

موسوعة الشهيد الثاني

الجزء الرابع والعشرون
مسائل الأفهام
إلى تنقيح شرائع الإسلام / ٨



المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية
مركز إحياء التراث الإسلامي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



موسوعة الشهيد الثاني

الجزء الرابع والعشرون

مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الإسلام / ٨

المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

مركز إحياء التراث الإسلامي



المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلاميّة

موسوعة الشهيد الثاني

الجزء الرابع والعشرون (مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام / ٨)

الناشر: المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلاميّة

الإعداد والتحقيق: مركز إحياء التراث الإسلامي

الطباعة: مطبعة باقري

الطبعة الأولى: ١٤٣٤ ق / ٢٠١٣ م

الكميّة: ١٠٠٠ نسخة

العنوان: ١٤٣ : التلسل: ٢٦٧

حقوق الطبع محفوظة للناسر

العنوان: قم، شارع الشهداء (صفائية)، زقاق آمار، الرقم ٤٢

التلفون والفاكس: ٧٨٣٢٨٣٣. التوزيع: قم ٧٨٣٢٨٣٤؛ طهران ٧٨٣٢٨٣٤ / ٦٦٩٥١٥٣٤

ص. ب. ٣٧١٨٥ / ٣٨٥٨. الرمز البريدي: ١٦٤٣٩ - ٣٧١٥٦

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

شاهد ثاني، زين الدين بن علي، ٩١١ - ٩٦٥ ق.

موسوعة الشهيد الثاني / الإعداد والتحقيق مركز إحياء التراث الإسلامي، المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلاميّة.

١٤٣٤ ق. = ٢٠١٣ م.

ج٣٠

ISBN 978-600-5570-74-8 .. (دوره)

ISBN 978-600-5570-99-1 .. (ج ٢٤)

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما.

کتابنامه.

مندرجات: ج. ١٧ - ٢٨. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. -

١. اسلام - مجموعهها. ٢. محقق حلي، جعفر بن حسن، ٦٠٢ - ٦٧٦ ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - نقد و

تفسير. ٣. فقه جعفری - قرن ٧ ق. ٤. محقق حلي، جعفر بن حسن، ٦٠٢ - ٦٧٦ ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام.

شرح. الف. پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. مركز احیاء آثار اسلامی. ب. عنوان.

دليل

موسوعة الشهيد الثاني

المدخل = الشهيد الثاني حياته وأثاره

الجزء الأول = (١) منية المريد

الجزء الثاني = (٢-٦) الرسائل ١/ : ٢. كشف الريبة ؛ ٣. التنبيهات العلية؛ ٤. مسكن الفؤاد؛
٥. البداية؛ ٦. الرعاية لحال البداية في علم الدراية.

الجزء الثالث = (٧- ٣٠) الرسائل ٢/ : ٧. تخفيف العباد في بيان أحوال الاجتهاد؛ ٨. تقليد الميت؛
٩. العدالة؛ ١٠. ماء البئر؛ ١١. تيقن الطهارة والحدث والشك في السابق منهما؛ ١٢. الحدث الأصغر
أثناء غسل الجنابة؛ ١٣. التية؛ ١٤. صلاة الجمعة؛ ١٥. الحث على صلاة الجمعة؛ ١٦. خصائص يوم
الجمعة؛ ١٧. نتائج الأفكار في بيان حكم المقيمين في الأسفار؛ ١٨. أقل ما يجب معرفته من أحكام
الحج والعمرة؛ ١٩. نيات الحج والعمرة؛ ٢٠. مناسك الحج والعمرة؛ ٢١. طلاق الغائب؛ ٢٢. ميراث
الزوجة؛ ٢٣. الحيوة؛ ٢٤. أجوبة مسائل شكر بن حمدان؛ ٢٥. أجوبة مسائل السيد ابن طراد
الحسيني؛ ٢٦. أجوبة مسائل زين الدين بن إدريس؛ ٢٧. أجوبة مسائل الشيخ حسين بن زعمة
المدني؛ ٢٨. أجوبة مسائل الشيخ أحمد المازحي؛ ٢٩. أجوبة مسائل السيد شرف الدين السماكي؛
٣٠. أجوبة المسائل النجفية.

الجزء الرابع = (٣١- ٤٣) الرسائل ٣/ : ٣١. تفسير آية البشملّة؛ ٣٢. الإسطنبوليّة في الواجبات
العينية؛ ٣٣. الاقتصاد والإرشاد إلى طريق الاجتهاد؛ ٣٤. وصية نافعة؛ ٣٥. شرح حديث «الدنيا
مزرعة الآخرة»؛ ٣٦. تحقيق الإجماع في زمن الغيبة؛ ٣٧. مخالفة الشيخ الطوسي (رحمه الله)
لإجماعات نفسه؛ ٣٨. ترجمة الشهيد بقلمه الشريف؛ ٣٩. حاشية «خلاصة الأقوال»؛ ٤٠. حاشية
«رجال ابن داود»؛ ٤١. الإجازات؛ ٤٢. الإنهاءات والبلاغات؛ ٤٣. الفوائد.

الجزء الخامس = (٤٤) تمهيد القواعد

الجزء السادس - الجزء التاسع = (٤٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية

الجزء العاشر والجزء الحادي عشر = (٤٦) روض الجنان في شرح إرشاد الأذهان

الجزء الثاني عشر = (٤٧ - ٤٩) المقاصد العلية وحاشيتا الألفية

الجزء الثالث عشر = (٥٠) الفوائد الملية

الجزء الرابع عشر = (٥١ و ٥٢) حاشية شرائع الإسلام وحاشية المختصر النافع

الجزء الخامس عشر = (٥٣) حاشية القواعد (فوائد القواعد)

الجزء السادس عشر = (٥٤) حاشية إرشاد الأذهان

الجزء السابع عشر - الجزء الثامن والعشرون = (٥٥) مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام

الجزء التاسع والعشرون = الفهارس

فهرس الموضوعات

كتاب الظهار

- ١٩..... تعريف الظهار
- ٢٠..... الأمر الأول في الصيغة
- ٣٠..... في شرائط وقوع الظهار
- ٤٢..... الأمر الثاني في المظاهر ومن يصحّ الظهار منه
- ٤٥..... الأمر الثالث في المظاهرة ومن يقع عليه الظهار
- ٥١..... الأمر الرابع في الأحكام
- ٥١..... الظهار محرّم
- ٥٢..... لا تجب الكفّارة بالتلفظ بل بالعود
- ٥٨..... إذا طلقها رجعيّاً ثمّ راجعها عاد حكم الظهار
- ٦١..... لو ظاهر من زوجته الأمة ثمّ ابتاعها
- ٦٢..... تعليق الظهار على مشيئة الغير
- ٦٣..... لو ظاهر من أربع بلفظ واحد
- ٦٨..... حكم الوطاء فيما إذا أطلق الظهار أو علّقه بشرط

- ٧٥ يحرم الوطء على المظاهر قبل التكفير
- ٧٨ إذا عجز المظاهر عن الكفارة
- ٨٢ المظاهرة تصبر أو ترفع أمرها إلى الحاكم

الكفارات

- ٨٥ المقصد الأول في ضبط الكفارات
- ٨٧ الكفارات المرتبة
- ٨٧ كفارة الظهار وقتل الخطأ
- ٨٨ كفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان
- ٩١ كفارة من أفطر في يوم من شهر رمضان
- ٩٤ كفارة خلف النذر وكفارة الحنث في العهد
- ١٠٠ وجوب كفارة الجمع في قتل المؤمن
- ١٠١ المقصد الثاني فيما اختلف فيه
- ١٠١ كفارة الحلف بالبراءة
- ١٠٣ كفارة جزّ المرأة شعرها في المصاب
- ١٠٤ كفارة نف المرأة شعرها في المصاب
- ١٠٥ كفارة وطء الحيض
- ١٠٧ كفارة الزواج بالمرأة في عدتها
- ١٠٩ كفارة من نام عن صلاة العشاء حتى جاوز نصف الليل
- ١١٠ كفارة من نذر صوم يوم فمجز عنه
- ١١٠ المقصد الثالث في خصال الكفارة
- ١١١ القول في العتق

- ١١٢..... الوصف الأول: الإيمان
- ١١٥..... أجزاء عتق الصغير والأخرس لو كانا مسلمين
- ١١٩..... الوصف الثاني: السلامة من العيوب
- ١٢١..... الوصف الثالث: أن يكون تامّ الملك
- ١٢٣..... يجرى الآبق والمستولدة
- ١٣٣..... شروط الإعناق
- ١٣٣..... الشرط الأول: النيّة معتبرة في الإعناق
- ١٤٥..... الشرط الثاني: تجريده عن العوض
- ١٤٨..... الشرط الثالث: أن لا يكون السبب محرّماً
- ١٤٩..... القول في الصيام
- ١٤٩..... حدّ العجز عن العتق وانتقال الفرض إلى الصوم
- ١٥٣..... يتحقّق التتابع في الشهرين
- ١٥٧..... لو عرض في أثناء الشهر الأوّل زمان لا يصحّ صومه
- ١٥٨..... القول في الإطعام
- ١٥٩..... قدر الطعام، عدد المصروف إليه وجنس الطعام
- ١٦٥..... هل يشترط الإيمان في المستحقّ للكفّارة؟
- ١٦٨..... كفّارة اليمين وتقدير الكسوة والإطعام
- ١٧٢..... المقصد الرابع في أحكام الكفّارات
- ١٧٢..... كيفيّة صيام الشهرين المتتابعين
- ١٧٦..... إذا عجز عن العتق فدخل في الصوم ثمّ وجد ما يعتق
- ١٧٩..... لا تصرف الكفّارة إلى من تجب نفقته على الدافع
- ١٨٣..... من وجب عليه صوم شهرين فعجز صام ثمانية عشر يوماً

كتاب الإيلاء

- ١٨٧..... الأمر الأوّل في الصيغة
- ١٩٣..... الأمر الثاني في المؤلي ومن يصحّ منه
- ١٩٥..... الأمر الثالث في المؤلي منها ومن يقع عليها
- ١٩٨..... الأمر الرابع في أحكام الإيلاء
- ١٩٨..... المدّة اللازمة لانعقاد الإيلاء
- ٢٠١..... مدّة التريّص أربعة أشهر
- ٢٠٥..... لو انقضت مدّة التريّص ووجد مانع من الجماع
- ٢٠٨..... إذا جمع بين الظهار والإيلاء
- ٢٠٩..... إذا وطئ في مدّة التريّص
- ٢١١..... إذا وطئ المؤلي ساهياً أو مجنوناً
- ٢١٨..... إذا كان تحت الرجل أربع فقال: والله لا وطئتكنّ
- ٢٢٠..... ولو قال: لا وطئت واحدة منكنّ، أولاً وطئت كلّ واحدة منكنّ
- ٢٢٤..... هل يتكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين؟

كتاب اللعان

- ٢٢٧..... تعريف اللعان
- ٢٢٧..... النظر الأوّل في أركانه
- ٢٢٧..... الركن الأوّل في سبب اللعان
- ٢٢٩..... السبب الأوّل: القذف
- ٢٢٩..... شروط تحقّق اللعان بالقذف

- ٢٣٢ لو قذها بزنى أضافه إلى ما قبل النكاح.
- ٢٣٧ السبب الثاني: إنكار الولد.
- ٢٣٧ شروط تحقق اللعان بإنكار الولد.
- ٢٣٩ شروط إلحاق الولد بالأب.
- ٢٤١ هل يلحق ولد الخصىّ المحبوب؟
- ٢٤٢ إذا أتت امرأته بولدٍ وأراد نفيه.
- ٢٤٥ إذا طلق الرجل وأنكر الدخول.
- ٢٤٦ لو قذف امرأته ونفى الولد وأقام بيّنةً.
- ٢٤٨ الركن الثاني في الملاعن.
- ٢٤٨ شروط الملاعن.
- ٢٥٠ يصح لعان الأخرس.
- ٢٥٦ الركن الثالث في الملاعنة.
- ٢٥٦ من شروط الملاعنة السلامة من الصمم والأخرس.
- ٢٥٨ يشترط أن تكون منكوحة بالعقد الدائم.
- ٢٦١ يثبت اللعان بين الحرّ والمملوكة.
- ٢٦٣ يصح لعان الحامل.
- ٢٦٥ هل تصير الأمة بالوطء فراشاً؟
- ٢٦٨ أحكام تترتب على كون الموطوءة فراشاً.
- ٢٧٣ الركن الرابع في كيفية اللعان.
- ٢٧٤ صورة اللعان.
- ٢٧٥ الواجب في اللعان.
- ٢٧٨ المندوب في اللعان.

- ٢٧٩ تغليظ اللعان بالقول والمكان والزمان
- ٢٨١ هل اللعان هو أيمان أو شهادات؟
- ٢٨٤ النظر في الأحكام
- ٢٨٥ الأحكام التي يتعلّق بلعانها معاً
- ٢٨٦ لو أكذب الزوج نفسه في أثناء اللعان ... أو نكلت الزوجة
- ٢٨٧ لو أكذب نفسه بعد اللعان، وهل يثبت عليه الحدّ بذلك؟
- ٢٩٠ إذا ادّعت الزوجة القذف فأنكر الزوج
- ٢٩١ إذا قذف زوجته بالزنى برجل معيّن
- ٢٩٤ إذا قذف زوجته فماتت قبل اللعان
- ٢٩٦ إذا قذفها ولم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها
- ٢٩٩ إذا شهد على المرأة بالزنى أربعة رجال أحدهم الزوج

كتاب العتق

- ٣٠٣ فضيلة العتق
- ٣٠٧ من يجوز استرقاقه
- ٣٠٩ أسباب إزالة الرقّ:
- ٣٠٩ العتق بالمباشرة
- ٣٠٩ صيغة العتق
- ٣١٥ هل يشترط تعيين المعتق؟
- ٣١٨ شروط المعتق
- ٣٢١ شروط المعتق
- ٣٢٣ عتق ولد الزنى

- ٣٢٦..... لو شرط على المعتق شرطاً في نفس العتق
- ٣٣١..... لو نذر أعتق أول مملوك يملكه فملك جماعة
- ٣٣٣..... لو نذر تحرير أول ما تلده فولدت توأمين
- ٣٣٤..... لو كان له ممالك فأعتق بعضهم
- ٣٣٩..... لو نذر عتق كلِّ عبدٍ قديم
- ٣٤١..... مال العبد المعتق لمن؟
- ٣٤٣..... إذا عتق ثلث عبيده
- ٣٤٨..... إذا عتق مملوكه عن غيره
- ٣٥١..... العتق في مرض الموت
- ٣٥٣..... العتق بالسراية
- ٣٥٣..... شروط العتق بالسراية
- ٣٥٨..... وقت انعقاد نصيب الشريك مع اجتماع شروط السراية
- ٣٦٥..... لو أوصى بعتق بعض عبده وليس له غيره
- ٣٦٩..... إذا ادعى كلُّ واحد من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه
- ٣٧٢..... العتق بالملك
- ٣٧٧..... متى يتحقق الانعقاد بالملك؟
- ٣٧٨..... إذا أوصى لصبيٍّ أو مجنون بمن ينعق عليه
- ٣٨٠..... العتق بالموارض
- ٣٨٠..... انعقاد العبد بالعمى والجذام وغيرهما
- ٣٨١..... هل ينعق من مثَّل به مولاه؟

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء

- ٣٨٥ هل يصح تعليق التدبير على وفاة غير المولى؟
- ٣٨٩ المقصد الأول في العبارة وما يحصل به التدبير.
- ٣٨٩ أقسام التدبير.
- ٣٩٣ يشترط في صيغة التدبير النيّة وتجريدها عن الشرط والصفة.
- ٣٩٩ المقصد الثاني في المباشر.
- ٣٩٩ شروط المدبّر.
- ٤٠٤ المقصد الثالث في الأحكام.
- ٤٠٤ التدبير بصفة الوصيّة.
- ٤٠٨ إنكار المولى للتدبير ليس رجوعاً.
- ٤٠٩ المدبّر ينعق بموت مولاه من الثلث.
- ٤١٢ مسائل من تدبير بعض العبد وتقويم حصّة الشريك.
- ٤١٣ إذا أبق المدبّر بطل تدبيره.
- ٤١٥ لا يبطل تدبير المملوك لو ارتدّ.
- ٤١٥ ما يكتسبه المدبّر لمولاه.
- ٤١٧ إذا جُنّي على المدبّر بما دون النفس.
- ٤١٧ إذا جُنّي المدبّر.
- ٤٢٠ المال الذي يستفيده المدبّر بعد موت مولاه لمن؟
- ٤٢٧ المكاتبية.
- ٤٢٧ تعريف المكاتبية.
- ٤٢٨ الكتابة مستحبّة مع الأمانة والاكْتساب.
- ٤٣٠ بيان الفرق بين الكتابة والبيع.

