلال بالأركان أو بغيرها ، خلافاً لبعض العامة ، ففرق هنا بين الباطلة والفسادة ، وجعل الفاسدة تساوي الصحيحة في أمور ثلاثة ، و هو كما ترى من خرافاتهم الباردة التي لا تستأهل نقلاً ، والله العالم . هذا كله في بيان أركان المكاتبه .

﴿ وأما الأحكام فتشتمل على مسائل : ﴾

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المكاتب الحديث ٩ .

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المكاتب الحديث ٣ و ٤ .

﴿ الأولى ﴾ :

﴿ إذا مات المكاتب و كان مشروطاً بطلت المكاتبه ﴾ و إن بقي من العوض يسير ، ﴿ و كان ما تركه لمولاه ﴾ و إن كان أزيد من مال الكتابة . ﴿ و ﴾ كان أولاده رقاً ﴾ أيضاً للمولى لا لما ذكر مما لا يقتضي انفساخ العقد اللازم ، بل للمعتبرة المستفيضة كصحيحة ابن سنان (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « في مكاتب يموت وقد أدّى بعض مكاتبته وله ابن من جاريته ، قال : إن اشترط عليه إن عجز فهو مملوك رجع ابنه مملوكاً و البجارية ، و إن لم يكن اشترط عليه أدّى ابنه ما بقي من مكاتبته و ورث ما بقي » و خبر مهزم (٢) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المكاتب يموت وله ولد ، فقال : إن كان اشترط عليه فولده ممالك ، و إن لم يكن اشترط عليه سعى ولده في مكاتبه أبيهم ، و عتقوا إذا أدوا » و غيرهما من النصوص (٣) الدالة على ذلك منطوقاً و مفهوماً .

و حينئذ فمؤونة تجهيزه على مولاه ، لأنه حينئذ بحكم القن ، خلافاً للخلاف ، فحكم فيما لو خلف ما يفي بالمكاتبه بوجوب أداء ما عليه من مال الكتابة و كون الباقي إن كان للوارث ، وهو - مع مخالفته الأدلة المتقدمة - غير واضح العجّة ، بل لم يحك عن أحد موافقته على ذلك سوى الصدوق ، فإنه أطلق على ما حكى عنه الحكم بوجوب إيفاء ما بقي عليه من اكتسابه على ابنه من البجارية ، وأنه يرث ما بقي ، من غير تفصيل بين المطلق و المشروط ، لكن ربّما أشعر سياق عبارته بآرادة التعبير بمضمون خبر ابن سنان المتقدم الذي هو في المطلق دون المشروط ، فلاحظ .

(١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المكاتب الحديث ٣ .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب موانع الارث الحديث ٧ - ٠٠ - من

وكذا الكلام إذا كان مطلقاً ولم يؤد شيئاً على المشهور ، بل لم أجد فيه خلافاً ، بل في الدروس نسبتته إلى ظاهر الأصحاب ، ولعله لصحيح محمد بن قيس (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب توفي وله مال قال : يقسم ماله على قدر ما اعتق منه لورثته وماله يعتق يحسب منه لأربابه الذين كاتبوه ، هو ماله ، وغيره من الصّحاح (٢) التي نسميها الدالة بمنطوقها على أن ما يتركه لسيده بقدر ما لم يعتق منه ، وبفحواها على عدم الفرق بين الكل والبعض ، وصحيح ابن سنان وإن كان سؤاله مطلقاً إلا أن قوله عليه السلام في الجواب : « ما بقي » ظاهر فيمن أدى بعضاً ، نعم خبر هزم مطلق ، بل ظاهره سعي الولد في المكاتب ، ويمكن حمله على سعيهم فيما بقي منها ، لكن مع ذلك احتمل في الدروس فيمن خلف مالا يفي بالكتابة ولم يكن قد أدى شيئاً أنه يرث قريبه ما فضل من مال الكتابة ، لأنه كالدّين ، وهو متجه إن لم يكن إجماعاً ، استصحاباً لبقاء حكم الكتابة التي هي كما عرفت من العقود اللازمة ، هذا كله فيمن لم يؤد .

﴿ وإن لم يكن مشروطاً ﴾ وقد أدى بعض مكاتبته ﴿ تحرّر منه بقدر ما أدّاه وكان الباقي رقاً ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لمولاه من تركته بقدر ما فيه من رق ولورثته بقدر ما فيه من حرية ويؤدي الوارث ﴾ التابع له في الحرية والرقية ممّا حصل له ﴿ من نصيب الحرية ما بقي من مال الكتابة ﴾ على المشهور شهرة عظيمة ، لصحيح محمد بن قيس (٣) السابق ، وصحيح يزيد العجلي (٤) « سألت عن رجل كاتب عبداً له على ألف درهم ولم يشترط عليه إن هو إن عجز عن مكاتبته فهو رد في الرق وأن المكاتب أدى إلى مولاه خمسمائة درهم ، ثم مات المكاتب

(١ و ٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المكاتب الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب موانع الارث من كتاب المواريث .

(٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب موانع الارث الحديث ٥ من كتاب المواريث

وترك مالا وترك ابناً له مدر كاً، قال: نصف ما يدرك المكاتب من شيء فانه لمولاه الذي كاتبه، والنصف الباقي لابن المكاتب، لأن المكاتب مات نصفه حر ونصفه عبد لذلك كاتبه، وابن المكاتب كهيئة أبيه نصفه حر ونصفه عبد، فان أدى إلى الذي كاتب أباه ما بقي على أبيه فهو حر لا سبيل لأحد من الناس عليه، ﴿ و ﴾ غيرهما.

بل ﴿ إن لم يكن له مال سعى الأولاد فيما بقي على أبيهم ﴾ كما هي القاعدة في الذي تحرر بعضه، ودل عليه هنا ما تقدم من خبر مهزم (١) ﴿ و ﴾ حينئذ ف﴿ مع الأداء ينعتق الأولاد ﴾ ولكن أداؤهم وسعيهم بالسوية وإن اختلفوا في الاستحقاق للميراث لاختلافهم ذكورة وأنوثة، أو القيمة فانهم متساوون فيما عتق منهم وما بقي، ولو تعذر الاستيفاء من بعضهم لغيبه وغيرها أخذ من نصيب الباقي جميع ما تخلف على الأب، إذ مالم يأخذ الجميع لم يصر الأب بمنزلة من أعتق جميعهم، فلم يفد عتق جميع الباقي، وإذا أخذ الجميع عتق الجميع أي الغائب والباقي، بل لو لم يكن تركه وغاب البعض أو لم يسع سعى الباقي في الجميع، وليس للمؤدى مطالبة الغائب بنصيبه، لأن كل جزء مما يؤديه يدخل في عتق نفسه وإن لزمه انعتاق الجميع بالانعام.

﴿ وهل للمولى إجبارهم على الأداء ﴾ ولو بالسعى؟ ﴿ فيه تردد ﴾ من الأمر في ظاهر النصوص (٢) ومن كون الحق لهم، وقد تقدم الكلام في ذلك في كتاب العتق هذا كله على المشهور بين الأصحاب ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه رواية أخرى تقتضي أداء ما تخلف من أصل التركة ﴾ لأنه بحكم الدين ﴿ و ﴾ حينئذ ف﴿ يتحرر الأولاد؛ وما بقي فلهم ﴾ إرثاً.

وهي صحيحة جميل بن دراج (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام في مكاتب يموت وقد أدى بعض مكاتبته وله ابن من جارية وترك مالا، قال: يؤدي ابنه بقية

مكاتبته ، ويعتق ويرث ما بقي ، ورواية أبي الصباح (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث إنه قال : « في المكاتب يؤدّي بعض مكاتبته ثم يموت ويترك مالا أكثر مما عليه من مكاتبته ، قال : يوفى مواله ما بقي من مكاتبته ، وما بقي فلولده ، ونحوها صحيحة الحلبي (٢) وغيرها ، وقد سمعت صحيحة ابن سنان (٣) السابقة ولكن لم نعرف عاملا بها إلا ما يحكي عن الاسكافي ، وما سمعته من إطلاق عبارة الصدوق ره .

﴿ و ﴾ من هنا كان ﴿ الأول ﴾ مع أنه ﴿ أشهر ﴾ بل المشهور أظهر ترجيحاً لنصوصه المعتمدة بالشهرة على هذه النصوص ، بل قيل : إنها معتمدة بالأصول الظاهرة التي لأجلها أفتى الحلبي بما عليه الأكثر ، فقال : « و التدني ينبغي تحصيله في ذلك أن نقول يرث السيد بمقدار ما فيه من العبودية ، وابنه أو وارثه بقدر ماتحرّر منه ، ويؤخذ بقية مال الكتابة من نصيب وارث المكاتب إذا صار إليه نصيبه ، لأن الدين الذي هو مال الكتابة يخرج من نصيب الوارث لأجزائه الحرية (٤) دون جميع ما خلفه وتركه الميت ، لأن الأجزاء الباقية على العبودية لا تملك شيئاً ، لأنه مال سيده دونه ، إلى آخره وإن كان دعوى كون ذلك هو مقتضى الأصول لا تخلو من مناقشة ، والعمدة النصوص المزبورة المرجحة بما سمعت ،

(١ و ٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المكاتب الحديث ٢ - ٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المكاتب الحديث ١ . راجع التهذيب

ج ٨ ص ٢٧١ الرقم ٩٩٠ والاستبصار ج ٣ ص ٣٩ الرقم ١٣٠ .

(٤) هكذا في النسخة الاصلية : المسودة و المبيضة ، الا أن الموجود في السرائر

طبعة جبر د من نصيب المال الوارث الاخر من جهة الجزية دون جميع ما خلفه ، وفي

المخطوط منه عام ٦٠٣ المحتفظ به في مكتبة الروضة الرضوية (على صاحبها آلاف

التحية والثناء) في « مشهد » خراسان الذي اوقفها الشيخ البهائي (قده) « من نصيب

الوارث للأجزاء الحرية دون جميع ما خلفه »

فيجب حينئذ طرح ما قابلها أو حملها على أدائه ما بقي من نصيبه - لامن أصل المال - وإرثه لما بقي إن كان في النصيب بقية ، وإن كان ذلك بعيداً إلا أنه لا بأس به بعد رجحان المعارض ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ ولو أوصى له ﴾ أي المكاتب الذي تحرر بعضه بوصية صح له منها بقدر ما فيه من حرية و بطل ما زاد ﴿ على المشهور بين الأصحاب ، لخبر محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب تعتقه حرّة فأوصت له عند موتها بوصية فقال أهل المرأة : لا تجوز وصيتها له ، لأنه مكاتب لم يعتق ولا يرث ، فقضى عليه السلام أنه يرث بحساب ما اعتق منه ، وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأعتق فأوصى له بوصية ، فأجاز له ربع الوصية ، وقضى في رجل حر أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما اعتق منها ، وقضى في وصية مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أنه يجاز من وصيته بحساب ما اعتق منه » .

وقيل تصح له مطلقاً ، لأنها نوع اكتساب وهو غير ممنوع ، ومال إليه في المسالك لضعف الخبر المزبور ، هذا إذا كان الموصي غير المولى أما هو فتصح وصيته له مطلقاً ، فإن كانت أزيد مما عليه عتق أجمع وكان الزائد له ، كما تقدم تحقيق ذلك كله في كتاب الوصايا ، فلاحظ .

﴿ و لو وجب عليه حد ﴾ فإن لم يتحرر منه شيء حدّ الحدّ العبيد لبناء الحدود على التخفيف ، فيرجح فيه جانب العبودية وإن لم يكن عبداً محضاً بالكتابة وإن تحرر منه شيء ﴿ أقيم عليه من حدّ الأحرار بنسبة الحرية وبنسبة الرقية من حدّ العبيد ﴾ فإن انقسمت الأشواط على صحّة وإلا قبض من السوط على النسبة ، وصحيح الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « في المكاتب يجعل الحدّ بقدر ما اعتق منه » أي ومن حدّ العبد بقدر ما لم يعتق ، وإنما لم يذكره لظهوره ، أو

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المكاتب الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المكاتب الحديث ١ .

لأنه لا يقصر عن الأقل فبيّن الأكثر ، ولو كان الذنب موجبا للحد على تقدير الحرية دون الرقية كالرجم انتفى رأسا وجلد .

وكذا لو قذفه قاذف ، فانه يجب عليه من حدّ الأحرار بنسبة الحرية ويسقط ما قابل الرقية إذ لا يجب الحد على قاذفه ، بل التعزير ، وهو لا ينتصف بل يناط بنظر الحاكم ، فيعززه عن جزء الرقية حينئذ بما يراه ، والله العالم .

﴿ولو زنى المولى بمكاتبته﴾ التي قد تحرّر منها بعض ﴿سقط عنه من الحد﴾ بقدر ماله فيها من الرق و حدّ بالباقي ﴿إذا كان ممّا يقبل التجزئة كالجلد ، ولو لم يقبلها كالرجم سقط أيضاً ووجب الجلد ، بل لعل الرجم هنا منتفٍ من أصله ، لأن شرطه الإحصان المشروط بزنا الحر بالحر مع باقي الشرائط ، فيجب الجلد حينئذ ابتداء لا لتعذر تبعض الرجم .

و عن بعض العامة عدم الحدّ في وطء المولى المكاتب لمكان ماله فيها من الملك وأوجب التعزير ، وفيه أنه وطء محرم بمن قد صارت أجنبية فيجب الحدّ ، نعم لا يجب كما له لما له فيها من الملك الموجب لانتفاء الحدّ وإن كان متزلزلاً ، فيجب بالنسبة ، وفي خبر الحسين بن خالد (١) عن الصادق عليه السلام قال : « سئل عن رجل كاتب أمة له فقال الأمة : ما أدّيت من مكاتبتي فأنا به حرة على حساب ذلك ؟ فقال لها : نعم ، فأدّيت بعض مكاتبتي وجامعها مولايها بعد ذلك ، فقال : إن كان استكرهها على ذلك ضرب من الحدّ بقدر ما أدّيت من مكاتبتي ودرى عنه من الحدّ بقدر ما بقي له من مكاتبتي ، وإن كانت تابعته كانت شريكة في الحدّ ، ضربت مثل ما يضرب » ، والله العالم .

المسألة (الثانية) :

﴿ ليس للمكاتب ﴾ بقسميه ﴿ التصرف في ماله ببيع ﴾ معاباة مثلاً ﴿ ولا هبة ولا عتق ولا إقراض ﴾ ولا غيرها من التصرفات المنافية للاكتساب كالعارية والهدية ونحوها ﴿ إلا باذن مولاه ﴾ ، لأنه لم يخرج بالمكاتب عن العبودية وإنما اقتضت جواز التكسب له خاصة ، لصحيح معاوية بن وهب (١) عن الصادق عليه السلام في مملوك كاتب على نفسه وماله وله أمة وقد شرط عليه أن لا يتزوج فأعتق الأمة وتزوجها ، قال : لا يصح له أن يحدث فيما له إلا الأكل من الطعام ، ونكاحه فاسد مردود ، قيل : فإن سيده علم بنكاحه و لم يقل شيئاً ، قال : إذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقر ، قيل : فإن المكاتب عتق أفتري أن يجدد نكاحه أو يمضي على النكاح الأول ؟ قال : يمضي على نكاحه الأول ، وإطلاقه كالمتمن ونحوه يقتضي عدم الفرق بين المطلق والمشروط في ذلك .

لكن في خبر أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في المكاتب لا يجوز له عتق ولا هبة ولا نكاح ولا شهادة ولا حج حتى يؤدّي جميع ما عليه إذا كان مولاه قد شرط عليه إن عجز فهو رد في الرق ، ونحوه في خبره الآخر (٣) عنه عليه السلام أيضاً الذي ترك فيه النكاح والشهادة والحج وزاد ولكن يبيع ويشترى ، وإن وقع عليه دين في تجارته كان على مولاه أن يقضى عنه ، لأنه عبده ، وظاهرهما اختصاص الحكم بالمشروط إلا أنني لم أجده عاملاً بهما ، كصحيح الحلبي (٤) عنه عليه السلام أيضاً

(١) ذكر صدره في الوسائل في الباب - ٦ - من أبواب المكاتب الحديث ١

والباب - ٢٣ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ و ذيله في الباب - ٢٦ - منها الحديث ٢ .

(٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب المكاتب الحديث ٢ - ٣ - ٥ .

إنه قال في حديث « في المكاتب يشترط عليه مولاه أن لا يتزوج إلا باذن منه حتى يؤدى مكاتبته ، قال : ينبغي له أن لا يتزوج إلا باذن منه إن له شرطه ، الظاهر بسبب دلالة مفهوم تعليله على أنه لولا الشرط لجاز نكاحه ، ويمكن حمل الأولين على إرادة بيان عدم جواز التصرفات بالكلية إلى حين الأداء ، وليس إلا في المشروط ، فان المطلق قد يجوز له التصرف في الجملة قبل أداء الجميع ، وذلك كما إذا أدى البعض وتحرر قدر منه فانه يصح تصرفه بنسبة الحرية .

ثم إن ظاهر اقتصار المصنف على الهبة والعق والقرض يقتضي المنع من التصرفات المنافية للاكتساب لامطلق التصرف ، خصوصاً بعد ملاحظة كلامه الأتي في اللواحق الدال على إرادة المعايبة من البيع هنا لا مطلقاً ، فمن الغريب ما في المسالك من نسبة إطلاق المنع إلى المصنف وغيره وأنه لا بد من تقييده .

و أغرب منه ما في الرياض حيث جعله مسألة خلافية ، واستشعر من النسبة المزبورة اتفاق المعظم لا الاجماع وإلا لما صح له مخالفته ، ثم أخذ في الاستدلال على القول بالتقييد بأنه مقتضى الجمع بين الصحيحين المتضمنين لعدم جواز التصرف بغير الأكل ولجواز البيع والشراء ، ثم تكلف و ادعى اقتضاء عقد الكتابة الاذن بالتصرفات التي لم تناف الاكتساب ، فتدخل حينئذ في قولهم إلا مع الاذن ، إلى غير ذلك من الكلمات التي لاوجه لها بعد ملاحظة كلامهم وتصريحهم - حتى المصنف فيما يأتي - بعدم جواز الرهن والقرض باعتبار المخاطرة .

وفي القواعد « وأما العبد فليس له أن يتصرف فيما له بما ينافي الاكتساب كالمعايبة والهبة وما فيه خطر كالقرض والرهن والقراض - إلى أن قال - : وله التصرف في وجوه الاكتساب كالبيع من المولى وغيره ، وكذا الشراء ، وبيع بالحوال لا بالمؤجل ، فان زاد الثمن عن ثمن المثل وقبض ثمن المثل وأختر الزدياة جاز ،

وله أن يشتري بالدين وأن يستسلف ، ومثله في ذلك كله المصنف فيما يأتي من اللواحق وغيرهم .

نعم قد يظهر من استثنائهم جواز الإذن جواز التصرف المنافي معها وإن كانت متأخرة فيستلزم جواز الفضولية في العتق حينئذ ، ولعله كذلك ، لما سمعته في بحث الفضولي وأنه على القواعد وإن احتمل في القواعد فيه الصحة والبطالان ، بل قال : « وفي الكتابة إشكال من حيث إنها معاوضة أو عتق » ، وقد عرفت أنها ليست عتقاً قطعاً فتصح حينئذ بالإذن سابقة أو لا حقاً ، بل وبدونها إذا كانت من وجوه الاكتساب المأذون فيها المكاتب ، وحينئذ فإن عجزاً معاً استرقهما المولى وإن عجز الثاني استرقه الأول ، وإن عجز الأول واسترق عتق الثاني ، ولو استرق الأول قبل أداء الثاني كان الأداء إلى السيد ، وله النفقة على نفسه وما يملكه بالمعروف ، كما أن له البيع من موله وغيره ، وللمولى أخذه بالشفعة وبالعكس ، وفي ثبوت الربا بينه وبين المولى إذا كان مشروطاً أو مطلقاً لم يؤد إشكال ، هذا وتستسمع إن شاء الله بعض الكلام في المسألة في اللواحق .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا يجوز ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ للمولى التصرف في مال المكاتب ﴾ الذي قد تبين من النص (١) والفتوى أنه واسطة بين الرق والحر بالنسبة إلى الأحكام التي منها ذلك ، لقاعدة حرمة التصرف في مال الغير بعد أن كان مالكاً ﴿ إلا بما يتعلق بالاستيفاء ﴾ بإذنه ، لأنه مخير في جهة الوفاء ، نعم في المسالك « قد يجوز تسلط المولى على الاستيفاء بغير إذنه فيما إذا كان مشروطاً وحل النجم ولم يؤد » وكان بيده مال بقدره ، ولو زاد فالتعين موكول إليه ، فإن امتنع عين الحاكم كما في كل ممتنع ، قلت : لا فرق بين المشروط والمطلق في ذلك ، كما أنه ينبغي إذن الحاكم مع الزيادة وعدمها .

﴿ و ﴾ لما عرفته من كون المكاتب كالواسطة ﴿ لا يجوز له ﴾ أي المولى ﴿ وطء المكاتب ﴾ وإن أذنت ﴿ بالملك ولا بالعقد ﴾ لعدم كونها مملوكة محضة

أوحرة كذلك، بل لو شرط الوطء عليها في العقد لم يصح بل يبطل العقد على الأصح،
وعليه التعزير لا الحد، لأنها ملكه، ولذا جاز له عققها، وقد سمعت ما في
خبر الحسين بن خالد (١) من درء الحد عنه بمقدار ما بقي له من مكاتبها لو
جامعها.

﴿ولو طأوعته حدثت﴾ أي عزرت إن لم تتبعض، لعدم خروجها عن ملكه،
لكن في المسالك «حدثت حدث المملوك إن لم تتبعض وإلا فبالنسبة» وقد قال قبل
ذلك: «إنه إن وطأها المولى عالماً بالتحريم عزرت إن لم يتحرر منها شيء، وحدثت
بنسبة الحرية إن تبعضت» وكأنه أخذه من الفاضل في القواعد قال: «ولو طأوعت
حدثت على إشكال دونه، ويعزرت مع علمه بالتحريم» وفي الإيضاح «إذا وطأ المكاتب
المكاتبة لم يجب عليه حدث وإن كان عالماً بالتحريم، لأن ملكه ثابت عليها،
لنفوذ عتقه وإن كان ضعيفاً، فانه أقوى من الشبهة، قالوا فلا تعزير لسقوطه بالشبهة
فيما هو أقوى وأولى، قلنا: قال عليه السلام: (٢) «ادرؤوا الحدود بالشبهات» ولم
يدرء التعزير، وكل مقدم على محرم يعزرت.

قلت: لا يخفى عليك ما في ثبوت الحد عليها ودرئه عنه مع اشتراكهما في
صفة الملك، ولذا قال في القواعد وكشف اللثام: «ولو وطأ إحداهن» أي المكاتب
أو ابنتها أو أمتها - مع علمهما بالتحريم عزرتا ولم يحدثا للملك، ويدل عليه
ما تقدم من خبر الحسين بن خالد (٣) الناطق بدرء الحد عن جامع مكاتبته، وعن
بعض العامة أنهما يحدثان، ولعل العبارة المزبورة التي حكيناها عن القواعد غير
موجودة في بعض نسخها، لأنني لم أعر عليها مشروحة في كشف اللثام ولا في الإيضاح،
ولم يتعرض لمضمونها في الدروس.

وفي التحرير «فإن طأوعته عزرت ويعزرت للشبهة مع الشرط وعدمه - ثم

(١ و ٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المكاتب الحديث ١.

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

قال في آخر المبحث - : و التعزير الذي أوجبناه إنما هو للعالم منهما ، فلو جهلا فلا تعزير ، ولو جهل أحدهما عزّر الآخر .

و مما ذكرنا يظهر أن لها المهر عليه ، لأنه من كسبها وإن طاعته ، كما جزم به في الدروس ، لأنها ليست بزانية ، ولذا لم تعد و تكون أم ولد ، ولا طلاق خبر على بن جعفر (١) عن أخيه عليه السلام « في رجل وقع على مكاتبته ، قال : عليه مهر مثلها ، فإن ولدت منه فهي على مكاتبته ، وإن عجزت فردت في الرق فهي من أمهات الأولاد » وخبر السكوني (٢) عن الصادق عليه السلام « إن أمير المؤمنين عليه السلام قال في مكاتبه يطأها مولاه فتحمل ، قال : يرد عليها مهر مثلها ، وتسعى في قيمتها ، فإن عجزت فهي من أمهات الأولاد » .

بل قديقوى تكرر المهر بتكرار الوطء وإن لم يتخلل الأداء ، لتعدد السبب ، اللهم إلا أن يدعى انسياق الاتحاد من الخبرين ، مضافاً إلى أصل البراءة ، لكن دعوى الانسياق حتى مع التخلل كما ترى ، ومن هنا استوجه غير واحد التفصيل بذلك ، وقد يحتمل التعدد بالعلم بالحكم ، وإلا فمع الشبهة المستمرة مهر واحد .
 ﴿ و ﴾ كذا لا يجوز له وطء ﴿ أمة المكاتبه ولا ﴾ أمة المكاتب ولو وطأ لشبهة ﴿ أو غير شبهة ﴾ كان عليه المهر ﴿ لما عرفت ، نعم لو وطأ بنت المكاتبه المملوكة له لم يكن عليه مهر ، لأنها أمتة ، وإنما وجب المهر لنفسها ولأمتها لأنه من كسبها بخلاف مهر البنت ، كما هو واضح .

﴿ وكلما يكتسبه المكاتب قبل الأداء و بعده فهو له ، لأن تسلط المولى زال عنه بالكتابة ﴾ نعم لو عجز ففسخ المولى ملكه معه كما تقدم .

﴿ ولا تتزوج المكاتبه إلا بأذنه ﴾ لأنها مملوكة ، و لما في تزويجها من التعزير بها ، و لفحوى ما سمعته من النهي للمكاتب عن ذلك في النصوص (٣) السابقة ، بل يمكن إرادة الجنس الشامل للذكر والأنثى منه ، و خصوص خبر

(١ و ٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب المكاتبه الحديث ١ - ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب المكاتبه .

أبي بصير (١) سأل الباقر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك ، قال : فليشترط عليها أنها إن عجزت عن نجومها فأنها ترد في الرق في نصف رقبته ، فإن شاء كان له في الخدمة يوم ولها يوم إن لم يكاتبها ، قال : قلت : فلها أن تتزوج في تلك الحال ؟ قال : لا حتى تؤدى جميع ما عليها في نصف رقبته .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ ولو بادرت كان عقدها موقوفا ﴾ على الاذن أو على الأداء مشروطة كانت أو مطلقة ﴿ ولم يقع باطلا ﴾ لما سمعته من صحيح ابن وهب (٢) السابق وغيره ، و كذا ليس للمكاتب أن يزوج عبيده من إمائنه بغير إذن مولاه ، لأنه خطر ولا اكتساب فيه .

﴿ و كذا ليس له وطء أمة يبتاعها إلا باذن مولاه ولو كانت كتابة مطلقة ﴾ لأنه تصرف بغير الاكتساب أيضاً ، وفيه خطر ، بل عن بعض العامة عدم الجواز حتى مع الاذن ، لكنه كما ترى . نعم لا مهر لها ، لأنه لو ثبت لكان له ، ولاحد لو فعل ، لأنها مملوكة ، فإن حملت منه فالولد له ، لأنه نساء ملكه الذي هو الجارية المملوكة له ، فحملها منه حينئذ كحملها من غيره ، ولكن لا يعتق عليه الآن كما في القواعد وشرحها والتحرير والمسالك ، لنقصان ملكه ، نعم إن أدت عتق وعتق الولد وإن عجز استرقاً معاً .