| | |
|-----|--|
| ٤٣٤ | صيفة الكتابة..... |
| ٤٣٦ | الكتابة قسمان: مشروطة ومطلقة..... |
| ٤٣٧ | حدّ العجز عن مال الكتابة..... |
| ٤٤٢ | الكتابة عقد لازم..... |
| ٤٤٦ | شروط المكاتب..... |
| ٤٤٩ | شروط المكاتب..... |
| ٤٥١ | هل يشترط الأجل في الكتابة؟..... |
| ٤٥٤ | شروط عوض الكتابة..... |
| ٤٥٧ | إذا جمع بين كتابة وبيع أو إجارة..... |
| ٤٥٩ | لو كاتب ثلاثة أعبد في عقد واحد..... |
| ٤٦٤ | أحكام المكاتب..... |
| ٤٩٣ | اللواحق..... |
| ٤٩٣ | المقصد الأول في لواحق تصرفات المكاتب، وفيه مسائل..... |
| ٤٩٨ | المقصد الثاني في جناية المكاتب والجناية عليه..... |
| ٥٠٦ | المقصد الثالث في أحكام المكاتب في الوصايا، وفيه مسائل..... |
| ٥١٩ | الاستيلاء..... |
| ٥١٩ | الأمر الأول في كيفية الاستيلاء..... |
| ٥٢٢ | الأمر الثاني في الأحكام المتعلقة بأُمّ ولد..... |

كتاب الإقرار

| | |
|-----|-----------------------------------|
| ٥٢٧ | النظر الأول في الصيغة..... |
| ٥٢٨ | المقصد الأول: الصيغة الصريحة..... |

- ٥٢٩ يصح الإقرار بغير العريبة
- ٥٣٢ ألفاظ الإقرار محمولة على المتفاهم عرفاً
- ٥٣٩ إذا أقرّ لميت بمال وادّعى انحصار وارثه
- ٥٤١ إذا أقرّ بمالٍ معلقاً على الأجل
- ٥٤٥ المقصد الثاني في المبهمه
- ٥٤٥ إذا قال: له عليّ مال
- ٥٤٧ إذا قال: له عليّ شيء
- ٥٤٨ لو قال: له عليّ مال عظيم ونحوه
- ٥٥٥ إذا أقرّ بأعداد مختلفة وأتى فيها بمميّز
- ٥٥٨ إذا قال: له عليّ كذا، أو كذا وكذا
- ٥٦٢ الإقرار للمجهول
- ٥٦٣ الإقرار بالمجهول
- ٥٦٤ إذا أقرّ بمال ثمّ دفع وقال هذه كانت وديعة
- ٥٦٧ إذا قال: له في هذه الدار مائة
- ٥٦٩ إذا قال: له في ميراث أبي مائة
- ٥٧١ المقصد الثالث في الإقرار المستفاد من الجواب
- ٥٧٦ المقصد الرابع في صبح الاستثناء
- ٥٧٦ قواعد الاستثناء
- ٥٧٦ الأولى: الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات
- ٥٧٧ الثانية: الاستثناء من الجنس جائز
- ٥٧٨ الثالثة: يكفي في صحّة الاستثناء بقاء بقية بعده
- ٥٧٨ التفريع على القاعدة الأولى

| | |
|-----|--|
| ٥٨٧ | التفريع على القاعدة الثانية |
| ٥٩١ | التفريع على القاعدة الثالثة |
| ٥٩٤ | النظر الثاني في المقرّ |
| ٥٩٤ | شروط المقرّ |
| ٥٩٤ | إقرار المجنون والمكرّه والسكران والمحجور عليه للسفه |
| ٥٩٦ | إقرار المملوك |
| ٥٩٨ | إقرار المفلس |
| ٥٩٨ | إقرار المريض بالوصيّة |
| ٦٠٢ | إقرار الصبيّ بالبلوغ |
| ٦٠٥ | النظر الثالث في المقرّ له |
| ٦٠٥ | شروط المقرّ له |
| ٦٠٦ | الإقرار للحمل |
| ٦١٢ | النظر الرابع في اللواحق |
| ٦١٢ | المقصد الأوّل في تعقيب الإقرار بالإقرار |
| ٦١٢ | إذا قال: هذه لفلان بل لفلان، أو قال غضبتها من فلان بل فلان |
| ٦١٥ | لو أقرّ بعبد لإنسان فأنكر المقرّ له |
| ٦١٦ | لو أقرّ أنّ المولى أعتق عبده ثمّ اشتراه |
| ٦٢٠ | المقصد الثاني في تعقيب الإقرار بما يقتضي ظاهره الإبطال |
| ٦٢٥ | المقصد الثالث في الإقرار بالنسب |
| ٦٢٥ | شروط الإقرار بنسب الولد |
| ٦٢٨ | إذا أقرّ بغير الولد للصلب |
| ٦٢٩ | إذا أقرّ ولد الميّت بولد له آخر فأقرّا بثالث |

- ٦٣١ إذا كان للميت إخوة وزوجة فأقرت له بولد
- ٦٣٢ إذا مات صبي مجهول النسب فأقر إنسان بينوته
- ٦٣٦ لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين عدلين
- ٦٣٧ لو شهد الأخوان بابن للميت
- ٦٣٨ لو أقر بوارث أولى منه ثم بآخر أولى منهما
- ٦٤٠ لو أقر بزوج للميت ولها ولد
- ٦٤٢ إن أقر بزوجة ثانية، أو ثالثة أو رابعة

كتاب الظهار

والنظر فيه يستدعي بيان أمور خمسة:

كتاب الظهار

الظهار مأخوذ من الظهر؛ لأن صورته الأصلية أن يقول الرجل لزوجته: «أنت عليّ كظهر أمي» وخصّ الظهر؛ لأنه موضع الركوب، والمرأة مركوب الزوج. وكان طلاقاً في الجاهلية - كالإيلاء - فغير الشرع حكمه إلى تحريمها بذلك ولزوم الكفارة بالعود كما سيأتي^١.
وحقيقته الشرعية: تشبيه الزوج زوجته - ولو مطلقة رجعية في العدة - بمحرمة نسباً أو رضاعاً، قيل: أو مصاهرة^٢ على ما سيأتي من الخلاف فيه^٣.

والأصل فيه قبل الإجماع آية ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَابِهِمْ﴾^٤. وروي أن أول من ظاهر في الإسلام أوس بن الصامت من زوجته خولة بنت ثعلبة على اختلاف في اسمها ونسبها، فأنت رسول الله ﷺ فاشتكت منه فأنزل الله تعالى قوله: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ﴾ الآيات^٥.

١. يأتي في ص ٥٢.

٢. قاله العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٠٥، المسألة ٦١.

٣. يأتي في ص ٢٨.

٤. المجادلة (٥٨): ٣.

٥. الفقيه، ج ٣، ص ٥٢٦ - ٥٢٧، ح ٤٨٣٢؛ أسباب النزول، الواحدي، ص ٢٢٧ - ٢٢٨، ذيل الآية؛ والآيات في

سورة المجادلة (٥٨): ١ - ٤.

[الأمر] الأوّل في الصيغة

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

ولو شبّتها بظهر إحدى المحرّمات نسباً أو رضاعاً - كالأمّ أو الأخت - فيه روايتان أشهرهما الوقوع.

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

موضع الوفاق ومورد النصّ من صيغ الظهار قوله: «أنت عليّ كظهر أمّي»^١، وفي معناها «هذه»، وما شاكلها من الألفاظ الدالّة على تمييزها عن غيرها، ك«فلانة» باسمها ولقبها، ونحو ذلك. وفي معنى «عليّ» غيرها من ألفاظ الصلّات ك«منّي»، و«عندي»، و«لديّ». وكذا لو ترك الصلّة فقال: «أنت كظهر أمّي»، كما لو قال: «أنت طالق»، ولم يقل: «منّي».

وقد يفرّق بينه وبين الطلاق؛ إذ يحتمل صيغة الظهار مجردة عن الصلّة كونها محرّمة على غيره حرمة ظهر أمّه عليه، بخلاف الطلاق، فإنّه للإطلاق، وهي في حبسه دون حبس غيره. لكنّ الأشهر عدم الفرق. وفي التحرير استشكل الوقوع مع حذف الصلّة^٢. ووجهه ما ذكرناه.

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

١. الكافي، ج ٦، ص ١٥٢ - ١٥٥، باب الظهار، ح ١ و ٣ و ٤ و ١٠؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٢٦، ح ٤٨٣٢.

٢. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ١٠٢، الرقم ٥٤٦٦.

نسباً أو رضاعاً، كالأُمّ من الرضاع والأخت منهما والعمّة والخالة وبننت الأخ وبننت الأخت منهما. وفي وقوعه بذلك قولان:

أحدهما - وهو الأشهر - الوقوع^١: لاشتراك الجميع في تحريم الظهر كالأُمّ. ولصحيحة زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهار فقال: «هو عن كلّ ذي محرّم، أمّ أو أخت أو عمّة أو خالة، ولا يكون الظهار في يمين»، قلت: كيف؟ قال: «يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع: أنت عليّ حرام مثل ظهر أُمّي أو أختي، وهو يريد بذلك الظهار»^٢.
وحسنة^٣ جميل بن درّاج قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يقول لامرأته أنت عليّ كظهر عمّته أو خالته، قال: «هو الظهار»^٤.

ويدلّ على تناوله للمحرّمات من الرضاع قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^٥. مضافاً إلى عموم قوله عليه السلام: «هو من كلّ ذي محرّم»، ولاشتراك الجميع في المنكر وقول الزور، ولأنّ حرمة الرضاع كحرمة النسب، ولذلك يُسوّى بينهما في جواز الخلوة بها. والثاني: لا يقع بغير الأُمّ مطلقاً. وهو قول الشيخ في الخلاف^٧ وابن إدريس^٨: عملاً

١. وهو قول ابن الجنيّد على ما حكاه عنه العلامة واختاره أيضاً في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٠٥، المسألة ٦١: وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٣٤.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٥٣ - ١٥٤، باب الظهار، ح ٣؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٢٦، ح ٤٨٣١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩، ح ٢٦.

٣. في حاشية «خ» و«و»: «وجه حسنهما أنّ في طريقها إبراهيم بن هاشم، وقد وصفها بالصحة جماعة منهم العلامة في المختلف، وولده في الشرح، ولعله بغير ما وجدته من الطريق. (م ب مجلسي قدّس سرّه)». راجع مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٠١، المسألة ٥٩؛ وإيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٠٩.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٥٥، باب الظهار، ح ١٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩، ح ٢٨.

٥. الكافي، ج ٥، ص ٤٤٢، باب صفة لبن الفحل، ح ٩؛ الفقيه، ج ٣، ص ٤٧٥، ح ٤٦٦٨.

٦. أي قول أبي جعفر عليه السلام الذي تقدّم قبيل هذا.

٧. الخلاف، ج ٤، ص ٥٣٠ - ٥٣١، المسألة ١٠. ولكن يظهر منه التوقّف حيث ذكر قولين ولم يرجّح أحدهما.

٨. السرائر، ج ٢، ص ٧٠٨ - ٧٠٩.

بظاهر الآية^١، وصحيحة سيف التمار عن الصادق عليه السلام، قال، قلت له: الرجل يقول لامرأته: أنت عليّ كظهر أختي أو عمّتي أو خالتي، فقال: «إنما ذكر الله تعالى الأمّهات، وإنّ هذا لحرام»^٢. وقوله عليه السلام: «إنما ذكر الله تعالى الأمّهات» يشعر أنّ الظهار لا يكون إلّا بالأمّهات؛ لأنّه حصر المذكورات في الظهار بالأمّهات. وللأصل، وضعف التشبيه؛ لأنّ الرضاع مكتسب فلا يساوي النسب في القوة؛ ولذلك لا يتعلّق به النفقة والميراث والولاية.

وجوابه: أنّ تخصيص الأمّ بالذكر في الآية لا ينفي غيرها، كما لا يدلّ على ثبوته، ونحن نشبّه بالأخبار الصحيحة^٣ لا بالآية^٤. وعدم ذكر غير الأمّهات المحتجّ به في رواية سيف لا يدلّ على نفيه أيضاً، مع أنّه أجاب بالتحريم، ولعلّ السائل استفاد مقصوده منه؛ إذ ليس في السؤال ما يدلّ على موضع حاجته.

وأما ما قيل من أنّ الظهار سببه التشبيه بالنسب لا نفس النسب، فلا يلزم من كون التشبيه بالنسب سبباً في التحريم كون التشبيه بالرضاع سبباً فيه^٥، فلا دلالة في قوله عليه السلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^٦ عليه.

ففيه: أنّ «من» في الخبر إمّا تعليليّة مثلها^٧ في قوله تعالى: «مِمَّا خَطَبْتَهُمْ أُغْرُقُوا»^٨ أو بمعنى «الباء» كما في قوله تعالى: «يَنْظُرُونَ مِنْ طَرْفٍ خَفِيٍّ»^٩. والتقدير يحرم لأجل

١. المجادلة (٥٨): ٢.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٥٧، باب الظهار، ح ١٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠، ح ٣٠.

٣. تقدّم تخريج بعض هذه الأخبار في ص ٢١، الهامش ٢.

٤. المجادلة (٥٨): ٢.

٥. قاله فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٠٩.

٦. تقدّم تخريجه في ص ٢١، الهامش ٥.

٧. هكذا في النسخ، ولعلّ الصحيح: «مثلما» بدل «مثلها».

٨. نوح (٧١): ٢٥.

٩. الشورى (٤٢): ٤٥.

الرضاع أو بسببه ما يحرم لأجل النسب أو بسببه، وكلاهما مفيد للمطلوب؛ لأنَّ التحريم في الظهار بسبب النسب ثابت في الجملة إجماعاً، فيثبت بسبب الرضاع لذلك^١.
ثمَّ اعرف أشياء:

الأول: التشبيه بالجدَّة للأب أو للأُمِّ محرَّم إن قلنا بتحريمه بجميع المحرَّمات نسباً، وإن قصرناه على الأُمِّ ففي تعدّيه إلى الجدَّة مطلقاً وجهان، من أنها أُمٌّ ومن ثمَّ حرَّمت بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾^٢، والأصل في الاستعمال الحقيقية، ولأنَّ الجدَّات لأبٍ أمَّهاتٌ ولدته، ويشاركن الأُمِّ في حصول العتق وسقوط القصاص ولزوم النفقة، ومن جواز سلبها عنها فيقال: ليست أُمِّي بل أُمُّ أبي وأُمُّ أُمِّي، ولقوله تعالى: ﴿إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ﴾^٣، وهي مفيدة للحصر، ولكن قد يُدعى في هذه كونها ولدته ولو بواسطة. وعلى ما اخترناه من تعدّي التحريم إلى غير الأُمِّ يتعدّى إلى الجدَّة بطريق أولى، وإنَّما تظهر فائدة الخلاف على القول بعدم التعدّي^٤.

الثاني: ظاهر القائلين بالتعدّي إلى المحرَّمات بالرضاع عدم الفرق بين من لم تزل محرَّمة بالرضاع، كجدَّة الرضاع التي أرضعت أباه وأُمّه وأخته من الرضاع المولودة بعد أن ارتضع، وبين من كانت تحلَّ له ثمَّ حرمت عليه، كالتي أرضعته فصارَتْ أُمًّا وكأُمِّها وبناتها المولودة قبل أن ارتضع، فالتشبيه بالجميع يفيد التحريم؛ لعموم الأدلَّة، وإن كان القسم الأول أقوى تحريماً من الثاني.
وربما فرَّق بين الأمرين وخصَّ التحريم بالقسم الأول، وعموم الأدلَّة يدفعه.

الثالث: قد يفهم من قول المصنّف «ولو شبَّهها بظهر إحدى المحرَّمات نسباً أو رضاعاً فيه روايتان» أن في التعدّي عن الأُمِّ قولين: أحدهما: قصره على الأُمِّ مطلقاً^٥، والثاني: تعدّيه

١. في بعض النسخ: «كذلك» بدل «لذلك».

٢. النساء (٤): ٢٣.

٣. المجادلة (٥٨): ٢.

٤ و ٥. أي قول الشيخ وابن إدريس المتقدِّم في ص ٢١ - ٢٢.

● ولو شبهها بيد أمه أو شعرها أو بطنها، قيل: لا يقع؛ اقتصاراً على منطوق الآية. وبالوقوع رواية فيها ضعف. أمّا لو شبهها بغير أمه بما عدا لفظة الظهر لم يقع قطعاً. ولو قال: «أنت كأُمِّي»، أو «مثل أُمِّي»، قيل: يقع إن قصد به الظهار. وفيه إشكال، منشؤه اختصاص الظهار بمورد الشرع، والتمسك في الحل بمقتضى العقد.

إلى المحرّمات بالنسب والرضاع مطلقاً^١. وليس كذلك، بل الخلاف واقع في التعدي إلى باقي المحرّمات نسباً مع القول بعدم التعدي إلى المحرّمات بالرضاع. وفي التعدي من الأم إلى الأم من الرضاع وإن لم يتعد إلى المحارم النسبية، وفي التعدي إلى المحرّمات بالرضاع على تقدير القول بثبوته في محرّمات النسب. وتلخيص الخلاف في ذلك أنه يقع في مواضع:

الأول: اقتصار الظهار على التشبيه بالأم النسبية.

الثاني: تعديّه إلى الأم من الرضاع لا غير.

الثالث: إلحاق الجدّات بها لا غير.

الرابع: إلحاق محارم النسب بها لا غير.

الخامس: إلحاق محارم الرضاع بهنّ.

السادس: إلحاق محارم المصاهرة أيضاً وسيأتي^٢.

قوله: «ولو شبهها بيد أمه أو شعرها أو بطنها - إلى قوله - لم يقع قطعاً».

اعلم أنّ النسبة الواقعة بين الزوجة والأمّ أو ما في حكمها من المحارم بالتشبيه إمّا أن يكون بين جملة المشبّه وجملة المشبّه به، أو بين الجملة وغيره من الأجزاء، أو بين الجملة والجملة، أو بين أجزاء المشبّه وجملة المشبّه به، أو بينه وبين ظهره، أو بينه وبين غيره من أجزائه. وعلى جميع التقادير، إمّا أن يكون المشبّه به الأمّ، أو غيرها من المحارم. فالأقسام

١. أي قول ابن الجنيد وابن حمزة والعلامة المتقدم في ص ٢١.

٢. يأتي في ص ٢٨.

اثنا عشر، ذكر المصنّف بعضها، ونحن نشير إلى حكم الجميع:
الأول: أن يقع التشبيه بين جملة الزوجة وظهر الأمّ، كقوله: «أنت عليّ كظهر أمّي». وهذا هو الظهار المدلول عليه بالنصّ^١ والإجماع، وهو الأصل في مشروعية هذا الحكم. وقد تقدّم ما يدلّ عليه من الكتاب^٢ والسنة^٣.

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

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

أحدهما: الوقوع. ذهب إليه الشيخ في كتبه الثلاثة، بل ادّعى عليه في الخلاف الإجماع^٤، وتبعه عليه القاضي^٥، وابن حمزة^٦، وقبله الصدوق في الممتع^٧؛ استناداً - مع شبهة دعوى الإجماع - إلى رواية سدير عن الصادق عليه السلام قال، قلت له: الرجل يقول لامرأته: أنت عليّ كسعر أمّي أو ككفّها أو كبطنها أو كرجلها، قال: «ما عنى به إن أراد به الظهار فهو الظهار»^٨.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٥٢ - ١٥٥، باب الظهار، ح ١ و ٣ و ٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٢٦ - ٥٢٧، ح ٤٨٣٢.

٢. المجادلة (٥٨): ٣.

٣. تقدّم تخريجها في الهامش ١.

٤. النهاية، ص ٥٢٦؛ المبسوط، ج ٤، ص ١٧٠؛ الخلاف، ج ٤، ص ٥٣٠، المسألة ٩.

٥. المهذب، ج ٢، ص ٢٩٨.

٦. الوسيلة، ص ٣٣٤.

٧. لم نثر عليه في الممتع، ونسبه إليه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٠٠، المسألة ٥٩.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠، ح ٢٩.

الثاني - وهو الذي اختاره المرتضى وجعله في الانتصار ممّا انفردت به الإمامية^١، وتبعه عليه المتأخرون - عدم الوقوع؛ لأصالة الإباحة إلا ما خرج عنها بدليل أو إجماع - وهو الظهر - فيبقى الباقي على الأصل، ولأنّ الظهر مشتقّ من الظهر، فإذا علّق بغيره بطل الاسم المشتقّ منه.

ولصحيحة زارة السابقة لما سأل الباقر عليه السلام عن كيفيته قال: «يقول: أنت عليّ حرام مثل ظهر أمي»^٢. ومثلها رواية جميل عن الصادق عليه السلام - وقد قال له: الرجل يقول لامرأته: أنت عليّ كظهر عمّته أو خالته - قال: «هو الظهار»^٣. وهو يعطي المساواة، وكذا الجواب الأوّل بعد السؤال يعطي أنّ المعنى ذلك لا غير، ولأنّ اللفظ الصريح الظهار المشتقّ من الظهر، وصدق المشتقّ يستدعي صدق المشتقّ منه. وهذا هو الأقوى.

والجواب عن حجة الشيخ بمنع الإجماع في موضع النزاع، والعجب في معارضته لدعوى المرتضى ذلك، ما هذه إلا مجازفة في الإجماع كما اتفق ذلك لهما كثيراً. وأما الخبر فهو صريح في المطلوب لكنّه ضعيف السند بجماعة، وهم سهل بن زياد عن غياث بن إبراهيم، عن محمّد بن سليمان، عن أبيه، عن سدير. وسهل ضعيف غال^٤، وغياث بتري^٥، ومحمّد بن سليمان ضعيف أو مشترك بينه وبين الثقة^٦، فيسقط اعتباره، وكذلك أبوه^٧، وحال سدير إلى الضعف أقرب منها إلى غيره^٨، فسقط اعتبار الخبر.

١. الانتصار، ص ٣٢٢، المسألة ١٨٠.

٢. سبق تخريجها في ص ٢٦، الهامش ٢.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٥٥، باب الظهار، ح ١٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩، ح ٢٨.

٤. رجال النجاشي، ص ١٨٥، الرقم ٤٩٠.

٥. رجال الطوسي، ص ١٤٢، الرقم ١٥٤٢.

٦. رجال النجاشي، ص ٣٤٧، الرقم ٩٣٧، وص ٣٦٥، الرقم ٩٨٧، وص ٣٦٧، الرقم ٩٩٤.

٧. رجال النجاشي، ص ١٨٢، الرقم ٤٨٢.

٨. خلاصة الأقوال، ص ١٦٥، الرقم ٤٧٩، وفيه: وقال السيّد عليّ بن أحمد العقيقي... كان اسمه سلمة، كان مخلطاً.

الثالث: أن يشبهه الجملة بالجملة، كقوله: «أنت عليّ كأُمِّي»، أو «بدنك أو جسمك عليّ كبدن أُمِّي أو جسمها»، ونحو ذلك. وفي وقوعه به قولان مبيّنان على السابق، فالشيخ حكم بوقوعه^١؛ لأنّ صحته مع تشبيهه بتلك الأجزاء يستلزم صحته مع تشبيهها بنفسها بطريق أولى؛ لاشتمالها على تلك الأجزاء وزيادة، ولاشتمال جملتها على ظهرها الذي هو مورد النصّ^٢، فيدلّ عليه تضمناً.

وجوابه: منع الأصل والأولوية، فإنّ الأسباب الشرعيّة لا تقاس. ويمنع من دخول الظاهر في ضمن قوله «أنت» وجاز أن يكون لتخصيصه فائدة باعثة على الحكم. وذهب الأكثر إلى عدم الوقوع بذلك؛ لفوات الشرط وهو التشبيه بالظهر، كما قد علم من السابق. ومحلّ الخلاف ما إذا لم يقصد بذلك التشبيه بها في الكرامة والتعظيم، وإلا لم يقع قولاً واحداً؛ لأنّ هذا اللفظ كناية فلا بدّ فيها من القصد إلى المراد.

الرابع: أن يشبهه بعض أجزاء الزوجة بجملة الأمّ، كقوله: «يدك أو رأسك أو فرجك عليّ كأُمِّي». وفيه القولان السابقان، فالشيخ صحّحه^٣؛ لأنّه مركّب من أمرين صحيحين، وهما تشبيه الجزء والتشبيه بالجزء. وكلاهما ممنوع. وقد تقدّم ما يدلّ عليه.

الخامس: أن يشبهه جزء الزوجة بظهر الأمّ، كقوله: «يدك أو فرجك كظهر أُمِّي». وهو صحيح أيضاً عند الشيخ^٤ بطريق أولى. والأصحّ العدم؛ لما ذكرناه في الثاني من الأصل والدليل.

السادس: أن يشبهه الجزء بالجزء، كقوله: «يدك عليّ كيد أُمِّي». وصحّحه الشيخ أيضاً مع قصد الظهار^٥. ودليله مركّب من السابق. والأصحّ عدم الوقوع.

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

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٧٠.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٥٢-١٥٥، باب الظهار، ح ١ و ٣ و ٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٢٦، ح ٤٨٣٢.

٣-٥. المبسوط، ج ٤، ص ١٧٠.

● ولو شَبَّهها بمحرّمة بالمصاهرة تحريماً مؤبداً كأُمّ الزوجة، وبنت زوجته المدخول بها، وزوجة الأب والابن، لم يقع به الظهار. وكذا لو شَبَّهها بأخت الزوجة أو عمّتها أو خالتها.

والظهر مشبهاً به فقد تقدّم حكمه^١ وأن الأقوى صحته. وإن وقع بينها وبين جزء من المحارم غير الظهر فقد قال المصنّف: «إنه لا يقع قطعاً» وهو يؤذن بعدم الخلاف وقال في المختلف: إن بعض علمائنا قال بوقوعه، وآخرين بعدمه^٢. وكذا نقل الخلاف ابن إدريس^٣، وإن كان الأصحّ عدم الوقوع. والتقريب ما تقدّم.

وإن وقع بين الجملة والجملة بغير لفظ الظهر فالقولان^٤، وأولى بالوقوع هنا منه في السابق. والأصحّ العدم. وكذا في باقي الصور بطريق أولى.

واعلم أنّ هذه الأقسام الاثني عشر تتركّب مع كلّ واحدة من تلك الصور الستّ السابقة، وتتشعب منها صور كثيرة لا تخفى مع حكمها عليك إذا لاحظت ما قرّره في الموضوعين.

قوله: «ولو شَبَّهها بمحرّمة بالمصاهرة تحريماً مؤبداً كأُمّ الزوجة» إلى آخره.

هذا هو المشهور بين الأصحاب؛ تمسكاً باستصحاب الحلّ في غير موضع النصّ والوافق، وقد دلّت الآية على حكم تشبيهاً بظهر الأُمّ^٥، والروايات على إلحاق المحرّمات من النسب والرضاع^٦، فيبقى الباقي على الأصل.

وذهب في المختلف إلى وقوعه إذا شَبَّهها بالمحرّمات على التأييد بالمصاهرة؛ محتجاً

١. تقدّم في ص ٢٠ وما بعدها.

٢. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٠٥، المسألة ٦٢.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٧٠٨-٧٠٩.

٤. فالقول بالوقوع للشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٧٠؛ والقول بعدمه للشيخ المرتضى في الانتصار، ص ٣٢٢، المسألة ١٨٠.

٥. المجادلة (٥٨): ٢.

٦. الكافي، ج ٥، ص ٤٤٢، باب صفة لبن الفحل، ح ٩؛ ج ٦، ص ١٥٣-١٥٥، باب الظهار، ح ٣ و ١٠؛ الفقيه،

ج ٣، ص ٤٧٥، ح ٤٦٦٨، و ص ٥٢٦، ح ٤٨٣١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩، ح ٢٦ و ٢٨.

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

بمشاركتها لمحرمات النسب والرضاع في العلة^١.

ولا يخفى قصور الدليل؛ لأنّ العلة المستنبطة لا تقتضي تعديّة الحكم عنده. نعم، يمكن الاحتجاج له بصحیحة زرارة السابقة عن الباقر عليه السلام وفيها: قال: «هو من كلّ ذي محرم»^٢ فتدخل المحرمات بالمصاهرة مؤبداً في العموم. ولا ينافيه قوله بعد ذلك في الرواية: «إمّا أختاً أو عمّة أو خالّة»؛ لأنّ تعداد الثلاثة للمثال لا للحصر؛ للإجماع على عدم انحصار ذي المحرم في الثلاثة، والتمثيل بذي المحرم النسبي لا يفيد الحصر فيه. وفي هذا القول قوّة. أمّا من لا تحرم مؤبداً - كأخت الزوجة و بنت غير المدخول بها ممّا تحرم جمعاً خاصّة - فحكمها حكم الأجنبية في جميع الأحكام؛ لأنّ تحريمها يزول بفراق الأمّ والأخت، كما يحرم جميع نساء العالم على المتزوج أربعاً، وتحلّ له كلّ واحدة ممّن ليست محرّمة بغير ذلك على وجه التخيير بفراق واحدة من الأربع. وأولى بعدم الوقوع تشبيهاً بعمّة الزوجة وخالتها؛ لأنّ تحريمها ليس مؤبداً عيناً ولا جمعاً مطلقاً، بل على وجه مخصوص كما لا يخفى.

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

هذا الحكم محلّ وفاق؛ استصحاباً للحلّ في غير موضع النصّ^٣. ولأنّ الرجل ليس محلّ الاستمتاع ولا في معرض الاستحلال. ونبه بذلك على خلاف بعض العامّة حيث حكم بوقوع الطهار بالتشبيه بمحارم الرجال^٤. وأمّا قول المرأة ذلك فلا يفيد التحريم، ولا يلزم به شيء إجماعاً، وإنّما الحكم مختصّ بالرجال كالطلاق.

١. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٠٥، المسألة ٦١.

٢. سبق تخريجها في ص ٢١، الهامش ٢.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٥٢ - ١٥٥، باب الطهار، ح ١ و ٣ و ٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٢٦، ح ٤٨٣٢.

٤. حلية العلماء، ج ٧، ص ١٦٦؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨، ص ٥٥٩، المسألة ٦١٦٦.

- ويشترط في وقوعه حضور عدلين يسمعان نطق المظاهر.
- ولو جعله يميناً لم يقع.

قوله: «ويشترط في وقوعه حضور عدلين يسمعان نطق المظاهر».

الظاهر من كلام الأصحاب الاتفاق على اشتراط سماع الشاهدين لصيغة الظهار كالطلاق. وهو في رواية حرمان - الحسنه - عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا يكون ظهار إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين»^١.

وأما اشتراط كونهما عدلين فلا دليل عليه إلا من عموم اشتراط العدالة في الشاهدين^٢. وفي إثبات الحكم هنا بمثل ذلك ما لا يخفى من الإشكال. وقد تقدّم في الطلاق رواية بالاجتزاء فيهما بالإسلام^٣ كما أطلق هنا.

قوله: «ولو جعله يميناً لم يقع».

المراد بجعله يميناً جعله جزاءً على فعل أو ترك؛ قصداً للزجر عنه أو البعث على الفعل، سواء تعلق به أو بها، كقوله: «إن كلمت فلاناً»، أو «إن تركت الصلاة، فأنت عليّ كظهر أمي» وهو مشارك للشرط في الصورة، ومفارق له في المعنى؛ لأن المراد من الشرط مجرد التعليق، وفي اليمين ما ذكرناه من الزجر أو البعث، والفارق بينهما القصد. وإنما لم يقع مع جعله يميناً؛ للنهي عن اليمين بغير الله^٤، ولأن الله تعالى جعل كفارته غير كفارة اليمين. وفي حسنة حرمان السابقة^٥ قال: «لا يكون ظهار في يمين».

١. الكافي، ج ٦، ص ١٥٣، باب الظهار، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠ - ١١، ح ٣٣.

٢. الطلاق (٦٥): ٢؛ وراجع وسائل الشيعه ج ٢٧، ص ٣٩١ - ٣٩٩، الباب ٤١ من كتاب الشهادات.

٣. الكافي، ج ٦، ص ٦٧ - ٦٨، باب تفسير طلاق السنّة والعدّة...، ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٤٩، ح ١٥٢. وقد تقدّم في ج ٧، ص ٢٩٤ - ٢٩٥.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٤٤١ - ٤٤٢، باب ما لا يلزم من الأيمان والنذور، ح ١٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ٣٦٤ - ٣٦٥.

٥. ح ٤٢٩٤ و ص ٣٧٢، ح ٤٣٠٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٠١ - ٣٠٢، ح ١١١٩، و ص ٣١٢ - ٣١٣، ح ١١٦٠. سبقت أنفاً.

● ولا يقع إلاّ منجزاً، فلو علّقه بانقضاء الشهر أو دخول الجمعة لم يقع على القول الأظهر. وقيل: يقع. وهو نادر.

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

وفي وقوعه موقوفاً على الشرط تردّد، أظهره الجواز.

قوله: «ولا يقع إلاّ منجزاً - إلى قوله - وهو نادر».

إذا علّق الظهار على شرط، كأن يقول: «إن دخلت الدار أو فعلت كذا فأنت عليّ كظهر أمي»، مريداً به مجرد التعليق، فهل يقع الظهار عند وجود الشرط أم لا؟ فيه قولان: أحدهما - وهو الذي اختاره المصنّف، وجعله قول الأكثر وما سواه نادراً^١ - العدم؛ لأصالة بقاء الحلّ، والشكّ في السبب، ولرواية القاسم بن محمّد الزيات أنّه قال للرضا عليه السلام: «إني قلت لامرأتي: أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا، فقال: «لا شيء عليك، ولا تعد»^٢. و«لا شيء» للعموم؛ لأنّه نكرة في سياق نفي، فيلزم منه نفي الكفارة اللازمة للظهار، ونفي اللازم يدلّ على نفي الملزوم. وفي معناها مرسلّة ابن بكير عن أبي الحسن عليه السلام^٣.

وروى ابن فضال مرسلأ عن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون الظهار إلاّ على مثل موضع الطلاق»^٤، والطلاق لا يقع معلقاً على الشرط كما تقدّم^٥ فكذا الظهار.

١. هذا سهو من قلمه الشريف. لعلّ منشأه نقص العبارة في النسخة التي شرح عبارتها، كما صرّح به صاحب الجواهر (قدّس سرّه) حيث قال: ومن الغريب ما وقع في المسالك في المقام وكان نسخته التي شرح عبارتها فيها سقط، كما لا يخفى على من لاحظ شرحه في المقام الذي قد جعل فيه الكلام في المسألة الثانية شرحاً للمسألة الأولى. وحكى عن المصنّف القول بالعدم وأنّه نسب القول بالجواز إلى الندرة، مع أنّ صريح كلامه الجواز بالتردد، وكذا كلامه في النافع. راجع جواهر الكلام، ج ٣٣، ص ١٠٩.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٥٨، باب الظهار، ح ٢٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٣، ح ٤٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٠-٢٦١، ح ٩٣٣.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٥٤، باب الظهار، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٣، ح ٤٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦١، ح ٩٣٤.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٥٤، باب الظهار، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٣، ح ٤٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦١، ح ٩٣٥.