وهل تكون أم ولد بعد العتق ؟ وجهان و في التحرير الأقرب ذلك ، و تبعه في المسالك ، ولعله لصدق أم الولد عليها ، لكن قد يناقش بلحق حرية بالأداء لا بنفس الاستيلاء الذي هو المنساق من نصوص أم الولد (٣) بل المنساق منها

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب المكاتب الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب نكاح العبيد والاماه الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الاستيلاء من كتاب التديير والمكاتب

والاستيلاء .

الموطوعة للسيّد الحرّ لا المملوك ، والأصل عدم لحوق أحكامها حتّى لو أنت به بعد العتق إذا كان لدون السنّة أشهر من وقت العتق ، لتبيّن كون العلوق به في الرّق .

نعم إن كان لما زاد عن سنّة أشهر إلى أقصى الحمل احتمال أن تصير مستولدة له عملاً بالأصل ، مع أنه قد يناقش فيه أيضاً (أو لا) بمخالفته للغالب ، و(ثانياً) بعدم كفاية مثله في تحقق عنوان أم الولد على وجه تلحقها الأحكام ، خصوصاً إذا لم يكن قد وطأها بعد الحرية بحيث يمكن استناده إليه ، وإن وجهه في المسالك بكونها فراشاً يلحق به الولد في الجملة قبل الحرية ، وهو مستدام بعدها ، وإمكان العلوق به بعد الحرية قائم ، فيكتفى به لثبوت الاستيلاء ظاهراً وإن افترق فيما بينه وبين الله سبحانه ، إلا أنه كما ترى ، والله العالم .

المسألة الثالثة :

﴿ كل ما يشترط المولى على المكاتب ﴾ من عمل مخصوص زمن الكتابة أو بعد العتق بالأداء أو الاكتساب على وجه معين أو نحو ذلك وبالعكس ﴿ في عقد الكتابة يكون لازماً ﴾ لعموم المؤمنين ، (١) و(أو فوا ، (٢) وغيرهما ﴿ ما لم يكن ﴾ منافياً لمقتضى العقد أو ﴿ مخالفاً للكتاب والسنّة ﴾ على نحو غيره من الشرائط في العقود ، فلو شرط عدم الحرية بعد الأداء أو الوطء بطل الشرط ، بل الأقوى بطلان العقد كما تقدّم محرراً في كتاب البيع (٣) الذي مرّ فيه تسلط من له الشرط على الخيار مع عدم الوفاء مطلقاً أو إذا تعذر جبره على الوفاء ، والله العالم .

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٤ من كتاب النكاح .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٣) راجع ج ٢٣ ص ٢١٠ - ٢١٦ .

المسألة (الرابعة):

﴿ لا يدخل الحمل ﴾ المعلوم وجوده حال الكتابة ولو بانفصاله لدون ستة أشهر من حين الكتابة ﴿ في كتابة أمه ﴾ فضلاً عن أبيه وإن قصده ، لعدم قابليته للمعاملة ، وعدم دليل على التبعية ، بخلاف التدبير الذي هو عتق يقع على الصغير والكبير ، فهو حينئذ كالولد المنفصل ، خلافاً لبعض العامة فأدخله تبعاً لا على جهة السراية كما يتبع الحامل في البيع ، وهو واضح الضعف في المقيس والمقيس عليه .

﴿ لكن لو حملت بمملوك بعد الكتابة ﴾ لكونه من عبد السيد باذنه أو زنا وهي جاهلة بل أو عاتلة ، كما أطلقه جماعة وإن أشكله في الدروس ، لعدم إلحاقه بها شرعاً ﴿ كان حكم أولادها كحكمها ﴾ بمعنى أنه ﴿ ينعتق منهم بحساب ﴾ ما ينعتق منهم ﴿ كلاً أو بعضاً بالعتق أو بالأداء أو بالبراء ، لما سمعته في صحيح ابن قيس (١) وبريد المعلى (٢) المتقدمين سابقاً ، ولما قيل من أن الولد من كسبها فيتوقف أمره على رفقها وحررتها كسائر كسبها ، وهذا ونحوه هو المراد بكونهم بحكمها لا أنهم يصيرون مكاتبين ، إذ لم يجز معهم عقد المكاتب ، بل المراد اعتاقهم بانعتاقها من جهة الكتابة ، حتى لو فسخت الكتابة ثم عتقت الأم لم ينعتق الولد ، ولا ينافي ذلك ما سمعته من أداء الأولاد ما بقي من مال الكتابة المطلقة التي قد أدى بعضها للأدلة الخاصة .

هذا وفي المسالك « و هل يثبت حق ملكهم قبل الاعتناق للأم أم للمولى ؟ وجهان ، من أنه تابع للأم وحق له ، ومن أنه من جملة كسبها ، فيكون لها ، ونظير الفائدة فيما لو قتل قاتل ، فعلى الأول تكون القيمة للمولى كما لو قتل الأم ،

وعلى الثاني يكون للمكاتبه تستعين به في أداء النجوم ، أما كسب الولد و أرض
الجنابة عليه فيما دون النفس وأرض الوطاء بالشبهة لو كانت جارية فموقوف على عتقها
فتكون له ، وإلا فللمولى ككسب الأم ، فلو عجزت الأم و أرادت الاستعانة بكسب
ولدها الموقوف ففي إيجابتها وجهان مبنيان على أن الحق هل هو للمولى أولها ؟
فعلى الثاني لا إشكال في جواز استعانتها به ، وعلى الأول يحتمله أيضاً ، لأنها
إذا رقت رق الولد و أخذ المولى كسبه ، وإذا عتقت عتق ، وقد يفضل شيء من
الكسب ففي إيجابتها حظ للولد وعدمه ، لأنه لاحق لها في كسبه ، لأن الكلام على
تقديره ، وتظهر الفائدة أيضاً في نفقة الولد ، والوجه أنها في كسبه ، وما فضل فهو الذي
يوقف ، فإن لم يكن له كسب أو لم يف بالنفقة ففيه وجهان ، أظهرهما أنها على
المولى بناءً على أن حق الملك له وإن كان مراعى ، والثاني أن ينفق عليه من بيت
المال ، لأن تكليفه النفقة من غير أن يصرف إليه الكسب في الحال إجحاف به ، وفيه
وجه ثالث أنه على الأم ، لأن كسبه قد تنتفع به فتكون نفقته عليها ، لتبعية النفقة
للكسب .

وقد تبع ببعض ذلك الدروس قال : « ولوجني على ولدها في طرف فهو
موقوف ، فإن عتق ملكه وإلا فللسيد ، فلو أشرفت الأم على العجز فلها الاستعانة
به ، وكذا كسبه ، ولو قتل فالقيمة للأم ، لعدم تمكن السيد من التصرف فيه ،
ويحتمل للسيد كما لو قتلت الأم ونفقته من كسبه فان قصر أتمته السيد ، لأنه
ملكه وإن كان موقوفاً ، وفي جواز إعتاق المولى إياه وجهان ، من تحقق الملك ،
ومن تعلق حق الأم بكسبه في الاستعانة ، وحكم ولد الولد من أتمته حكم الولد » .

وقد تبع هو ما في التحرير قال : « ولو قتل الولد احتمل صيرورة القيمة
للسيد كالأم وعدمه ، لأنه لا يملك التصرف فيه مع كونه قنناً ، فلا يستحق قيمته ،
وقواه الشيخ ، ولوجني عليه أو كسب فالأقوى أنه موقوف يملكه إن عتق وإلا
فلسيده ، فإن أشرفت أمه على العجز كان لها الاستعانة ، ولو مات الولد قبل عتق
الأم فكسبه كقيمته لو قتل ، و نفقته من كسبه ، فان قصرت فالأقوى على السيد

لأنه يسترقه مع العجز ، ويحتمل أخذ الناقص من بيت المال ، ولو أعتقه مولاه فإن قلنا كسبه للسيد أو أنه موقوف وليس للأم الاستعانة به عند العجز ، صح وإن قلنا للأم أو بالوقف مع جواز الاستعانة لم ينفذ ، والأقوى عندي نفوذه على التقديرين ، ونحو ذلك في القواعد وشرحها .

قلت : لكن قد يناقش في ذلك كله بأن مقتضى القواعد بعد أن لم يكن مكاتباً بكتابة أمه ملكية السيد للولد بقاعدة النماء ، وليس هو من كسبها وإلاً لملكته وقت به ، ومن المعلوم عدمه ، ضرورة كونه من نمائها الذي هو مملوك للسيد ، وثبوت تبعيته لها في التحرير وعدمه مع فرض بقائه لاينافي كونه ملكاً له إلا أن على وجه يجري عليه حكم الملك من المعتق ونحوه ، وحينئذ يتبعه كون كسبه و قيمته لو قتل و قيمة أطرافه له أيضاً ، وليس لها الاستعانة بشيء من ذلك في وفاء نجومها ، ونفقته على السيد ، ومؤونة تجهيزه كذلك ، بل إن لم يكن إجماع جاز له التصرف فيه ببيع و نحوه ، خصوصاً بعد عدم الدليل على كثير مما ذكره هنا من وقف الكسب ومن استعانة الأم عند العجز وغيرهما ، فتأمل جيداً ، فإن التحقيق ما ذكرناه إن لم يكن إجماع على خلافه ، والله العالم .

﴿ ولو تزوجت بحر ﴾ باذن السيد ﴿ كان أولادها أحراراً ﴾ مع عدم شرط الرقية عليه بناءً على صحته ﴿ ولو حملت من مولاه لم تبطل الكتابة ﴾ للأصل وغيره وكان الولد حراً ، لأنها علقت به في ملكه ، وتصير أم ولد له بلا خلاف أجده فيه ، مضافاً إلى ما سمعته من خبر علي بن جعفر (١) و لولاه لا يمكن المناقشة بنقصان ملكه ، فلا يقتضي انعاقه عليه ، نحو ما سمعته في ولد المكاتب من جاريته ، لكن على الأول مع كونها مكاتبه تصير أم ولد له . ﴿ فان مات وعليها شيء من ﴾ مال الكتابة تحررت من نصيب ولدها ﴿ ، و هل يتبعها حرية ولدها من غير مولاه لو كان إشكال ، لكن جزم في التحرير بانعاقه تبعاً للأم .

﴿ فان لم يكن لها ولد ﴾ من المولى حين موته أو لم يف نصيبه بما عليها
 ﴿ سعت في مال الكتابة ﴾ أو ما بقي منه ﴿ للوارث ﴾ قال موسى بن جعفر عليه السلام
 في خبر أخيه علي عليه السلام : « إن رسول الله ﷺ قال في رجل وقع على مكاتبته فوطأها
 أن عليه مهر مثلها ، فان ولدت منه فهي على مكاتبته ، وإن عجزت فردت في الرق
 فهي من أمهات الأولاد ، وظاهره أن عليه المهر خاصة دون قيمة الولد ، كما جزم
 به في التحرير في نظير المسألة .

لكن في المسالك « وهل عليه قيمة الولد ؟ يبنى على ما تقدم من الوجهين ، فان
 قلنا حق الملك فيه للسيد فلا شيء عليه ، كما لو قتل ولد المكاتب ، وإن قلنا
 الحق لها فعليه القيمة ، وتسمعين المكاتبه بها ، فان عجزت قبل الأخذ سقطت ، وإن
 عتقت أخذتها ، وإن ولدت بعد ما عجزت ورقت فلا شيء لها ، وكذا لو ولدت بعد
 ما عتقت ، لأنه حين تعذر تقويمه ليس بكسب مكاتبه ، ولا يخفى عليك ما فيه بعد
 الاحاطة بما ذكرناه ، فلا حظ وتأمل .

ولو تنازع المولى والمكاتب في تقديم الولد على الكتابة وتأخره ففي التحرير
 والقواعد والدروس حلف المولى ، ولو تنازع المكاتب والسيد حلف المكاتب قالوا :
 « والفرق أن يده ثابتة عليه ، وهو يدعى ملكه فيترجح باليد ، والمكاتب لا تدعى
 الملك ، انما تدعى الوقف ، ولم يثبت كون اليد مرجحة للوقف » .

قلت : بناءً على ملاحظة قاعدة تأخر مجهول التاريخ عن معلومه ينبغي
 مراعاته ، واليد لا تصلح للترجيح مالم يسندها صاحبها إلى سبب خاص يكون به
 مدعيًا ، وبالجمله كلامهم هنا محتاج إلى التأمل فتأمل . و يتصور النزاع في
 المكاتب بأن يزوجه أمته ثم يشتريها المكاتب فالولد قبل الشراء للسيد
 و بعده للمكاتب .

المسألة الخامسة :

تدعرفت فيما تقدم أن ﴿المشروط رق﴾ وإن أدى أكثر ماعليه ﴿و﴾ حينئذ فـ﴿فطرته على مولا﴾ كما أطلقه جماعة تبعاً لاطلاق النصوص (١) المتقدمة في زكاة الفطرة فطرة العبد على مولا ، وأنه أحد العيال ، بل في مرفوع محمد ابن (٢) أحمد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « يؤدى الرجل زكاة الفطرة عن مكاتبه و رقيق امرأته و عبده النصراني والمجوسى و من أغلق عليه بابه ، ومنه ومن غيره تعرف قوة احتمال كون فطرته عليه وإن لم يعمل به ما لم يعمل به غيره ، لأنه عياله شرعاً ، كما سمعته في زكاة الفطرة (٣) .

مضافاً إلى ما سمعته في خبر أبي بصير (٤) السابق عنه عليه السلام أيضاً في خصوص المشروط « وإن وقع عليه دين في تجارة كان على مولا أن يقضى عنه ، لأنه عبده ، وغير ذلك مما دل على عدم جواز تصرفه بماله في غير الاكتساب ونحوه الذى يكفى في سقوطها عنه ، لعدم تمكنه .

لكن مع ذلك كله وسوس في المسالك في ذلك ، بل مال إلى عدمه ، قال : « المكاتب مطلقاً قد خرج عن محض الرقية ، ولم يصر إلى حالة الحرية وهو مرتبة بينهما كما علم مراراً ، ومن سقوط أحكام الرقية عنه سقوط نفقته عن مولا وتعلقها بكسبه ، وقد كان اللازم من ذلك ثبوت فطرته على نفسه أيضاً ، لأنها تابعة للنفقة ، لكن قد أطلق جماعة من الأصحاب وجوب فطرة المشروط على مولا

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب زكاة الفطرة .

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب زكاة الفطرة الحديث ٩ .

(٣) راجع ج ١٥ ص ٣٨٦ .

(٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب المكاتبية الحديث ٣ .

والحكم عليه باطلاق الرقية ، مع أن علي بن جعفر (١) روى عن أخيه موسى عليه السلام قال : « سألت عن المكاتب هل عليه فطرة رمضان أو على من كاتبه ؟ فقال : الفطرة عليه ، ولم يفرق بين القسمين ، وفي الدروس اقتصر على نقل وجوب فطرة المشرط على مولاه عن بعض الأصحاب ثم احتمل عدمه محتجاً بأنها تابعة للنفقة ، وابن البراج صرح بعدم وجوبها على المولى ، ولا بأس بهذا القول وإن كان الأشهر خلافه ، وأما المطلق فلا تجب فطرته على مولاه اتفاقاً ولا على نفسه إلا أن يتحرر منه شيء فتجب بنسبة الحرية . »

وفيه - مع مخالفته ما عرفت - أن كون نفقته من كسبه - الذي هو للمولى مع العجز أوله مع عدمه ولكن ليس له التصرف فيه بنحو ذلك قبل الأداء - لا ينافي وجوب فطرته على مولاه ، بل هو كالاتجاه في مقابلة النص ، وخبر علي بن جعفر (٢) يمكن حمله على المطلق الذي قد أدى بعض مكاتبه ، فإن فطرته عليه بمقدار ما فيه من الحرية بخلاف من لم يؤد شيئاً ، فانه كالمشرط في جميع ما سمعته .

ولعل المراد من قول المصنف ﴿ و لو كان مطلقاً لم يكن عليه فطرته ﴾ أنه ليس كالمشرط في وجوبها عليه مطلقاً ، بل هو إن لم يؤد ففطرته على مولاه وإن أدى بعضاً ففطرته بالنسبة ، بل في حاشية الكركي هنا بعد أن نسب عدم الفطرة على مولى المطلق إلى المشهور قال : « إلا أنه يشكل بأن المكاتب المطلق إذا لم يؤد شيئاً رق أيضاً ، فتجب فطرته لأنها تابعة للملك ، وقد صرح بذلك في التحرير في باب زكاة الفطرة ، ولو تحرر بعضه فالفطرة عليه وعلى مولاه بالتقسيم وهو جيد ، ومن الغريب دعوى الاتفاق على سقوطها عنه وعن مولاه مع عدم تحرير شيء منه مع أنني لم أعرفه قولاً لأحد إن لأقل من أن يكون كالمشرط الذي حكم بوجوب فطرته عليه ، لأنها تابعة للنفقة ، هذا وقد تقدم بعض الكلام في ذلك في زكاة الفطرة ، فلاحظ وتأمل حتى تعرف أنه لا فائل معلوم بما ذكره ، وإنما ذكرناه هناك

احتمالاً في كلمات بعض القدماء ، والله العالم .

﴿ وإذا وجب عليه ﴾ أي المكاتب مشروطاً كان أو مطلقاً لم يؤدّ ﴿ كفارة ﴾ مرتبة أو منيرة ﴿ كفر بالصوم ﴾ للمحجر عليه بالتصرف في المال بغير الاكتساب ، كما سمعته فيما تقدم نصاً (١) وفتوى ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو كفر بالعتق لم يجزه ، وكذا لو كفر بالطعام ﴾ لأن كلا منهما تصرف في المال بغير اكتساب ، ﴿ و ﴾ قد عرفت منعه منه ، بل ﴿ لو كان المولى أذن له قيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي مبسوطه ﴿ لم يجزه ﴾ أيضاً ، ﴿ لأنه كفر بما لم يجب عليه ﴾ كالمعسر الذي تكلف التكفير بما لم يجب عليه أو تبرع عنه ، المحكي عن الشيخ فيه نفي الخلاف عن عدم أجزاء الكفارة عنه بما أعسر عنه ، وحينئذ لم يوافق أحد منهما الأمر المقتضى للاجزاء ، وإذن المولى إنما اقتضت رفع المحجر عنه لاتوجه الخطاب إليه .

وفيه أن إطلاق الأدلة يقتضي خطاباً به بذلك سواء كان على التخيير أو الترتيب بعد ارتفاع المانع ، ومن هنا نسب المصنف إلى القيل مشعراً بتمريره ، بل ظاهر الكركي الأجزاء تبعاً لصريح الفاضل في القواعد ، بل هو خيرة المصنف في كتاب الأيمان ، وحينئذ فلا يحتاج إلى ما في المسالك من بناء المسألة على أن التبرع عن المعسر بالكفارة التي ليست فرضه هل يجزيء عنه أم لا ؟ فإن قلنا بأجزائها أجزاء هنا بطريق أولى وإلا فلا ، وفي المختلف ادعى الإجماع على أن التبرع عن المعسر باذنه مجزئ فيجزيء هنا ، وهو الوجه وفي المبسوط ادعى الإجماع على عدم الأجزاء مع أنه في باب الكفارة اختار الأجزاء وجعله الأظهر في روايات أصحابنا ، ووافقه ابن إدريس على عدم الأجزاء . وإليه أشار المصنف بقوله : ﴿ وقيل لم يجزه ، وإن أوماً إلى بعض ذلك في غاية المراد ، ضرورة عدم مدخلية تلك المسألة لكون المكاتب موسراً إذا فرض كونه مكتسباً لما يحصل به ذلك ، إلا أنه محجور عليه في التصرف فيه بمثل ذلك ، فمع فرض ارتفاع المحجر عنه بالأذن حصل الوصف .

وتوجه التخييري والترتيبي بخلاف المعسر ، فإن التبرع عنه لا يجعله موسراً ، كما هو واضح .

ومن ذلك ينقدح النظر فيما في الايضاح من أنه بأمر السيد لا يلزمه التكفير بالمال ، لأن عليه ضرراً فيه ، لأنه يفضي إلى تفويت حريته لمجزه بسببه ، ولأن التبرع لا يلزم باذن السيد ، فحينئذ إذا أذن السيد فيه صارت الكفارة المرتبة مخيرة بالنسبة إليه ، وهذا هو الصحيح عندي ، وسبب الاشتباه على المانع الاشتراك اللفظي ، فإن قوله : « كقتر بما لم يجب عليه » إن أراد الوجوب العيني سلمناه ، وإن أراد الوجوب المخير منعناه ، ولما لم يميز بين الوجوبين منع ، إذ هو كما ترى ، ضرورة أنه بعد فرض تناول إطلاق أدلة الكفارة للمكاتب المأذون وغيره يتجه الترتيب عليه ، وضرره من رفع بفرض اليسار الذي مقتضاه وجود مقابل الكتابة عنده وزيادة ، فتأمل جيداً ، والله العالم .

المسألة السادسة :

﴿ إذا ملك المملوك نصف نفسه ﴾ مثلاً ﴿ كان كسبه بينه وبين مولاه ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، إذ هو كنماء المشترك بين شريكين ﴿ ولو طلب أحدهما المهايأة أجبر الممتنع ﴾ كما عن بعضهم ، لأن لكل منهما الانتفاع بنصيبه ، ولا يمكن الجمع بين الحقين في وقت واحد ، فكانت المهايأة طريق الجمع بين الحقين ووسيلة إلى قطع التنازع ، ولا ضرر فيها ، بل هي موافقة لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، مضافاً إلى ظاهر خبر عمار بن موسى (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « في مكاتب بين شريكين فيعتق أحدهما نصيبه كيف يصنع الخادم ؟ قال : يخدم الثاني يوماً ويخدم نفسه يوماً » وغيره من النصوص (٢) التي تقدمت سابقاً في استسعاء المبعوض ، نعم

(١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المكاتب الحديث ٤ .

(٢) الوسائل الباب - ٦٤ - من كتاب المتق الحديث ٤ و ٥ و ٨ .

يكفي فيها الاجابة إلى المهايأة اليومية ، ولا يجب الأزيد .
 ﴿ وقيل : لا يجبر ﴾ للأصل بعد أن كانت غير لازمة إلا أن تكون بصلح ونحوه
 وقسمة لغير معلوم التساوي في جملته لأفراده ، فيتوقف على التراضي ، بل لا يظهر
 كونها قسمة لكون المنافع معدومة ، والخبر المزبور مع قطع النظر عن سنده
 لا يدل على تعيين ذلك كما في المسالك ، خصوصاً بعد أن كان المفروض فيه الخدمة
 ومعلوم عدم تساويها .

ومن هنا قال المصنف : ﴿ وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التي تقدمت
 الإشارة إلى جملة منها في كتاب القسمة ، بل وفي كتاب الشراكة التي من عيوبها ذلك
 ونحوه ، واستحسنه الكركي واختاره في الايضاح ، والله العالم .

المسألة السابعة : ﴿

﴿ لو كاتب عبده ومات ﴾ وخلف ورثة قاموا مقامه في أنهم إذا أعتقوه أو
 أبرؤوه من النجوم أو استوفوا المال عتق ﴿ و ﴾ لو ﴿ أبرأه أحد الوراث من نصيبه من
 مال الكتابة ﴾ أو استوفاه باذن شركائه ﴿ أو أعتق نصيبه صح ﴾ وانعتق من المكاتب
 المطلق مقدار ذلك ﴿ ولا يقوّم عليه الباقي ﴾ في صورتي الأداء والإبراء ، للأصل
 بعد فرض عدم تناول دليل التقويم لمثله ، خصوصاً والمكاتب في المقام هو المورث ،
 وإنما الإبراء تنفيذ المكاتب .

على أن التحقيق عدم السراية في المطلق إذا أدى شيئاً للمورث وانعتق منه
 جزء فضلاً عن الوارث ، لعدم صدق العتق بالتحريير بأداء مال الكتابة التي قد عرفت
 أنها معاملة مستقلة لبيع العبد من نفسه ولا عتق بعوض .

و أما لو أعتق فإن قلنا بعدم السراية لو أعتق المورث بعض مكاتبه أو حصته
 من المكاتب المشترك لخروجه بالمكاتب عن محض الرقية فلا تشمل أدلة التقويم
 المخالف للأصل ، خصوصاً مع إمكان تضرر المكاتب بالسراية حيث إنه ينقطع عنه

بها الولد والكسب اللذان يحصلان له بتحريره بأداء الكتابة ، فقدمها هنا أولى ،
لتنزيل عتق الوارث منزلة إبرائه الذي هو تنفيذ لفعل المورث ، وإن قلنا بها في
المورث ففي القول بها هنا وجهان ، من ذلك ومن صدق مباشرته للعتق ابتداءً ،
فيشملة دليل السراية ، ولعلته لا يخلو من قوة ، بل هو خيرة الكركي في
حاشيته .

ومن التأمل فيما ذكرنا يظهر مافي المسالك وغيرها من التشويش بعدم ذكر
الفرق بين الإبراء والعتق وبكثير الاحتمالات التي منها الفرق بين الإبراء من مال
الكتابة وبين قبضه باعتبار كونه مختاراً في الأول فيكون مختاراً في سببه الذي هو
العتق ، فيسرى بخلاف القبض ، فإنه غير مختار فيه ، ومنها بناء المسألة على أن
الكتابة بيع للعبد من نفسه أو عتق بعوض ، فعلى الأول لاسراية ، وعلى الثاني وجهان ،
إلى غير ذلك مما لا يخفى عليك مافيه بعد الاحاطة بما ذكرنا في المقام وفي المباحث
السابقة .

بقى شيء وهو أن ظاهر المصنف والفاضل في القواعد والتحرير عدم الفرق في
الحكم المذكور بين المطلق والمشروط ، بل في إيضاح الفخر د أن البحث في
المشروط ، ولعله المناسب لاستدلال المخالف وتشبيهه بما إذا كان المورث حياً ،
ضرورة عدم انعقاد البعض بأداء البعض فيه لو كان المورث حياً ، وفي كشف اللثام
جزم بالحكم في المطلق وجعله في المشروط احتمالاً ، والذي حكاه في الإيضاح عن
الشيخ التصريح بالمشروط ، قال : « لا نهما شريكاً في العبد ، نصيب كل واحد
مكاتب على قدر قسطه من مال الكتابة ، وكل منهما ينفرد بحقه لا يتعلق عتق نصيبه
بأداء مال إلى غيره - إلى أن قال - : والحاصل أن الكتابة بموت السيد تنزل
منزلة كتابتين - ثم حكى عن الشيخ أنه نقل قولاً بأنه لا ينعق - لا نهما معاً
منزلان منزلة المورث ولو أبرأه المورث من البعض لم يعتق فكذا الوارث ، ولأن
المكاتب المشروط إذا كاتبه واحد كان عتق كل واحد من أجزائه معلقاً بأداء الكل

من حيث هو كذلك ، وبموته لم يتجدد عقد آخر فلا ينعقد بعض منه بأداء بعض مال الكتابة .

قلت : لا يخفى عليك قوة القول بعدم الاعتاق بالأداء أو الإبراء في المشروط الذي انتقل إلى الوارث على الوجه المذكور في عقد الكتابة ، و دعوى انعقادها بالموث إلى كتابتين واضحة المنع ، اللهم إلا أن يقال إن المكاتب المشروط الذي انتقل إلى الوارث كالمال الذي يشتريه المورث مثلاً ، وله فيه الخيار ، فإنه يتبع الحصص حينئذ ، فتأمل جيداً ، والله العالم .

المسألة الثامنة :

﴿ من كاتب عبده ﴾ مطلقاً أو مشروطاً ﴿ وجب عليه أن يعينه من زكاته إن وجب عليه ، ولا حد له قلة ولا كثرة ﴾ بل المدار على صدق اسم ابتاء المال ، خلافاً لبعض العامة ، فقدّره بالربع ، ولا شاهد له ، نعم يستسمع استحباب حطّ السدس من المنجوم .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ يستحب ﴾ له ﴿ التبرع بالعطية إذا لم تجب ﴾ وفقاً في ذلك كله للمحكمي عن الشيخ في خلافه وكثير من المتأخرين ، بل عن الأول دعوى إجماع الفرق وأخبارهم (١) بل في الرياض هو الحجة في الوجوب والتخصيص بالمولى .