٥. تقدّم في ج ٧، ص ٢٧٤ وما بعدها.

والقول بوقوعه معلقاً للشيخ^١ والصدوق وابن حمزة^٢، واختاره المصنّف في النافع^٣ والعلامة^٤ وأكثر المتأخّرين؛ لصحيفة حريز عن الصادق^٥ قال: «الظهار ظهاران، فأحدهما أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي ثم يسكت، فذلك الذي يكفّر قبل أن يواقع، فإذا قال: «أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا» ففعلت وجبت عليه الكفارة حين الحنث»^٥.

وصحيفة عبد الرحمن بن الحجّاج عنه^٦ قال: «الظهار على ضربين: أحدهما الكفارة فيه قبل الواقعة، والآخر بعده. والذي يكفّر قبل الشروع فهو الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي، ولا يقول: إن فعلت بك كذا وكذا. والذي يكفّر بعد الواقعة هو الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي إن قربتك»^٦.

ولعموم الآيات الدالّة على وقوع الظهار^٧ المتناولة لموضع النزاع. وعموم قوله^٨: «المؤمنون عند شروطهم»^٨.

ولموافقته للحكمة، فإنّ المرأة قد تخالف الرجل في بعض مقاصده فتفعل ما يكرهه، وتمتنع عمّا يرغب فيه، ويكره الرجل طلاقها من حيث يرجو موافقتها، فيحتاج إلى تعليق ما يكره بفعل ما تكرهه أو ترك ما تريده، فإنّما أن تمتنع وتفعل فيحصل غرضه، أو تخالف

١. النهاية، ص ٥٢٥: المبسوط، ج ٤، ص ١٧١: الخلاف، ج ٤، ص ٥٣٥-٥٣٦. المسألة ٢٠.

٢. المقنع، ص ٣٥٢: الوسيلة، ص ٣٣٤.

٣. المختصر النافع، ص ٣٢١.

٤. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٠٦، المسألة ٦٣: قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٧٢.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٢، ح ٣٩: الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥٩، ح ٩٢٩، وفيهما بتفاوت يسير.

٦. الكافي، ج ٦، ص ١٦٠، باب الظهار، ح ٣٢: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٢-١٣، ح ٤٠: الاستبصار، ج ٣،

ص ٢٦٠، ح ٩٣٠.

٧. المجادلة (٥٨): ٢ و ٣.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣: الاستبصار، ج ٣، ص ٢٢٢، ح ٨٣٥.

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

والجواب عن حجة المانع ضعف طرق رواياته وبعدها عن الدلالة، فإنَّ القاسم بن محمّد مشترك بين الثقة والضعيف^١، والأخيرتان مرسلتان، وفي طريقهما ابن فضال^٢ وابن بكير^٣، وحالهما معلوم. مع أنه لم يذكر في الخبر الأول أن الشرط المعلق عليه وجد، فجاز كون الحكم بعدم الكفارة لذلك. والأخير لا يدلّ على موضع النزاع. والظاهر أنه يريد بموقع الطلاق الشرائط المعتبرة فيه من الشاهدين وطهارتها من الحيض وانتقالها إلى غير طهر الموافقة ونحو ذلك. هذا إذا سلّم اشتراط تجريد الطلاق عن الشرط.

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

وربما قيل: إنَّ الخلاف مختصّ بالشرط؛ عملاً بمدلول الأحاديث^٤، فإنّ متعلّقها الشرط، فتبقى الصفة على أصل المنع. والأقوى جواز التعليق بالأمرين.

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

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

١. ليس له ذكر في كتب الرجال، كما في تنقيح المقال، ج ٢، ص ٢٥ (باب القاف).

٢. رجال النجاشي، ص ٣٤-٣٥، الرقم ٧٢؛ خلاصة الأفعال، ص ٩٨-٩٩، وفيها: كان الحسن بن علي بن فضال فطحياً.

٣. الفهرست، الشيخ الطوسي، ص ٣٠٤، الرقم ٤٦٤، وفيه: فطحي المذهب.

٤. راجع وسائل الشريعة، ج ٢٢، ص ٣٣٢-٣٣٦، الباب ١٦ من كتاب الظهار.

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

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

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

والحقّ أنّ مثل هذا لا يصلح لاختلاف الحكم، مع اشتراكهما في أصل التعليق، وعموم الأدلّة.

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

إذا وقت الظهار فقال: «أنت عليّ كظهر أمي يوماً أو شهراً» أو «إلى شهر أو سنة»، ففي صحته أقوال:

أجودها أنّه صحيح^١؛ لعموم الآية^٢، ولأنّه منكر من القول وزور كالظهار المطلق. وأيضاً فالمرويّ عن سلمة بن صخر الصحابي أنّه كان قد ظاهر من امرأته حتّى ينسلخ رمضان ثمّ وطئها في المدّة، فأمره النبيّ ﷺ بتحرير رقبة^٣.

والثاني: المنع^٤؛ لأنّه لم يؤيد التحريم، فأشبهه ما إذا شبّهها بامرأة لا تحرم عليه على

١. القول بالصحة لابن الجنيد على ما حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٣٢، المسألة ٨٦.

٢. المجادلة (٥٨): ٢.

٣. يأتي بتمامه مع تخريجه في ص ٣٦.

٤. قاله الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٧٩؛ والخلاف ج ٤، ص ٥٤٢، المسألة ٢٦؛ وابن البرّاج في المهذب، ج ٢،

التأييد. ولصحيحة سعيد الأعرج عن الكاظم عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته يوماً، قال: «ليس عليه شيء»^١.

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

وإلى هذا التفصيل ذهب في المختلف^٢. ولا بأس به، والرواية الصحيحة لا تنافي، وإن كان القول بالجواز مطلقاً لا يخلو من قوّة، وإلى ترجيحه أشار المصنّف بقوله «وهو تخصيص للعموم بالحكم المخصوص».

وبيانه أنّ الدليل من الآية عامٌّ للموقّت مطلقاً والمؤبّد، والحكم بالتربّص تلك المدّة على تقدير المرافعة لا يوجب تخصيص العامّ؛ لأنّ المرافعة حكم من أحكام الظهار، وهي غير لازمة، فجاز أن لا ترافعه، فيحتاج إلى معرفة حكمه على هذا التقدير، وجاز أن لا يعلمها بإيقاعه ويريد معرفة حكمه مع الله تعالى. والحكم بتربّصها تلك المدّة على تقدير المرافعة محمول على ما لو كان مؤبّداً أو موقّتا بزيادة عنها، فإذا قصرت كان حكمه تحريم العود إلى أن يكفّر من غير أن يتوقّف على المرافعة أو أن يفيدها فائدة.

وقوله في الخبر الصحيح «ليس عليه شيء» لا ينافي ذلك؛ لأنّا نقول: إنّ الظهار بمجردّه لا يوجب عليه شيئاً، وإنّما تجب الكفّارة بالعود قبل انقضاء المدّة، ولما كانت مدّة اليوم قصيرة فإذا صبر حتّى مضى ليس عليه شيء. وهو طريق للجمع بينه وبين عموم الآية^٣، وخصوص الرواية الواردة في صحّته مع توقّيته شهراً.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٤، ح ٤٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٢، ح ٩٣٦. وليس فيهما كلمة «يوماً».

٢. مختلف الشيعية، ج ٧، ص ٤٣٢، المسألة ٨٦. وقد ذكر العلامة هذا التفصيل احتمالاً في المسألة.

٣. المجادلة (٥٨): ٢.

وجملة الرواية عن سلمة بن صخر قال: كنت امرأةً أقدم أوتيت من جماع النساء ما لم يؤتَ غيري، فلما دخل رمضان ظهرت من امرأتي حتى ينسلخ رمضان، فرقاً من أن أصيب في ليلتي شيئاً فأتابع في ذلك إلى أن يدركني النهار ولا أقدر على أن أنزع. فبينما هي تخدمني من الليل إذ انكشف لي منها شيء فوثبت عليها، فلما أصبحت غدوت على قومي فأخبرتهم خبري، وقلت لهم: انطلقوا معي إلى رسول الله ﷺ فأخبروه بأمري. فقالوا: والله لا نفعل، نتخوف أن ينزل فينا قرآن، أو يقول فينا رسول الله ﷺ مقالةً يبقی علينا عارها، ولكن اذهب أنت واصنع ما بدا لك. فخرجت حتى أتيت النبي ﷺ فأخبرته خبري، فقال لي: «أنت بذاك؟» فقلت: أنا بذاك، فقال: «أنت بذاك؟» فقلت: أنا بذاك، فقال: «أنت بذاك؟» فقلت: نعم، ها أنا ذا فامض في حكم الله عز وجل، فأنا صابر له. قال: «أعتق رقبةً» فضربت صفحة رقبتي بيدي وقلت: لا والذي بعثك بالحق ما أصبحت أملك غيرها. قال: «فصم شهرين متتابعين». فقال، قلت: يا رسول الله وهل أصابني ما أصابني إلا في الصوم؟ قال: «فتصدق». قال، قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا وحشاً ما لنا عشاء. قال: «اذهب إلى صاحب صدقة بني زريق فقل له، فليدفعها إليك، فأطعم عنك وسقاً من تمر ستين مسكيناً، ثم استعن بسائرهم عليك وعلى عيالك». قال: فرجعت إلى قومي فقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة والبركة، وقد أمر لي بصدقتكم فادفعوها إلي، قال: فدفعوها إلي^١.

وفي رواية أخرى أن النبي ﷺ أعطاه مكتلاً فيه خمسة عشر صاعاً فقال: أطعمه ستين مسكيناً، وذلك لكل مسكين مد^٢.

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

١. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٤١، ح ١٥٢٨١؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٦٥، ح ٢٢١٣؛ سنن ابن ماجه،

ج ١، ص ٦٦٥، ح ٢٠٦٢.

٢. المصنّف، الصنعاني، ج ٦، ص ٤٣١، ح ١١٥٢٨؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٤٠، ح ١٥٢٧٨.

فروع:

● لو قال: «أنت طالق كظهر أُمِّي» وقع الطلاق ولغا الظهار، قصده أو لم يقصده.
وقال الشيخ: إن قصد الطلاق والظهار صحَّ إذا كانت الطلقة رجعيةً، فكأنَّه قال:
أنت طالق، أنت عليّ كظهر أُمِّي.
وفيه تردّد؛ لأنَّ النية لا تستقلّ بوقوع الظهار ما لم يكن اللفظ الصريح الذي
لا احتمال فيه.
وكذا لو قال: «أنت حرام كظهر أُمِّي».

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

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

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

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

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

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

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

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

أحدهما: وقوع الظهار أيضاً، وهو قول الشيخ (رحمه الله)؛^١ لأنّ كلمة الخطاب السابقة وإن صرفت أولاً إلى الطلاق لكنّها تعود إلى الظهار أيضاً مع النية، ويصير كأنّه قال: «أنت طالق أنت كظهر أُمّي».

والثاني - وهو الأشهر - عدم وقوع الظهار؛^٢ لأنّ اللفظ ليس صريحاً فيه بانقطاع الخطاب عنه. والنية غير كافية عندنا في وقوع ما ليس بصريح، وإنّما يتوجّه هذا عند من يعتدّ بالكنايات^٣ اعتماداً على النية. بل بعض من اعتدّ بالكناية^٤ ردّه هذا أيضاً، بناءً على ما ذكرناه من أنّنا إذا استعملنا قوله «أنت طالق» في إيقاع الطلاق لم يبق إلاّ قوله: «كظهر أُمّي» وأنّه لا يصلح كناية؛ إذ لا خطاب فيه.

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

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٧٢.

٢. ذهب إليه ابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٣٠٠؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤١٣، المسألة ٦٩.

٣. كالشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٧٢.

٤. كابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٢٩٨ و ٣٠٠.

بها عن أصلها خلاف الصريح. وليس هذا كتعدّد الخبر على المبتدئ الواحد؛ لأنّ ذلك حيث يصلح الثاني للخبريّة بالوضع، وليس كذلك هنا. والأصحّ عدم وقوع الظهار. ولو عكس فقال: «أنت كظهر أُمِّي طالق»، وقصدهما معاً وقع الظهار؛ لصراحتة. وفي وقوع الطلاق الوجهان؛ لأنّه من النية، وأنّه ليس في لفظ الطلاق مخاطبة ولا ما في معناها. والشيخ على أصله من وقوعهما معاً كالسابق^١. ولا فرق هنا بين الطلاق البائن والرجعي؛ لأنّ طلاق المظاهر منها صحيح على التقديرين، وإنّما الشكّ من عدم صراحة الصيغة.

[المسألة] الثانية: لو قال: «أنت عليّ حرام كظهر أُمِّي»، قال المصنّف: لا يقع به الظهار، وهو قول الشيخ في المبسوط^٢، سواء نواه أم لا. وهذا يخالف مذهب الشيخ في المسألة السابقة، بل وقوع الظهار هنا أقوى؛ لأنّ المتخلّل بين المسند والمسند إليه مؤكّد للحكم، بخلاف السابقة.

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

والأقوى وقوع الظهار هنا؛ لصحيحة زرارة السابقة عن الباقر عليه السلام وقد سأله عن الظهار فقال: «يقول الرجل لامرأته: أنت عليّ حرام مثل ظهر أُمِّي»^٣ وهو نصّ في الباب، ولأنّ قوله «حرام» تأكيد لغرضه فلا ينافيه، فإنّ قوله «أنت عليّ كظهر أُمِّي» لا بدّ له من القصد إلى معناه، وهو يستلزم القصد إلى التحريم، فإذا نطق به كان أولى. والعجب من تجويز الشيخ

١. لاحظ الهامش ١ من ص ٣٨.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ١٧٣.

٣. سبق تخريجها في ص ٢١، الهامش ٢.

● ولو ظاهر إحدى زوجتيه إن ظاهر ضرّتها، ثمّ ظاهر الضرّة وقع الظهاران.
ولو ظاهرها إن ظاهر فلانة الأجنبيةّة، وقصد النطق بلفظ الظهار صحّ
الظهار عند مواجهتها به. وإن قصد الظهار الشرعي لم يقع ظهار، وكذا لو قال:
«أجنبيّة».

ولو قال: «فلانة» من غير وصف، فتزوّجها وظهارها قال الشيخ: يقع الظهاران.
وهو حسن.

وقوعه بالكنايات^١ وما هو أبعد من هذه مع خلوها من نصّ يقتضي صحّتها، ومنعه من هذه
الصيغة مع ورود النصّ^٢ الصحيح بها.

قوله: «ولو ظاهر إحدى زوجتيه إن ظاهر ضرّتها، ثمّ ظاهر الضرّة وقع الظهاران. ولو
ظاهرها إن ظاهر فلانة الأجنبيةّة» إلى آخره.

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

ولو قال: «إن ظاهرت من إحداكما»، أو: «أيكما ظاهرت منها، فالأخرى عليّ كظهر
أمّي» ثمّ ظاهر من إحدهما صار مظاهراً من الأخرى أيضاً.

ولو علق ظهار زوجته على ظهار الأجنبيةّة، فإن ذكر اسمها وجعل الأجنبيةّة وصفاً
لم يكن منعقداً وإن خاطب الأجنبيةّة بالظهار؛ لأنّ الظهار من الأجنبيةّة غير منعقد، إلّا أن يريد
التلفظ بالظهار، فيصير بالتلفظ مظاهراً من زوجته، ويكون ذلك في قوّة تعليق ظهار زوجته
بتكليمه فلانة الأجنبيةّة. وكذا لو قال: «إن ظاهرت أجنبيّة»، من غير تعيين.

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٧٠.

٢. تقدّم آنفاً.

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

ولو قال: «إن ظاهرت من فلانة أجنبيّة - أو وهي أجنبيّة - فأنت عليّ كظهر أمّي» فسواء نكحها وظاهر عنها أو خاطبها بلفظ الظهار قبل أن ينكحها لا يصير مظاهراً من زوجته التي علّق ظهارها؛ لأنّه شرط وقوع الظهار في حال كونها أجنبيّة، وما دامت أجنبيّة لا ينقصد ظهارها، وإذا انعقد لم تكن أجنبيّة، فكان التعليق بشيء محال، وهو كما إذا قال: «إن بعث الخمر فأنت عليّ كظهر أمّي»، وأتى بلفظ البيع لا يقع الظهار؛ تنزيلاً لألفاظ العقود على العقود الصحيحة، إلّا أن يقصد الصورة.

ولو قال: «فلانة» من غير وصف بكونها أجنبيّة ولا حالية^١، وكانت أجنبيّة، صحّ التعليق وتوقّف على ظهارها صحيحاً، فإن تزوّجها وظاهر منها وقع الظهاران؛ لحصول الشرط.

ونسبة هذا القول إلى الشيخ^٢ تشعر بشبهة فيه، غير أنّه حسن كما ذكره المصنّف، لوجود المقتضي وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلّا كونها حال التعليق أجنبيّة، وذلك لا يصلح للمانع، إذ لم يقيد تعليق الظهار بها بوقت.

ووجه الشبهة أنّ الشرط - كما علمت من تعريفه - ما يجوز حصوله حال التعليق وعدمه، وظهار الأجنبية حال التعليق غير صحيح، ومجرّد الصورة غير مقصود، من تعريفه؛ لأنّه

١. في بعض النسخ والطبعة الحجرية: «حالية» بدل «حالية». وحال الرجل: امرأته. راجع لسان العرب، ج ١١، ص ١٩١-١٩٣، «حول».

٢. المبسوط، ج ٤، ص ١٧٦.

[الأمر] الثاني في المظاهر

ويعتبر فيه البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد.

فلا يصحّ ظهار الطفل ولا المجنون ولا المكره ولا فاقد القصد بالسکر والإغماء أو الغضب.

● ولو ظاهر ونوى الطلاق لم يقع طلاق؛ لعدم اللفظ المعبر، ولا ظهار؛ لعدم القصد.

الفرض، فكان ذلك أشبه بالصفة المتأخّرة عن التعليق.

والحقّ أنّ ذلك لا يخرج عن أصل الشرطيّة؛ لأنّ المراد بتجويز وجوده بحسب ذاته مع قطع النظر عن الموانع الخارجيّة المقتضية لامتناعه حينئذٍ، والأمر هنا كذلك، فإنّ ظهار «فلانة» حينئذٍ ممكن بحسب ذاته، وإنّما تخلف لفقد شرط من شروطه وهو كونها أجنبيّة، كما يتخلف لفقد غيره من الشروط التي لا يتيسّر ذلك الوقت. وأيضاً فاشتراط إمكان حصول الشرط حال التعليق لا دليل عليه، ومفهوم الشرط متحقّق على التقديرين لغةً وعرفاً.

قوله: «ولو ظاهر ونوى الطلاق لم يقع طلاق؛ لعدم اللفظ المعبر، ولا ظهار؛ لعدم القصد».

بناءً هذا الحكم على أصولنا المفيدة لعدم وقوع الطلاق والظهار بالكنايات واضح. ونبه به على خلاف العامّة حيث جوزوا وقوع الطلاق بلفظ الظهار مع النية، حتّى لو قال: «أنت طالق كظهر أمّي»، ونوى بقوله «كظهر أمّي» الطلاق، وقع عليه طلاقان إن كان الأوّل رجعيّاً^١.

١. راجع الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٤٣٥-٤٣٧؛ وروضة الطالبين، ج ٦، ص ٢٤٢.

● ويصحّ الظهر الخصيّ والمجبوب إن قلنا بتحريم ما عدا الوطء مثل الملامسة.

● وكذا يصحّ الظهر من الكافر. ومنعه الشيخ؛ التفاتاً إلى تعذّر الكفّارة. والمعتمد ضعيف، لإمكانها بتقديم الإسلام. ويصحّ من العبد.

قوله: «ويصحّ الظهر الخصيّ والمجبوب إن قلنا بتحريم ما عدا الوطء مثل الملامسة». الخصيّ والمجبوب إن بقي لهما ما يمكنهما به الجماع المتحقّق بإدخال الحشفة أو قدرها فظهرهما صحيح مطلقاً؛ لأنّهما حينئذٍ في معنى الصحيح. وإن لم يمكنهما الإيلاج بني وقوع ظهرهما على أنّ الظهر هل يختصّ تحريمه بالوطء، أو يشمل جميع الاستمتاع؟ وسيأتي الكلام فيه^١. فإن حرّمنا الجميع صحّ ظهرهما أيضاً؛ لبقاء فائدة الظهر بالامتناع عن الاستمتاع غير الوطء. وإن قلنا باختصاصه بالوطء لم يقع منهما ظهارة؛ لعدم فائدته.

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

قوله: «وكذا يصحّ الظهر من الكافر. ومنعه الشيخ؛ التفاتاً إلى تعذّر الكفّارة، والمعتمد ضعيف، لإمكانها بتقديم الإسلام. ويصحّ من العبد».

أصحّ القولين^٢ وقوع الظهر من كلّ زوج مكلف، مسلماً كان أم كافراً، حرّاً كان أم عبداً؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَابِهِمْ﴾^٣، وغيره من العمومات^٤.

١. يأتي في ص ٧٧.

٢. القول بالوقوع لابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٠٨؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٩٩، المسألة ٥٨؛ والقول بعدم الوقوع يأتي لاحقاً.

٣. المجادلة (٥٨): ٣.

٤. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٣٠٣-٣١٠، الباب ١-٣ من كتاب الظهر.

ثمّ الكلام هنا في موضعين:

الأول: وقوعه من الكافر. وقد منعه الشيخ في كتابي الفروع^١ وابن الجنيد^٢. استناداً إلى أنّ من يصحّ ظهاره تصحّ الكفّارة منه؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ إلى آخره^٣. والكافر لا تصحّ منه الكفّارة؛ لأنّها عبادة تفتقر إلى النيّة، ولأنّ الظهار يفيد تحريماً يصحّ إزالته بالكفّارة، فلا يتحقّق في حقّ الكافر، فلا يترتّب أثر الظهار عليه.

وأجيب عليه بمنع عدم صحّتها منه مطلقاً، غايته توقّفها على شرط وهو قادر عليه بالإسلام^٤، كتكليف المسلم بالصلاة المتوقّفة على شرط الطهارة، وهو غير متطهّر لكنّه قادر على تحصيله.

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

وأجيب بأنّنا لا نحمل الذمّي على الإسلام ولا نخطبه بالصوم، ولكن نقول: لا نمكّنك من الوطء إلّا هكذا، فإمّا أن تتركه أو تسلك طريق الحلّ.

الثاني: وقوعه من العبد. وهو مذهب علمائنا أجمع. وخالف فيه بعض العامّة؛ نظراً إلى أنّ لازم الظهار إيجاب تحرير الرقبة، والعبد لا يملكها^٥.

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٦٦؛ الخلاف، ج ٤، ص ٥٢٥. المسألة ٢.

٢. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٣٩٩. المسألة ٥٨.

٣. المجادلة (٥٨): ٣.

٤. راجع إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٠٤ - ٤٠٥.

٥. الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٤١٢ - ٤١٣؛ حلية العلماء، ج ٧، ص ١٦١؛ المعني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨،

ص ٥٥٥. المسألة ٦١٦٠.

[الأمر] الثالث في المظاهرة

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

● وأن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه، إذا كان زوجها حاضراً وكانت مثلها تحيض. ولو كان غائباً صحّ. وكذا لو كان حاضراً وهي يائسة أو لم تبلغ.

وأجيب بأنّ وجوبها في الآية مشروط بوجودها، وقد قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَآسَا﴾^١ والعبد غير واجد فيلزمه الصوم. قوله: «ويشترط أن تكون منكوحةً بالعقد. ولا يقع بالأجنبية ولو علّقه على النكاح». هذا عندنا موضع وفاق. والأصل فيه أنّ الله تعالى علّق الظهار على الأزواج فقال: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾^٢ فيبقى غيرهنّ على الأصل. وخالف فيه بعض العامة، فصحّحه بالأجنبية إذا علّقه بنكاحها^٣، كما صحّحه كذلك في الطلاق^٤.

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

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

١. المجادلة (٥٨): ٤.

٢. المجادلة (٥٨): ٣.

٣. المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨، ص ٥٧٨. المسألة ٦١٨٨.

٤. حلية العلماء، ج ٧، ص ٨-٩؛ تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ١٩٦.

● وفي اشتراط الدخول تردّد، والمرويّ اشتراطه، والقول الآخر مستنده التمسك بالعموم.

الرجل لامراته وهي طاهر في غير جماع: أنت عليّ حرام كظهر أُمّي»^١.
ورواية حمران عنه عليه السلام: «لا يكونظهار إلا على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين مسلمين»^٢. وقول أبي عبد الله عليه السلام: «لا يكونظهار إلا على مثل موضع الطلاق»^٣.
قوله: «وفي اشتراط الدخول تردّد، والمرويّ اشتراطه» إلى آخره.
اختلف الأصحاب في اشتراط الدخول بالمرأة وعدمه بالنسبة إلى صحّة الظهار، فذهب المفيد^٤ والمرتضى^٥ وابن إدريس^٦ وجماعة^٧ إلى عدمه؛ لعموم الآية^٨. وذهب الشيخ^٩ والصدوق^{١٠} وأكثر المتأخّرين إلى الاشتراط؛ لصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال في غير المدخول بها: «لا يقع عليها إيلاء ولا ظهار»^{١١}.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٥٣ - ١٥٤، باب الظهار، ح ٣؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٢٦، ح ٤٨٣١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩، ح ٢٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥٨، ح ٩٢٤.
٢. الكافي، ج ٦، ص ١٥٣، باب الظهار، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٤، ح ٤٨٤٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠ - ١١، ح ٣٣.
٣. الكافي، ج ٦، ص ١٥٤، باب الظهار، ح ٥؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٦، ح ٤٨٣٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٣، ح ٤٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦١، ح ٩٣٥.
٤. المقنعة، ص ٥٢٤.
٥. لم نثر على قول المرتضى، وحكاه عنه ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧١٠.
٦. السرائر، ج ٢، ص ٧١٠.
٧. منهم قطب الدين الكيذري في إصباح الشيعة، ص ٤٥٦؛ وابن زهرة الحلبي في غنية النزوع، ج ١، ص ٣٦٦ - ٣٦٧.
٨. المجادلة (٥٨): ٢.
٩. النهاية، ص ٥٢٦؛ المبسوط، ج ٤، ص ١٦٧؛ الخلاف، ج ٤، ص ٥٢٦. المسألة ٣.
١٠. الهداية، ص ٢٧٤.
١١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١، ح ٦٥.

● وهل يقع بالمستمتع بها؟ فيه خلاف. والأظهر الوقوع.

وصحيحة الفضيل بن يسار أن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون ظهار ولا إبلاء حتى يدخل بها»^١.

وقد تقدّم في رواية حمران: «لا يكون ظهار إلا على طهر بعد جماع»^٢. وهذا هو الأصح؛ لتقديم الخاصّ على العامّ عند التعارض. ومن قدّم العامّ نظر إلى أنّ خبر الواحد ليس بحجّة كما هو أصل المرتضى وابن إدريس^٣. أو أنّ عموم الكتاب لا يخصّ بخبر الواحد وإن عملنا به.

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

القول بالوقوع مذهب الأكثر؛ لعموم الآية^٤. فإنّ المستمتع بها زوجة.

والقول بعدم الوقوع لابن إدريس^٥ وجماعة^٦؛ نظراً إلى انتفاء لازم الظهار، فإنّ منه المرافعة المرتبة^٧ على الإخلال بالواجب من الوطء، وإلزامه بأحد الأمرين، الفئحة أو الطلاق وهو ممتنع فيها، وإقامة هبة المدة مقامه قياس، وانتفاء اللازم يدلّ على انتفاء الملزومات. وجوابه: أنّ هذه اللوازم مشروطة بزوجة يمكن في حقّها ذلك، فلا يلزم من انتفائها انتفاء جميع الأحكام التي أهمّها تحريم الاستمتاع من دون المرافعة.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٥٨، باب الظهار، ح ٢١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٢٥، ح ٤٨٢٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١، ح ٦٦.

٢. تقدّم تخريجها في ص ٣٠، الهامش ١، وفيها هكذا: «لا يكون ظهار إلا على طهر بغير جماع» وهو خلاف مقصود من قال باشتراط الدخول.

٣. الذريعة إلى أصول الشريعة، ج ٢، ص ٥١٧ وما بعدها؛ السرائر، ج ١، ص ٥١.

٤. المجادلة (٥٨): ٢.

٥. السرائر، ج ٢، ص ٧٠٩.

٦. منهم الصدوق في الهداية، ص ٢٧٤ حيث قال: ولا يقع الظهار إلا على موضع الطلاق؛ وابن الجنيد على ما حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٠٨، المسألة ٦٥.

٧. في «ق، م»: «المرتبة» بدل «المرتبة».

● وفي الموطوءة بالملك تردّد، والمرويّ أنّه يقع كما يقع بالحرّة.

وقد تقدّم البحث في ذلك في بابها من النكاح^١.

قوله: «وفي الموطوءة بالملك تردّد، والمرويّ أنّه يقع كما يقع بالحرّة».

اختلف الأصحاب أيضاً في وقوعه بالأمة الموطوءة بملك اليمين ولو مدبرة أو أمّ ولد، فذهب جماعة منهم الشيخ^٢ وابن حمزة^٣ وجماعة المتأخّرين^٤ إلى الوقوع، وهو أصحّ القولين؛ لدخولها في عموم «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ»^٥، كدخولها في قوله تعالى: «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ»^٦، فحرّمت بذلك أمّ الموطوءة بالملك.

وخصوص صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما^٧ قال: وسألته عن الظهار على الحرّة والأمة، فقال: «نعم»^٨.

وحسنة حفص بن البخترى عن الصادق والكاظم^٩ في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهنّ جميعاً فقال: «عليه عشر كفّارات»^{١٠}.

وموتقة إسحاق بن عمّار عن الكاظم^{١١} قال في الرجل يظاهر من جاريته، قال: «الحرّة والأمة في هذا سواء»^{١٢}.

١. تقدّم في ج ٦، ص ٤٣٣.

٢. النهاية، ص ٥٢٧: الخلاف، ج ٤، ص ٥٢٩، المسألة ٨.

٣. الوسيلة، ص ٣٣٥.

٤. منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ٢، ص ٢٤٥؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٠٩، المسألة ٦٦: وجمال الدين الحلبي في المقتصر، ص ٢٩١.

٥. المجادلة (٥٨): ٣.

٦. النساء (٤): ٢٣.

٧. الكافي، ج ٦، ص ١٥٦، باب الظهار، ح ١٢: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧، ح ٥٣: الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٤، ح ٩٤٧.

٨. الكافي، ج ٦، ص ١٥٧، باب الظهار، ح ١٦: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١، ح ٦٧: الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٣، ح ٩٤٣.

٩. الكافي، ج ٦، ص ١٥٦، باب الظهار، ح ١١: الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٥، ح ٤٨٥١: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤، ح ٧٦: الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٤، ح ٩٤٥.

وقال المفيد^١ والمرتضى^٢ وابن إدريس^٣ وجماعة من المتقدمين^٤: لا يقع بها؛ لقوله ﷺ
 في الخبر السابق: «لا يكون ظهار إلا على مثل موضع الطلاق»^٥.
 ولأنّ الظهار كان في الجاهليّة طلاقاً كما سبق^٦، والطلاق لا يقع بها، ولأنّ المفهوم من
 «النساء» في الآية الزوجة. ولورود السبب فيها.
 ولرواية حمزة بن حمران عن الصادق ﷺ فيمن يظاهر من أمته قال: «يأتيتها وليس عليه
 شيء»^٧. وللأصل.
 وجوابه: ضعف سند الأوّل فلا يعارض الصحيح، وإنّما جعلناه في السابق شاهداً
 لا أصلاً.
 والثاني لا حجّة فيه، وقد نقل: أنّهم كانوا يظهرون من الأمة أيضاً، ويعتزل سيدها
 فراشها؛ ولأنّ الطلاق أيضاً كان في الجاهليّة، كما ينبّه عليه قول الأعشى:
 أيا جارتني بيني فإنك طالقة^٨.
 ونمنع الحمل على الزوجة مع وجود ما يصلح للأمة. والسبب ليس مخصّصاً كما حقّق
 في الأصول^٩.

١. المقنعة، ص ٥٢٤.

٢. لم نعثر على قوله، وحكاه عنه ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٠٩ - ٧١٠.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٧٠٩ - ٧١٠.

٤. منهم الحلبي في الكافي في الفقه، ص ٣٠٤؛ وابن البرّاج في المهذّب، ج ٢، ص ٢٩٨؛ والكثيري في إصباح
 الشيعة، ص ٤٥٦ بقوله: موجّهاً ذلك إلى معقود عليها.

٥. سبق تخريجه في ص ٤٦، الهامش ٢.

٦. سبق في ص ١٩.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٠، ح ٣٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٤، ح ٩٤٨.

٨. ديوان الأعشى الكبير، ص ١١٧.

٩. راجع نهاية الوصول إلى علم الأصول، ج ٢، ص ٣٣٦.

● ومع الدخول يقع ولو كان الوطء دبراً، صغيرةً كانت أو كبيرةً، مجنوناً أو عاقلةً.

وكذا يقع بالرتقاء والمريضة التي لا توطأ.

والرواية الأخيرة ضعيفة السند أيضاً، فلا تعارض الصحيح. والأصل إنّما يتم مع عدم وجود دليل مخرج عنه.

واعلم أنّه على القول بوقوعه بها يأتي فيها الخلاف السابق في اشتراط الدخول وعدمه؛ لتناول الروايات الدالة عليه لها كما تناولت الحرّة. وتوهم اختصاص ذلك الخلاف بالحرّة ضعيف جداً، بل باطل.

قوله: «ومع الدخول يقع ولو كان الوطء دبراً» إلى آخره.

وجهه أنّ إطلاق الدخول يشمل الدبر كما تحقّق في باب المهر وغيره^١.

وإطلاق الحكم يتناول الصغيرة وإن حرم الدخول بها، والكبيرة المجنونة والعاقلة، والرتقاء على تقدير وطئها في الدبر، والمريضة التي لا توطأ حال الظهار مع وجوده قبله؛ لتحقق الشرط.

ولو لم نشترط الدخول فدخول الجميع أوضح.

ويمكن بناء الحكم على ذلك القول، بقرينة ذكر «المريضة التي لا توطأ» الشامل بإطلاقه للقبل والدبر في سائر الأوقات، وإن لم تدخل الرتقاء في هذا العموم غالباً بالنظر إلى الدبر.