مضافاً إلى ظاهر الآية (٢) فيهما الناشئ عن كون الأمر حقيقة في الوجوب ، ولا ينافيه استعمال الأمر بالكتابة قبله في الاستحباب ، وظهور السياق باختصاص الضمير المتعلق به الأمر بالمولى ، فلا يعم ما عداه ، وفي تخصيص المال بالزكاة

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه الحديث - .

(٢) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

وإن كانت الآية فيه مطلقه ، ونخصيص الآية بصورة وجوبها والاستحباب في غيرها تبرها .

وفيه أولاً عدم معلومية إرادة الشيخ الاجماع على ما ذكره من الحكم ، كما يقضى به التدبر في عبارته المحكية عنه في المختلف ، لاحتماله إرادة الاجماع على أصل الایتاء في الجملة ، خصوصاً بعد أن لم نقف على خبر أصلاً فيما ذكره من الحكم المزبور .

نعم في صحيح محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليه السلام : « سألته عن قول الله عز وجل : وآتوهم من مال الله (٢) قال : الذي أضمرت أن تكاتبه عليه لا نقول أ كاتبه بخمسة آلاف وأترك له ألفاً ، و لكن انظر إلى الذي أضمرت عليه فأعطه ، و نحوه المرسل (٣) عن الصدوق ره .

وفي خبر العلا بن الفضيل (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال في قول (٥) الله تعالى « وكنابوهم » إلى آخرها : « تضع عنه من نجومه التي لم تكن تريد أن تنقصه منها ، ولا تزيد فوق ما في نفسك ، قلت : كم ؟ قال : وضع أبو جعفر عليه السلام عن مملوك ألفاً من ستة آلاف » .

وفي خبر القاسم بن يزيد (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام أيضاً « سألته عن قوله تعالى (٧) : وآتوهم - إلى آخرها - قال : سمعت أبي يقول : لا يكاتبه على الذي أراد أن يكاتبه ثم يزيد عليه ثم يضع عنه ، لكن يضع عنه مما نوى أن يكاتبه

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المكاتبة الحديث ١ .

(٢) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٣) أشار إليه في الوسائل في الباب - ٩ - من أبواب المكاتبة الحديث ١ وذكره

الصدوق (قدّه) في المقنع ص ٣٨ .

(٤ و ٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المكاتبة الحديث ٢ - ٣ والثاني عن

القاسم بن يزيد .

(٥ و ٦) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

عليه ، وهي صريحة في خلاف الحكم المزبور .

بل هو نفسه احتمل في الآية الوجوب من الزكاة والاستحباب ، والخطاب لغير السيد ممن تجب عليه الزكاة ، بل قال في المحكي عن مبسوطه : الإيتاء واجب عندنا ، وهو أن يحط السيد عن مكاتبه شيئاً من مال الكتابة ويؤتيه شيئاً يستعين به على الأداء ، لقوله تعالى (١) « وآتوهم من مال الله الذي آتاكم » وهذا أمر ، وظاهره الاجماع على ما ذكره .

وقال في محكي التبيين : « قال قوم : المعنى آتوهم من سهمهم من الصدقة ذكره في قوله (٢) : « وفي الرقاب » ذكره ابن زيد عن أبيه ، وهو مذهبنا ، وظاهره الاجماع أيضاً على ذلك . ومن ذلك يضعف الظن بكون المراد أن الاجماع على الحكم المزبور .

ومن الغريب اقتضائه في الرقاب على خبر الملا ثم قال : « لكنه ضعيف بابن سنان في المشهور ، ومع ذلك كاد أن يلحق بالشواذ ، لعدم مفتي بمضمونه بالخصوص ، فإن الأصحاب ما بين مفتي بما مر ، وحاكم بالوجوب على المولى جاعلاً متعلق الوجوب هو الحط من مال الكتابة مع إيتائه شيئاً يستعين به على الأداء ، وجبت على المولى الزكاة أم لا كما عن المبسوط وجماعة ، ومختص بالحكم بالمشروط العاجز عن توفية ثمنه ، ومفصل في المطلق بين وجوب الزكاة على المولى ، فتجب عليه الاعانة منها ، وعدمه فعلى الإمام أن يفكه من سهم الرقاب ، كما عليه المحكي ، وفاف للوجوب من أصله حاكم باستحباب الاعانة للسيد بدفعه إلى مكاتبه شيئاً من ماله من سهم الرقاب ، كما عن ابن حمزة والقاضي - قال - : وهذه الأقوال كما ترى ليس فيها ما يوافق مضمون الرواية عدا ما في المبسوط من تفسيره الإيتاء بالحط عن بعض النجوم كما فيها ، لكن زاد ويؤتيه شيئاً يستعين به على الأداء ، فتغالفا

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٢) سورة التوبة : ٩ - الآية ٦٠ .

من هذه الجهة ، فلا يمكن المصير إليها بعد كونها بهذه المثابة ، ولم يعمل بمضمونها أصلاً ، نعم عن الاسكافي أنه قال بعد ذكر الآية : يحتمل أن يكون ذلك أمراً بأن يدفع إلى المكاتبين من سهم الرقاب من الصدقات إن عجزوا ، ويحتمل أن يكون ندباً للسيد أن يضع عنه جزء من مكاتبته ، واحتماله الأخير موافق للرواية إن حملت على الاستحباب .

وفيه ما عرفت من أن مضمون الخبر المزبور قد اشتمل عليه الصحيح وغير الصحيح ، وأما العمل به فكل من قال بالندب كالفاضل في المختلف والشيخ ويعقوب بن سعيد في محكي التبيين والجامع عامل به ، بل قد سمعت تفسير المبسوط الإيتاء بذلك ، ولا ينافية زيادة إيتاء شيء له للاستعانة ، وبالجمله دعوى كونه من الشواذ كما ترى ، فالمتجة العمل بها على جهة الندب ، بل لعله المنساق من الآية ولو لمطغه على الأمر بالكتابة الذي هو للندب كما عرفت ، وإشعار قوله وَالَّذِينَ (١) « من أعان مكاتباً على فك رقبة أظله الله في ظل عرشه » وقيل له وَالَّذِينَ (٢) : « علمني عملاً يدخلني الجنة فقال : أعتق نسمة وفك رقبة ، فقيل : أليس واحداً ؟ قال : لا ، عتق النسمة أن ينفرد بعتقها ، وفك الرقبة أن يعين في عتقها » إذ لا يخفى على من رزقه الله معرفة اللسان أن ذلك و نحوه . بل والنصوص السابقة بل والآية يراد به الندب .

ودعوى أن المنساق من مال الله في الآية الزكاة واضحة المنع بعد ما عرفت ، خصوصاً بعد الوصف بقوله تعالى : « الذي » إلى آخرها وعلى تقديره فالمراد بالأمر بها الندب ، بل لعل ذلك خاص فيمن علم الخير منهم أي الإيمان لا مطلقاً .

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٣٢٠ وفيه « من أعان مجاهداً أو مكاتباً

في رقبة أظله الله في ظل يوم لا ظل الا ظله » .

(٢) المستدرک الباب - ١ - من كتاب العتق الحديث ١٦ و سنن البيهقي

كما أن الظاهر عدم اختصاص الایاء بالحط ، وإنما ذكر في النصوص (١) لأنه أحد الأفراد المتيسرة للمكاتب دائماً وإلا فالمراد إيتاؤه من الزكاة الواجبة أو غيرها بحط أو غيره ، بل هو المناسب لاطلاق الأمر بالایاء الظاهر في تناول الأفراد أجمع ، بخلاف الزكاة المختصة بمن تكون عنده ، ولعل هذا مرجح آخر لعدم إرادة خصوص الزكاة ، بل قد يرجعه أيضاً أن ما ذكره المصنف مستلزم للتجاوز في الأمر بناءً على إرادة القدر المشترك منه بين الواجب لمن عنده زكاة والندب لمن لم تكن عنده والتخصيص وغير ذلك .

وبذلك كله وغيره بان لك أن الندب هو الأقوى بل يستحب أن يكون مقدار السدس ويكره له أن يزيد في مال الكتابة لارادة الایاء منه ، كل ذلك لما سمعته من النصوص (٢) .

وأما دعوى دلالة الآية (٣) على الوجوب على الوجه الذي ذكره المصنف فلا شاهد لها ، وكون الأمر له لا يقتضي اختصاصه بالزكاة التي عليه ، كما أن آية (٤) كون الرقاب مصرفاً للزكاة كذلك أيضاً ، بل دعوى دلالتها على الوجوب على المولى إذا كانت عليه زكاة وعلى الندب إذا لم تكن كادت تشبه العلم بالمغيبات .

ومن ذلك كله يظهر لك ضعف الأقوال المزبورة أجمع ، ومنها ما في المسالك من « أن الأقوى وجوب الایاء من الزكاة إن وجبت أو الحط عنه من مال الكتابة أو دفع شيء إليه إن لم تجب » بل هو أضعفها ، وكذا ما فيها أيضاً تبعاً للدروس من أنه « يجب على المكاتب القبول إن أعطاه من جنس مال الكتابة لامن غيره ، عملاً »

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المكاتب .

(٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المكاتب .

(٣) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

(٤) سورة التوبة : ٩ - الآية ٦٠ .

بظاهر الآية ، فقد قيل : إن المراد به مال الكتابة ، ضرورة عدم اقتضاء الأمر بالإتياء وجوب القبول ، و عليه لا وجه للتفصيل بين الجنس وغيره كما جزم به في الإيضاح .

ولا يخفى عليك مافي تعليل دعوى ظهور الآية بأنه قد قيل إلى آخره ، وكأنه تبع في ذلك مافي الدروس « ويجب على العبد القبول إن أتاه من عين مال الكتابة أو من جنسه لا من غير جنسه » .

لكن في القواعد وشرحها « قيل في المبسوط ويجب على المكاتب قبول الإتياء إن دفع المالك من غير مال الكتابة أو من جنسه ، لأنه من المال المأمور بإتيائه ولا يجب الإتياء إذا لم يجب القبول » وفي التحرير « ثم السيد مخير بين أن يحط عنه بعض مال الكتابة وبين أن يؤتیه من جنس مال الكتابة أو من عين مال الكتابة الذي نقص منه ، وفي هذين يلزم العبد القبول ، وإن أتاه من غير جنسه قال الشيخ : لا يجب على العبد القبول » .

ولا يخفى عليك أن بناء ذلك على التلازم الذي أشار إليه في كشف اللثام ، وفيه منع واضح ، نعم لاجابة إلى القبول في صورة الحط التي هي بمعنى الإبراء الذي قد عرفت في محله عدم حاجته إلى القبول على الأصح وإلا احتيج إليه .

ولو عتق قبل الإتياء سقط الوجوب ، لفوات محله الذي هو المكاتب ، وما عن بعض العامة من أن وقت الإتياء بعد العتق كالمتمتع في الطلاق كما ترى منافي لما سمعته من النصوص (١) ولكون العلة فيه الاعانة على الفك ، بل ظاهر الأمر في الآية (٢) إتياء المكاتب ، وإذا أعتق لم يكن مكاتباً ، ودعوى أنه كالدائن - فيجب وإن أعتق ، بل عن الدروس اختياره ، بل عن المبسوط ذلك أيضاً ، لأنه

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المكاتب .

(٢) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٣ .

قضية كل حق مالي يثبت في الذمة - واضحة المنع ، إذ الإيتاء أعم من ذلك .

و منه يعلم أنّه لاوجه لمقاصّة المكاتب السيد بذلك ، لعدم ثبوت شيء له في ذمته ، نعم للسيد مقاصته بمعنى احتساب ماله في ذمة المكاتب من الزكاة التي عليه .

و لو دفع إليه من الزكاة وكان مشروطاً فمجز وردّ إلى الرق لم يجب عليه إخراجها لغيره إن كانت منه ، ولاردّها لدافعها ليخرجها إن كانت من غيره ، لطريان الرقية على الدفع الموجب للملك حال كونه قابلاً له ، والأصل براءة ذمة الدافع وبقاء الملك بعد أن كان المود إلى المولى إحداث ملك لا إبطالاً لما سلف ، ومن ثم بقيت المعاملة السابقة بحالها .

لكن ضعفه في المسالك بمنع كونه إحداثاً بل إعادته في الرق تقتضي نقض جميع ما سبق ، ومن ثمّ عاد كسبه وأولاده ملكاً له ، و بقاء المعاملة بسبب الاذن الضمنية بها في عقد المكاتبه ، فانها تستلزم الاذن في التصرف بالمعاملة ونحوها ، ثمّ قال : « والوجه وجوب صرفه على المستحقين إن كانت منه ، وإلاّ أعادها على دافعها ليصرفها بنفسه ، نعم لو كان من المندوبة لم تجب الاعادة » .

وفيه ما لا يخفى ، ضرورة أن ذلك فسخ من حينه ، وعود كسبه وأولاده للسيد للأدلة لا يقتضي تبين انتقاض جميع ما تقدّم وإلاّ لم يكن فرق بين الواجبة والمندوبة ، كما هو واضح . والله العالم .

المسألة التاسعة :

﴿ لو كان له مكاتبان فأدّى أحدهما واشتبه ﴾ فعن المبسوط ﴿ صبر عليه لرجاء التذكّر ﴾ حتّى يموت ﴿ فان مات ﴾ أي ﴿ المولى استخرج بالقرعة ﴾ وفي الدّروس أرجى ليتدكّر، فان زال الرجاء أقرع ، وعن الخلاف إطلاق القرعة ، لأنّها لكلّ أمر مشكل ، ويمكن إرادته زوال الرجاء واستقرار الاشتباه و الاشكال في مقابل الصبر إلى الموت المستلزم للضرر على المؤدّي منهما .
و لو اعترف أحدهما بعدم الأداء واختصت دعواه بالأخر ففي إلزام المولى بذلك إشكال ، أقواه عدم .

﴿ ولو ادّعى على المولى العلم كان القول قوله مع يمينه ﴾ لأنّه شيء لا يعلم إلاّ من قبله ، وإنّ يثبت أحدهما وادّعى التذكّر قبل قوله بغير يمين إن صدّقه الآخر أوسكت ، وإن كذّب به وقال: استوفيت مني فله تحليفه أيضاً ، ويحلف هنا على البتّ ، لدعواه التذكّر ، فان حلف بقيت كتابته إلى أن يؤدّي ، وإن نكل المولى حلف المكذّب ، وعق أيضاً مع الأول أحدهما باقراره والآخر بيمينه ، كما أنّهما يعتقان باليمين من كلّ منهما لو نكل عن يمين نفى العلم قبل دعوى التذكّر ، والعلم بكذب أحدهما في نفس الأمر لا ينافي الحكم في الظاهر ، ولو مات المولى قبل التذكّر نعتت القرعة لليأس منه .

ولكن لو ادّعى أحدهما أوهما على الوارث العلم حلف على نفية كالمورث ، وليس له أن يستوفى منهما ، لأنّ أحدهما برىء ، فأخذ المالكين ظلم ، ولا من أحدهما قبل القرعة ، لعدم نعتته شرعاً وكذا القول في المورث بناءً على شرعية القرعة في حياته .

ولو بذلا مالاّ بقدر المتخلف أو الأكثر على تقدير الاختلاف فالوجه اعتناهما بذلك ، كما لو دفع المتبرّع .

ولو أقام أحدهما بيّنة بالأداء قبلت ، سواء كان في حياة المولى أو بعد موته ،
وسواء كان قبل القرعة أو بعدها ، بل الظاهر فساد القرعة ، لأن البيّنة أقوى ،
وربما احتمل عتقهما معاً لكونهما حجبتين شرعيتين ، وفي كشف اللثام أنّه من
الضعف بمكانة ، للقطع بأن المؤدّي منهما واحد ، والقرعة لا تستقل بالاعتاق ، هذا ،
وظاهر قول المصنّف: ﴿ ثم يقرع بينهما لاستخراج المكاتب ﴾ بقرينة ما سبق كون
ذلك إذا مات المولى بعد أن حلف على نفي العلم لكلّ منهما ، فلا منافاة كما ظنّه
في المسالك ، والأمر سهل ، والله العالم .

المسألة العاشرة: ﴿

المشهور نقلاً وتحصيلاً أنّه ﴿ يجوز بيع مال الكتابة ﴾ المطلقة والمشروطة
بعد الحلول وقبله وغيره من سائر وجوه النقل ، كغيره من الديون التي قد عرفت
الحال في نقلها بالبيع وغيره ، وأنّ النّهي (١) عن بيع مالم يقبض محمول على
ضرب من الكراهة .

فما عن مبسوط الشيخ وابن البراج - من عدم جواز بيع المال الذي في ذمة
المكاتب للنّهي المزبور - واضح الضعف ، وكذا ما عن ابن الجنيّد : من التصريح
بعدم جواز بيعه في المطلقة والمشروطة ، لأنّه نظير بيع حبل الحبلى ولقاح الفحل ،
إذ فيه منع واضح ، ضرورة كون ما في ذمة العبد مالاً معلوماً مملوكاً للسيد كغيره
من الديون ، وكأنّه لحظ عدم استقراره لاحتمال العجز المسلط للمولى على ردّه رقاً
مطلقاً أو في المشروطة .

ولعله الذي لاحظ الشيخ في المحكي من خلافه الجواب عنه ، قال : « يجوز
بيع المال الذي على المكاتب ، فإن أدّى المكاتب مال الكتابة اعتق على سيّده ،

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود من كتاب التجارة .

وإن عجز رجع بها على سيده ، وكان للمشتري الدرك بما اشتراه ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيع ذلك - واستدل بأصالة الجواز ، والمنع يحتاج إلى دليل ، وقوله تعالى : (١) « وأحل الله البيع » يدل على ذلك - فإن قيل : نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض (٢) قلنا : نحمله على ما إذا لم يكن مضموناً ، وأما إذا ضمنه فلا بأس ، وهو محتمل لبطلان البيع كقول المصنف : ﴿ فإن أدى المكاتب مال الكتابة انعتق ، وإن كان مشروطاً فعجز وفسخ المولى رجع رقاً لمولاه ﴾ .

وفي المسالك « فإذا صح البيع لزم المكاتب دفع المال إلى المشتري ، فإذا أدّاه إليه عتق ، كما لو أدّاه إلى المولى ، ولو لم يدفعه أجمع وكان مشروطاً فعجز وفسخ المولى رجع رقاً لمولاه وهل يبطل البيع ؟ يحتمله ، لأن الفسخ يوجب رفع أثر الكتابة ، ومن ثم رجع ولده رقاً وتبعه كسبه ، والعدم لمصادقة الملك حال البيع ، فلا يضره الفسخ الطاريء » قلت : فيكون العبد حينئذ رقاً للسيد ولكنه مديون للمشتري .

وفيه أن مقتضى الفسخ ردّ العوضين على حالهما السابق ، وحينئذ لم يبق في ذمة العبد شيء بعد أن دعا إلى الرقبة .

نعم قد يقال : بانعتاق المكاتب ببيع ما عليه ، لوصول مال الكتابة للسيد أو كوصوله ، بل هو أقوى من ضمانه له ، فيبقى حراً مشغول الذمة بمال الكتابة للمشتري ، فلا فسخ حينئذ للسيد بالعجز عن المال الذي انتقل عنه للمشتري وإن كان له الفسخ حيث كان المال له ويعجز عنه المكاتب ، ولا للمشتري الذي لم يقع معه عقد الكتابة ، وحينئذ فلا يطالب المشتري البائع بدرك مال الكتابة كما سمعته من الشيخ ، ولا يبقى المكاتب مشغول الذمة وإن رجع عبداً لسيدته ، كما هو أحد احتمالي المسالك ، فتأمل جيداً فإني لم أجد ذلك محمداً في كلامهم .

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٧٥ .

(٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود الحديث ٢١ .

وقاعدة "تلف كل" مبيع قبل قبضه من مال بائعه ، - لو سلم جرياتها في المقام باعتبار تنزيل إعسار العبد بما عليه بمنزلة تلف المبيع مع عدم جرياتها في غير البيع من النواقل - إنما تقتضي الانفساخ من حينه لامن الأصل ، والفرض صيرورة العبد حرّاً يدفع عوض ما عليه للسيد ، فإذا فرض الانفساخ عاد عوض المشتري إليه ، وعاد ما في ذمة المكاتب للسيد ، إلا أن المفروض تحرّره ، فيكون له ما سمعته في (من خ ل) الاقالة في الضمان لا أنه يعود رقاً للسيد .

اللهم "إلا" أن يقال : فرق واضح بينه وبين الضمان الذي هو انتقال ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن وإن ثبت مثله في ذمة المضمون عنه للضامن إذا كان باذنه بخلاف البيع ، فإنه لم يخرج به المال عن كونه مال الكتابة وإن باعه السيد ، فيصدق مع فرض إعسار العبد عجزه عنه ، فيتحقق عنوان الخيار للسيد وإن لم يكن المال له ، فإذا اختار الفسخ ورجع العبد رقاً ذهب مال المشتري ، فيطالب السيد به أو لم يذهب بل يبقى العبد مشغول الذمة به كما سمعته من الوجهين .

لكنه كما ترى لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه من أن الأصل اللزوم في العقد ، والثابت من الخيار في المشروطة مع العجز عن أداء مال الكتابة للسيد لا مطلقاً وإن ملكه غيره ، فالمتبجح حينئذ عدم الفسخ ، نعم في اعتناق العبد كما ذكرناه أو يبقى إلى أن يؤدي وجهان ، فتأمل .

وكيف كان فعلى القول ببطالان بيع مال الكتابة أو فرض فساد البيع من وجه آخر لا يجوز للمكاتب تسليم النجوم للمشتري ، وليس له مطالبة بها ، لعدم استحقاقه لها ، بل هي باقية على ملك السيد ، بل لا يحصل عتقه إلا بدفعها إليه كما عن الشيخ والأكثر .

وقيل : يحصل أيضاً بتسليمها إلى المشتري وإن لم يكن مستحقاً لها ، لأن السيد سلطه على القبض ، فهو كما لو وكل وكيلاً في القبض .

وفيه ما عرفته غير مرة من عدم اقتضاء البيع الفاسد ذلك ، ولذا يكون مضموناً عليه لو تلف في يده ، بل لعل الأقوى ذلك ، حتّى لو قال للمشتري بعد البيع :

خذها من المكاتب ، أو قال للمكاتب : ادفمها إليه بعنوان المعاوضة المفروض فسادها ، فانه ليس استنابة مستقلة عن إذن المعاوضة ، وحينئذ فللسيد أن يطالب المكاتب بماله في ذمته ، والمكاتب يسترد ما دفع إلى المشتري ، فان سلمه المشتري إلى البائع كان للعبد الاحتساب به جديداً من مال الكتابة ، بل ربما احتتمل تعيينه لها نظراً إلى تعيين المكاتب بالدفع إلى المشتري ، وفيه أن تعيينه مبني على المعاوضة المفروض فسادها ، فالتحقيق بقاؤه على حكم مال العبد الذي لم يدفعه لها ، والله العالم .

﴿ و ﴾ لا خلاف كما لا إشكال في أنه ﴿ يجوز بيع ﴾ المكاتب ﴿ المشروط بعد عجزه مع الفسخ ﴾ لصيرورته رقاً حينئذ فتوى ونصاً (١) بل يبعه بعد تحقق عجزه فسخ كما في نظائره .

نعم قد أطلق المصنف ﴿ و ﴾ غيره أنه ﴿ لا يجوز بيع المطلق ﴾ أي بعد عجزه ، ولعله لعدم جواز الفسخ من المولى معه ، لأصالة اللزوم وغيرها ، وهو مؤيد لما ذكرناه سابقاً ، لكن قيده الكركي بما إذا لم يتحقق العجز ويستقر الرق في الكل أو البعض ، وفي المسالك « يجب تقييده بما إذا لم يبلغ حدّاً يجوز للمولى فسخ كتابته ، فلو عجز عن الأداء بعد حلول المال ولم يمكن الوفاء عنه من سهم الرقاب جاز بيعه ، كما يجوز فسخها حينئذ ، وقد تقدم » ونحوهما في ذلك الشهيد في الدروس ، لكن لا يخفى عليك ما في الجميع بعد الإحاطة بما قد مناه .

المسألة * الحادية عشرة :

* إذا زوج * السيد * ابنته من مكاتبه * المشروط أو المطلق المؤدى بعض ما عليه أو غير المؤدى * ثم مات * السيد * فملكته * كلاً أو بعضاً بالارث منه لعدم خروجه بالكتابة مطلقاً عن أصل الرقبة * انفسخ النكاح بينهما * كما عن الشيخ والأكثر ، لما عرفته في محله من عدم اجتماع النكاح والملك .

خلافاً للمحكي عن ابن الجنيدي ، فقال : « لو مات السيد وابنته تمت المكاتب الذي شرط عليه الرقبة عند عجزه منع من الوطء ، وإن أدى كفا على النكاح ، لأنها لم تراث من رقبته شيئاً ، وإن عجز بطل النكاح ، فإن كان ممن يعتق بما أدى بطل النكاح إذا حصل له أداء بعض الكتابة » وهو واضح الضعف . نعم لو لم تكن البنت واردة بأن تكون قاتلة مثلاً فالنكاح بحاله ، والله العالم .

المسألة * الثانية عشرة :

* إذا اختلف السيد والمكاتب في * قدر * مال الكتابة * فقال السيد : ألفان مثلاً ، وقال المكاتب : ألف * أو في * قدر * المدة * فقال السيد : سنة ، وقال المكاتب : سنتان * أو في النجوم * بأن قال السيد مثلاً : جعلنا السنة التي هي الأجل المتفق عليه ثلاثة نجوم كل نجم أربعة أشهر ، بحيث يعمل في كل نجم ثلث المال ، فقال المكاتب : بل جعلناها نجمين بحيث يعمل في كل نصف سنة نصف المال * (فـ) . ففي محكي الخلاف * القول قول السيد مع يمينه * أما في المدة فلا أن الأصل عدم الزائد عما يعترف به ، كما في غيرها من سائر المعاديات ، وأما في قدر المال فلا أن الأصل في المكاتب وكسبه لسيدته ، ولأن المكاتب يدعي العتق

بما يدعيه من المقدار والمولى ينكره ، والأصل بقاء الرق .

وفي الإيضاح والمسالك : وبهذا يحصل الفرق بين الكتابة والبيع في الاختلاف في مقدار الثمن ، فإن الكتابة ليست معاوضة حقيقية ، لأنها معاملة على مال المولى بماله ، والأصل أن لا يخرج ذلك عن ملكه إلا برضاه ، لأنها أشبه بالتبرع من شبهها بمقود المعاوضات ، بل زاد في الأول إنما قد منّا قول المنكر في سائر المواضع لأن الأصل معه ، وهاهنا مع السيد ، ولأن العبد هو المدعى للعتق والمولى ينكره ، والأصل بقاء الرق .

قلت : بل لو قلنا بأن الكتابة بيع أو كالبيع فالقول قول السيد أيضاً ، لما عرفته في محله من أن القول قول البائع في المقدار إذا كانت العين قائمة ، والفرض قيامها في المقام .

ولكن مع ذلك كله قال المصنف : ﴿ ولو قيل : القول قول منكر زيادة المال والمدة كان حسناً ﴾ بل في المسالك بعد أن جعله الأقوى نسبة إلى الأكثر ، وفي حاشية الكركي : نعم ، فيكون القول قول العبد في المال ، والسيد في المدة والنجوم ، و كان الوجه فيما استحسنه المصنف أصالة عدم الزيادة ، ولأن المولى باعترافه بأصل الكتابة واستحقاقه العتق خرج عن أصالة بقاء ملكه على المكاتب وعلى ماله ، ثم هو يدعي زيادة في ذمة المكاتب وهو منكرها فيكون قوله مقدماً في ذلك .

لكن لا يخفى عليك عدم جريان الأصل المزبور في الاختلاف في قدر النجوم على الوجه الذي ذكرناه ، ويمكن أن لا يريده المصنف اللهم إلا أن يكون قد فرضه الكركي فيما إذا كان الاختلاف في النجوم موجباً للاختلاف في أصل المدة ، كما لو انفقا على أن الأجل نجمان ولكن ادعى المولى أن كل نجم شهر ، وادعى المكاتب أن كل نجم شهران ، أو انفقا على أن النجم شهر ، ولكن اختلفا في قدر النجوم ، فقال المولى : إنهما نجمان وادعى المكاتب أنها ثلاثة ، ولاريب في أن

القول قول المولى في ذلك كله ، لرجوعه للاختلاف في المدة .

بل قد يدعى أن القول قوله أيضاً في التقييط على الوجه الذي ذكرناه أولاً ، ولكن مع دعوى المكاتب الأربعة في السنة والسيد الاثنين فيها ، لأصالة عدم الزيادة في التقييط وإن كان لا يخلو من نظر أيضاً إلا أن منه ينقدح تقديم قول المكاتب لو اختلفا في المدة وكان هو يدعى الأقل والسيد يدعى الأكثر ، لغرض الامتناع عن القبض والتعرض لعجز المكاتب أو موته أو غير ذلك من الأغراض ، هذا وقد تقدّم في كتاب البيع وغيره ماله مدخلية في المقام .

بل منه يعلم الوجه في المحكي عن الجامع هنا من أنهما يتعالفان إذا اختلفا في المال أو المدة كما عن الشافعي ، بل و يعلم قوة القول بأن القول قول منكر الزيادة مع فرض كون الدعوى فيها وعدمه ، والبيع إنما خرج بدليله إذا كانت العين قائمة ، ولا دليل على إلحاق الكتابة به في ذلك .

بل ويعلم منه أيضاً أنه إذا كان الاختلاف بينهما في الجنس فالتعالف ، أما إذا كان في الأداء وعدمه فالقول قول السيد بلا إشكال ، والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة عشرة ﴾ :

﴿ إذا دفع مال الكتابة و حكم بحريته فبان العوض ﴾ مستحقاً للغير أو
﴿ معيباً ﴾ بغير الجنس بقي على حكم من لم يؤد ، و تبين فساد الحكم
الأول .

وإن كان الميب جنسياً ﴿ فان رضى المولى فلا كلام ﴾ لكون المدفوع أحد
أفراد الكلي وإن كان للسيد حق الرد والجبر بالأرض ، فمع فرض إسقاطه بالرضا
لم يكن بحث .

وما في المسالك - من أنه يجعل رضاء بالمعيب كالإبراء عن بعض الحق ثم
قال : « وهل يحصل العتق عند الرضا أو حصل من وقت القبض فيه وجهان ،
أجودهما الثاني - لا يخلو من نظر ، خصوصاً بعد أن توقف فيها في أن الرد نقض
لتبين عدم الملك في أول الأمر أو فسخ من حينه من غير ترجيح ، ولا ريب في أن
التحقيق تحقق الملك بالقبض و أنه ليس للسيد إلا حق الخيار في الرد والجبر
بالأرض كما مر تحقيق ذلك ، وحينئذ فإذا رضى بالمعيب وأسقط حقه من الخيار
المزبور فلا إشكال ، و كان حراً من أول القبض لآحين الرضا وإن توقف فيه الفاضل
في القواعد من دون ترجيح . هذا كله إذا رضى به .

﴿ وإن رده بطل العتق المحكوم به ﴾ عند الشيخ و المصنف و جماعة إما
﴿ لأنه مشروط بالعوض ﴾ فيتبعه في الاستقرار والتزلزل كما هو حكم المعاوضة ،
وإما لتبين أنه لم يملكه بالقبض ، كما هو أحد الوجهين في المسالك في كل جزئي
دفع عن كلي في صرف أو سلم أو غيرها و إن كان لا يخفى عليك ما فيه كما تقدم
الكلام فيه مفصلاً في الصرف و السلم ، و لذا اقتصر المصنف على تعليقه
الأول .

وأشكله الكر كي في حاشيته بأن العتق إنلاف واستهلاك ، فإذا حكم بوقوعه

لم يبطل ، مع أنه مبني على التغليب قال وقول المصنّف : « لأنّه مشروط بالعوض ، يقتضى عدم حصوله ، وليس كذلك ، ومن ثمة لو رضى بهذه استمر العتق بحاله وإن مضى على ذلك مدة طويلة قبل العلم والرضا ولم يكن محجوراً عليه في شيء من تصرفاته السابقة ، إلاّ أن يدعى عدم زوال الحجر عن المكاتب بمجرد الدفع إلى أن يتحقق سلامة العوض ، وهو خلاف ما يظهر من كلامهم ، والمسألة محل نظر ، وبطلان العتق لا يخلو من شيء . وقد تبع في ذلك الفاضل في القواعد حيث حكم في موضع منها ببطلان العتق على إشكال .

و في الإيضاح « منشأ الاشكال أن يقال : العتق إتلاف واستهلاك فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كالخلع ، وأن يقال : العتق إنما يستقر باستقرار الأداء ، وقد ارتفع الأداء ، فيرفع العتق ، - قال - : وهذان الوجهان كتبهما المصنّف حاشية بخطه على الأصل » .

قلت : لا يخفى عليك ما في الأوّل ، فإن العتق إتلاف واستهلاك إذا وقع مستقلاً ، كما لو أعتق العبد الذي فيه الخيار للبائع على ما حرّراه في محله لا ما إذا كان العتق من أصل وقوعه قد وقع متزلاً ، وليس هو تصرفاً مستقلاً ، وقاعدة أن الحر لا يعود رقاً إنما هي في الأوّل ، وكذا دعوى بنائه على التغليب ، فالتحقيق حينئذ ما ذكره المصنّف ، اللهم إلاّ أن يدعى أن هذه المعاوضة ليست معاوضة حقيقية كي يجري عليها حكم المعاوضة ، لكنه كما ترى .

ومما ذكرنا يظهر لك النظر فيما أطنب فيه في المسالك من بناء المسألة تبعاً للفخر في إيضاحه على أن الرد بالعيب فسخ متجدد للقبض أو دفع للقبض من أصله ، فعلى الأوّل لا يبطل العتق وعلى الثاني يبطل ، لأن الرد يكون كاشفاً عن بطلان الأداء ، إذ لا يخفى عليك ما فيه ، فإن التحقيق كونه فسخاً من حينه ومقتضياً لبطلان العتق ، ودعوى الإجماع على عدم وقوع العتق متزلاً ممنوعة على مدعيها كما عرفته في كتاب العتق .

و أغرب من ذلك ما في المسالك أيضاً من أنه « لو طلب الأرض مع الرضا بالعيب فله ذلك ، وتبين حينئذ أنه لم يقبض كمال النجوم ، فاذا أداه حصل كمال العتق حينئذ ، وإن عجز عنه وكانت مشروطة فللسيد استرقاقه كما لو عجز عن بعض النجوم » ، إذ هو كما ترى ، فإن التحقيق كون الأرض جبراً لتفاوت النقص بالعيب ، لا أن بعض العوض باق ، وإلا لم يحصل الحرية بالرضا بالعيب من حين القبض كما اختاره هو ، إذ لو كان ذلك إبراءً لحصل بحصوله لاقبله ، كما هو واضح .

﴿ و لو تجدد في العوض عيب لم يمنع من الرد بالعيب الأوّل مع أرض الحادث ﴾ لاستصحاب الرد ، ولأنها ليست معاوضة حقيقة ، فليس لها حكم المعاوضات اللازمة . ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ قال الشيخ : يمنع ، و هو بعيد ﴾ عند المصنف لما عرفت ، إلا أن الانصاف قربه ، بل عن الفاضل في التحرير اختياره ، وفي حاشية الكركي هو قوي ، وذلك لأن أصل إثبات الرد فيها للإلحاق بالمعاوضات ، وإلا فلا دليل بالخصوص ، والضرر يرتفع بالأرض ، وحينئذ فمقتضاه ثبوته فيها على حسبها . بل قد يقال إن الرد لا يتحقق مع العيب ، ضرورة كون المراد رده بحاله الذي قد وصل إليه ، و الفرض أعيبه ، ولعل هذا هو الأصل في منع العيب الرد ، مؤيداً بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » وهو مشترك بين الجميع .

ومما ذكرنا يعلم أولوية استقرار الأرض بالتلف من العيب ، وفي القواعد ولو اطلع على العيب بعد التلف كان له رد العتق إلا أن يسلم الأرض ، فإن عجز كان له الاسترقاق كالعجز عن بعض النجوم ، و هو نحو ما سمعته من المسالك الذي قد عرفت النظر فيه ، والله العالم .

المسألة الرابعة عشرة: ﴿

﴿ إذا اجتمع على المكاتب ديون ﴾ معاملة مثلاً ﴿ مع مال الكتابة ﴾ ملوأة أو لغيره أولهما ﴿ فان كان ما في يده يقوم بالجميع فلا بحث ﴾ سواء كان مشروطاً أو مطلقاً ، ﴿ وإن عجز ﴾ و كان الدين للمولى و المكاتب مشروط فان تراضيا على تقديم أحدهما فلا بحث أيضاً و إلاً ففي القواعد و شرحها و المسالك كان للسيد أخذ ما في يده عن دين المعاملة أو أرض الجناية ثم يعجزه و يرجعه رقاً إن شاء ، وإن اختار المكاتب دفع مال الكتابة فللسيد منعه ، لاحتمال عدم تمكنه بعد من وفاء دينه ، ولا يجد مرجعاً له بعد عتقه .

و هل له تعجزه قبل أخذ ما في يده ؟ وجهان : أحدهما لا ، لأنه قادر على أداء النجوم مادام المال في يده ، و ثانيهما له ، و في الايضاح و المسالك أوجهما نعم ، لأنه يتمكن من مطالبته بالدينين معاً وأخذ ما في يده عنهما ، و حينئذ فيعجز عن قسط من النجوم .

و فيه أنه لا حاجة للمطالبة بهما ، لما عرفت أن الاختيار للسيد في أخذ أيهما شاء لا للمكاتب ، نعم قد يناقش فيه بأن ذلك كله لا يحقق العجز فعلاً و إنما أقصاء القدرة ، بل و في الأول إن لم يكن إجماعاً بأن الاختيار في تعيين جهة الدين للمديون لا الديان ، و لذا لو دفع المكاتب ما في يده و لم يتمرضا لذكر الجهة ثم قال : قصدت النجوم و أنكر السيد كان القول قول المكاتب ، لأنه أعرف بقصده ، كالمديون بدينين وأحدهما عليه رهن .

و دعوى ترجيح دين المعاملة باستقراره بخلاف دين المكاتب لا حاصل لها على وجه ترجع إلى دليل شرعي ، و تمكنه من مطالبته بهما لا يوجب على المديون دفعه إليهما معاً كي يحصل العجز عن قسط من النجوم ، بل هو على اختياره ، لأنه المكلف بالأداء والمخاطب به ، فالنية نيته والامتنال امتناله ، وحينئذ فالمشروط

بالنسبة إلى التخيير المزبور كالمطلق الذي اعترف في القواعد بتخييره في الفرض ، بل ظاهره عدم الفرق بين المؤدى بعضاً وغيره وإن قيده في كشف اللثام بالأوّل لكنه لا أثر له .

وربما يؤيد ما قلناه ما في الايضاح والمسالك بل وغيرهما فيما لو كانت الديون عليه لغير المولى ، كما لو كان عليه دين معاملة لأجنبي و أرض جناية لأخر ومال الكتابة ، ولم يف ما في يده بها ، فإن لم يحجر عليه فله تقديم من شاء منهم كالحر المعسر ، إذ ليس ذلك إلا لقاعدة التخيير للمدينون المشتركة بين المقامين .
و إن حجر عليه ﴿ ﴾ وكان مطلقاً نحاص فيه الديان و المولى ﴿ ﴾ على قدر ديونهم من دون تقديم أحدهما على الآخر ، لتساويهما أجمع حينئذ في التعلق بما في يده .

و يحتمل بل في المسالك هو الأجود أنه يقدم دين المعاملة ، لأنه يتعلق بما في يده خاصة ، بخلاف أرض الجناية الذي له متعلق آخر ، وهو الرقبة ، وحق السيد الذي بالعجز يعود فيه المكاتب إلى الرقبة ، ثم يقدم أرض الجناية على مال الكتابة ، لأن الأرض مستقر بخلافه ، فانه عرضة للسقوط بالعجز ، ولأن حق المجنى عليه يقدم على حق المالك في الفن ففى عوضه بطريق أولى .

لكن - هو مع ابتناؤه على عود المطلق رقاً بالعجز وقد عرفت ما فيه - يدفعه أنها مجرد اعتبارات لا ترجع إلى دليل شرعي بعد كون الجميع ديوناً في ذمته ، فتندرج فيما دل على تعلقها بما في يد المحجر عليه ، كما هو واضح .

﴿ و إن كان ﴾ المكاتب ﴿ مشروطاً ﴾ ففى المتن وغيره ﴿ قدم الدين ﴾ على مال الكتابة ﴿ لأن في تقديمه حفظاً للحقين ﴾ وفيه ما لا يخفى بعد الاطاعة بما ذكرناه سابقاً ولا حقاً ، وكذا ما قالوه من تقديم حق أرض الجناية عليه وأن في تقديم الدين عليه و مساواته له وجهين كما في الايضاح ، إذ الجميع كما ترى مبنية على اعتبارات لا تصلح معارضة لاطلاق الأدلة .

وأضعف من ذلك ما قيل من أنه لو كان للمولى معهم دين معاملة احتمل مساواته لمال الكتابة ، لأن ديون السيّد ضعيفة باعتبار كونها عرضة للسقوط بالعجز ، إذ هو كما ترى لا حاصل له ، فإن دين المولى لا يدل له كديون القرماء مع عوده رقاً ، إذ رقيته بدل مال الكتابة لا غيرها من الديون ، كما هو واضح .

﴿ ولو مات ﴾ قبل أن يقسم ما في يده ﴿ وكان مشروطاً بطلت الكتابة ﴾ كما عرفت سابقاً وسقطت النجوم ﴿ ودفع ما في يده في الديون خاصة ﴾ بل عن المبسوط واختاره في الايضاح سقوط أرض الجناية ، لتعلقه بالرقبة وقد فأت ، وتعلقه بما في يده بحكم الكتابة التي قد فرض بطلانها فيتبعها بطلان ذلك التعلق وإن كان هو لا يخلو من نظر ، لمنع تعلق أرض الجناية برقبته من أوّل الأمر كالقن ، لأن له ذمة قابلة لتعلق الدين بها بخلاف القن ، ومن هنا تعاض مع الديون .

فالتحقيق بناء المسألة على أن أرض جناية المكاتب الموجبة مالاً تتعلق أولاً برقبته ، وله فداؤها بالمال ، أو أنها تتعلق أولاً بذمته ، فإن لم يكن له مال كان للمجنى عليه استيفؤها من رقبته ، ظاهر كلامهم في المقام الأوّل ، ويأتي بعض الكلام فيه إن شاء الله تعالى ، وعليه فمع فرض المسألة في المحجور عليه ولكن مات قبل قسمة ماله يتسببه حينئذ مساواة الأرض للدين ، لتعلقه بالتركة قبل الموت ، فيستصحب ، ولا أنه أقوى من دين المعاملة ، ولذا تتعلق برقبة القن دونه ، وزوال الكتابة ينقله إلى الرقبة مع الامكان ، بل لا وجه لتقديم الدين عليه هنا وإن احتمل ذلك حال الحياة باعتبار كون الرقبة محلاً آخر له ، إلا أن الفرض فواتها ، ومن ذلك يعلم أنه لا فرق في الحكم المزبور بين المحجور عليه وغيره .

﴿ وكيف كان ﴾ ﴿ لو قصر ﴾ ما في يده عن الديون ﴿ قسم بين الديان بالحصص ﴾ على نحو غيره من قاصري التركة ﴿ ولا يضمه المولى ﴾ بلا خلاف أجده ، للأصل و ﴿ لأن الدين تعلق بذلك المال فقط ﴾ و ما في بعض النصوص

السابقة من ضمان المولى منه لأنه عبده مطرح أو محمول على ضرب من التدب أو على غير محل الفرض ، والله العالم .

المسألة الخامسة عشرة :

لا خلاف ولا إشكال في أنه **﴿ يجوز أن يكاتب بعض عبده إذا كان الباقي حراً ﴾** بل في الإيضاح اتفاق الفرق عليه ، لإطلاق الأدلة وعمومها وإفادتها العبد الاستقلال بل **﴿ أو رقاً له ﴾** أيضاً **﴿ و ﴾** إن **﴿ منعه الشيخ ﴾** في المحكي عن مبسوطه لتخلف رفع الحجر الذي هو من لوازم الكتابة معه بعدم استقلاله فيما يحتاج إليه من سفر ونحوه من أنواع السعي ، ولزوم مشاركته له فيما يدفع إليه من سهم الرقاب من الزكاة لأنه كسبه .

وأجيب باندفاع ذلك بالمهاياة ، وبالتزام عدم المشاركة في المدفوع من سهم المكاتب ، لعدم قابلية جزء الرق للملك ، والأولى الجواب عن الأول باقتضاء كتابته إياه الأذن في ذلك ، وعلى كل حال فالمنع ضعيف .

﴿ ولو كان الباقي رقاً لغيره فأذن صح ﴾ لوجود المقنضي من إطلاق الأدلة وعمومها وارتفاع المانع الذي هو الحجر عليه المانع له من السعي .

﴿ وإن لم يأذن بطلت الكتابة لأنها تتضمن ضرر الشريك ﴾ بتبعض العبد ، **﴿ ولأن الكتابة ثمرتها الاكتساب ومع الشركة لا يتمكن من التصرف ﴾** وأجيب عن الأول بمنع اقتضاء الضرر المزبور الناشئ من التصرف بماله المسلط عليه عدم جوازها المستفاد من إطلاق الأدلة وعمومها ، وعن الثاني باندفاعه بالمهاياة .

وفيه أنه لا دليل على لزوم إجابته إليها كما لا دليل على لزومها بعد الإجابة إليها ، فلا يعرّض التمكّن من الاكتساب الذي يتوقف جواز الكتابة عليه ، بل منه ينقذ الاشكال في جوازها مع الأذن ، لعدم التزامه بالاستمرار عليها ، ولعله إذا قيل بعدم الجواز مطلقاً .

لكن يمكن منع اعتبار إحرار التمكن المزبور في صحة الكتابة ، لاطلاق الأدلة وعمومها ، و خصوص موثق سماعة (١) عن الصادق عليه السلام المتقدم سابقاً المشتمل على النهي عن الامتناع عن مكاتبه من ليس له كثير مال ولا قليله ، وعلى التعليل بأن المؤمن معان ، و من هنا جزم الفاضل وغيره بالصحة مطلقاً وإن كره الشريك ، ولعله الأقوى ، والله العالم . هذا كله في أركان المكاتب وأحكامها .

﴿ و أما ﴾ الكلام في ﴾ اللواحق فيشتمل على مقاصد ﴾ .

﴿ الاول ﴾ :

﴿ في لواحق تصرفاته ، وقد بينا ﴾ في المسألة الثانية من مسائل الأحكام تمام البحث في ﴾ أنه لا يجوز ﴾ للمكاتب ﴾ أن يتصرف ﴾ بما في يده من المال وإن كان مملوكاً له ﴾ بما ينأ في الاكتساب من هبة أو محاباة أو إقراض أو إعتاق ﴾ أو فيه خطر ﴾ إلا باذن مولاه ﴾ فيجوز ، لأن الحق لهما ﴾ و ﴾ حينئذ ﴾ ﴿ كما يصح أن يهب من الأجنبي ﴾ مثلاً ﴾ باذن المولى فكذا هبته لمولاه ﴾ بلاخلاف ولا إشكال ، ﴿ ونريد أن نلحق هنا مسائل ﴾ :

﴿ الاولى ﴾ :

لا إشكال في أن ﴾ المراد من الكتابة تحصيل العتق ﴾ بالمعوض ﴾ وإنما يتم باطلاق التصرف في وجوه الاكتساب ﴾ ، وحينئذ فاطلاقها يقتضي ذلك ﴾ فيصح أن يبيع من مولاه و من غيره و أن يشتري منه و من غيره ﴾ كما يصح له غيرهما من وجوه التكسب ، إذ المولى كالأجنبي في ذلك بلا خلاف أجده .

﴿ و ﴾ لكن ذكر غير واحد أنه ﴿ يتوخى ما فيه القبضة في معاوضاته ﴾ بل ظاهرهم المفروغية منه ﴿ فيبيع بالحال لا بالموجل إلا أن يسمح المشتري بزيادة عن الثمن فيعجل مقدار الثمن ويؤخر الزيادة ﴾ و ﴿ أما هو فاذا ابتاع بالدين جاز ، وكذا إن استسلف ، وليس له أن يرهنه ، لأنه لا حظ له ، وربما تلف منه ، وكذا ليس له أن يدفع قراضاً ﴾ إلى غير ذلك مما ذكره من الأمثلة التي لا طائل في التعرض لها ، ولكن جعلوا الضابط في الجائز له التصرف الاكتسابي المشتمل على المصلحة وأن لا يكون فيه خطر كما سمعته في المسألة الثالثة من فصل الأحكام .

بل في المسالك هنا دفرقوا بين المكاتب وبين الولي حيث يبيع مال الطفل نسيئة ويرهنه للحاجة أو المصلحة الظاهرة ، فإن المراعي هناك مصلحة الطفل ، والولي منصوب لينظر له ، وها هنا المطلوب العتق ، والمراعي مصلحة السيد ، والمكاتب غير منصوب لينظر .

بل فيها أيضاً د أنه متى باع أو اشترى لم يسلم ما في يده حتى يتسلم العوض ، لأن رفع اليد عن المال بلا عوض لا يغلو عن غرر ، ولذلك ليس له السلم ، لأن مقتضاه تسليم رأس المال في المجلس وانتظار المسلم فيه .

بل فيها أيضاً د لمّا كان الواجب عليه تحري ما فيه القبضة ومظنة الاكتساب فعليه أن يبيع بالحال لا بالموجل ، لأن إخراج المال عن اليد بلا عوض في الحال تبرع ومشتمل على خطر ، سواء باع بمثل قيمته أو أكثر ، وسواء استوثق بالرهن أو الكفيل أم لا ، لأن الكفيل قد يفلس والرهن قد يتلف ، نعم يجوز أن يبيع ما يساوي مائة بمائة فقدأ بمائة نسيئة ، و يجوز أن يشتري نسيئة بثمان النقد ، ولا يرهن به ، فانه قد يتلف ، وإن اشتراه بثمان النسيئة ففي جوازه وجهان : من اشتماله على التبرع ، ومن عدم الغبن ، إلى غير ذلك مما فيها وفي غيرها كالقواعد وشرحيها والتحرير ونحوها ، وليس فيها كثير اختلاف ، و مرجعها إلى كون المكاتب كاملاً القراض بل أشد ، لكن إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشة في ذلك بعدم

الدليل على التعليل المزبور .

وصحيح معاوية (١) عن الصادق عليه السلام المتقدم - الذي فيه « لا يصلح له أن يحدث في ماله إلا الأكلة من الطعام » مع أن الموجود في سؤاله « المملوك الذي كاتب على نفسه وماله » المحتمل لكون المراد منه اشتراط عدم التصرف بماله - إنما يراد منه المنع من التصرفات التبرعية كالهبة والعتق ونحوهما ، لا مطلق التصرف حتى الاكتسابي منه الذي هو من لوازم عقد الكتابة ومقتضيات إطلاقها . ولذا قال الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير (٢) السابق في المسألة المزبورة في المكاتب المشروط : « لا يجوز له عتق ولا هبة ، ولكن يبيع ويشترى » .

بل لعل المستفاد منه ومن غيره أن رفع العجز عن المكاتب في تصرفاته الاكتسابية شرعي لا مالكي كي يلاحظ إذن السيد فيه وجوداً وعدماً ، كالعامل الذي هو وكيل عن المالك ، بل لا عبرة بنهي المالك للمكاتب عن تصرفه الاكتسابي فضلاً عن اعتبار إذنه بخلاف العامل .

كما أن المستفاد من قوله عليه السلام فيه : « يبيع ويشترى » الاذن له في التكسب التجاري مجري تكسب العقلاء في النقد والنسيئة والقراض والاجارة بالنقد وبغيره والسلم وغيرها ، من غير فرق بين ما كان فيه خطر أولاً ، وبين أخذ الرهن والكفيل أولاً ، إذ المدار على التكسب المزبور مكاناً وزماناً وأحوالاً ، بل الظاهر جواز التصرف له بماله بما لا مفسدة فيه للمال ولا حاجة إلى ملاحظة القبضة ، فله بيع الشيء بضمن مثله وغير ذلك .

وبالجملة ما ذكره من التقييدات المزبورة التي هي أشد منها في ولي الطفل لا أعرف له دليلاً سوى دعوى كون المكاتب لم يخرج بالكتابة عن الرقبة التي مقتضاها الحجز عليه ، وأنه كل على مولاه لا يقدر على شيء ، وأقصى ما خرج عن ذلك بسبب الكتابة ما اشتمل على القيود المزبورة دون غيره الذي يكفي في مثله الشك فيه .

لكنه كما ترى مناف لاطلاق الاذن بالبيع و الشراء الذي هو كناية عن الاكتساب ، ولما هو المعلوم من أن مقتضى عقد الكتابة استقلال العبد بالتصرف في ماله بغير التبرع المؤدى إلى تلف المال بلا عوض .
و لو تصرف تبرعاً و لم يردّه السيد و لو لعدم علم به فتحرّر بالأداء صح تصرفه في قول قوي ، لما ذكرناه في نظيره من بيع المالك المال المرهون ثم فكّه ، ولما سمعته في صحيح معاوية بن وهب (١) المتقدم من صحة نكاحه ، وقيل بعدمه ، لاستلزامه تعليق البيع أو نفوذه مع تعلق حق الغير به من دون إذن منه ، والله العالم .

المسألة الثانية :

﴿ إذا كان للمكاتب ﴾ مشروطاً أو مطلقاً ﴿ على مولاه مال وحل نجم ﴾ من نجومه كان حكمه كالأجنبي مع الأجنبي بالنسبة إلى التقاص ﴿ فان كان المالك متساويين جنساً ووصفاً تهاترا ﴾ قهراً سواء كانا تقديين أو عرضيين مثليين ، كما في الدّروس والمساك ، لما بيناه في محله من عدم ملك شخص على آخر ما يملكه عليه .
﴿ ولو فضل لأحدهما رجع صاحب الفضل ﴾ .
﴿ وإن كانا مختلفين ﴾ جنساً أو وصفاً ولو بالحلول والتأجيل أو اختلاف الأجل وفي الدّروس والمساك أو كانا قيميتين ﴿ لم يحصل التقاص إلا برضاها ﴾ للأصل وقاعدة التخيير للمديون في جهات القضاء وغير ذلك ، لكن قد يناقش في خصوص ما سمعته من الدّروس و المساك بأن ما أشرنا إليه من دليل التهاثر شامل للمثلي والقيمي ، اللهم إلا أن يقال : إن دليل التهاثر القهري الاجماع ، والمسلم منه المثلان دون القيميتين ، فلو فرض أن لكل واحد على الآخر عبداً مثلاً موصوفاً بصفات متحدة لم يتقاصا إلا بالتراضي .

هذا * و قد عرفت أنه * هكذا حكم كل غريمين * في جميع ما سمعت *
 * و لكن * إذا تراضيا كفى ذلك * في براءة ذمة كل منهما عما للأخر عليه
 في المشهور * و لو لم يقبض الذي له ثم يعيده عوضاً سواء كان المال أئماناً أو
 أعراضاً * لما تقدم في محله من أن الوفاء معاوضة مستقلة برأسها ، ومن أن ما في
 الذمة مقبوض لمن هو عليه ، فلاحظ وتدبر .