ومثله إطلاق المصنّف الحكم بصحّة ظهار الخصي والمجبوب اللذين لا يمكنهما الوطء^٢؛ فإنّه لا يتم مع القول باشتراط الدخول، فلا بدّ في إطلاق هذه الأحكام من تكلف.

١. راجع ج ٦، ص ٦٥٣ وما بعدها؛ وج ٧، ص ٣٤٠ و٣٧٩ - ٣٨٠.

٢. راجع ص ٤٣ (المتن).

[الأمر] الرابع في الأحكام

وهي مسائل:

الأولى: ● الظهار محرّم؛ لا تصافه بالمنكر. وقيل: لا عقاب فيه؛ لتعقيبه بالعتفو.

قوله: «الظهار محرّم؛ لا تصافه بالمنكر. وقيل: لا عقاب فيه؛ لتعقيبه بالعتفو».

لا خلاف بين العلماء في تحريم الظهار؛ لوصفه بالمنكر في قوله تعالى: «وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا»^١، والمنكر والزور محرّمان.ثم اختلفوا فقال بعضهم: إنه يُعفى عنه ولا يعاقب عليه في الآخرة؛ لقوله تعالى بعد ذلك: «وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُؤٌ غَفُورٌ»^٢، فعقبه بالعتفو وهو يستلزم نفي العقاب. وهذا القول ذكره بعض المفسرين^٣، ولم يثبت عن الأصحاب.

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

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

ونظائره في القرآن كثيرة، مثل قوله تعالى: «وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا»^٤، مع أنّه لم يقل أحد بوجود عفوّه عن هذا الذنب المذكور قبله، مع أنّ الوصف يصدق مع عفوّه عن بعض أفراده دون بعض.

١. المجادلة (٥٨): ٢.

٢. منهم الطبرسي في مجمع البيان، ج ٩، ص ٢٤٧؛ والبيضاوي في تفسيره، ج ٤، ص ٢٥٢، ذيل الآية ٢ من سورة المجادلة (٥٨).

٤. الأحزاب (٣٣): ٥.

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

كما يصدق به في غيره، فلزوم العفو عنه مطلقاً غير لازم من الآية.

والحق أنه كغيره من الذنوب أمر عقابها راجع إلى مشيئة الله تعالى. ونسبة المصنّف ذلك إلى القليل مشعر بعدم ظهوره عنده، والأمر كما ذكرناه.

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

لا خلاف في أنّ الكفارة الواجبة في الظهار تتعلّق بالعود، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَابِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾^١.

لكن اختلفوا في المراد من العود فمذهب أكثر أصحابنا أنّه إرادة الوطء لا مجرد إمساكهنّ في النكاح، والقول كناية عنه، والإرادة مضمرّة، مثلها في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ﴾^٢، و﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا﴾^٣، أي أردت القراءة، وأردتم القيام.

واستدلّوا عليه بصحيفة أبي بصير قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفارة على المظاهر؟ قال: «إذا أراد أن يواقع»^٤.

وقال ابن الجنيد:

إنّ المراد به إمساكها في النكاح بقدر ما يمكنه مفارقتها فيه؛ محتجاً بأنّ العود للقول

عبارة عن مخالفته^٥.

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

١. المجادلة (٥٨): ٣.

٢. النحل (١٦): ٩٨.

٣. المائدة (٥): ٦.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٠-٢١، ح ٦٤.

٥. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤١٤-٤١٥، المسألة ٧٢ نقلاً بالمعنى.

في هبته، ومقصود الظهار ومعناه وصف المرأة بالتحريم، فكان بالإمسك عائداً. وهذا القولان للعامّة أيضاً^١. ولهم قول ثالث أنّه هو الوطء نفسه^٢. والأصح الأول. وجواب الثاني أنّ حقيقة الظهار كما اعترفوا به تحريم المرأة عليه، وذلك لا ينافي بقاءها في عصمته، فلا يكون إبقاؤها كذلك عوداً فيه، وإنما يظهر العود في قوله بإرادة فعل ما ينافيه، وذلك بإرادة الاستمتاع أو به نفسه، لكنّ الثاني غير مراد هنا؛ لقوله: «فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَّأَسًا»^٣، فجعل الكفارة مرتبةً على العود وجعلها قبل أن يتمّأسا، فدلّ على أنّ العود يتحقّق قبل الوطء.

وبهذا يضعّف القول الثالث.

وفي الثاني أيضاً أنّ قوله تعالى «ثُمَّ يَعُودُونَ» يقتضي التراخي بين الظهار والعود؛ لدلالة «ثُمَّ» عليه، وعلى قولهم لا يتحقّق التراخي على هذا الوجه. ولو قيل مثله في العزم - لجواز وقوعه بعد الظهار بلا فصل - لأمكن الجواب بجريانه على الغالب من أنّ المظاهر لا يقدم في الحال على مخالفة مقتضاه، وإنما يحصل ذلك منه بعد التروّي.

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

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

١. راجع حلية العلماء، ج ٧، ص ١٧٣؛ والمعني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨، ص ٥٧٦ - ٥٧٧، المسألة ٦١٨٧.

٢. راجع حلية العلماء، ج ٧، ص ١٧٤؛ والمعني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨، ص ٥٧٥، المسألة ٦١٨٧.

٣ و٤. المجادلة (٥٨): ٣.

أن يمستها؟ قال: «لا يمستها حتى يكفر»^١، فإنّ ظاهرها أنّ جواز المسّ متوقّف على التكفير، فمتى لم يفعل لا يستقرّ عليه، وإنّما يكون شرطاً في جواز المسّ، وهو المراد من الوجوب غير المستقرّ، لا الوجوب بالمعنى المتعارف.

وقيل: إنّ الوجوب يستقرّ بإرادة الوطء وإن لم يفعل؛ لأنّ الله تعالى رتب وجوبها على العود بقوله: «ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ»^٢ أي فعليهم ذلك، والأصل بقاء هذا الوجوب المرتب^٣.

وجوابه: منع دلالتها على الوجوب مطلقاً، بل غايته أن يدلّ على توقّف التماس عليها، وذلك مطلوبنا. ولو سلّم الوجوب فالمراد به المقيّد بقبليّة التماس، والقبليّة من الأمور الإضافيّة لا يتحقّق بدون المتضايقين، فما لم يحصل التماس لا يثبت الوجوب، وذلك هو المراد من الوجوب غير المستقرّ.

فإن قيل: يلزم من هذا عدم وجوبها؛ لأنّ الواجب هو الذي لا يجوز تركه لا إلى بدل، وهذه الكفّارة قبل الميسيس يجوز تركها مطلقاً حيث يعزم على عدم الميسيس إمّا مطلقاً أو مع فعل ما يرفع الزوجيّة. ويترتب على ذلك أنّه لو أخرجها قبل الميسيس لا تجزئ؛ لأنّه لم تجب، ولأنّ نيّة الوجوب بها غير مطابقة. وهذا المعنى الذي أطلقتموه عليه غير الوجوب المتعارف، بل هو بالشرط أشبه.

قلنا: الأمر كما ذكرت، وإطلاق الوجوب عليها بهذا المعنى مجازي، وقد نسبوا عليه بقولهم بمعنى تحريم الوطء حتى يكفر، فهي حينئذٍ شرط في جواز الوطء. وإطلاق الواجب على الشرط من حيث إنّه لا بدّ منه في صحّة المشروط مستعمل كثيراً ومنه وجوب الوضوء للصلاة المندوبة، ووجوب الترتيب في الأذان، بمعنى الشرطيّة فيهما. وأمّا نيّة الوجوب

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨، ح ٥٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٥، ح ٩٤٩.

٢. المجادلة (٥٨): ٣.

٣. راجع الجامع للشرائع، ص ٤٨٤؛ وتحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ١٠٧، الرقم ٥٤٧٢.

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

بالكفارة فجاز إطلاقها بهذا المعنى؛ لأنّ نيّة كلّ شيء بحسبه ولو لم تعتبر نيّة الوجه - كما حقّقناه في أبواب العبادات، لعدم الدليل الناهض عليه - تخلصاً من الإشكال.

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

هذا هو المشهور بين الأصحاب المتقدّمين منهم وجميع المتأخّرين.

ومستنده صحيحة الحلبي السابقة عن الصادق عليه السلام وفي آخرها: قلت: إن أراد أن يمسه؟

قال: «لا يمسه حتّى يكفر»، قلت: فإن فعل فعله شيء؟ قال: «إي والله إنّه لآثم ظالم»،

قلت: عليه كفارة غير الأولى؟ قال: «نعم يعتق أيضاً رقبة»^٢.

وصحيحة أبي بصير قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفارة على المظاهر؟

قال: «إذا أراد أن يواقع»، قال، قلت: فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال، فقال: «عليه كفارة

أخرى»^٣.

وعن الحسن الصيقل عن الصادق عليه السلام قال، قلت له: رجل ظاهر من امرأته فلم يف، قال:

«عليه الكفارة من قبل أن يتماسا»، قلت: فإنّه أتاها قبل أن يكفر، قال: «بئس ما صنع»،

قلت: عليه شيء؟ قال: «أساء وظلم»، وقلت: فيلزمه شيء؟ قال: «رقبة أيضاً»^٤.

وقال ابن الجنيد:

والمظاهر إذا أقام على إمساك زوجته بعد الظهار بالعقد الأوّل زماناً وإن قلّ فقد عاد لما

قال، ولم يستحبّ له أن يطأ حتّى يكفر. فإن وطئ لم يعاود الوطء ثانياً حتّى يكفر، فإن

فعل وجب عليه لكلّ وطء كفارة، إلّا أن يكون ممّن لا يجد العتق ولا يقدر على الصيام

وكفارته هي الإطعام، فإنّه إن عاود إلى جماع ثانٍ قبل الإطعام فالفقه لا يوجب عليه

١. كذا في النسخ. وفي جواهر الكلام، ج ٣٣، ص ١٣٣: تخلصنا. وعليه تكون «ولو» شرطية لا وصليّة.

٢. سبق تخريجها في ص ٥٤، الهامش ١.

٣. تقدّم تخريجها في ص ٥٢، الهامش ٤.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨، ح ٥٧؛ الاستبصار ج ٣، ص ٢٦٥، ح ٩٥٠.

كفارة؛ لأنَّ الله شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود ولم يشترط ذلك في الإطعام. والاختيار أن لا يعاود إلى جماع ثانٍ حتَّى يتصدَّق^١.

ويدلُّ على ما اختاره من عدم تعدّد الكفارة أيضاً صحيحة زرارة قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل ظاهر، ثم واقع قبل أن يكفّر، فقال لي: «أو ليس هكذا يفعل الفقيه؟»^٢.

وحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرّات، قال: «يكفّر ثلاث مرّات»، قلت: فإن واقع قبل أن يكفّر؟ قال: «يستغفر الله ويمسك حتّى يكفّر»^٣.

ورواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «إنَّ الرجل إذا ظاهر من امرأته ثم غشيها قبل أن يكفّر فإنما عليه كفارة واحدة، ويكف عنها حتّى يكفّر»^٤.

وما تقدّم من حديث سلمة بن صخر وأمر النبي صلى الله عليه وآله - بعد أن أخبره أنّه واقع - بعتق رقبة، ولو وجبت عليه كفارتان لأمره بعتق رقتين^٥.

وفي رواية أخرى عنه عن النبي صلى الله عليه وآله في المظاهر يواقع قبل أن يكفّر، قال: «كفارة واحدة»^٦.

ويمكن على هذا حمل الأخبار الواردة بتعدّد الكفارة^٧ على الاستحباب جمعاً بين الأخبار. مع أنّ في تينك الروايتين رائحة الاستحباب؛ لأنّه عليه السلام لم يصرّح بأنّ عليه كفارة

١. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٢٤، المسألة ٧٧.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٥٩، باب الظهار، ح ٣٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٠، ح ٦٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٧، ح ٩٥٦.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٥٦، باب الظهار، ح ١٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٣١، ح ٤٨٣٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨ - ١٩، ح ٥٩؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٥ - ٢٦٦، ح ٩٥٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٠، ح ٦٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٦ - ٢٦٧، ح ٩٥٥.

٥. تقدّم في ص ٣٤.

٦. سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٦٦، ح ٢٠٦٤؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٥٠٢، ص ١١٩٨؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٣٤، ح ١٥٢٥٨.

٧. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٣٢٨ - ٣٣١، الباب ١٥ من كتاب الظهار.

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

والشيخ حمل الروايات الدالة على عدم تكرّر الكفارة على من فعل ذلك جاهلاً^١، واستشهد عليه بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «الظهار لا يكون إلا على الحنث، فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتى يكفر، فإن جهل وفعل فإنما عليه كفارة واحدة»^٢. وحمل الرواية الأولى منها على ما إذا كان الظهار مشروطاً بالمواقعة، فإن الكفارة لا تجب إلا بعد الوطء، فلو أنه كفر قبل الوطء لما كان مجزئاً عما يجب عليه بعد الوطء، ولكان يلزمه كفارة أخرى إذا وطئ، فنبه عليه السلام على أن الواقعة لمن هذا حكمه من أفعال الفقيه الذي يطلب الخلاص من وجوب كفارة أخرى عليه، وليس ذلك إلا بالمواقعة^٣.

ولا يخفى عليك بعد هذه المحامل. وقول ابن الجنيد لا يخلو من قوة، وفيه جمع بين الأخبار، إلا أن الأشهر خلافه. وحيث نقول بتعدّد الكفارة فيستثنى منه ما لو فعل موجه نسياناً أو جهلاً، فإنه لا يتعدّد؛ لما سبق، ولرفع حكم الخطأ والنسيان^٤.

وأما تكرّر الكفارة بتكرّر الوطء فيدلّ عليه الأخبار الدالة على تعدّد الكفارة قبل الوطء^٥ الشامل لذلك، وخصوص حسنة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «إذا واقع المرّة الثانية قبل أن يكفر فعليه كفارة أخرى، ليس في هذا اختلاف»^٦؛ ولأن كلّ واحد سبب لكفارة، والأصل عدم تداخل المسببات عند تعدّد الأسباب.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩، ذيل الحديث ٦٠: الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٦، ذيل الحديث ٩٥٣.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩ - ٢٠، ح ٦١: الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٦، ح ٩٥٤.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٠، ذيل الحديث ٦٣: الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٧، ذيل الحديث ٩٥٦.

٤. الكافي، ج ٢، ص ٤٦٢ - ٤٦٣، باب ما رفع عن الأمة، ح ١ و ٢؛ الفقيه، ج ١، ص ٥٩، ح ١٢٢؛ سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٥٩، ح ٢٠٤٥.

٥. وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٣٢٨ - ٣٣١، الباب ١٥ من كتاب الظهار.

٦. الكافي، ج ٦، ص ١٥٧، باب الظهار، ح ١٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨، ح ٥٨: الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٥، ح ٩٥١ بتفاوت.

الثالثة: • إذا طلقها رجعيّاً ثمّ راجعها لم تحلّ له حتّى يكفر. ولو خرجت من العدة ثمّ تزوّجها ووطنها فلا كفّارة.
وكذا لو طلقها بائناً وتزوّجها في العدة ووطنها.
وكذا لو ماتا أو مات أحدهما أو ارتدّا أو ارتدّ أحدهما.

وقال ابن حمزة:

إن تكرر منه الوطء قبل التكفير الأوّل لم يلزمه غير واحدة، وإن كفر عن الأوّل لزمته عن الثاني، وهكذا^١.

وما سبق^٢ حجّة عليه.

قوله: «إذا طلقها رجعيّاً ثمّ راجعها لم تحلّ له حتّى يكفر» إلى آخره.

إذا طلق المظاهر طلاقاً رجعيّاً ثمّ راجعها فلا خلاف في أنّه يعود الظهار وأحكامه. فتحرم عليه بالظهار السابق، وتجب الكفّارة بالعود، ولا تجب بالرجعة مجرّدة؛ لأنّها لا تستلزم العزم على الوطء.

ولو طلقها بائناً أو رجعيّاً وتركها حتّى بانت ثمّ جدّد نكاحها - ولو في العدة إذا كان الطلاق بائناً - ففي عود الظهار قولان^٣:

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

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

١. الوسيلة، ص ٣٣٥، وفيه: التكفير عن الأوّل.

٢. أي حسنة أبي بصير السابقة.

٣. القول بعدم عود الظهار للمفيد في المقنعة، ص ٥٢٤؛ والشيخ في النهاية، ص ٥٢٦؛ وابن البرّاج في المهذب،

ج ٢، ص ٣٠٠، والقول الآخر يأتي لاحقاً.

تطليقة، فقال: «إذا هو طَلَّقَهَا تطليقةً فقد بطل الظهار وهدم الطلاق الظهار»، فقلت له: فله أن يراجعها؟ قال: «نعم، هي امرأته، فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماساً»، قلت: فإن تركها حتى يحلَّ أجلها وتملك نفسها ثم تزوجها بعد ذلك هل يلزمه الظهار من قبل أن يتماساً؟ قال: «قد بانَّت وملكت نفسها»^١. وهذا نص في الحكمين.

وذهب أبو الصلاح^٢ وسَلَّار^٣ إلى عود حكم الظهار بتزويجها ولو بعد العدة البانَّة؛ لعموم الآية^٤، وخصوص حسنة علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام أنه سأله عن رجل ظاهر من امرأته ثم طَلَّقَهَا بعد ذلك بشهر أو شهرين فتزوّجت، ثم طَلَّقَهَا الذي تزوّجها فراجعها الأول، هل عليه فيها الكفارة للظهار الأول؟ قال: «نعم، عتق رقبة أو صوم أو صدقة»^٥.