* وفيه قول آخر * للشيخ في المحكي عن مبسوطه * بالتفصيل * وهو
 إن كانا نقدين قبض أحدهما ودفعه عن الآخر ، وإن كانا عرضين فلا بد من قبضهما ،
 وإن كان أحدهما نقداً فقبض العرض ثم دفعه عن النقد جاز دون العكس ، و في
 الدّروس والمسالك وكان الشيخ يجعل المقاصة بيعاً فيلحقها أحكامه من بيع الدين
 بالدين وشبهه ، والله العالم .

المسألة الثالثة :

* إذا اشترى أباه * مثلاً * بغير إذن مولاه * سابقاً أو لاحقاً * لم يصح *
 إذا لم يكن له مدخلية في التكسب ، لعدم ثبوت الإذن له شرعاً بمثل هذا التصرف ،
 فيبقى على أصل الحجر عليه وإن لم ينعتق عليه فما عن بعض - من الجواز لأنه
 اشترى مملوكاً لا ضرر على المولى في شرائه ، ولهذا كان كسبه له ، وإن عاد المكاتب
 في الرق عاد هو معه كالأجنبي - ضعيف لا لما في المسالك من أن صرف المال في
 ثمنه مع عدم جواز بيعه والتكسب به غير سائغ له وإن لم يعتق في الحال ، إذ يمكن
 منع عدم جوازه له إذا فرض قلة ثمنه مع كونه كسوباً بحيث يستعين به على أداء
 مال الكتابة بل لأن المفروض شراؤه على وجه لادمخلية له في التكسب ، ويكفي
 في ضرر المولى دفع المال في مقابلة من لا يجوز له التكسب فيه ببيع ونحوه ، ولا
 كسب له يستعين به على أداء مال الكتابة .

نعم لو قلنا يجوز له التصرف فيه ببيع ونحوه لم يكن إشكال في جواز شرائه ،
 ضرورة كونه حينئذ كالأجنبي إلا أنني لم أجد من صرح بجوازه ، بل ظاهر بعض
 من تعرض لذلك وصريح آخر كالفاضل في القواعد والاصبهاني في شرحها وغيرهما

العدم ، بل أرسلوه إرسال المصلحات ، وإن كان دليله إن لم يكن إجماعاً لا يخلو من إشكال للأصل وغيره ، و كونه يتحرّر بمعاً لتحرّر الولد الذي لم يعلم حصوله لا يقتضي عدم جواز بيعه ، ولعله لذا تردد فيه الكرّكي في حاشية الكتاب إلا أنني لم أجده لغيره .

نعم في الايضاح في تقرير دليل القول بجواز الفراء من دون إذن ما يقتضي جواز بيعه عند معاينة العجز ، نحو ما سمعته عن بعضهم في ولد المكاتب ، لكن صريحه في تقرير القول بعدم جواز شرائه عدم جواز التصرف فيه بنحو ذلك .

ومن الغريب قوله في الحاشية المزبورة : « إني لم أظفر للأصحاب بتصريح بجواز البيع وعدمه » مع تصريح الفاضل في القواعد التي هي بين يديه بذلك ، وقد حكى هو عن الايضاح شرحها ما نقلناه عنه قال فيها : « وإذا اشتراه أو قبله في الوصية ملكه وليس له بيعه ولا هبته ولا إخراجة عن ملكه ، ولا ينعتق عليه » وقد صرح أيضاً في التحرير والدروس بعدم جواز التصرف فيه ، بل المصنّف في المسألة الثانية قد صرح بعدم جواز التصرف ، ويمكن أن يكون دليلهم على ذلك مضافاً إلى الإجماع فعوى مادل على الانعتاق عليه بالملك (١) القاضي بعدم جواز التصرف فيه بنحو ذلك وإن منع من الانعتاق مانع من جهة ضعف الملك أو غير ذلك ، بل فعوى نصوص (٢) أولاد المكاتب والمكاتب الظاهرة في عدم دفع الأولاد عن مال المكاتب ، وغير ذلك ، والله العالم . هذا كله إذا لم يأذن له المولى .

﴿ وإن أذن له صح ﴾ و لو لم يكن له مدخلية فيه ، لأن الحق لهما ﴿ وكذا ﴾ يصح من دون إذن ﴿ لو أوصى له به ولم يكن في قبوله ضرر ﴾ من حيث الاتفاق عليه ﴿ بأن يكون مكتسباً يستغني بكسبه ﴾ وإن كان لو مرض أو عجز أنفق عليه كما في المسالك ، لأنه من صلاح ماله لا للمواساة الممنوع منها كما

(١) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب العتق .

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب المكاتب .

في أقاربه الأحرار وإن كان قد يناقش بأن ذلك كافٍ في عدم جواز قبوله المعتبر في صحة الغبطة عنده ، فلا بد من فرض كونه كسوباً يستعين به على مال الكتابة ، ولا يكفي عدم الضرر ، بل قد عرفت في كتاب الوصايا جزم المصنف وغيره بعدم صحة الوصية من غير السيد للمكاتب ، بل ادعى بعضهم الإجماع عليه مضافاً إلى بعض النصوص (١) فلاحظ وتأمل .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ إذا قبله فان أدنى مال الكتابة عتق المكاتب وعتق الآخر مع عتقه ، وإن عجز ففسخ المولى استرقهما ﴾ معاً مثل غيره من عبيد المكاتب ، وفي كشف اللثام « لا نكشف أنه الذي ملكه لا المكاتب » ، وهو كما ترى .

نعم في المتن ﴿ وفي استرقاق الأب تردد ﴾ قيل ممّا ذكرناه ، ومن تشبّه بالحرية بجريانه في ملك ولده ، وهو كما ترى . ضرورة أنه لا سبيل إلى إبطال القبول بعد صحته ، ولا إلى عتق الأب مع استرقاق الولد ، ولعله لذا لم يحك عن غير المصنف احتمال ذلك ، والله العالم .

المسألة الرابعة : ﴿

﴿ إذا جنى عبد المكاتب ﴾ غير أبيه بما يوجب الأرض ﴾ لم يكن له أن يفكه بالأرض إلا أن يكون فيه الغبطة له ﴿ ولو لقصور الأرض عن قيمته ، فيفضل له ما ينتفع به ، أو لأن عينه تشتمل على منفعة تعود على المكاتب في ماليته بكسب وغيره .

﴿ ولو كان المملوك ﴾ الجاني ﴿ أب المكاتب ﴾ الذي دخل في ملكه بوجه من الوجوه السالفة قيل : ﴿ لم يكن له افتكاكه بالأرض ولو قصر عن قيمته ﴾ أي الأب ﴿ لأنه يتعجل باتلاف مال له التصرف فيه ، ويستبقى ما لا ينتفع به ، لأنه

لا يتصرف في أيه ، و ﴿ لكن ﴾ في هذا تردد ﴿ ممّا سمعت ومن امكان فرض القبضة له بزيادة كسبه .

ولعلّ هذا أولى ممّا في حاشية الكركي والمسالك من أن مرجع التردد فيه إلى الاشكال في جواز شرائه وعدمه ، فان أجزاءه فذاك وإلا فلا ، إذ فيه أن المصنّف قد جزم بعدم الجواز سابقاً اللهم إلا أن يكون هذا التردد بعده ، والأمر سهل .

وفي الايضاح جعل أحد وجهي التردد فيه إمكان الاستعانة بثمنه عند معاينة المعجز ، وفيه ما ذكرناه سابقاً في ولد المكاتبه من أنه لا دليل على خصوص ذلك إلا بعض الوجوه الاعتبارية ، والله العالم .

﴿ المقصد الثاني ﴾

﴿ في جنابة المكاتب والجنابة عليه ، وفيه قسمان : ﴾

﴿ الاول : ﴾

﴿ في مسائل المشروط وهي سبع : ﴾

﴿ الاولى : ﴾

﴿ إذا جنى المكاتب على مولاه عمداً فان كانت نفساً فالقصاص للوارث ، فان اقتصر كان كما لو مات ﴾ في بطلان الكتابة وانتقال ما في يده وأولاده للوارث ﴿ وإن كانت طرفاً فالقصاص للمولى ، فان اقتصر فالكتابة بحالها ﴾ للأصل وغيره ، وإن عفى هو أو الوارث على مال صح ، وبقيت كتابته كما لو كانت الجنابة توجب مالاً ، لأن المولى مع المكاتب كالأجنبي بالنسبة إلى ذلك وإن كان ملكاً له ، وإنما لا يثبت له على ملكه مال في غير المكاتب الذي هو كالعهر في

قابلية الملك والملك عليه .

نعم الأقوى وفاقاً للفاضل و ولده والكركي والشهيدين والاصبهاني وغيرهم
ثبوت الأرض له مال يزد عن قيمته ، وإلا كان له مقدار القيمة ، لقوله عنه (١) :
« لا يبنى الجاني على أكثر من نفسه » و مساواته للحر إنما هو في ثبوت مال في
ذمته لا في مقدار الأرض ، فما عن بعض - من ثبوته في ذمته ولو أضعاف قيمته بل قيل
إنه مقتضى إطلاق المصنف الأرض بل قد يؤيده كلامه في المسألة الثانية -
واضح الضعف .

وعلى كل حال فإن وفي ما في يده بالأرض ومال الكتابة وفي الحقيق وعق ،
و كذا إن قصر عنهما معاً ، و لكن يفي بمال الكتابة و رضي السيد بالأداء عنه
و بقاء الأرض ، و إلا فقد سمعت سابقاً ما ذكره من تسلط المولى على أخذ
ما في يده وتعبيره عن مال الكتابة ، فيرجع حينئذ رقاً ، وعرفت البحث فيه إن لم
يمكن إجماعاً .

ولو لم يكن في يده مال أصلاً عجزه المولى إن شاء وسقط أرضه حينئذ ،
لعدم ثبوت مال له في ذمة عبده ، مع احتماله ويتبع به بعد المتق إن حصل ، لثبوته
في ذمته ، وهو قابل لذلك ، والأصل بقاءه ، والمسلم من عدم ثبوت المال له في ذمة
عبده إنما هو في الابتداء لا الاستدامة ، اللهم إلا أن يكون إجماعاً وأولى من ذلك
في الثبوت مالمو أعتقه بعد جنائته أو أبرأه من مال الكتابة ولم يكن في يده شيء ، لأصالة
بقائه حال الحرية التي هي أولى بالثبوت من حاله الأول .

فما عساه يقال : بل ربما كان ظاهر بعض اختياره - من سقوط الأرض حينئذ
بل صريح الدروس ذلك لأنه أزال الملك عن الرقبة التي كانت متعلق الأرض
باختياره ولا مال غيرها - واضح الفساد ، ضرورة اقتضائه السقوط أيضاً لو أدى مال
الكتابة سابقاً على دفع الأرض إذا كان ما في يده يفي بهما ، واحتمال الفرق - بأن

العتق هنا بسبب من جهته بخلاف مالهو أعتقه مجاناً ، مع أنه لا يتم في الإبراء الذي هو بمنزلة الأداء - لا حاصل له .

وأضعف من ذلك ما احتمله في الدّروس وغيرها من سقوط الأرض لو أعتقه وإن كان عنده مال ، لتعلق الأرض بالرقبة أصالةً والمال يشبّ تبعاً و الفرض فواتها ، إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه ، على أن دعوى تعلق الأرض بالرقبة في الجنایة على المولى يمكن منعها لكونها ملكاً له قبل الجنایة ، فلا وجه لتعلق حقه بملكه ، وإنما يشبّ له في ذمته إلا على احتمال ستعرفه إنشاء الله فتأمل جيداً ، والله العالم .

وعلى كل حال فمما ذكرنا يظهر لك ما في قول المصنف وغيره : ﴿ وإن كانت الجنایة خطأً فهي تتعلق برقبته ، وله أن يفدي نفسه بالأرض لأن ذلك يتعلق بمصلحته ﴾ التي هي كنفقته وعلاج مرضه ، إذ قد عرفت أن رقبته ملك للسيد ، فلا وجه لتعلق حقه بها ، نعم لما صار له بالكتابة ذمة قابلة لأن يملك عليه بها من غير فرق بين المولى وغيره تعلق أرض جنایته على المولى بها ، كما هو مقتضى إطلاق ما دلّ على ديتها الظاهر في أن موردها الذم كقيم المتلفات ، وإنما تعلقت برقبة العبد في بعض المواضع لعدم ذمة له فعلاً يتمكّن من الأداء بها مع قوة أمر الجنایة وأنه لا يبطل دم امرئ مسلم (١) فشرع الاستيفاء منها عوض الذمة ، فتأمل جيداً ، والله العالم .

وكيف كان ﴿ فـ ﴾ محكم الخطأ حكم العمد الموجب مالا ، وهو ما سمعته من أنه ﴿ إن كان ما بيده ﴾ من المال ﴿ بقدر الحقين فمع الأداء ينعتق ، وإن قصر دفع أرض الجنایة ﴾ وفيه البحث السابق . ﴿ فان ظهر عجزه كان لمولاه فسخ الكتابة ، وإن لم يكن له مال أصلاً وعجز فان فسخ المولى سقط الأرض لأنه لا يشبّ للمولى

(١) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب القصاص في النفس الحديث ٢ والباب - ٢ -

من أبواب دعوى القتل الحديث ١ من كتاب القصاص وفيهما « لا يبطل دم امرئ مسلم » .

في ذمة المملوك مال ﴿ وفيه البحث السابق ﴾ . ﴿ وسقط مال الكتابة بالفسخ ﴾ .
والله العالم .

المسألة الثانية : ﴿

﴿ إذا جنى على أجنبي عمداً فإن ﴾ كانت طرفاً واقتص منه أو ﴿ عفى ﴾ على مال أولاً عليه ﴿ فالكتابة بحالها وإن كانت الجنابة نفساً واقتص الوارث كان كما لو مات ﴾ في بطلان الكتابة على نحو ما سبق ، وإن عفى على مال أو كانت الجنابة موجبة له جازله دفع الأرض الذي هو أقل الأثرين منه ومن قيمته أو المقدر له بالغا ما بلغ على البحث السابق .

وفي المسالك « أولى بالاكتفاء بالأقل هنا ، لأن الأرض يتعلق برقبته وإن استرقه المولى ، بخلاف ما لو كانت على المولى ، فمراعاة جانب الحرية ثم أقوى ، ومراعاة جانب القن هنا أقوى » .

قلت : الذي يظهر منهم في المقام وفيما تقدم أن أرض الجنابة بحاص الديون ، ويوجب التحجير لو طلبه من الحاكم ، وغير ذلك مما هو مستلزم لكونه ديناً متعلقاً في الذمة ، لا أنه متعلق بالرقبة ، مؤيداً ذلك بأن ظاهر الأدلة اتحاد كيفية تعلق الأرض فيهما ، وحينئذ فيقوى تعلقه بذمته في المقامين ، لما عرفت من عدم تعلق حق المولى بملكه .

اللهم " إلا أن يلتزم بكون فائدته التسلط على بيعه مثلاً الذي لم يكن جائزاً له بسبب الكتابة التي لا يجوز له فسخها قبل حصول سببه وإن كان هو كما ترى يمكن منعه ، خصوصاً مع بذله الأرض ، فتأمل جيداً فإن المسألة غير محورة في كلامهم ، بل هو كالمتدافع بالنسبة إلى ذلك ، والمسألة لاتخص الفرض ، بل المراد أن أرض جنابة المكاتب مطلقاً في ذمته والرقبة كالمروثة عليه ، أو في رقبته وإن كان له فكها بالأرض ، وقد عرفت أن الأقوى الأول .

نعم قد يقال في الفرض الذي هو الجنایة عمداً : إنه لما كان الخيار فيه للمجنى عليه و طلب الأرض الذي هو أزيد من القيمة فهل للمكاتب دفعه بدون إذن المولى كالأقل والمساوي ؟ المحكي عن الشيخ العدم ، لأنه ابتیاع لنفسه ، بأكثر من ثمن المثل ، وهو لا يملك التبرع ، وفي التحرير الوجه عندي جواز دفع الأكثر ، ولعله لا يخلو من قوة ، والله العالم .

﴿ و إن كان ﴾ قد جنى عليه ﴿ خطأ ﴾ كان له فك نفسه بأرض الجنایة ﴿ الذي هو ما عرفته و إن نافي ذلك الاكتساب لكنه لمصلحته التي هي أعظم من نفقته المأذون فيها وعلاج مرضه ، بل قد عرفت أن المنهي عنه التصرف التبرع هي لاغيره ، نعم ظاهر قولهم : « له فك نفسه » تعلق الجنایة أولاً بالرقبة ، ويمكن منعه لما عرفت ، فيكون متعلقاً بذمته و إن كانت العين كالرهن عليه ، بمعنى تسلط المجنى عليه على الاستيفاء منها إن لم يدفع له ، لأهمية حق الجنایة من غيره ، فيلاحظ فيه الأمران .

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لم يخلو لم يكن له مال فلا جنبي بيعه ﴾ أجمع ﴿ في أرض الجنایة ﴾ مع الاستغراق وإلا يبيع منه قدر الأرض وبقي الباقي مكاتباً ، فان عجز وفسخ المولى صار العبد مشتر كاً ، وإن أدّى عتق الباقي ، وفي تقويم حصّة الشريك على العبد مع يساره أو تمكنه من السعي البحث السابق وإن جزم به الفاضل هنا في القواعد ، بل في كشف اللثام « وهل يجبر عليه أو الشريك على القبول ؟ وجهان » لكن لا يخفى عليك ما في الجميع بعد الاطاعة بما ذكرناه سابقاً .

بقي الكلام في شيء ، وهو أن ظاهر بعض وصريح آخر أن المجنى عليه إذا أراد البيع لا بد له من فسخ الحاكم الكتابة ، لأن المكاتب لا يباع وليس له فسخها ، لأنه ليس بالعاقدها ، بل ولا للسيد قبل حصول العجز المسلط له على الخيار ، فليس حينئذ إلا الحاكم . وفيه أنه بعد أن دلت الأدلة على تقديم حق الجنایة على غيره من كتابة أو رهن أو غيرهما لم يحتج إلى فسخ ، بل هو تسلط شرعي على

ما يلزمه الفسخ من البيع ونحوه ، والله العالم .

و كيف كان فله بيعه ﴿ إلا أن يفديه السيد ﴾ بالأرض ، ﴿ فإن فداء
فالكاتب بعالمها ﴾ ، ويجب على المبعني عليه قبول الفداء إن كانت الجناية خطأ ،
وإن كانت عمداً ففي المسالك التخيير للمبعني عليه كالقن ، و فيه أنه بناءً على
ما ذكرناه من تعلق الأرض بذمته لا رقبته يتجعه عليه قبوله ، لأنه حينئذ كالتبرع
بوفاء الدين وأولى بالقبول لو فرض بذل المكاتب الأرض في جناية العمد الموجبة مالا .
ولو اختار السيد الفداء لم يلزمه الاستمرار عليه مالم يكن ضماناً ، بل له
أن يرجع عن اختياره ويسلم العبد ، نعم إذا مات العبد بعد الاختيار أو باعه أو أعتقه
ففي المسالك « التزم به » ، لأنه فوت بالاعتاق والبيع والتأخير متعلق حق المبعني
عليه ، وكأنه أخذه ممّا في القواعد من أنه « إن أعتقه السيد كان عليه فداؤه بذلك ،
لأنه أتلّف محل الاستحقاق كما لو قتله » ، وإن عجز ففسخ السيد فداء . بذلك أو
دفعه ، ونحوه في التحرير ، لكنه كما ترى خال عن ذكر الموت الذي يمكن المناقشة
في التزامه بالفداء معه وإن اختاره ما لم يكن بالتزام شرعي .

بل قد يقال بعدم صحة البيع ونحوه مع الجناية عمداً أو عدم لزومه ، بل
يبقى مراعى بالفداء ، فإن حصل فداء وإلا كان له فسخه ، بل إن لم يكن إجماعاً
في العتق لبنائه على التقلب أمكن دعوى ذلك فيه ، بل في الدروس الجزم بعدم الصحة ،
قال : « ولو أعتقه بعد جنايته على أجنبي عمداً لم يصح » ، وإن كان خطأ فكعتق
القن مراعى بضمان الجناية ، وعليه أقل الأمرين من قيمته والأرض ، سواء كان
الأرض لواحد أو جماعة ، إلى آخره .

بل من ذلك يعلم النظر فيما في المسالك و غيرها من أنه « يضمن المكاتب
الأرض للمبعني عليه لو أدّى ما عليه لسيدّه واعتق بذلك » قال في الدروس : « ولو
جنى ثم أدّى مال الكتابة عتق ، وضمن الأرض الجنایات أو الأقل على الخلاف ،
لأنه أتلّف الرقبة بفعله » وقال في المسالك : « ولو فرض عتق المكاتب بأداء النجوم
فعلیه ضمان الجنایة ، ولا يلزم المولى فداؤه وإن كان هو القابض للنجوم ، لأنه

يجبر على قبولها فالحوالة على المكاتب أولى ، و نحوه في التحرير و غيره ،
إذ يمكن منع ترتب العتق على الأداء بناءً على ما عرفت ، خصوصاً في
الجنابة عمداً ، و خصوصاً إذا قلنا بكون المتعلق الرقبة لا الذمة ، فتأمل جيداً
والله العالم .

المسألة الثالثة :

﴿ لو جنى عبد المكاتب ﴾ على أجنبي عمداً في النفس أو في الطرف فاقتصر
منه فلا بحث ، وإن عفى على مال أو كانت الجنابة موجبة له أو كانت ﴿ خطأ ﴾ كان
للمكاتب فكّه بالأرض إن كان دون قيمة العبد ﴿ أو مساوياً ، لعدم التبرع منه ﴾ وإن
كان أكثر لم يكن له ذلك ﴿ إلا ﴾ باذن المولى ﴿ كما ليس له أن يتناع بزيادة
عن ثمن المثل ﴾ إلا أن يفرض حظ له في ذلك بكون العبد كسوباً و نحوه .

هذا و في المسالك دثم الاعتبار بقيمة العبد يوم الجنابة ، لأنه يوم تعلق
الأرض بالرقبة ، وفيه وجه آخر أنه يعتبر قيمته يوم الاند مال بناءً على أنه وقت
المطالبة بالمال ، و ثالث و هو اعتبارها يوم الفداء ، لأن المكاتب إنما يمنع من
بيعه ، ويستديم الملك فيه يومئذ ، و رابع و هو اعتبار أقل القيمتين من يوم الجنابة
ويوم الفداء احتياطاً للمكاتب وإبقاءً للمالك عليه والأوجه آتية في قيمة المكاتب نفسه
إذا اعتبرت قيمته ، و نحوه في الإيضاح لكن اقتصر على الثلاثة .

قلت : لا ريب في كون المعتبر قيمته وقت الجنابة بالنسبة إلى تعلقها
برقبته المقتضى لملاحظة قيمته في ذلك الوقت ، كي يعرف مقدار ما تسبب بالجنابة
من استحقاقها ، بل لا وجه لاعتبار القيمة المتأخرة في مقدار سبب الجنابة المتقدم
الذي لا يتأخر أثره ، وليس المقام كقبض المغة رب ، بل هو كالإتلاف المسبب لضمانه ما
أُتلفه ولو على وجه يتعلق استحقاقه بالرقبة على الوجه المزبور و إن لم يملكها ،
كما أنه لا ريب في اعتبار ملاحظة يوم الفداء بالنسبة إلى فكّ المكاتب له باعتبار

القبطة له في فكته وعدمه .

و لو كان عبده أباه أو ولده ففي فكته بالأرض الكلام السابق في شرائه .
ولو كانت جناية العبد على سيده بما يوجب القصاص اقتصر منه من غير حاجة
إلى إذن السيد ، لاطلاق الأدلة المقتضي ثبوت هذا الحق له على وجه يقدم على
مادل على منع التصرف له في ماله ، وإن كانت بما يوجب المال لم يثبت له على ماله
مال ، نعم لوجني على سيد سيده فهو كما لوجني على أجنبي .
هذا وقد يستفاد من عبارة المتن هنا اختيار كون الأرض المقدر وإن زاد
على قيمة العبد وهو وإن كان أحد قولي الشيخ في المسألة لكنه في غاية الضعف ، بل
عنه نفسه دعوى الاجماع على خلافه ، والله العالم .

المسألة الرابعة : ❊

❊ إذ اجني على جماعة فإن كان عمداً ❊ وكانت الجناية عليهم دفعة بأن
قتلهم بضربة واحدة أو ألقى عليهم جداراً دفعة ❊ كان لهم القصاص ❊ جميعاً
❊ وإن كان خطأ ❊ أو عمداً توجب مالا ❊ كان لهم الأرض متعلقاً برقبته ❊
أو في فتمته على كلام السابق ، سواء كانت الجناية متعاقبة أو دفعة ❊ فإن كان ما في
يده يقوّم بالأرض فله افتكاك رقبته وإن لم يكن له مال تساوا في قيمته بالحصص ❊
هذا إن أوجبنا الأرض بالغاً ما بلغ .

وإن أوجبنا الأقل من أرض الجنائيات كلها ومن قيمته تحاصوا فيه بالنسبة ،
لأن الجاني لا يجني على أزيد من نفسه ، اتحدت جنائيته أو تعددت ، مترتبة أو
دفعه ، وسبق تعلق الاستحقاق للأول لا يتنافى بشركة الآخر له بالجناية المتأخرة .
و لو كانت الجناية موجبة للقصاص على التعاقب ففي مساواته للأرض في
الاشتراك وعدمه ما لم يكن قد حكم به لأولياء الأول قولان يأتي تحقيقهما في
(جواهر الكلام - ٢٢٤)

محلّه إن شاء الله تعالى ، كما انه يأتي تحقيق المراد بالاشتراك في القصاص و ما يترتب على العاصي لو فعل من دون إذن ، و غیر ذلك من هذه المسائل .

و لو عفى بعضهم قسم على الباقي ، و لو كان بعضها يوجب القصاص استوفي و سقط حق الباقي ، و إن عفى على مال شارك ، ولو أعتقه أو أبرأه من النجوم ففيه البحث السابق ، و كذا لو أدّى نجوم كتابته ، والله العالم .

المسألة (الخامسة) :

﴿ إذا كان للمكاتب أب وهو رق ﴾ له ﴿ في جملة عبيده ﴾ فقتل عبدآله لم يكن له القصاص ﴿ فيه ﴾ كما لا يقتص منه في قتل الولد ﴿ بل هذا أولى ، لأنه لا يثبت للولد على الوالد قصاص بلا خلاف ولا إشكال ، نعم لو كان ابنه رقاً له وقتل عبيداً من عبيده اقتص منه ، لا طلاق أدلته .

﴿ و ﴾ لذا ﴿ لو كان للمكاتب عبيد فجنى بعضهم على بعض ﴾ بما يوجب القصاص ﴿ جازله الاقتصاص ﴾ من دون إذن سيّده و إن لم يكن تصرفاً اكتسابياً و أدّى إلى قتل عبده أجمع ﴿ حسماً لمادة التوثب ﴾ الذي فيه حفظ للمال أيضاً ، و اهتماماً بالدماء الذي هي أعظم من الأموال ، و ربما احتمل العدم للمحجر عليه في التصرف في ماله بغير الاكتساب ، و فيه منع واضح ، ضرورة كون المسلم المحجر عليه في التبرع بالمال ، و ليس الفرض منه ، بل هو في الحقيقة من سياسة المال و حفظه .

و لو كانت الجنایة توجب مالاً لم يثبت له على ماله مال حتّى في الأب والولد ، و إن احتمل جواز بيعهما له في جنایتهما الموجبة مالاً تحصيلاً للاستعانة بأرض جنایتهما بعد أن لم يكن له بيعهما قبل الجنایة ، بخلاف غيرهما من العبيد الذين لم يثبت له عليهم مال بجنایتهم ، لأنه يملك بيعهم قبل الجنایة ، إلا أنه

كما ترى ، وثبوت المال للمسيّد على المكاتب لوجنى عليه باعتبار خروجه من محض الرقية ، وصيرورة ذمة له يملك بها ، فيندرج في أدلة الجنائية ، بخلاف المملوك فإنه لا ذمة له بالنسبة إلى المولى ، وهو واضح ، والله العالم .

المسألة السادسة :

﴿ إذا قتل المكاتب ﴾ المشروط ﴿ فهو كما لومات ﴾ تبطل كتابته ويموت رقيقاً ، وللمسيّد كسبه و أولاده ، فإن كان القاتل المولى فليس عليه إلاّ الكفارة ، وإن قتله أجنبي حر فلا قصاص أيضاً ، ولكن عليه القيمة .

و لو كان القتل بسراية الجرح فإن كان قبل أن يعتق وقد أدّى أرض الجرح إلى المكاتب أكمل القيمة للمولى ، وإلاّ دفع إليه تمام القيمة ، وإن كان الجاني المولى سقط عنه الضمان ، وأخذ كسبه الذي منه أرض الجرح الذي دفعه إليه ، وإن كانت السراية بعد ما عتق بأداء نجومه فعلى الجاني الأجنبي تمام الدية ، لأن الاعتبار في الضمان بحالة الاستقرار تكون لوارثه ، بل لو كان الجاني المولى كان عليه ذلك أيضاً ، وإن كان لا ضمان عليه لو جرح عبده القنّ ثم أعتقه ومات قبل السراية ، للفرق بينهما بأن ابتداء الجنائية هنا غير مضمون بخلاف المكاتب فإن ابتدائها مضمون .

﴿ ولو جنى على طرفه ﴾ أي المكاتب ﴿ عمداً و كان الجاني هو المولى فلا قصاص ﴾ قطعاً ، لعدم المكافاة ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ عليه الأرض ﴾ الذي هو من كسبه وعوض عضوه الذي فاتته الاكتساب به . ﴿ وكذا إن كان ﴾ الجاني ﴿ أجنبياً حراً ﴾ أدمبعضاً ﴿ و ﴾ ذلك لما عرفته من عدم المكافاة .

نعم ﴿ إن كان ﴾ الجاني ﴿ مملوكاً ثبت ﴾ له ﴿ القصاص ﴾ وليس للمسيّد منعه ولا إجباره على العفو على مال كالمريض والمفلّس ، لعدم كونه تصرفاً في مال ، مع إطلاق أدلة القصاص ، وإن احتمل لأنه قد يعجز فيعود إلى المولى مقطوع اليد

مثلاً بلا جابر ، إلا أنه كما ترى لا يصلح لتقييد إطلاق الأدلة ، بل لو عفى عماله من القصاص مجازاً صح ، لأن موجب الجنابة القصاص لا المال ، و أولى منه لو عفى على أقل من أرض الجنابة ، و ربما احتمل العدم فيهما ، بل هو خيرة الكركي في حاشيته في الأول ، لأنه تصرف غير اكتسابي ، وفيه منع الحبر عليه في مثله و إن لم يكن اكتساباً ، لأنه ليس تبرعاً بمال ، نعم لو كانت الجنابة توجب مالاً لم يكن له العفو من دون إذنه .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ شكل ﴾ موضع يثبت فيه الأرض ﴿ في العمد و الخطأ ﴾ على المولى أو على غيره ﴿ فهو للمكاتب ﴾ ، لأنه من كسبه ﴿ و عوض ما فاته من الاكتساب بسبب الجنابة ﴾ ، والله العالم .

المسألة السابعة : ﴿ ﴾

﴿ إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمداً فأراد الاقتصاص ﴾ منه ﴿ ف ﴾ عن المبسوط ﴿ للمولى منعه ﴾ لأنه تصرف غير اكتسابي ، فلا تنقطع عنه سلطنة المولى ، وفيه أن إطلاق الأدلة ينفيه ، خصوصاً بعد ماسمعت من أن له الاقتصاص من غيره و من عبيده لوجني بعضهم على بعض .

ومن الغريب جزم المصنف هنا بأن للمولى منعه المبني على بقاء سلطنة المولى له على ذلك مع جزمه السابق بأن له القصاص من عبيده وأنه إن جنى عليه مملوك ثبت له القصاص الظاهر في أن ليس للسيّد منعه عن ذلك ، ضرورة عدم الفرق في المملوك بين عبد السيّد وبين غيره .

و تحقيق المسألة مبني على أن المكاتب محجور عليه في سائر تصرفاته المالية وغيرها إلا التصرف الاكتسابي ، وإلا ما يرجع إلى الاتفاق عليه وعلى غيره ممن نفقته عليه من عبد أو أمة و نحوهما ، أو أنه بالكتابة قد ارتفع الحبر عنه

مطلقاً إلا التصرف التبرعي في ماله ، فله استيفاء حقه من القصاص و غير ذلك من التصرفات التي ليست اكتسابية الظاهر الثاني .

و صحيح معاوية بن عمار (١) المتقدم سابقاً المشتمل - على النهي عن أن يحدث في ماله إلا الأكلة من الطعام مع أنه في المكاتب على نفسه وماله الذي يمكن إرادة اشتراط ذلك عليه من الكتابة على ماله كما ذكرناه سابقاً - إنما هو في التصرف في المال ، والنهي عن التزويج فيه و في غيره لا يقتضي المنع عن سائر التصرفات التي يمكن القطع بخلاف ذلك فيها من إيداع ماله والتصرف فيه بر كوب ولبس و استعمال ونحو ذلك ، كالقطع بثبوت الحق له بسبب الجناية أو غيرها ، و لو لأنه قد يرجع إلى مال ، فيكون سلطنة الاستيفاء له ، فتأمل جيداً فاني لم أجد المسألة محردة في كلامهم ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ ان كانت ﴾ الجناية ﴿ خطأ فأراد الأرض لم يملك منعه ، لأنه بمنزلة الاكتساب ﴾ الذي ليس له منعه منه ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو أراد الأبراء توقف على رضا السيد ﴾ لأنه تصرف تبرعي ، وكذا في العمدة لو عفى على مال ثم أراد الأبراء منه ، والله العالم . هذا كله في المشروط .

﴿ وأما المطلق فـ ﴾ ان لم يكن قد أدنى شيئاً فهو بحكمه و ﴿ إذا أدى من مكاتبته شيئاً تحرر منه بحسابه فان جنى هذا المكاتب ، وقد تحرر منه شيء ﴾ وكانت ﴿ جنابة عمداً على حر اقتص منه ﴾ إلا أن يعفى عنه على مال أولاً عليه .

﴿ و لو جنى على مملوك ﴾ أو على من كان أقل حرية منه ﴿ لم يقتصر منه لما فيه من الحرية ، ولزمه من أرض الجناية بقدر ما فيه من الحرية وتعلق برقبته منها بقدر رقبته ﴾ كما هو حكم المبعوض في أكثر المقامات .

﴿ و لو جنى على مكاتب مساو له ﴾ في الحرية ﴿ اقتص منه ﴾ لم يحصل

المكافاة ﴿ و ﴾ إطلاق أدلة القصاص نعم ﴿ لو كان حرية الجاني أزيد لم يقتص ﴾ منه لعدم المكافاة ﴿ وإن كانت أقل اقتص منه ﴾ لحصولها وزيادة .
 ﴿ ولو كانت الجنایة خطأً تعلق بالعاقلة بقدر الحرية ، وبرقبته بقدر الرقبة ﴾
 للتبعض ﴿ و للمولى ﴾ و لنفسه ﴿ أن يفدي نصيب الرقبة بنصيبها من أرض الجنایة ﴾ بالغاً ما بلغ أو بأقل الأمرين على الأصح ﴿ سواء كانت الجنایة على عبد أو ﴾ على ﴿ حر ﴾ خلافاً لما عن بعض العامة ، فجعل دية الجنایة على العبد في نعمة الجاني وإن كانت خطأً .

﴿ ولو جنى عليه حر ﴾ أو أزيد حرية منه ﴿ فلا قصاص ﴾ لعدم المكافاة ،
 ﴿ وعليه الأرض ﴾ الذي هو هنا مركب من بعض دية هذه الجنایة على الحر وبعض أرضها على العبد ﴿ ولو كان ﴾ الجاني ﴿ رقاً ﴾ أو أقل حرية أو مساوياً ﴿ اقتص منه ﴾ في العمد بلا خلاف ولا إشكال ، والله العالم .

﴿ المقصد الثالث ﴾

﴿ في أحكام المكاتب في الوصايا ، وفيه مسائل : ﴾

﴿ الأولى : ﴾

﴿ لا تصح الوصية ﴾ التمليكية ﴿ برقبة المكاتب ﴾ وإن كان مشروطاً وعجز و رد في الرق بعد الوصية التي قد عرفت فسادها ﴿ كما لا يصح بيعه ﴾ ولا نقله بسائر النواقل ولو ممن ينعنق عليه وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد باعتبار كونه كتعجيل عتقه ، لكن فيه أنه موقوف على الانتقال المتوقف على جواز النقل بخلاف تعجيل العتق بالاعتاق . ﴿ نعم لو أضاف الوصية به إلى عوده في الرق جاز ﴾ ويكون من الوصية المهدية أو التمليكية بناءً على مشروعية التعليق فيها بغير الموت ﴿ كما لو قال : إن عجز وفسخت كتابته فقد أوصيت لك به ﴾ .

و في المسالك د نم إن عجز فأراد الوارث انتظاره فللموصي له تمجيذه ليأخذه ، وإنما يعجزه بالرفع إلى الحاكم كما في المجنى عليه ، ويحتمل تقديم الوارث ، لأن الوصية له مشروطة بفسخ كتابته ولم يحصل الشرط هذا إذا كانت الوصية معلقة على فسخ كتابته مطلقاً ، أما لو قيدها بكونه هو الفاسخ اعتبر في صحتها عجزه في حياته ، وفي التحرير جعل الاطلاق محمولاً على عجزه في حياته ، وإنما يكتفى بما بعد موته لو صرح به ، وهو غير واضح .

و فيه أولاً أن ما ذكره احتمالاً هو الأصح لما ذكره من الوجه الأول وإن اختاره في التحرير أيضاً ، بل ظاهر ما نسمعه منه فيما يأتي تقديمه على الوارث مع الاختلاف في الفسخ مع العجز ، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه من أنه لا تسلط

للموصى له على الفسخ ، لعدم دخول الرقبة في ملكه قبله ، كما هو واضح .
 وأما ما حكاه عن التحرير فالذي فيه « أنه لو قال : إن عجز ورق فهو لك بعد موتى صحت الوصية إذا عجز في حياة المولى ، وإن عجز بعد موته لم يستحقه ، ولو قال : إن عجز بعدموتى فهو لك كان تعليقاً للوصية على صفة توجد بعد الموت ، وهو أجنبي عما ذكره ، لظهور مثاله في المفسوخة قبل الموت ، بل من المحتمل إرادته بطلان الوصية التمليلية المقنن في مشروعيتها نصاً و فتوى على التعليق بالموت على وجه يكون الاستحقاق به بخلاف المعلقة على صفة توجد بعد الموت .
 بل قد يكون في عبارة المتن إشعار بذلك إذا قرئ قوله : « فسخت » بضمير المتكلم ، بل و عبارة الكركي في حاشيته ، لأنه اقتصر على تقييد الصحة بالفسخ حال الحياة و على نقل عبارة التحرير في الفسخ بعد الوفاة ، فلا حظ وتأمل .
 ﴿ و ﴾ على كل حال فلا إشكال بل ولا خلاف في أنه ﴿ يجوز الوصية بمال الكتابة ﴾ لاطلاق أدلتها ، بل هي أولى من بيعه الذي قد عرفت جوازه ، كما أنك عرفت الكلام فيه لو عجز بعد ذلك .

و في المسالك هنا « فإن أداها - أي النجوم - فهي للموصى له ، وإن عجز فللوارث تمجيظه و فسخ الكتابة و إن أنظره الموصى له ، و هل يملك الموصى له إبراءه من النجوم ؟ وجهان ، أوجههما ذلك ، لأنه يملك الاستيفاء فيملك الإبراء ، و وجه العدم أنه ملكه استيفاء النجوم ولم يملكه نفويت الرقبة على الورثة .
 قلت : لا يخفى عليك ما في الوجه الأخير ، ضرورة اقتضاء الوصية ملكية المال الذي في ذمة العبد ، بل قد عرفت في مسألة بيع مال الكتابة احتمال الاعتناق بذلك ، و احتمال عدم التسلط على فسخ الكتابة لا ممن انتقل إليه المال ، لعدم كون العقد معه ، ولا من غيره ، لظهور الأدلة في ثبوت الخيار له إذا كان المال له ويؤخره عن أجله كما سمعته سابقاً ، ولا يخلو من قوة .

و احتمال الفاضل في القواعد كون التعجيز إلى الموصى له ، قال : « والتعجيز إلى الورثة ، لأن الحق ثبت لهم بتعجيزهم ، ويصير عبداً لهم ، و يحتمل إلى الموصى

له ، لتسلطه على العتق بالابراء ، ولأنه حق له ، فله الصبر به ، وهو غير ما ذكرناه من الاحتمالين .

﴿ ولو جمع بين الوصيتين لواحد أو لائنتين جاز ﴾ بلا خلاف ولا إشكال بأن يقول : « مال الكتابة لزيد بعد موتى ، وإن عجز وفسخت فرقته له بعد موتى أو لعمر و ، لكن إن أدّى المال بطلت الثانية ، وإن استرق بطلت الأولى ، لكن إن كان قد قبض منه شيئاً فهو له ، وفي التحرير لو اختلف الموصى له بالرقبة و الموصى له بالمال في فسخ الكتابة عند العجز قدّم قول صاحب الرقبة ، وكذا إن اختلف صاحب الرقبة والوارث ، وفيه ما عرفته سابقاً ، والله العالم .

المسألة الثانية :

﴿ لو كاتبه مكاتبه فاسدة ثم أوصى به جاز ﴾ لما عرفته من عدم ترتب أثر على الفاسدة عندنا ، خلافاً لبعض العامة . ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو أوصى ﴾ له بما في ذمته لم يصح لعدم شيء له في ذمته بعد فرض فساد الكتابة ، ولا فرق في ذلك كله بين العلم بالفساد والجهل به ، كما سمعته في نظائره ، وتخيله عدم التأثير للوصية بالرقبة مع جهله بالفساد فتكون وصيته بالمحال كما عن بعض العامة لا ينافي الترتب الشرعي المنوط بسببه المقرّض حصوله باطلاق الأدلة ﴿ و ﴾ لذا نسبته في المسالك إلى ظاهر إطلاق المصنف و الأصحاب بل صريح بعضهم كالشيخ في المبسوط .

نعم ﴿ لو قال : فإن قبضت منه شيئاً فقد أوصيت لك به صح ﴾ إذا كان المقبوض من كسب العبد الذي هو باقٍ على ملك السيّد الموصى بعد فرض فساد الكتابة ، فالوصية له حينئذ بما يقبضه منه وصية في الحقيقة بكسب العبد لا بمال الكتابة ، أما لو صرح بالوصية بما يقبضه من مال الكتابة ففي المسالك لم يصح ،

كما لو أوصى بمال كتابته من دون القبض ، ولكن إطلاقه لا يخلو من بحث ، والله العالم .

المسألة الثالثة :

﴿ إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه ﴾ صح وخرج من الثلث ، والمدار فيها على المفهوم من لفظ الوصية و لو بالقرينة ، كما في نظائره ، فإن قال : ضعوا عنه ﴿ أكثر ما بقي عليه ﴾ أو أكثر ما عليه ﴿ فهي وصية بالنصف وزيادة ﴾ تتحقق بها الأثرية عرفاً ﴿ و ﴾ حيث كانت أفراداً متعددة فـ ﴿ للمورثة المشيئة في تعيين الزيادة ﴾ وإن كانت هي وصية أيضاً مفوضة إليهم لا ابتداء عطية منهم .

وهل يعتبر في الزيادة عن النصف أن تكون متمولة أم يكفي التمول بانضمامها إلى النصف ؟ ففي المسالك « وجهان ، أظهرهما الثاني ، لأن التمول إنما يعتبر في الوصية وغيرها مع الافراد ، أما مع انضمام بعض الأجزاء إلى بعض فالمعتبر المجموع ، وإلا لزم عدم صحة الجميع ، لأن أجزائه تبلغ حداً لا يتموّل ، والوصية هنا بمجموع النصف و الزيادة لا بالزيادة وحدها » وفيه أن العرف لا يفرق في اعتبار التمول بين الأمرين ، والله العالم .

﴿ ولو قال : ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه و مثله فهو وصية بي ﴾ - جميع ﴿ ما عليه ﴾ و زيادة ، لأن ما يزيد على النصف نصف الوصية ، فيكون محلها زائداً على مجموع المال ﴿ و ﴾ من هنا ﴿ بطلت ﴾ الوصية ﴿ في الزائد ﴾ لعدم المحل لها حينئذ ، وكذا لو قال : « ضعوا أكثر مما عليه أو ما عليه وأكثر » ونحو ذلك ، ولو قال : « ضعوا عنه أكثر ما عليه ونصفه » وضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه و زيادة شيء ، بل في المسالك « لا يعتبر فيه أن يتموّل ويقبل التنصيف إلى ما يتموّل إلا على الاحتمال السابق ، و أما توهم اعتبار تموّل الزيادة دون نصفها بناءً على أن ما

يتموّل يصح أن يقال له نصف معتد به وإن لم يتموّل ، بخلاف نصف ما لا يتموّل فهو فاسد ، لما ذكرنا من الوصية بالمجموع لا بالزيادة منفردة ، سواء نصفها أم لا ، وإن كان فيه ما لا يخفى من منافاة العرف لما ذكره .

﴿ ولو قال : ضعوا عنه ما شاء ﴾ أو ما شاء من مال الكتابة ﴿ فإن شاء وأبقى شيئاً ﴾ ولو قل ، بل في كشف اللثام وإن لم يتموّل ﴿ صح ﴾ بلا إشكال ولا خلاف ﴿ وإن شاء الجميع قيل ﴾ والقائل الشيخ في المحكي من المبسوط : ﴿ لم يصح ﴾ أما في الثاني فظاهر ، لأن « من » للتبويض وأما في الأول فلا لأن فيه « من » مقدرة ، فهي كالموجودة ، وإلا لقال : « ضعوا عنه النجوم » ﴿ و ﴾ حينئذ فلا بد أن ﴿ يبقى منه شيء بقرينة حال اللفظ ﴾ بل لو قلنا بعدم تعيين « من » للتبويض خصوصاً المقدرة لتردّها بينه وبين التبيين أمكن أن نقول : إن البعض معلوم على التقديرين ، والجميع مشكوك فيه ، لقيام الاحتمال ، فيرجع إلى معنى التبويض وإن لم نحمل عليه بالخصوص ، ولو دلت القرينة على إرادة التبيين أو إرادة الجميع من غير اعتبار من عمل بها .

و ربما احتمل وجودها في الصورة الأولى على إرادة ما يتناول الجميع ، لكن ظاهر المصنف خلافه ، لقوله : « بقرينة حال اللفظ » المحتمل لإرادة الاقتدار إلى تقدير « من » التي لا يتيقن من معناها إلا التبويض ، ولإرادة حال التركيب الذي أشرنا إليه من أنه لو أريد الجميع لقال : « ضعوا عنه النجوم » وإن نوقش في الأخير بالفرق بين الإرادتين فإنه في الأولى جعل المشيئة إليه في إرادة البعض والجميع ، وهذا الفرض لا يتأدّي بقوله : « ضعوا عنه النجوم » الذي مدلوله وضع الجميع خاصة لجعل المشيئة إليه ، والأغراض متفاوتة في ذلك ، ولعله لذا كان خيرة الفاضل في القواعد و شرحها للأصبهاني تناول الجميع فيه دون المذكور فيه لفظ « من » .

ويمكن أن يريد بحال اللفظ دعوى الفهم عرفاً من أمثاله عدم إرادة الجميع وإن كان هو مقتضاه لغة خصوصاً في المجرد من لفظ « من » ، ولعل هذا هو الأولى ،

بل هو المدار في كثير من الأمثلة التي لافائدة في التعرض لها وإن ذكر جملة منها في الفوائد وغيرها، والله العالم .

المسألة الرابعة :

﴿ إذا قال : « ضعوا عنه أوسط نجومه » ، فإن كان فيها أوسط عدداً ﴾ خاصة كما إذا كانت ثلاثة نجوم مثلاً كل نجم دينار في شهر ﴿ أو قدراً ﴾ خاصة كما إذا كانت أربعة نجوم مثلاً اثنان منها دينار إلى شهر ، و الثالث ثلاثة إلى شهر ، و الرابع أربعة كذلك ، فإن الثالث هو الأوسط في المقدار ، لأنه فوق مادونه مطلقاً و دون ما فوقه كذلك ﴿ انصرف إليه ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، بل أو أجلاً خاصة ، كما إذا كانت أربعة مثلاً ، اثنان منها دينار كل واحد إلى شهر ، و الثالث دينار إلى ثلاثة ، و الرابع دينار إلى أربعة مثلاً ، فإن الثالث هو الوسط في الأجل على حسب ماسمعه في القدر ، إذ الوسط كما يطلق على المحفوف بمتساويين يطلق على المتوسط بين الناقص و الزائد في المقدار مالاً أو أجلاً .

لكن ظاهر الشهيد الأول في شرح الارشاد أنه على كل حال متواطىء قال : مقدمة : إذا أوصى بلفظ متواطىء مضاف إلى معين ولم يوجد إلا واحد من أفراد معناه تعين ذلك الواحد ، وإن تعدد تخيير الوارث عند الشيخ ، وقال القاضي بالقرعة إذا عرفت ذلك فالأوسط لفظ موضوع للمشيء بين الشيئين ، والبينية قد تكون مكانية أو زمانية وزيادة ونقص ، إلى آخر ما ذكره من أمثلة المسألة .

ونحوه الكر كي في حاشيته ، فانه بعد أن ذكر ما ذكرناه من الأمثلة قال : « فإذا وجد الأوسط بأحد الاعتبارات تعين ، ولو كان بجميعها ، فأولى ، وإن حصل التعدد كأربعة ثالثها أوسط في القدر و ثانيها في الأجل تخيير الوارث في التعيين ، لأن متعلق الوصية متواطىء ، فالتعيين فيه إلى الوارث على الأصح ، لكن في المسالك « الأوسط لفظ متواطىء ، ويراد به الشيء بين الشيئين على السواء ، والبينية

قد تكون بالزمان ، كوسط النهار المتوسط بين طرفيه ، و بالمقدار بسبب زيادته و نقصانه كالاثنتين المتوسطين بين الواحد والثلاثة ، و المقدار هنا قد يكون في مال النجوم وقد يكون في الأجل ، والنجم لفظ مشترك في هذا الباب بين أجل مال الكتابة و نفس المال المفروض في الأجل كما بيناه سابقاً ، و قد تقدم في الوصايا أنه إذا أوصى بلفظ يقع على شيئين فصاعداً سواء كان مشتركاً أم متواطئاً و وجد في مال الموصى منها أفراد متعددة يتخير الوارث في تعيين أيها شاء ، و أن فيها قولاً ضعيفاً بالقرعة ، و هذه المسألة من جزئيات تلك المسألة .

ولا يخفى عليك ما في دعوى تعيين الوارث في اللفظ المشترك الذي لم يرد به عموم الاشتراك الذي هو مجاز لا يصار إليه إلاً بقريضة ، وليس منها إطلاقه مجرداً عنها كما هو محرر في محله ، ودعوى رجوع حق التعيين للوارث قد عرفت فسادها في كتاب الطلاق .

و كذا لا يخفى عليك ما في دعوى كون لفظ الوسط متواطئاً بالنسبة إلى الأفراد المزبورة ، نعم لا إشكال في تنزيل الوصية على ما كان موجوداً من الثلاثة في خصوص تلك الوصية للقريضة ، و كذا إذا اجتمعت الثلاثة في واحد منها أو الاثنان منها ، فهذه صور خمسة أو سبعة لا إشكال فيها .

إنما الكلام في صورة اجتماعها في متعدد بمعنى فرض الوسط في المقدار بالمال في ثانيها والعدد في ثالثها أو الأجل من غير فرق بين اجتماع الاثنين منها في مقابلة الواحد و بين مقابلة الواحد بالواحد ، فإن تعدد اعتبارات الوسط في بعضها لا يصلح للترجيح على آخر ، و ظاهرهم هنا بل صريح جماعة تعيين الوارث . و إليه أشار المصنف بقوله : ﴿ وإن اجتمع الأمران كان الورثة بالخيار في أيهما شاء ﴾ بناءً على أنه من المتواطئ .

﴿ وقيل : تستعمل القرعة ، وهو حسن ﴾ بل متعين بناءً على أنه مشترك ، ضرورة أنه لا معنى للتخيير مع إجمال المراد ، إلاً أن يراد منه مصداق على عموم الاشتراك ، فيكون حينئذ من المتواطئ ، كما هو واضح .

ثم إن ظاهر غاية المراد والمسالك كون المراد بالمثال المفروض في المتن ونحوه نجماً واحداً متوسطاً ، ومن هنا لو كانت النجوم خمسة مثلاً متساوية بالمقدار والأجل كان الوسط فيها الخامس دون الثلاثة المتوسطة وإن حفت أيضاً بمتساويين ، لأن الوصية بنجم واحد فلا يصار إلى المتعدد مع إمكان المتعدد المطابق للوصية ، ولو فرض إرادته ما هو أعم من الواحد بأن يريد ما صدق عليه الوسط مطلقاً كان من باب المتعدد ، فيتخير الوارث ، وكذا الكلام في نظائر المقام .

قلت : قد يقال : إن العمدة في ذلك العرف القاضي بكون الوسط في الخمسة الخامس المحفوف من الطرفين بالأربعة ، وكذا السبعة والتسعة وأمثالها ، بل لعل صدق الوسط على غيره إضافي نحو ما تسمعه في صورة تعذر الأوسط حقيقة التي ذكر المصنف حكمها ، لأن المراد نجم واحد إن الأوسط يصدق على المتعدد والمتعدد والله العالم .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ إن لم يكن أوسط لا قدرأ ولا عدداً ﴿ ولا أجلاً ﴾ جمع بين نجمين ، لتحقيق الأوسط ، فيؤخذ من الأربعة الثاني والثالث ، ومن الستة الثالث والرابع ﴿ لصدق الحف بمتساويين عليهما ، وإن كان في انصراف الوسط إلى مثل ذلك نظر بل منع ، نعم لا يبعد ذلك بعد تعذر الحقيقة ، وهل يؤخذ منهما واحد خاصة بتخيير الوارث أو يؤخذ الاثنان ، لأن مجموعهما هو الأوسط ؟ وجهان ، وظاهر الأصحاب القطع بالثاني ، وهو مؤيد لما ذكرناه من عدم فهمهم الواحد من الأوسط .