وأجيب^٦ بمنع دلالة الآية على ذلك؛ لأنَّ العود إلى استباحة ما حرّمه الظهار في عقد إنَّما يكون بإرادة الوطء في ذلك العقد.

وحمل الشيخ الحديث على التقيّة^٧.

وفيه نظر؛ لأنَّ العامّة مختلفون في ذلك^٨ كالخاصّة، فلا وجه للتقيّة في أحد القولين. وحمله العلامة على فساد النكاح؛ لأنَّه عقَّب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين فيكون قد وقع في العدة فيكون باطلاً^٩.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٦١، باب الظهار، ح ٣٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٢٩ - ٥٣٠، ح ٤٨٣٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٦، ح ٥١، وفيما عدا الفقيه عن يزيد الكناسي.

٢. الكافي في الفقه، ص ٣٠٣ - ٣٠٤.

٣. المراسم، ص ١٦٠.

٤. المجادلة (٥٨): ٣.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧، ح ٥٢.

٦. المجيب هو العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤١٨، المسألة ٧٣.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧، ذيل الحديث ٥٢.

٨. راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨، ص ٥٧٥، المسألة ٦١٨٦.

٩. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤١٨، المسألة ٧٣.

واستحسنه بعضهم^١، وأيده بأمرين:

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

والثاني: أن حكاية الحديث تشعر به حيث قال: «فراجعها الأول»، ولم يقل: فتزوجها. ولا يخفى عليك ما في هذا التنزيل والتأييد؛ لأن إطلاق التزويج محمول على الصحيح، والشهر والشهران متخللان بين الظهار والطلاق، لا بين الطلاق والتزويج. ثم تعقيب التزويج بـ«الفاء» يقتضي التعقيب والفورية بحسب الممكن لا مطلقاً، كما نهبوا عليه بقولهم: تزوج فلان فولد له؛ فإن المراد به وجود الولادة في أول أوقات الإمكان، وذلك بعد مضي مدة الحمل، لا تعقيب التزويج بلا فصل، وكذلك قول القائل: دخلت بغداد فالبصرة، وأمثال ذلك كثير.

والمراد هنا أنه تزوجها في أول أوقات الإمكان شرعاً، وهو انقضاء العدة. هذا إذا سلم دلالتها في مثل هذا المقام على الفورية. وعلى تقدير تسليم وقوع الشهر والشهرين بين التزويج والطلاق فيمكن انقضاء العدة بهما وبأقل منهما كما مر^٢. وأما قوله «ثم طلقها فراجعها» فالكلام في «الفاء» كالكلام في الأولى، فإن المراجعة بعد الطلاق كناية عن التزويج، وأطلق عليه المراجعة من حيث كانت زوجة له أولاً، فأقام ردّها إلى النكاح بعقد جديد مقام الرجوع، وهو رجوع لغة، فحمله على الرجوع الشرعي وإبقاء العدة الأولى في غاية السماجة والبعد. ولو حملت الكفارة فيه على الاستحباب جمعاً كان أولى، مع أن الأولى أرجح؛ لصحة سندها فكانت مقدّمة لو تحقّق التعارض. وأما سقوط حكم الظهار مع موتها أو موت أحدهما فواضح. وأما مع الارتداد، فإن لم يشرط الدخول وكان الارتداد قبله انقطع النكاح ثم لا يعود

١. هو ابن فهد الحلبي في المهذب البار، ج ٣، ص ٥٣٦-٥٣٧.

٢. مرّ في ج ٧، ص ٣٨٩.

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

الظهار مطلقاً. وإن كان بعد الدخول. فإن كان الارتداد من الرجل عن فطرة بانته منه، وسقط الحكم في حقه؛ لعدم إمكان تزويجها عند من لا يقبل توبته. وعلى القول بالقبول وجواز تزويجه بعد ذلك يسقط حكم الظهار كما لو طلق بائناً، بل هنا أقوى؛ لأنها تعتد عدة الوفاة. وإن كان الارتداد من المرأة، أو كان مليئاً وكان ذلك بعد الدخول - حيث اشترطناه في صحة الظهار - فالعدة رجعية، فيترتب حكمها من عوده مع العود في العدة، وعدمه مع انقضائها قبل العود. وأما حكم المصنف بأن ارتداد أحدهما يسقط الكفارة مطلقاً فليس مطلقاً. قوله: «لو ظاهر من زوجته الأمة ثم ابتاعها فقد بطل العقد» إلى آخره.

إذا كانت الزوجة المظاهر منها أمة فابتاعها الزوج المظاهر من مولاها بطل العقد؛ لما تقدم من أن البضع لا يستباح بسببين^١، والسبب الطارئ أقوى، والعقد لا يجمع ملك اليمين، فزال التحريم المترتب على العقد، واستباحها حينئذٍ بالملك، وكان ذلك كما لو طلقها وتزوجها بعد انقضاء العدة، بل هنا أقوى؛ لاختلاف جنس السبب الذاهب والعائد، بخلاف من تزوجها بعد البينونة، فإن السبب وإن تعدد إلا أنه متحد في الجنس وإن اختلف في الشخص.

وفي معناه ما لو اشتراها غيره ثم فسخ النكاح وزوجه إياها بعقد مستأنف، ولا تتوقف صحة العقد على الاستبراء ولا الاعتداد؛ لأن الماء لواحد.

ومثله ما لو طلقها بائناً ثم تزوجها في العدة. وبهذا تحصل الحيلة على إسقاط حكم الظهار بغير تكفير.

ولو قلنا بوقوعه بملك اليمين فظاهر من أمته ثم باعها من غيره بطل حكم الظهار، فإن

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

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

فروع:

لو ظاهر من زوجته الأمة وعاد ثم قال لملكها: «أعتقها عن ظهاري» ففعل، وقع عتقها عن كفارتها وانفسخ النكاح بينهما؛ لأنَّ إعتاقها عنه يتضمَّن تملكه كما سيأتي^١، وإذا ملك زوجته انفسخ النكاح، وكذا لو أعتقها عنه باستدعائه عن كفارة أخرى.

ولو ملكها بعد ما ظاهر منها وعاد فانفسخ النكاح بينهما ثم أعتقها عن ظهاره منها جاز. ولو آلى من زوجته الأمة ووطئها ولزمتها الكفارة، فقال لسيدها: «أعتقها عن كفارة عني» ففعل، جاز وانفسخ النكاح كالظهار.

ولو ظاهر من زوجته الذميمة وعاد، ثم نقضت المرأة العهد فاسترقت، فملكها الزوج وأسلمت، فأعتقها عن كفارة ظهاره أو غيرها جاز.

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

هذا من فروع تعليق الظهار على الشرط، فإن صحَّحناه صحَّ هنا، وتوقَّف وقوعه على حصول الشرط وهو المشيئة، فإن قال «شئت» وقع؛ لوجود المقتضي. ولا فرق بين تعليقه على مشيئتها ومشيئة غيرها، فلو قال: «أنتِ كظهر أمي إن شئت»، فقالت: «شئت»، وقع. ولو قالت: «شئت إن شئت» لم يقع؛ لأنَّ المشيئة لا تقبل التعليق. وكذا القول في مشيئة الأجنبي. ولو قال: «إن شئت وشاء فلان» توقَّف وقوعه على مشيئتهما.

ولو علَّقه على مشيئة صبي، فإن لم يكن مميزاً لم تعتبر مشيئته. وكذا المجنون. وفي المميز وجهان، من سلب عبارته شرعاً، وإمكان مشيئته عقلاً، وقبول خبره في نظائر ذلك.

السادسة: • لو ظاهر من أربع بلفظ واحد كان عليه عن كل واحدة كفارة. ولو ظاهر من واحدة مراراً وجب عليه بكل مرة كفارة، فترق الظهار أو تابعه. ومن فقهاؤنا من فصل. ولو وطئها قبل التكفير لزمه عن كل وطء كفارة واحدة.

ولو علّقه على مشيئتها فشاءت باللفظ كارهةً بالقلب وقع ظاهراً. وفي وقوعه باطناً بالنسبة إليها وجهان، من أنه تعليق بلفظ المشيئة، ولو كان بالباطن لكان إذا علق بمشيئة زيد لم يصدّق زيد في حقها، ومن ظهور عدم الشرط وهو المشيئة عندها. ولو قال: «أنتِ كظهر أمي إن شئتِ أو أبيتِ»، فقضية اللفظ وقوعه بأحد الأمرين، إما المشيئة أو الإباء، كما لو قال: «إن قمّتِ أو قعدتِ». وربما دلّ العرف على إرادته منجزاً، فإن انضبط قدّم وإلا فالمعتبر مدلوله لغتاً. ولو قال: «شئتِ أو أبيتِ»، وقع في الحال قطعاً، إذ لا تعليق هنا.

ولو كان تعليقه على مشيئة الله، فإن قصد به التبرك كان كالمنجز، وإن قصد التعليق لم يقع، أمّا على رأي العدلية فواضح؛ لأنّ الله تعالى لا يشأ الظهار؛ لكونه محرماً. وأمّا على رأي الأشعرية فللمجهل بحصول الشرط.

ولو عكس فقال: «أنتِ كظهر أمي إن لم يشأ الله»، وقع إن كان عدلياً؛ لما ذكرناه من العلة، فإنّ عدم مشيئة الله تعالى له معلومة. وقيدته في القواعد بكون المظاهر يعلم التحريم^١. وليس بواضح؛ لحصول الشرط على التقديرين.

وإن كان أشعرياً فوجهان، أجمدهما الوقوع مطلقاً.

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

هنا مسألتان:

الأولى: إذا ظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة فقال: «أنتن عليّ كظهر أمي» صار مظاهراً منهن إجماعاً. ثم إن فارقهن بما يرفع الظهار فلا كفارة. وإن عاد إليهن جمع فقولان،

أشهرهما أنه يلزمه عن كل واحدة كفارة؛ لأنه أوجد الظهار والعود في حقهن جميعاً. ولحسنه حفص بن البختری عن الصادق والكاظم عليهما السلام في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن كلهن جميعاً بكلام واحد، فقال: «عليه عشر كفارات»^١.

والثاني: أنه لا يجب إلا كفارة واحدة، وهو قول ابن الجنيد^٢؛ لأن الظهار كلمة يقتضي مخالفتها الكفارة، فإذا تعلقت بجماعة لم يقتض إلا كفارة واحدة كاليمين؛ ولرواية غياث بن إبراهيم عن الصادق، عن أبيه، عن علي عليه السلام في رجلٍ ظاهر من أربع نسوة قال: «عليه كفارة واحدة»^٣.

وجوابه: ضعف سند الرواية. وإذا عملنا بالحسن كان مضمونه رافعاً للتعليل الموجب للوحدة، مع أنه معتضد بالشهرة.

وربما بني الخلاف على أن المغلب في الظهار مشابهة الطلاق أو الأيمان، فإن غلبنا مشابهة الطلاق لزمته أربع كفارات، ولم يختلف الحال بين أن يظهر بكلمة أو كلمات، كما لا يختلف الحال بين أن يطلقهن بكلمة أو كلمات. وإن غلبنا مشابهة الأيمان لم تجب إلا كفارة واحدة، كما لو حلف أن لا يكلم جماعة فكلمهم. والظهار يرجع إلى الأصليين.

فعلى الأشهر من وجوب أربع كفارات وحصل العود في بعضهن دون بعض وجبت الكفارة بعدد من حصل فيها العود. وإن لم نوجب إلا كفارة واحدة كفى العود في بعضهن لوجوب الكفارة، حتى لو طلق ثلاثاً وجبت الكفارة للرابعة.

ويحتمل على هذا أن لا تجب، كما لو حلف أن لا يكلم جماعة لا تلزمه الكفارة بتكليم بعضهم. ويمكن الفرق بينه وبين اليمين أن كفارة اليمين إنما تجب بالحنث، والحنث

١. الكافي، ج ٦، ص ١٥٧، باب الظهار، ح ١٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١، ح ٦٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٣، ح ٩٤٣.

٢. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٢٣، المسألة ٧٦.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٤، ح ٤٨٤٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١-٢٢، ح ٦٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٣-٢٦٤، ح ٩٤٤.

لا يحصل إلا بأن يكلم الجميع، وفي الظهار إنما وجبت الكفارة؛ لأنه بالإمساك خالف قوله، والمخالفة تحصل بإمساك واحدة كما تحصل بإمساك الجميع.
واحتراز بقوله «ظاهر بلفظ واحد» عمّا لو ظاهر عنهنّ بأربعة ألفاظ، فإنّ الكفارة تتعدّد بتعدّدهنّ بغير خلاف؛ لتعدّد الظهار لفظاً ومعنى.

الثانية: لو ظاهر من واحدة مراراً متعدّدة ففي تعدّد الظهار أقوال:
أحدها - وهو الأشهر - التعدّد مطلقاً، سواء اتّحد المجلس أم تعدّد، وسواء اتّحدت المشبهه بها أم اختلفت؛ لأنّ كلّ ظهار سبب تامّ موجب للكفارة مع العود بالآية^٢، وتعدّد الأسباب يقتضي تعدّد المسببات، إلّا أن يدلّ دليل من خارج على التداخل أو الاتّحاد، والصحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرّات أو أكثر، قال: «قال عليّ عليه السلام: مكان كلّ مرّة كفارة»^٣، وحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرّات، قال: «يكفّر ثلاث مرّات»^٤، ومثله رواية أبي بصير عنه عليه السلام^٥.

وثانيها: تعدّدها مع تراخي أحدهما عن الآخر أو تواليها من غير أن يقصد به التأكيد، وإلّا فواحدة. وهو قول الشيخ في المبسوط^٦، وتبعه ابن حمزة^٧.

١. القول بالتعدّد مطلقاً للشيخ في النهاية، ص ٥٢٦؛ وابن أبي عقيل على ما حكاه عنه العلامة واختاره أيضاً في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٢٠، المسألة ٧٥.

٢. المجادلة (٥٨): ٣-٤.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٥٦، باب الظهار، ح ١٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٣١، ح ٤٨٣٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢، ح ٧٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٢، ح ٩٣٨.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٥٦، باب الظهار، ح ١٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٣١، ح ٤٨٣٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨-١٩، ح ٥٩؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٥-٢٦٦، ح ٩٥٢.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢، ح ٧١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٢-٢٦٣، ح ٩٤٠.

٦. المبسوط، ج ٤، ص ١٧٤.

٧. الوسيلة، ص ٣٢٤.

وثالثها: التفصيل بتعدد المشبه بها - كالأم والأخت - فتتعدد الكفارة، واتحادها - كالأم - فتتحد وإن فرّق، إلا أن يتخلّل التكفير فتتعدّد. وهو قول ابن الجنيّد؛ محتجاً مع التعدّد بأنهما حرمتان انتهكهما فيجب لكلّ واحدة كفارة، ومع الاتحاد بأنه واحد^١، والكفارة معلقة على مطلق الظهار، وهو يتناول الواحد والكثير، وبرواية عبد الرحمن بن الحجّاج^٢ عن الصادق عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته أربع مرّات في مجلس واحد، قال: «عليه كفارة واحدة»^٣.

والشيخ حمل هذا الخبر على أنّ عليه كفارة واحدة في الجنس لا تختلف كما تختلف الكفارات فيما عدا الظهار، وليس المراد أنّ عليه كفارة واحدة عن المرّات الكثيرة^٤. ولا يخفى بعد هذا التأويل في الغاية. ولو قيل بترجيح الأوّل - لأنه أصحّ إسناداً وأكثر - كان أولى.

بقي في المسألة أمور:

الأوّل: يظهر من قول المصنّف «فرّق الظهار أو تابعه، ومن فقهاؤنا من فصل» أنّ منهم من فرّق بين ما لو تابع وفرّق، فحكم بتعدد الكفارة في الثاني دون الأوّل^٥. وفي رواية ابن الحجّاج ما يرشد إليه؛ لأنّه حكم باتحاد الكفارة مع اتحاد المجلس، وتلك الأخبار الدالة على تعدّدّها مطلقة فتحمل على اختلاف المجلس؛ جمعاً بين الأخبار.

وهذا قول موجّه بالنسبة إلى دلالة الأخبار وطريق الجمع بينها، إلا أنّنا لم نقف على قائل

١. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤١٩، المسألة ٧٥.

٢. في حاشية «خ، و»: «في طريق هذا الخبر أبو بصير وهو مشترك بين الثقة والضعيف ولكن في المختلف وصفه بالصحة، وهو ممنوع. (م ب مجلسي قدس سرّه)». راجع مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٢٠ - ٤٢١، المسألة ٧٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣، ح ٧٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٣، ح ٩٤٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣، ذيل الحديث ٧٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٣، ذيل الحديث ٩٤٢.

٥. الشيخ في الميسوط، ج ٤، ص ١٧٤؛ ابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٣٤.

به من أصحابنا. نعم، نقله الشيخ في المبسوط عن بعضهم^١، ومقتضى طريقته أنه من العامة^٢ لا من أصحابنا.

الثاني: إطلاق قول المصنّف بتعدّد الكفّارة يقتضي عدم الفرق بين ما إذا قصد بالثاني وما بعده التأكيد للأوّل، وما إذا قصد الظهار أو أطلق. وهذا هو الظاهر من إطلاق جماعة^٣، والمتبادر من مذهب العلامة في المختلف؛ لأنّه أجاب عن حجة الشيخ باتّحاد الظهار مع إرادة التأكيد بقوله:

ونمنع الوحدة، فإنّ التأكيد غير المؤكّد، والمطلق موجود في كلّ فرد، وهو يستلزم تعدّد المعلول بحسب تعدّد العلة^٤.