ومن ذلك يعلم ما في مناقشة ثاني الشهيدين ، فانه بعد أن اعترف بأن ظاهر الأصحاب القطع بذلك قال : « وفيه نظر ، لأنهم إذا سلموا أن الإطلاق محمول على الواحد ، والانتقال إلى المجاز لتعذر الحقيقة ، فالمجاز متعدد بالاعتبارين ، لأن أحدهما مجاز في الوسط باعتبار أنه بعض أجزائه حقيقة في الواحد ، والاثنان حقيقة في الأوسط مجاز بعيد في الواحد ، فالجمل عليه ليس أولى من الآخر إن لم يكن المرجح في ذلك الجانب ، لظهور مجازيته في الاستعمال ، إذ قد عرفت أنهم

لم يسلّموا ذلك في الاطلاق وإنما حملوا اللفظ على الواحد باعتبار الفهم عرفاً كون الواحد في الخمسة مثلاً هو الوسط ، لا أن المراد بالوسط المفروض في المثال الواحد ، ولو لم يكن للنجوم وسط أصلاً - كما لو كانت اثنتين خاصة - بطلت الوصية ، لفقد الموصى به حقيقة ، ولا انصراف إلى مجاز بخصوصه بعد تعذرهما كما في المثال السابق ، لكن في المسالك في الفرض قال : « وفي بطلان الوصية لفقد الموصى به أو الحمل على واحد التفاتاً إلى المجاز وبابه المتسع نظر ، ولا يخفى عليك ما فيه ، والله العالم . »

المسألة الخامسة :

﴿ إذا عتق مكاتبه في مرضه أو أبرأه من مال الكتابة فإن برىء فقد لزم العتق والابراء ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ وإن مات خرج من ثلثه ﴾ على ما هو الأصح من أن منجزات المريض منه . ﴿ وفيه قول آخر أنه من أصل التركة ﴾ قد عرفت الحال فيه في محله .

وحينئذ ﴿ فإن كان الثلث بقدر الأكثر من قيمته و مال الكتابة ﴾ مع اختلافهما أو أحدهما مع التساوى ﴿ عتق ﴾ بلا إشكال أيضاً ﴿ وإن كان أحدهما أكثر اعتبر الأقل ﴾ لأن ملك السيد إنما يستقر على الأقل منهما ، فإن كانت النجوم أقل فالكتابة لازمة من جهته ، وقد ضعف ملكه في المكاتب ، فليس له إلا المطالبة بالنجوم التي صارت عوضاً ، وإن كانت القيمة أقل فهي التي تخرج عن ملكه والعبد معرض لاسقاط النجوم بتعجيزه نفسه على قول أو بعجزه على آخر .

وحينئذ فإن كان له سوى المكاتب مائتان مثلاً وكانت القيمة مائة وخمسين مثلاً والنجوم مائة اعتبرت النجوم ، وحكم بنفوذ العتق ، ولو انعكس الأمر اعتبرت القيمة وحكم بنفوذ العتق أيضاً ، وإن لم يخرج واحد منهما من الثلث بأن كان يملك سوى

المكاتب خمسين ضمّ أقلهما إلى الخمسين وأنفذ العتق في ثلثهما من العبد ، فإذا كانت القيمة مائة وخمسين والنجوم مائة ضممنا النجوم إلى الخمسين ونفذنا العتق في ثلثهما ، وهو نصف العبد ، وذلك لأن ثلث العبد قد عتق بالتّمنّجيز وبقي ثلثاه للورثة في مقابلة ثلثي مال الكتابة الذي علم ضرر الوارث بها ، فإذا وصل منه ثلث الخمسين الذي هو نصف ثلث المائة انعتق من العبد نصف ثلثه ، فإذا ضم إلى الثلث كان نصفاً ، لأنه ثلث ونصف ، وحينئذ تبقى الكتابة في نصفه الآخر بنصف النجوم ، فإذا أدّاه إلى الورثة عتق ، وإن عجز فلهم ردّ ما بقي بهم في الرق .

وإن كان يملك سوى المكاتب مائة والقيمة والنجوم على الحال السابق عتق ثلثاه ، وذلك لأن ثلثه من المال يقابل ثلث مال الوارث من ثلثي مال الكتابة ، فيعتق من العبد ثلثاه و تبقى الكتابة في ثلثه بثلث مال الكتابة و إن كانت القيمة مائة والنجوم مائة وخمسين فكذا يعتق ثلثاه ، و تبقى الكتابة في ثلثه بثلث مالها ، وهو خمسون .

و إلى ذلك كلّهُ أشار المصنف كغيره بقوله : ﴿ فإن خرج الأقل من الثلث عتق وألغى الأكثر وإن قصر الثلث عن الأقل عتق منه ما يحتمله الثلث وبطلت الوصية في الزائد ويسعى في باقي الكتابة ﴾ التي قد فرضنا بقاءها ، لا القيمة وإن احتمل ، لأنه لا يقصر عن مرتبة الفَن الذي أعتق وقصر الثلث عن قيمته ، إلا أنه كما نرى لا يخرج عن القياس ، نعم لو فسخ الكتابة كان حكمه كذلك وإلا فمادام مكاتباً لا ينعقد إلا بأداء مال الكتابة .

﴿ وإن عجز كان للورثة أن يسترقوا منه بقدر ما بقي عليه ﴾ لاجمعيه وإن كان مشروطاً ، لما عرفته سابقاً في المكاتب المشروط الذي انتقل إلى ورثة متعددين وقد أدّى قسط بعضهم إليه ولو باذن الباقيين .

و من ذلك يعلم فساد ما احتمل من الفرق في المسألة بين العتق والإبراء في المشروط ، فيبطل الثاني ولا ينعقد منه شيء مع قصور الثلث عن مال الكتابة ، لأن هذا الإبراء يكون كالإبراء من البعض الذي لا يفيد شيئاً من العتق للمشروط ، فانه

رقّ ما بقى عليه درهم ، إذ قد عرفت أن ذلك كذلك إذا بقى مال الكتابة لواحد ، لا ما إذا صار لمتعددين منهم المنجز الذي قد وصل إليه حقه تماماً فيعتق في مقابله كالوارث .

هذا ولكن في المسالك « هو يتم - أي أصل الحكم في المسألة - بلا إشكال على القول بجواز الكتابة من جهة المكاتب ، ليكون مال الكتابة غير مستقر ، أما على القول بلزومها فلا يغلو اعتباره من إشكال إلا أن يتحقق العجز بالفعل ، وأيضاً فانه إذا أدى الخمسين في المثال زاد مال المولى ، لأنه ثبت هذا المال بعقده وورث منه ، فينبغى أن يزيد ما يعتقه منه ، فيدخلها الدور ، و تستخرج حينئذ بالعجز كنظاها .

وفيه أن لزومها لا ينافي مراعاته بعدم العجز الذي به يكون المال غير مستقر أيضاً ، كما أنه لا ينافيه صيرورة المسألة دورية في الفرض المزبور الذي ستعرف صحته في المسألة الأخيرة ، نعم قد يقال إن لم يكن إجماع في المسألة إنه يقوّم العبد مكاتباً محتملاً للعجز وعدمه كالمرضى ونحوه ، ويخرج حينئذ من الثالث ، لأنه لو لم يعتقه أو يبرأه لا تنقل إليهم مكاتباً ، فيكون ذلك هو الذي فوّته عليهم ، والله العالم .

المسألة السادسة :

﴿ إذا أوصى بعتق المكاتب ﴾ أو أعتقه ﴿ فمات وليس له سواء ولم يعمل مال الكتابة بعتق ثلثه معبلاً ﴾ عندنا ، لوجوب المبادرة إلى تنفيذ الوصية ﴿ و ﴾ حينئذ فلا ينتظر بعتق الثلث حلول الكتابة ﴿ خلافاً لبعض الشافعية ، فاعتبر في عتق الثلث وصول الثلثين إلى الوارث ، لأن نفوذ الوصية مشروط بكون ضعفها في يد الوارث ، ولما لم يرجع هنا إليه ثلثا العبد ولا مقداره من المال لم يحكم بنفوذ العتق في الثلث ، وهو واضح الضعف . وذلك ﴾ لأنه ﴾ قد انتقل اليهم ثلثا المكاتب في مقابل الثلث وإن كان انتقاله إليه على وجه ﴾ إن أدى حصل ﴾ لهم أي ﴾ الورثة ﴾ ثلثا ﴾ المال وإن عجزوا سرقوا ثلثيه ﴾ استرقاق مكاتبه ﴾ و ﴾ حينئذ فلا يبقى ثلثاه مكاتباً يتحرر عند أداء ما عليه ﴾ كما هو واضح ومنعه من التصرف فيه قبل استقرار أحد الأمرين مع نفوذ الوصية بغير مانع لا ينافي صدق وصول الضعف إلى الوارث ، والله العالم .

المسألة السابعة :

﴿ إذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث ﴾ وإن كان عقدها عقد معاوضة مالية ﴿ لأنها ﴾ إما بيع العبد من نفسه بثمان أو عتق بعوض ، فالعوض حاصل على التقديرين ، وهو واصل إلى الورثة في مقابلة العبد ، فإذا كان بقدر قيمته أو أزيد انتفى التبرع ، لكنها ﴿ معاملة على ماله بماله فجرت ﴾ حينئذ أي ﴿ المكاتبه مجرى الهبة ﴾ بخلاف المعاوضة مع الغير بثمان المثل التي ليس فيها تفويت مال بل تبديل مال بمال ﴿ و ﴾ المعتبر في نظر العقلاء غالباً أصل المالية دون خصوصية العين . نعم ﴿ فيه قول آخر أنه ﴾ أي عقدا المكاتبه ﴿ من أصل المال بناءً على القول بأن المنجزات من الأصل ﴾ لا أنه منه وإن قلنا بأن المنجز من الثلث ، مع احتماله لأنه لولاه لم يحصل الكسب الذي يمكن حصوله له باحتساب زكاة ونحوها مما لا يحصل للوارث لولا المكاتبه التي لا يلزمها حصول كسب للعبد يحصل للوارث على كل حال ، بل الغالب على خلافه ، ولا أقل من الخروج بذلك عن اسم التبرع أو الشك فيه ، فيبقى على ما يقتضيه القواعد من الخروج عن الأصل ، والله العالم .

و على كل حال فعلى الأول ﴿ فان خرج ﴾ المكاتب ﴿ من الثلث نفذت الكتابة فيه أجمع ، وينعتق عند أداء المال فان لم يكن سواء ﴾ و أدّى النجوم في حياة المولى و كان قد كاتبه على مثلي قيمته عتق كله أيضاً ، لأنه يبقى للورثة مثلاً ، فان كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه ، لأنه إذا أخذ مائة فالجملة مائتان ، فينفذ التبرع في ثلث المائتين ، وهو ثلثا المائة ، ولو كاتبه على مثل قيمته وقبض منه نصف النجوم نفذ الكتابة في نصفه .

وإن لم يؤد شيئاً في حياة المولى ولم يجز الوارث ﴿ صحت في ثلثه وبطلت في الباقي ﴾ فان أدّى عتق الثلث ، وهل يراد حينئذ في الكتابة بقدر نصف ما أدّى وهو

سدس العبد إذا كانت النجوم مثل القيمة ؟ فيه في المسالك وجهان كما في المسألة السابقة ، ووجه العدم أن الكتابة قد بطلت في الثلثين فلا تعود ، وهذا هو الذي جزم به المصنف والجماعة .

و فيه (أولاً) أن المسألة السابقة قد جزم فيها بالزيادة . و (ثانياً) أن الحكم بالبطلان هنا مراعى بعدم حصول مال للميت ولو بما تصيده شبكته التي نصبها في حياته بناءً على ما يحصل فيها بعد موته له ، ولأريب في أن المقام أولى من ذلك ، ضرورة انتقال ما قابل الثلث من مال الكتابة منه إلى الوارث ، فهو حينئذ من تركته تتعلق به وصاياه ومنجزاته كغيره من مال الكتابة ، فالمتجه حينئذ في المقام الزيادة كما هو واضح ، وتكون المسألة دورية تحتاج إلى الاستخراج بالجبر والمقابلة على حسب ما سمعته في نظائرها من مسائل العتق .

ثم لا يخفى عليك أنه قد بان لك في المباحث السابقة جواز عتق السيد المكاتب ، لأنه باقٍ على ملكه ، إنما الكلام في عتقه بالعوارض كالجذام والعمى والاقعاد والتنكيل ؟ الظاهر ذلك لإطلاق الأدلة ، لكن في الدروس عندي فيه نظر ينشأ من تشبيهه بالحرية ، فلا يدخل تحت لفظ المملوك ، ومن بقاء حقيقة الرقبة ، ومن ثم لو أسلم في دار الحرب قبل مولاه عتق ، ولا يخفى عليك ما في الوجه الأول ، والله العالم . هذا كله في التدبير والكتابة .

﴿ وأما الاستيلاد فيستدعى بيان أمرين : ﴾

﴿ الأول ﴾ :

﴿ في كيفية الاستيلاء ﴾ الذي هو عنوان لجملة أحكام شرعية مخالفة للأصول والقواعد ، كعدم جواز نقلها وانعاقها من نصيب ولدها وغير ذلك من أحكامها التي ستعرف بعضها وتقدم في الكتب السالفة بعض آخر .

﴿ و ﴾ كيف كان ففي المتن ﴿ هو يتحقق بملوك أمته منه في ملكه ﴾ وفي القواعد « وهو يثبت بوطء أمته وجبلها منه - ثم قال - : وإنما يثبت حكم الاستيلاء بأمر ثلاثة : (الأول) أن تعلق منه بحر ، وإنما تعلق بمملوك من مولاها في موضعين : أن يكون للواطي عبداً قد ملكه مولا الموطوءة وقلنا إنه يملك بالتملك وأن يكون الواطي مكاتباً اشترى جارية للتجارة ، فإن الجارية مملوكة ، ولا يثبت حكم الاستيلاء في الأول ، وأما الثاني فإن عجز استرق المولى الجميع ، وإن عتق صارت أم ولد ، وليس للمكاتب بيعها قبل عجزه وعتقه ، (الثاني) أن تعلق منه في ملكه إما بوطء مباح أو محرم كالوطء في الحيض والنفاس والصوم والاحرام والظهار والايلاء ، ولو علقت في غير ملكه لم تكن أم ولد ، سواء علقت بمملوك كالزنا والعقد مع اشتراط الولد ، أو بحر كالغرور والمشتري إذا ظهر الاستحقاق ، (الثالث) أن تضع ما يظهر أنه حمل ولو علقته ، أما النطفة فالأقرب عدم الاعتداد بها ، وستسمع في كلام المصنف الإشارة إلى بعض ذلك .

وفي الإيضاح « كل مملوكة علقت من مالك حر حين ملكه بحر يلحق به شرعاً فهي أم ولد له حقيقة شرعية » .

وفي الدروس « هي من حملت من مولاها بحر في ملكه ، إلى غير ذلك من كلماتهم ، إلا أنني لم أجد في شيء مما وصل إلي من النصوص التعرض لبيان تمام

موضوعها إلا ما سمعه من خبر ابن مارد (١) فالمتجه عدم لحوق حكم الاستيلاء في محال الشك .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لو أولد أمة غيره ﴾ ولداً ﴿ مملوكاً ﴾ للزنا أو للعقد المشترط فيه عليه ذلك بناءً على صحته أو لغير ذلك ﴿ ثم ملكها لم تصير أم ولد ﴾ و إن ملكها بعد ذلك عندنا و عند جماعة في المبسوط للأصل وغيره سواء ملكها حاملاً أو بعد ولادتها .

﴿ و لو أولدها ﴾ ولداً ﴿ حراً ﴾ تابعاً له لشبهة أو لعدم اشتراط الرقبة أو لغير ذلك ﴿ ثم ملكها قال الشيخ ﴾ في المبسوط : ﴿ تصير أم ولده ﴾ على الأقوى للصدق ، بل في الخلاف صيرورتها أم ولد في الأول إذا ملكها وملك ولدها بعد ذلك ، بل لعلمه ظاهر ابن حمزة أيضاً للصدق ، إلا أن المشهور بينهم شهرة عظيمة خلاف ذلك للأصل بعد انسياق غير الفرض من الإطلاق الذي لا عموم فيه ولم يسق لبيان الموضوع ﴿ و ﴾ خصوص ما ﴿ في رواية ابن مارد ﴾ (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام المنجبرة بما سمعت من أنها ﴿ لا تصير أم ولد ﴾ ﴿ قال ﴾ : ﴿ في رجل يتزوج أمةً فتلد منه أولاداً ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها ، ثم يبدوله في بيعها ، قال : هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك ، و إن شاء أعتق ، بل ظاهرها مع حرية الولد فضلاً عن رقيته .

نعم لا فرق في صيرورة أمته التي علقت منه أم ولد بين كونه على وجه محلل أو محررم بحيض أو نفاس أو إحرام أو ظهار أو نحو ذلك ، بل في القواعد دلوزوج أمته ثم وطأها فعل محرماً ، فإن علقت منه فالولد حر ، و يثبت للأم حكم الاستيلاء ، بل فيها أيضاً د لو ملك أمه أو أخته أو بنته من الرضاع انعتقن على الأصح ، و قيل لا ينعتقن ، فلو وطأ إحداهن فعل محرماً ، و يثبت لهن حكم الاستيلاء ، و نحوه عن المبسوط ، ولعلمه لصدق أم الولد وإن كان لا يخلو من نظر

أو منع مع العلم بالتحريم ، لنفي الولد عنه شرعاً و لثبوت الحد عليه ، و من هنا مال في الدروس إلى عدم ، بل عنه وعن غيره القطع بعدم . وربما يشهد له - مضافاً إلى ما ذكرنا - ما سمعته من خبر ابن مارد ، ضرورة عدم صدق حدوث الحمل عنده على المزوجة .

بل قد يقال: إن المستفاد من الأدلة أن يملك وطءها وإن حرم عليه بالعارض لحيض أو نفاس بخلاف المزوجة والبنت والأخت ، فانه لا يملك وطءهن وإن ملكهن حتى الأولى التي ملك بضعها غيره بالعقد .

و لو اشترى مزوجة الأمة فأتت بولد يمكن تجرده بعد الشراء وقبله ففي القواعد قد تمت أصالة عدم الحمل على أصالة عدم الاستيلاء أما لو نفاه فانه ينتفي الاستيلاء قطعاً ، و في افتقار نفي الولد إلى اللعان إشكال ، ولعله من أنه ولد مملوكه المحكوم هنا بتأخر حملها ، ومن أنه ولد من كانت زوجته ، والأصل بقاء الفرائش مع قوة فرائش العقد الدائم ، و لحقوق النسب وعدم الاكتفاء بالاحتمال في نفسه . قلت : قد تقدم في اللعان ما يستفاد منه تحقيق ذلك ، فلا حظ و تأمل ، كما أنه تقدم في المباحث السابقة ما يستفاد منه عدم ثبوت مثل موضوع أم الولد بأصالة عدم تأخر الحمل .

ولو وطأ المرهونة فحملت دخلت في حكم أمهات الأولاد * ولو من غير إذن المرتهن بلاخلاف ولا إشكال .

إنما الكلام في جريان حكم الاستيلاء بالنسبة إلى المرتهن ، فيجب على الراهن وضع رهن غيره أو الوفاء ، و عدمه ، لتقدم حقه على الاستيلاء ، أو التفصيل بين الموسر والمعسر ، فيجب على الأول الإبدال أو الوفاء دون الثاني كما عن الخلاف ، و في قواعد الفاضل « هو الأقرب » وعن المبسوط والسرائر « أنه لا يبطل الرهن مطلقاً لتأخر الاستيلاء عنه » وعن غيرهما بطلانه لامطلقاً لاطلاق النهي (١)

عن بيع أمهات الأولاد ، وعن ثالث التفصيل بين الوطء باذن المرتهان فيبطل و بلا
إذنه فلا يبطل ، و ربما احتمل عدم الخلاف في عدم بطلان الرهن ، لبقاء الملك
عليها وجواز موت الولد ، و إنما الخلاف في جواز بيعها . هذا و قد تقدم الكلام في
المسألة في كتاب الرهن (١) .

و لو أولد أمة القراض ففي القواعد يبطل القراض فيها ، وإن كان فيها ربح
جعل الربح في مال المضاربة ، قلت : مع ظهور الربح وقلنا بملك العامل يتجه حينئذ
أن يكون حكمها حكم الأمة المشتركة إذا أولدها أحد الشريكين ، والله العالم .
﴿ وكذا ﴾ في جميع ما ذكرنا ﴿ لو وطأ الذمي ﴾ مثلاً ﴿ أمته فـ ﴾ أولدها
أو ﴿ حملت منه ﴾ ، لعدم الفرق في أمهات الأولاد بين المسلم وغيره لاطلاق
الأدلة ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو أسلمت بيعت عليه ﴾ كما عن السرائر و موضع من
المبسوط قطعاً لسبيله .

﴿ وقيل ﴾ و القائل الشيخ أيضاً في المحكمي من خلافه و موضع آخر من
المبسوط : ﴿ يحال بينه وبينها و تجعل على يد امرأة ثقة ﴾ ولا يمكن من
التصرف فيها والتسلط عليها ، عملاً بعموم النهي عن بيعها (٢) وعن المختلف تستسعى
في قيمتها جمعاً بين الحقيين .

﴿ والأول أشبه ﴾ عند المصنف و قد تقدم في كتاب البيع (٣) ما يستفاد
منه تحقيق ذلك ، فلا حظ وتأمل .

ويكفي في إجراء حكم أم الولد علوقها بما هو مبدأ إنسان ولو علقته بلاخلاف
أجده ، بل في الإيضاح الإجماع عليه ، وفي صحيح ابن مسلم (٤) عن أبي عبد الله
عليه السلام قال : « في جارية لرجل وكان يأتيها فأسقطت سقطاً منه بعد ثلاثة أشهر ،

(١) راجع ج ٢٥ ص ٢٠٨ .

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الاستيلاء الحديث ١ .

(٣) راجع ج ٢٢ ص ٣٣٤ - ٣٣٨ .

(٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الاستيلاء الحديث ١ .

قال : هي أم ولد ، ومنه يعلم حينئذ أن المراد بأم الولد من حملت بما هو مبدأ نشوء ولد ، وإلا فالسقط بعد ثلاثة أشهر ليس بولد قطعاً ، فيبطل حينئذ التصرف بها حينه ، ولا ريب في أن المضغة والعلقة كذلك بل والنطفة مع فرض بقائها في الرحم وانعقادها ولداً ، وربما يشهد لذلك معلومية بطلان بيع الأمة إذا واقعها سيدها وباعها بلا فصل ثم بان أنها من تلك المواقعة قد حملت .

نعم لو فرض أنها ألفتها نطفة وكان التصرف بها حال وجودها فيها اتجه حينئذ الحكم بصحة البيع ، لعدم العلم بكونها نشوء آدمي ، إذ لعلها فاسدة ، بخلاف ما لو ألفتها علقة ، فإنه يعلم كونها نشوء آدمي ، فيبطل التصرف بها المقارن لحال كونها نطفة .

و على ذلك يحمل كلام الأصحاب الذي منه ما في الدروس قال : « ولا بد مع الاشتباه من شهادة أربع من النساء ذوات الخبرة بأن ذلك مبدأ خلق آدمي ولو مضغة أما النطفة فلا ، خلافاً للشيخ ، والفائدة ليس في استتباع الحرية ، لأنها تزول بموت الولد ، فكيف بعدم تمامه عندنا ، بل في إبطال التصرفات السابقة على الوضع بالبيع وشبهه » .

لكن في الرياض بعد أن ذكر تحقق أم الولد بعلوقها بما يكون نشوء آدمي ولو مضغة قال : « ولا عبرة بالنطفة وفقاً للأكثر ، للأصل وعدم تسميتها ولداً في العرف ، وهو وإن جري في نحو المضغة على تقدير تسليمه لكن تلحق بالولد بالاجماع ، خلافاً للنهاية فألحقها به أيضاً ، نظراً منه إلى بناء الاستيلاء على التغليب ، ولذا يعتد بالعلقة والمضغة ، والنطفة بعد استقرارها للصورة الانسانية تشبه العلقة في الجملة ، وهو كما ترى » .

قلت : إن كان مراده ما ذكرناه فذاك وإلا كان محلاً للنظر ، ضرورة عدم الفرق بين النطفة وغيرها بعد تبين انعقادها وصيرورتها نشوء آدمي ، فيبطل البيع حينئذ من حين وقوع النطفة في رحمها .

هذا، وفي الرياض أيضاً أن إطلاق العبارة وغيرها من عبارات الجماعة كالنصوص وبه صرح جملة من الأصحاب أنه لا يشترط الوطء، بل يكفي مطلق العلوق منه .
 وفيه أن المنساق من إطلاق النص والفتوى الأول الذي قد عبّر به أيضاً
 بمض، ولا أقل من الشك، وقد عرفت أن الأصل بقاء حكم الفن .
 وبذلك كله ظهر لك الوجه في الأمور الثلاثة التي ذكرها الفاضل فيما حكيناها
 عنه من عبارة القواعد، كما أنه ظهر لك في بحث المكاتب الحال في المكاتب إذا وطأ
 أمته التي اشتراها للتجارة، فلا حظ وتأمل .

الامر : الثاني *

* في الأحكام المتعلقة بأم الولد، وفيه مسائل :

* الأولى :

* أم الولد مملوكة * مادام مولاه حياً بلا خلاف ولا إشكال، فيجوز له
 النصرف بها بغير النقل كالوطء والاجارة وغيرهما، وفي صحيح زرارة (١) عن أبي جعفر
 عليه السلام « سألت عن أم الولد، فقال : أمة » وفي خبر ابن بزيع (٢) « سألت الرضا
 عليه السلام عن الرجل يأخذ من أم ولده شيئاً وهبه لها من غير طيب نفسها من خدم
 أو متاع أيجوز ذلك له ؟ قال : نعم إذا كانت أم ولده » إلى غير ذلك .
 بل * لا تتحرر بموت المولى، بل من نصيب ولدها * إن كان له نصيب،
 وإلا - كما لو كان غير وارث لمانع من الموانع - بقيت على الملك، للأصل
 وظهور النصوص في أن عتقها من نصيب ولدها، بل هو صريحها، ففي الصحيح (٣)

(١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستيلاء الحديث ١ - ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء الحديث ١ .

«إن كان لها ولد وترك ما لاجعلت في نصيب ولدها، وفي المرسل (١) كالصحيح (٢) »
 «إن كان لها ولد قومتم على ولدها من نصيبه، ونحوهما غيرهما (٣) فلا تغتق
 من أصل التركة ولا من مال ولدها غير نصيبه من التركة .

بل في الدروس « و يجوز بيعها إذا مات مولاه والدين يستغرق تركته ، إذ
 لا إرث ، فلا نصيب لولدها الذي عتقها بعد الوفاة مستند إليه ، وإن كان قد يناقش
 بأن الأصح انتقال التركة إلى الوارث وإن كان الدين مستغرقاً ، فيستجبه انعقاد نصيبه
 منها بملكه وإن كان الدين مستغرقاً ، لكن قد يدفع بظهور النص (٤) في انعقادها من نصيب
 ولدها الذي لا تعلق حق فيه ، و الفرض في المقام تعلق حق الدين بها ، وإن قلنا
 بملك الوارث ، اللهم إلا أن يكلف الولد بما يخصها من الدين ، أو هي بالسعي ،
 وهما لا دليل عليهما ، بل ظاهر الأدلة خلافهما فتأمل جيداً .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف ولا إشكال في ملك السيد لها ﴿ لكن ﴾ هي
 وإن كانت كذلك ﴿ لا يجوز لـ ﴾ أي ﴿ المولى ﴾ بيعها مادام ولدها حياً إلا في
 ثمن رقبتها إذا كان ديناً على المولى ولا وجه لأدائه إلا منها ﴿ وكذا يجوز للوارث
 بيعها فيه على الوجه المزبور ، وأما في غيره من الديون بل وغير الديون من المواضع
 المخصوصة فقد أشبعنا الكلام فيها في البيع (٥) بل أشبعنا الكلام في جملة من
 أحكامها فيه وفي غيره من الكتب السابقة ، فلا وجه لاعادته .

﴿ و ﴾ منها أنه ﴿ لو مات ولدها ﴾ في حياة أبيه ﴿ رجعت طلقاً و جاز
 التصرف فيها بالبيع وفي غيره من التصرفات ﴾ نصاً (٦) و فتوى ، بل الظاهر ذلك
 حتى لو خلف ولدها ولداً ، لا نسياق ولد الصلب من النصوص وإن قلنا : إنه ولد
 حقيقة ، فلا يشملها حينئذ إطلاق أم الولد . و تندرج في النصوص (٧) المتضمنة

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء الحديث ٢ .

(٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الاستيلاء الحديث ٢ . - . - .

(٥) راجع ج ٢٢ ص ٣٧٤ و ٣٧٥ .

(٦ و ٧) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء .

لحكم من مات ولدها ، فما عن بعض - من كونها أم ولد بذلك - واضح الضعف وإن قال بعض : إنه متجه لو كان وارثاً لجدّه ، لا اعتناق نصيبه منها عليه دون ما إذا لم يكن وارثاً لانقضاء الملك المقتضى للعتق ، بل ربّما جعل هذا التفصيل قولاً في المسألة ، وفي الدروس أنه ثالث الأوجه ، وفيه أن اعتناق قدر نصيبه منها لا يقتضي كونها أمّ ولد على وجه تلحقها أحكامها التي منها عدم جواز بيعها ، ومنها اعتناقها أجمع من نصيب الولد ، للنص والاجماع ، لا نصيب الولد منها خاصة ، كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة الثانية :

﴿ إذا مات مولاها وولدها حيّ جعلت في نصيب ولدها وعنت عليه ﴾ بخلاف جدّه فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه هنا ، مضافاً إلى المعتبرة المستفيضة (١) التي منها خبر محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : أيّما رجل ترك سريّة لها ولد أو في بطنها ولد أولاً ولد لها فإن أعنتها ربّها عنت ، وإن لم يعتقها حتّى توفي فقد سبق فيها كتاب الله ، وكتاب الله أحق فإن كان لها ولد وترك مالاّ جعلت في نصيب ولدها ، وزاد في الفقيه « و يمسكها أولياؤها حتّى يكبر الولد ، فيكون هو الذي يعتقها إنشاء الله ، ويكونون هم يرثون ولدها مادامت أمة ، فإن أعنتها ولدها عنت ، وإن توفي عنها ولدها ولم يعتقها فإن شاؤوا أرقّوا ، وإن شاؤوا أعتقوا ، وغيره من النصوص التي منها علم الحكم المزبور وإن كان مخالفاً للأصل لأن أقصى ما تقتضيه قاعدة اعتناق القريب أن ينعتق عليه منها مقدار ما يخصه منها ولا يسري عليه لأنه عتق قهري لا اختياري إلاّ أن النصوص المزبورة المعتمدة بعمل الأصحاب دلت على عتقها عليه أجمع واحتسابها من نصيبه .

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء .

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء الحديث ١ و ٢ .

﴿ نعم لولم يكن له سواها ﴾ تركة وكان له ورثة متعددون ﴿ أعتق نصيب ولدها منها ﴾ لقاعدة القريب ﴿ وسعت في الباقي ﴾ في المشهور ، لما سمعته سابقاً في كل من تحرر بعضه ، ولا تقوّم على ولدها إن كان له مال غيرها ، لأنّ انعقادها عليه قهري ، وقد عرفت في كتاب العتق عدم السراية ، مضافاً إلى ظهور نصوص (١) المقام في انعقادها عليه من خصوص النصيب لا من غيره ، و إلى خصوص مقطوع يونس (٢) في أم ولد - إلى أن قال - : فإن 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 ، وتستسمى في بقية ثمنها ، خلافاً للمبسوط والاسكافي على ما حكى عنهما ، فحكمنا بالسراية عليه ، للنبوي (٣) « من ملك ذا رحم فهو حر » ، وهو مع قصوره عن المعارضة لما عرفت من وجوه ظاهر في من ملكه بأجمعه لا بعضه كما في المقام .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ في رواية ﴾ أبي بصير (٤) عن الصادق عليه السلام ﴿ تقوّم على ولدها إن كان موسراً ﴾ قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات ، قال : إن شاء أن يبيعها باعها ، وإن مات مولاه وأعليه دين فوتمت على ابنها فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ، ثم يجبر على قيمتها ، وإن مات ابنها قبل أمه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة » .

﴿ وهي ﴾ وإن كانت موثقة إلا أنها ﴿ مهجورة ﴾ لم يحك العمل بها إلا عن الشيخ في النهاية التي هي متون أخبار ، وقد رجع عنها على ما قيل في غيرها ، وفي

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء .

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء الحديث ٣ .

(٣) المستدرک الباب - ١٢ - من كتاب العتق الحديث ١ .

(٤) الاستبصار ج ٤ ص ١٤ الرقم ٤١ .

الدروس عن الشيخ حمل الدين فيها على ثمنها ، وأنه لومات قبل البلوغ قضى منها الدين ، ثم حكى عن ابن حمزة إلحاق غيره من الديون به عملاً باطلاق الرواية . وعلى كل حال فالرواية غير نفية الدلالة على المطلوب ، ضرورة كونها في الدين نحو خبره الآخر (١) « أي رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات إن شاء أن يبيعها في الدين الذي يكون على مولاها من ثمنها باعها ، وإن كان لها ولد قومته على ابنها من نصيبه ، وإن كان ابنها صغيراً انتظر حتى يكبر ، ثم يجبر على ثمنها ، وإن مات ابنها قبل أمه بيعت في ميراثه إن شاء الورثة ، وخبره الثالث (٢) عنه عليه السلام أيضاً « في رجل اشترى جارية يطأها فولدت له فمات ، قال : إن شاؤوا أن يبيعوها باعوها في الدين الذي يكون على مولاها من ثمنها ، وإن كان لها ولد قومته على ولدها من نصيبه ، وإن كان ولدها صغيراً انتظر به حتى يكبر » .

اللهم إلا أن يكون وجه الاستدلال بها أنه إذا قومته عليه في الدين تقوم عليه في غيره ، ضرورة كون المرجع فيهما إلى الوارث وإن أداه في الدين ، لأن التركة على الأصح تنتقل إلى الوارث وإن تعلق بها حق الدين ، ولعل ما في هذه النصوص (٣) وذيل خبر محمد بن قيس (٤) السابق محمول على استحباب انتظار الولد إذا كان على الميت دين ولا تركة سواها حتى يكبر لو كان صغيراً ، واستحباب وفاء الدين للولد حتى تمتنع حينئذ عليه ، وحينئذ لا تكون ممّا نحن فيه من أنها تقوم عليه مع عدم تركة سواها ، فتأمل جيداً .

وكيف كان فظاهر الأصحاب الاتفاق على عدم السراية مع الاعسار ، خلافاً للمحكمي عن ابن حمزة من السراية عليه ، وأنه يستسمى في قيمتها ، ولعله قرأ المقطوع

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء الحديث ٤ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ٥ من كتاب التجارة .

(٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء الحديث ٤ والباب - ٢٤ - من

أبواب بيع الحيوان الحديث ٥ والاستبصار ج ٤ ص ١٤ الرقم ٤١ .

(٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء الحديث ٢ .

السابق بالياء ، و الذي رأيناه بالتاء المثناة من فوق ، بل في الرياض هو كذلك في النسخة الصحيحة المضبوطة ، والله العالم .

المسألة * الثالثة :

* إذا أوصى لأمّ ولدته * صح بلا خلاف ولا إشكال ، ولكن * قيل * و القائل جماعة : * تعتق من نصيب ولدها و تعطى الوصية ، و قيل * و القائل جماعة : * تعتق من الوصية ، فإن فضل منها شيء عتقت من نصيب ولدها و هو أشبه * عند المصنّف ، و قيل كما عن الاسكافي بالتخير بينهما ، و قيل كما عن الصدوق تعتق من ثلث الميت غير ما أوصى به ، و قد أشبعنا الكلام في المسألة في كتاب الوصايا و قلنا : إن الأقوى الأوّل ، فلا حظ و تأمل ، والله العالم .

المسألة * الرابعة :

* إذا جنت أمّ الولد خطأ تعلقت الجناية برقبته * كغيرها من المملوك ، لاطلاق الأدلة و شدة الأمر في الجناية * وللمولى فكّها ، و بكم يفكّها ؟ قيل * و القائل الشيخ في محكي المبسوط : يفكّها * بأقل الأمرين من أرض الجناية و قيمتها * ، لأن الأقل إن كان هو الأرض فظاهر ، و إن كان القيمة فهي بدل العين تقوم مقامها ، و الجاني لا يجنى على أكثر من نفسه ، و المولى لا يعقل مملوكه .

* و قيل * و القائل الشيخ أيضاً * بأرض الجناية * بالغاً ما بلغ ، لاطلاق الأدلة . * و هو الأشبه * عند المصنّف نحو ما سمعته في المكاتب إلا أن الأقوى خلافه كما عرفت ، * و إن شاء دفعها إلى المجنى عليه * .

﴿ و في رواية مسمع ﴾ بن عبد الملك (١) ﴿ عن أبي عبد الله عليه السلام ﴾ « أن أم الولد ﴾ جنائيتها في حقوق الناس على سيدها ﴾ ، وإن كان في حقوق الله تعالى في الحدود فإن ذلك على بدنها ، يقاس منها للمماليك ، وعمل بها الشيخ في المحكي من ديات مبسوطه نافياً الخلاف فيه إلا من أبي ثور ، فجعله في ذمتها تتبع به بعد العتق ، وربما مال إليه بعض من تأخر عنه ، مؤيداً له ببعض الوجوه الاعتبارية ولا ريب في ضعفه ، لاطلاق أو عموم مادل (٢) على تعلق الجناية برقة المملوك ، بل يمكن حمل خبر مسمع المزبور على أن للسيد الفداء ، والله العالم .

﴿ و لو جنت على جماعة ﴾ دفعة أو متعاقباً و لم يتخلل فداء ﴾ فالخيار للمولى أيضاً بين فديتها ﴾ بأقل الأمرين من أرض مجموع الجنائيات ﴾ أو ﴾ القيمة أو أرض كل جناية بالغاً ما بلغ و بين ﴾ تسليمها إلى المجني عليهم أو وراثتهم ﴾ فيسترقونها ﴾ على قدر الجنائيات ﴾ نحو ما سمعته في المكاتب ، وإن تخلل كان الفداء أو التسليم لغيره .

و في الدروس و لوجنت على جماعة وطناً يضمن السيد فعلية أقل الأمرين من قيمتها والأرض . و إن ضمن للأول فظاهر المبسوط أنه لاضمان عليه بعد إذا كان قد أدّى قيمتها ، بل يشاركه من بعده فيما أخذ ، قلت : هو غريب ، والله العالم .

(١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب القصاص في النفس الحديث ١ من كتاب

القصاص .

(٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب القصاص في النفس من كتاب القصاص .

المسألة الخامسة :

﴿ روى محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر عليه السلام ﴾ في الموثق بل في نهاية المرام في الصحيح ﴿ في وليدة نصرانية أسلمت عند رجل و ولدت منه غلاماً ، فمات فاعتقت و تزوجت نصرانياً و تنصرت و ولدت ، فقال : ولدها لابنها من سيدها ، و تحبس حتى تضع ، فاذا ولدت فاقتلها ، و ﴿ لفظها ﴾ قضى علي عليه السلام في وليدة كانت نصرانية فأسلمت عند رجل فولدت لسيدها غلاماً ، ثم إن سيدها مات فأصابها عتاق السراية ، فنكحت رجلاً نصرانياً دارياً ، و هو العطار ، فتنصرت ، ثم ولدت ولدين و حملت آخر ، فقضى فيها أن يعرض عليها الاسلام فأبت ، قال : أما ما ولدت من ولد فانه لابنها من سيدها الأول ، و احبسها حتى تضعها في بطنها ، فاذا ولدت فاقتلها .

إلا أني لم أجد عاملاً بها حتى أن الشيخ ﴿ في النهاية ﴾ التي هي متون أخبار شاذة وغيرها قال : ﴿ يفعل بها ما يفعل بالمرتدة ﴾ عن ملة ﴿ و ﴾ ما ذاك إلا لأن ﴿ الرواية شاذة ﴾ شذوذاً لا يجوز العمل بها معه فيما هو مخالف للمعمومات القاضية بكونها كالمرتدة وبقاء ولدها على الحرية ، فلا بد من قصر الخبر المزبور على أنه قضية في واقعة رأى أمير المؤمنين عليه السلام المصلحة في قتلها ولو من حيث زناها بنصراني أو غير ذلك ، والله العالم .

(١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الاستيلاء الحديث ١ .

و بهذه - و الحمد لله - أنهينا تعاليفنا على الجزء ٣٤ من كتاب جواهر الكلام

(جواهر الكلام - ٢٤ ج)

المسألة السادسة :

لا يجري حكم الاستيلاء إلى الأولاد للأصل وغيره ، فلو تزوجت بعدد أو حرّ شرطت رقية أولاده كان أولادها منه عبيداً يجوز بيعهم في حياة المولى و بعد وفاته .

المسألة السابعة :

لو ماتت أم الولد قبل أن يفديها السيد لم يجب على المولى شيء ، للأصل بعد تعلق الجناية برقيتها ، و لو نقصت قيمتها و أراد الفداء ففي القواعد : « فداها بقيمتها يوم الفداء ، و لو زادت زاد الفداء ، و يجب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاء » .

المسألة الثامنة :

لو كسبت بعد جنائنها شيئاً فهو لمولاها دون المجنى عليه ، نعم لو كسبت بعد الدّفع فهو للمجنى عليه ، فلو اختلفا قدّم قول المجنى عليه ، ولو أئلفها سيدها فعليه قيمتها ، وكذا لو عيبها فعليه الأرض .

بجوار سيد الاوصياء أمير المؤمنين عليه آلاف التحية والثناء ، وأقدم شكرى المتواصل الى العلامة

المسألة التاسعة :

لو باعها مولاها لم يقع موقوفاً بل باطلاً ، فلو مات الولد لم ينتقل إلى المشتري ولو كان بعد البيع بلا فصل .

المسألة العاشرة :

لا يبطل الاستيلاء بقتلها مولاها عمداً إذا عفى الورثة .

الحادية عشر :

للمولى أرض جناية الأجنبي عليها كغيرها من ممتلكاته ، فإن كونها أم ولد لا يخرجها عن ذلك ، وله ضمان قيمتها على من غصبها .

الثانية عشر :

لو شهد اثنان على إقراره بالاستيلاء وحكم به ثم رجعا غرماً له قيمة الولد إن كذبهما في نسبه ، ولا يقرمان في الحال قيمة الجارية ، لأنهما إنما أزالا سلطنة البيع ولا قيمة له مع احتمال ضمان الأرض للتعيب ، بل ولا بعد الموت ، لأنها

الاخ الشيخ محمد القوجاني لمشاركته في انجاز العمل ، و أسأل عز وجل أن يوفقنا لاتمام

محسوبة على الولد ، وهل يرث هذا الولد ؟ إشكال فان قلنا به فلا يقرب أن للورثة
تفريعهما حصته ، والله العالم .

هذا العمل الجبار والحق الاواخر بالاولائل انه سميع بصير .

محمود القوجاني

النجف الاشرف - ١٦ / ٢ ج / ٩٦

و تم تصحيحه و تهذيبه في اليوم العشرين
من جمادى الثانية يوم ولادة مولاتنا
وسيدتنا الزهراء سلام الله عليها و على
أبيها و بعلها و بنيتها سنة - ١٣٩٨ -
والحمد لله أولا وآخرا و ذلك بيد العبد :

السيد ابراهيم الميانجي

عفى عنه و عن والديه

فهرس الجزء ٣٤ من كتاب

جواهر الكلام

كتاب اللعان

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
	الثاني انكار الولد		في معنى اللعان لغة وشرعاً والأصل
	لا يثبت اللعان بانكار الولد	٢	في سببه
	حتى تضع الولد لستة أشهر		في سبب اللعان وهو شيذان
	فصاعداً من حين الوطء ما لم		الاول القذف
	يتجاوز أقصى مدة الحمل وتكون		لا يترتب اللعان بالقذف إلا على
١٣	موطوءة بالعقد الدائم		رمى الزوجة المحصنة المدخول
	في الملاعن وشروطه		بها بالزنا مع دعوى المشاهدة
	يعتبر أن يكون الملاعن بالغاً	٦	وعدم البيّنة

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
عاقلاً ، و الكلام في لعان الكافر	٢٣	اشتمال اللعان على واجب	٥٦
و المملوك	٢٥	و مندوب	
في لعان الآخرس		في أحكام اللعان و تشمل	
في الملاعنة و شروطها		على مسائل	
يعتبر فيها البلوغ و كمال العقل	٣٠	الاولى	
و السلامة من الصتم و الخرس	٣٣	يتعلق بالقذف و جوب الحد في	
و يعتبر أيضاً أن تكون منكوحة	٣٤	حق الرجل و بلعانه سقوط	
بالعقد الدائم	٣٦	الحد في حقه و جوب الحد	
في اعتبار الدخول بها خلاف	٣٨	في حق المرأة و مع لعانها	
في ثبوت اللعان و عدمه بين الحر	٣٩	ثبوت أحكام أربعة : سقوط	
و المملوكة	٤١	الحدين ، و انتفاء الولد عن	
في صحة لعان الحامل ولا يقام		الرجل دون المرأة ، و زوال	
الحد إلا بعد الوضع	٣٨	الفراش ، و التحريم المؤبد	٦٥
في عدم صيرورة الأمة فراشاً	٣٩	في فروع المسألة	٦٧
بالمملك		الثانية :	
الكلام في صيرورة الأمة فراشاً	٤١	لوا نقطع كلامه بعد القذف و قبل	
بالوطء		اللعان صار كالآخرس	٧١
في كيفية اللعان		الثالثة :	
في عدم صحة اللعان إلا عند	٥٣	إذا ادعت انه قذفها بما يوجب	
الحاكم أو منصوبه لذلك	٥٥	اللعان و أنكر	٧٢
في صورة اللعان			

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
	الرابعة :		
	لو ولدت توأمين بينهما اقل من		إذا قذف امرأته برجل على وجه
٨٢	سنة أشهر	٧٤	نسبهما إلى الزنا
	كتاب العتق		الخامسة :
	في معنى العتق لغة و شرعاً و في	٧٥	إذا قذفها فأقرت قبل اللعان
٨٦	فضله		السادسة :
	في اختصاص الرق بأهل		إذا قذفها و ادعى انها اعترفت
٨٩	العرب	٧٦	فأنكرت
	في من أقر على نفسه بالرق		السابعة :
٩٠	في من اشترى من حربي أحد	٧٧	إذا قذفها فماتت قبل اللعان
٩٢	ذوى أرحامه		الثامنة :
٩٥	في ازالة الرق		إذا قذفها فلم يلاعن فحد ثم
٩٥	في العتق و صيغته	٧٩	قذفها به
١٠٢	في عدم اشتراط تعيين المعتق		التاسعة :
	في شروط المعتق بالكسر و ان	٨١	لو شهد أربعة و الزوج أحدهم
	المعتبر فيه البلوغ و كمال العقل		العاشرة :
	والاختيار والقصد والقربة و كونه		إذا أدخل احد الزوجين بشيء من
١٠٥	غير محجور عليه	٨٣	ألفاظ اللعان
	في عتق من بلغ عشرين و صدقته		الحادية عشرة :
١٠٦	تردد	٨٣	فرقة اللعان فسخ وليس طلاقاً
	في شروط المعتق بالفتح و أن		الثانية عشرة :

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
	الثامنة :	١١٠	المعتبر فيه الاسلام والملك
	من اشترى أمة نسيئة فأعتقها		لوشروط المعتق على المعتق شرطاً
١٢٢	وتزوجه	١١٦	سائفاً لزم الوفاء به
	التاسعة :		لوشروط اعادته في الرق إن خالف
	إذا أوصى بعق عبد فخرج من	١٢٠	أُعيد
١٢٤	الثالث		ويلحق بهذا الفصل مسائل :
	العاشرة :		الاولى :
	إذا أعتق مملوكه عن غيره		لو نذر عتق أول مملوك يملكه
١٢٧	بأذنه	١٢٥	فملك جماعة
	الحادية عشرة :		الثانية :
	العتق في مرض الموت يمضى من		لو نذر عتق أول ما تلده فولدت
١٢٨	الثالث	١٢٧	توأمين
١٢٩	تفريعان : الأول ، والثاني .		الثالثة :
١٥٢	في العتق بالسراية وفروعه	١٢٨	لو كان له ممالك فأعتق بعضهم
١٨٥	في العتق بالملك		الرابعة :
١٨٧	فرعان بل فروع	١٣١	لو نذر عتق أمته إن وطأها
١٨٩	في العتق بالعوارض		الخامسة :
		١٣٣	لو نذر عتق كل عبد قديم
			السادسة :
		١٣٦	من أعتق وله مال فماله لمولاه
			السابعة :
		١٣٩	إذا أعتق ثلث عبيده

كتاب التدبير و المكاتبه

و الاستيلاء

١٩٢ فى التدبير و بيان معناه

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
المقصد الاول		الثالثة :	
فيما يحصل به التدبير	١٩٨	إذا دبّر بعض عبده لم ينعتق عليه	
و يشترط في صيغة التدبير		الباقى	٢٣٢
شرطان :		الرابعة :	
الأول النية	٢٠٢	إذا أبق المدبّر بطل تدبيره	٢٣٥
الثاني تجريدھا عن الشرط		الخامسة :	
و الصفة	٢٠٣	ما يكتسبه المدبّر لمولاه	٢٣٧
في أن حمل المدبّرة مدبّر		السادسة :	
أم لا ؟	٢٠٥	إذا جنى المدبّر بما دون النفس	
المقصد الثاني		كان الأرض للمولى	٢٤٠
في المباشر و شرائط صحة التدبير		السابعة :	
من كونه بالغاً عاقلاً قاصداً		إذا جنى المدبّر تعلق أرض الجناية	
مختاراً جائز التصرف	٢١٢	برقبته	٢٤٠
المقصد الثالث		الثامنة :	
في أحكام التدبير وهى مسائل		إذا أبق المدبّر بطل التدبير	٢٤٥
الاولى :		فروع أربعة :	
التدبير بصفة الوصية في الرجوع		الأول - إذا استفاد المدبّر مالاً	
و في الخروج من الثلث وغيرهما		بعد موت مولاه	٢٤٦
من الأحكام	٢١٨	الثانى - إذا كان له مال غائب	
الثانية :		بقدر قيمته مرتين	٢٤٧
المدبّر ينعتق بموت مولاه من		الثالث - إذا كوتب ثم دبّر	٢٤٩
ثلث مال المولى	٢٢٩	الرابع - إذا دبّر حملاً	٢٥١

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
في المكاتب و بيان أركانها	٢٥٢	في أحكام المكاتب	
في الكتابة و انها مستحبة		فتشتمل على مسائل	
ابتداء	٢٥٢	الاولى :	
الكتابة ليست عتقاً بصفة ولا		إذا مات المكاتب وكان مشروطاً	
بيعاً بل هي معاملة مستقلة	٢٥٧	بطلت المكاتب	٢٩٣
في صيغة المكاتب و أن ثبوت		الثانية :	
حكمها يقتدر إلى الإيجاب		ليس للمكاتب التصرف في ماله	٢٩٩
و القبول	٢٤١	الثالثة :	
في أن الكتابة قسمان : مشروطة		كل ما يشترط المولى على	
و مطلقة	٢٤٣	المكاتب يكون لازماً ما لم يكن	
في أن الكتابة عقد لازم مطلقة		مخالفاً للكتاب والسنة	٣٠٥
كانت أو مشروطة	٢٧٠	الرابعة :	
في الموجب وأنه يعتبر فيه البلوغ		لا يدخل الحمل في كتابة أمه	٣٠٦
و كمال العقل و الاختيار و جواز		الخامسة :	
التصرف	٢٧٣	المشروط رق و فطرته على مولاه	٣١٠
في المملوك وأنه يعتبر فيه البلوغ		السادسة :	
و كمال العقل	٢٧٩	إذا ملك المملوك نصف نفسه كان	
في اشتراط الأجل و أنه فيه		كسبه بينه وبين مولاه	٣١٣
خلاف	٢٨١	السابعة :	
في العوض و أنه يعتبر فيه أن		لو كاتب عبده ومات	٣١٤
يكون ديناً منجماً معلوم الوصف		الثامنة :	
و القدر مما يصح تملكه	٢٨٣	من كاتب عبده و جب عليه أن يعينه	

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
من زكائه	٣١٦	الاول :	
التاسعة :		في لواحق تصرفات المكاتب وهنا	
لو كان له مكاتبان فأدّى أحدهما		مسائل :	
و اشتبه	٣٢٣	الاولى :	
العاشرة :		المراد من الكتابة تحصيل العتق	
يجوز بيع مال الكتابة	٣٢٤	بالعوض	٣٣٨
الحادى عشرة :		الثانية :	
إذا زوج السيّد ابنته من مكاتبه		إذا كان للمكاتب على مولاه مال	
ثمّ مات فملكته انفسخ النكاح	٣٢٨	وحل نجم من نجومه	٣٤١
الثانية عشرة :		الثالثة :	
إذا اختلف السيّد و المكاتب في		إذا اشترى أباه بغير اذن مولاه	٣٤٢
مال الكتابة	٣٢٨	الرابعة :	
الثالثة عشرة :		إذا جنى عبد المكاتب	٣٤٣
إذا دفع مال الكتابة و حكم		المقصد الثانى	
بحرّيته فبان العوض معيباً	٣٣١	في جنابة المكاتب و الجنابة عليه	
الرابعة عشرة :		و فيه قسمان :	
إذا اجتمع على المكاتب ديون		الأوّل في مسائل المشروط وهى	
مع مال الكتابة	٣٣٤	سبع :	
الخامسة عشرة :		الاولى :	
يجوز أن يكاتب بعض عبده	٣٣٧	إذا جنى المكاتب على مولاه	
الكلام فى اللواحق :		عمداً	٣٣٥
فيشتمل على مقاصد			

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
الثانية :		أوصى به	٣٦٠
إذا جنى المكاتب على أجنبي		الثالثة :	
عمداً	٣٤٨	إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه	
الثالثة :		أكثر ما بقي عليه	٣٦١
لوجنى عبد المكاتب على أجنبي	٣٥١	الرابعة :	
الرابعة :		إذا قال : ضموا عنه أوسط نجومه	٣٦٣
إذا جنى على جماعة	٣٥٢	الخامسة :	
الخامسة :		إذا أعتق مكاتبه في مرضه أو أبرأه	
إذا كان للمكاتب أب و هو رق		من مال الكتابة	٣٦٦
فقتل عبداً له	٣٥٣	السادسة :	
السادسة :		إذا أوصى بعق المكاتب فمات	
إذا قتل المكاتب فهو كما		وليس له سواء	٣٦٩
لومات	٣٥٤	السابعة :	
السابعة :		إذا كاتب المريض عبده اعتبر	
إذا جنى عبد المولى على مكاتبه	٣٥٥	من الثلث	٣٧٠
المقصد الثالث :		في الاستيلاد و أنه يستدعى	
في أحكام المكاتب في الوصايا		بيان أمرين :	٣٧١
وفيه مسائل :		الأول - في كيفية الاستيلاد	٣٧٢
الاولى :		الثاني - في الأحكام المتعلقة	
لا تصح الوصية برقبة المكاتب	٣٥٨	بأم الولد وفيه مسائل :	
الثانية :		الاولى :	
لو كاتبه مكاتبه فاسدة ثم		أم الولد مملوكة لا تتحرر	

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
	الخامسة :	٣٧٧	بموت المولى
٣٨٢	روى محمد بن قيس في وليدة هسراينة		الثانيه :
	السادسة :	٣٧٩	إذا مات مولاها وولدها حي
٣٨٥	إلى المسألة التاسعة -		الثالثة :
	العاشرة :	٣٨٢	إذا أوصى لأم ولد
٣٨٦	إلى الثانية عشرة		الرابعة :
٣٨٨	الفهرس	٣٨٢	إذا جنت أم الولد خطأ





Princeton University Library



32101 047144694

32101