لكنه بعد ذلك - وبعد أن نقل عن الشيخ في النهاية إطلاق القول بتعدّد الكفّارة^٥، وعن المبسوط بعدم وجوبها مع قصد التأكيد على ذلك الوجه^٦، وعن الخلاف قريباً منه^٧ - قال: والظاهر أنه غير مخالف لقوله في النهاية؛ لأنّ قوله في النهاية: ومتى ظاهر من امرأته مرّة بعد أخرى، وتأكيد الظهار ليس ظهاراً^٨.

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

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٧٤.

٢. انظر المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨، ص ٦٢٤، المسألة ٦٢٢٨؛ والمجموع شرح المهذب ج ١٧، ص ٣٦٤.

٣. منهم الشيخ في النهاية، ص ٥٢٦؛ وابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٢٩٩؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٧٤.

٤. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٢١، المسألة ٧٥.

٥. النهاية، ص ٥٢٦.

٦. المبسوط، ج ٤، ص ١٧٤.

٧. الخلاف، ج ٤، ص ٥٣٥، المسألة ١٩.

٨. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٢١، المسألة ٧٥.

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

ويظهر من ولده في الشرح أنّ موضع الخلاف ما إذا لم يقصد التأكيد^١. وهو يدلّ بإطلاقه على ما ذكره والده أخيراً. وبهذا صرح في التحرير^٢. وهذا هو المعتمد.

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

قوله: «إذا أطلق الظهر حرم عليه الوطء حتى يكفر - إلى قوله - وهو بعيد».

من حكم الظهر الصحيح تحريم الوطء إذا وجبت الكفّارة إلى أن يكفر، فلو وطئ قبل التكفير عصى وحرّم عليه العود ثانياً إلى أن يكفر أيضاً، قال تعالى: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَبْمَأَسَا»^٣.

ثمّ إن كان الظهر مطلقاً غير معلق على شرط فوقوع الظهر يحصل بنفس الصيغة، ووجوب الكفّارة بالعود كما مرّ. وإن كان معلقاً على شرط فوقوعه مشروط بحصول ذلك الشرط قضيّةً للتعلّق، فيجوز الوطء قبل حصوله، فإذا حصل وقع الظهر حينئذٍ، ولحقه حكمه من تحريم الوطء وتوقّف وجوب الكفّارة على العود بعد وقوعه. ولا فرق في ذلك بين كون الشرط وطناً وغيره؛ لاشتراكهما في المقتضي. فعلى تقدير كونه وطناً، كما لو قال: «إن وطئتني فأنت عليّ كظهر أمي» جاز له وطؤها أول مرّة، فإذا وطئ انعقد الظهر، وتوقّف وجوب الكفّارة على العزم على وطئها مرّةً أخرى.

١. إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٢٠.

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٠٨، الرقم ٥٤٧٤.

٣. المجادلة (٥٨)، ٣.

وقال الشيخ (رحمه الله): إذا كان الشرط هو الوطء وجبت الكفارة بنفس الوطء^١. وإن كان ابتداءه جائزاً، بناءً على أن الاستمرار وطء ثانٍ. وعلى هذا فإنما يباح منه مسماه، وتجب الكفارة ولو بالنزع بعد المسمى.

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

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

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

ولو علّقه بنفي فعل كقوله «إن لم تدخلني الدار» لم يقع إلا عند اليأس من الدخول، كأن مات أحدهما قبله، فيحكم بوقوعه قبل الموت. ومن هذا الباب ما لو قال: «إن لم أتزوج عليك فأنبت عليّ كظهر أمي»، فإنها تصير مظاهراً عند اليأس وذلك بالموت، فتبين أنه قبل الموت صار مظاهراً ولا كفارة عليه؛ لعدم العود بعده؛ لأنّ الموت عقيب صيرورته مظاهراً. ولو علّق النفي بـ«إذا» كقوله «إذا لم تدخلني» وقع عند مضي زمن يمكن فيه ذلك الفعل من وقت التعليق فلم تغفل.

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

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

الثاني: لو علّقه بالحمل فقال: «إن كنتِ حاملاً فأنتِ كظهر أمي»، فإن كان بها حمل ظاهر وقع في الحال، وإلا فإن ولدت لدون ستّة أشهر من التعليق بان وقوعه حين التعليق؛ لوجود الحمل حينئذٍ. وإن ولدت لأكثر من أقصى مدّة الحمل أو بينهما ووطئت بعد التعليق؛ وأمکن حدوثه به بأن كان بين الوطء والوضع ستّة أشهر فأكثر لم يقع؛ لتبين انتفاء الحمل في الأوّل، واحتمال حدوثه بعد التعليق في الثاني. وإن لم يطأها بعد التعليق بحيث يمكن حدوثه به ففي وقوعه وجهان، من احتمال حدوثه بغير الوطء كاستدخال المنى، والأصل عدم تقدّمه ومن أنّ ذلك نادر، والظاهر وجوده عند التعليق. وهذا هو الأقوى. وقد تقدّم نظيره فيما لو أوصى للحمل!

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

الثالث: لو علّقه بالحيض فقال «إن حضتِ حيضة فأنتِ عليّ كظهر أمي» لم يقع حتّى ينقضي حيض تامّ. ولو قال «إن حضتِ» واقتصر وقع إذا رأت دماً محكوماً بكونه حيضاً، فإن كانت معتادة ورأته في عاداتها وقع برؤية الدم، وإلا فبمضي ثلاثة أيام. وعلى القول بتحريضها برؤية الدم مطلقاً أو مع ظنّه يقع كذلك. ويحتمل توقّفه على ثلاثة مطلقاً؛ إذ به يتحقّق أنّه ليس بدم فساد.

والفرق بينه وبين العباداة والتحريم أنّ الظهار لا يقع إلاّ بيقين وأحكام الحيض تشبّه بالظاهر. ولو قال لها ذلك وهي حائض لم يقع إلاّ بحيضة مستأنفة.

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

والفرق عسر إقامة البيّنة على الحيض، وغاية غيرها مشاهدة الدم، وذلك لا يعرف إذا لم تعرف عاداتها وأدوارها، فلعلّه دم فساد، فاكتفى الشارع فيه بقولها. وقد تقدّم في الطلاق ما يدلّ عليه من النصّ^١.

ومثله ما لو قال: «إن أضمرت بغضي فأنت عليّ كظهر أمي»، فقالت: «أضمرت»، فالقول قولها، لعسر الاطلاع، بخلاف الأفعال الظاهرة كدخول الدار؛ لسهولة إقامة البيّنة عليها. الرابع: لو تعدّد الشرط كقوله «إن دخلت دار زيد أو كلّمته فأنت عليّ كظهر أمي» وقع بأيّ واحد من الشرطين وجد، ثمّ لا يقع بالآخر شيء؛ لأنّه ظهار واحد. وكذا لو قدّم الجزاء عليهما. وكذا لو قال: «إن دخلت الدار وإن كلّمت زيدا»، أو قال: «إن دخلت هذه الدار وإن دخلت الأخرى فأنت عليّ كظهر أمي». أمّا لو قال: «إن دخلت دار فلان فأنت عليّ كظهر أمي وإن كلّمته فأنت كظهر أمي»، أو «إن دخلت هذه الدار فأنت كظهر أمي وإن دخلت هذه الدار فأنت كظهر أمي»، فوجد الشرطان وقع الظهاران؛ لتعدّد الشرط والجزاء.

ولو قال: «إن دخلت الدار وكلّمت زيدا»، فلا بدّ من وجودهما معاً لوقوعه. ولا فرق بين أن يتقدّم الكلام أو يتأخّر؛ لأنّ «الواو» لمطلق الجمع على أصحّ القولين^٢، ويجيء على قول من يجعلها للترتيب^٣ اشتراط أن يتقدّم الدخول على الكلام، كما لو قال: «إن دخلت الدار ثمّ كلّمته»، أو قال: «إن دخلت الدار فكلمّته»، فإنّه يشترط جمعهما وتقديم الدخول في وقوعه.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٠١، باب أنّ النساء يصدّقن في العدة والحيض، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٦٥، ح ٥٧٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٥٦، ح ١٢٧٦، وتقدّم في ج ٧، ص ٣٦٢.

٢. القول بأنّ الواو لمطلق الجمع للزجاجي في كتاب الجمل في النحو، ص ١٧؛ وابن هشام في شرح جمل الزجاجي، ص ١١٥.

٣. مغني اللبيب، ج ١، ص ٦٦٥-٦٦٦.

ولو قال: «إن دخلت الدار، إن كلمت زيدا، فأنت عليّ كظهر أمي»، أو قدّم الجزاء عليهما فلا بدّ منهما في وقوعه. ويشترط تقدّم المذكور آخرأ - وهو الكلام - على المذكور أولأ - وهو الدخول - لأنّه جعل الكلام شرطاً لتعلّق الظهار بالدخول، ويسمّى ذلك اعتراض الشرط على الشرط، والتعليق يقبل التعليق، كما أنّ التنجيز يقبله، نظير قوله تعالى: ﴿وَلَا يَنْفَعُكُمْ نُصْحِي إِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَنْصَحَ لَكُمْ إِنْ كَانَ اللَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُغْوِيَكُمْ﴾^١. والمعنى: إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم. وقيل: لا يشترط الترتيب، ويقع الظهار بحصولهما كيف اتفق؛ لأنّه ذكر صفتين من غير عاطف، فلا وجه لاعتبار الترتيب.

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

ولو قال: «إن خالفت نهيي فأنت كظهر أمي»، ثمّ قال لها: «قومي»، فقعدت، ففي وقوعه أوجه مبنية على أنّ الأمر بالشيء هل هو نهى عن ضده مطلقاً، أو ضده العام، أو ليس نهياً عنهما؟ فعلى الأوّل يقع الظهار بفعلها ما يخالف أمره دون الأخيرين. هذا كلّه إذا لم يدلّ العرف على شيء، وإلّا عمل بمقتضاه مقدّماً على القاعدة الأصولية؛ لأنّ التعليقات تحمل على الأمور العرفية لا على القواعد الأصولية. هذا إذا انضبط العرف، وإلّا رجع إلى الاصطلاح.

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

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

وفي اشتراط إبلامه به وجهان، أجودهما عدم؛ لأنه أعم لغةً وعرفاً.

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

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

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

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

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

التاسع: لو قلنا بوقوعه معلقاً على الصفة كالشرط - كما هو أقوى القولين^١ - فقال: «أنت عليّ كظهر أمي في شهر كذا» وقع عند استهلال هلاله؛ لأنّ اسمه يتحقّق عند مجيء أوّل جزء منه، كما أنّه لو علّق بدخول الدار فحصلت في أولها وقع ولم يعتبر توسطها.

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

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

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

العاشر: الأمر المعلق عليه إن فعله فاعله عامداً أو كان الغرض مجرد التعليق عليه - كقدوم الحاج والسلطان ومن لا يبالي بتعليقه - وقع الظهار عند حصول الشرط مطلقاً. وإن كان الغرض منه المنع - كما لو قال: «إن دخلت دار فلان أو كلمته»، فكلمته ناسيةً أو جاهلةً بالتعليق أو مجنوناً أو مكرهه، أو علّق هو ذلك على فعله قاصداً منع نفسه منه - ففي وقوعه وجهان، من وجود المعلق به، وليس النسيان ونحوه دافعاً للوقوع، ومن عموم قوله ﷺ: «إنّ الله وضع عن أمّتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»^٢. والمراد رفع المؤاخظة أو رفع الأحكام. والتفصيل متوجّه نظراً إلى القصد.

١. القول بوقوع الظهار للشّرخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٧١.

٢. سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٥٩، ح ٢٠٤٥؛ تلخيص الحبير، ج ١، ص ٢٨١ - ٢٨٣، ح ٤٥٠.

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

قوله: «يحرم الوطء على المظاهر ما لم يكفر، سواء كفر بالعتق أو الصيام أو الإطعام». أما تحريم الوطء قبل العتق والصيام فموضع وفاق بين المسلمين؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا﴾^١. ثم قال: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ قَصِيماً شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا﴾^٢.

وأما تحريمه قبل الإطعام على تقدير عجزه عن الأولين فالأكثر منّا ومن الجمهور عليه؛ لأنّ الله تعالى جعله بدلاً عنهما بقوله عقيب ذلك: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِاطْعَامُ سِتَيْنِ مِسْكِينًا﴾^٣ والبدل يجب مساواته للمبدل في الحكم، والمطلق محمول على المقيّد مع اتّحاد الواقعة. ولما روي أنّ النبي ﷺ قال لرجل ظاهر من امرأته: «لا تقربها حتّى تكفر»^٤، ويروى: «اعتزلها حتّى تكفر»^٥. وهو شامل للخصال الثلاث.

ومن طريق الخاصة ما تقدّم من صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يمسه حتّى يكفر، فإن فعل يعتق أيضاً رقبة»^٦ وغيرها من الأخبار الشاملة للخصال الثلاث^٧. وقال ابن الجنيّد منّا وبعض العامة^٨:

إنّه إذا انتقل فرضه إلى الإطعام لم يحرم الوطء قبله؛ لأنّ الله تعالى شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود، ولم يشترط ذلك في الإطعام^٩. وقد تقدّم جوابه.

١-٣. المجادلة (٥٨): ٣-٤.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩، ح ٦٠: الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٦، ح ٩٥٣.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٥٩، باب الظهار، ح ٢٧.

٦. تقدّم تخريجها في ص ٥٤، الهامش ١.

٧. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٣٢٨-٣٣١، الباب ١٥ من كتاب الظهار.

٨. الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٥٢١: المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨، ص ٥٦٧-٥٦٨، المسألة ٦١٧٨.

٩. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٢٤، المسألة ٧٧.

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

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

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

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

وقال ابن إدريس:

لا يبطل التتابع بالوطء ليلاً مطلقاً؛ لأنّ التتابع عبارة عن إتيان صوم اللاحق للسابق من غير فارق، وهو متحقّق وإنّ وطئ ليلاً. ولا يستأنف الكفارة؛ لأنّه لم يبطل من الصوم شيء، وعليه إتمامه وكفارة أخرى للوطء^١.

وليس قوله بذلك البعيد. وغاية ما استدلّوا به أن يكون قد أتمّ بالوطء خلال الصوم كما يَأْتِمُّ به لو فعله قبل الشروع في الكفارة، وإيجابه كفارة أخرى، أمّا وجوب استئناف هذه فلا. وقولهم: إنّ المأمور به صيام شهرين متتابعين قبل المسيس لا ينفعهم؛ لأنّ الاستيناف يوجب كون الشهرين واقعين بعد التماس، وإذا لم نوجهه كان بعض الشهرين قبل التماس، وهذا أقرب إلى ما هو مأمور به من الأوّلين. وإن سلّمنا لكن بمخالفته يحصل الإثم والكفارة، كما لو وقع قبل الشروع، فإنّه إذا صام بعده فقد صدق عليه أنّه لم يأت بالمأمور به قبل أن يتماساً، ومع ذلك وقع مجزياً.

● وهل يحرم عليه ما دون الوطء كالقبلة والملامسة؟ قيل: نعم؛ لأنه مما سئ. وفيه إشكال ينشأ من اختلاف التفسير.

والأقوى مختار ابن إدريس، ووافق العلامة في القواعد^١ والشهيد في الدروس^٢. قوله: «وهل يحرم عليه ما دون الوطء كالقبلة والملامسة؟ قيل: نعم؛ لأنه مما سئ. وفيه إشكال ينشأ من اختلاف التفسير».

اختلف العلماء في القدر المحرّم منها المعبر عنه بالمسيس هل هو الوطء أم جميع الاستمتاع المحرّم على غير الزوج كالقبلة واللمس بشهوة وغيرها؟ فقال بعضهم بالثاني؛ لأنّ المسيس في قوله تعالى: «مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاشَا»^٣ حقيقة في تلاقي الأبدان لغةً^٤، والأصل عدم النقل والاشتراك.

وقال بعضهم^٥ بالأول؛ لأنّ المسيس يطلق على الوطء في قوله تعالى: «مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ»^٦، والأصل في الإطلاق الحقيقة.

وأجيب^٧ باستلزامه النقل أو الاشتراك؛ إذ لا خلاف في عموم معناه لغةً، وجاز استعماله في بعض أفرادها مجازاً، وهو أولى منهما، وكثيراً ما يعدل في القرآن عمّا يستهجن التصريح به إلى المجاز لذلك، ولأنّ مقتضى تشبيهها بالأتمّ كون تحريمها على حدّ تحريمها إلى أن يكفّر، وهو متناول لغير الوطء من ضروبه.

ويشكل بأنّ ذلك يقتضي تحريم النظر بشهوة، والآية^٨ لا تدلّ عليه، وظاهر بعض

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٧٣.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٤٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٣. المجادلة (٥٨): ٣.

٤. الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٧٧؛ ولمعنى المسّ في اللغة راجع الصحاح، ج ٢، ص ٩٧٨، «مس».

٥. كابين إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧١١؛ وقوّاه العلامة في مختلف الشريعة، ج ٧، ص ٤١٣، المسألة ٧٠.

٦. البقرة (٢): ٢٣٧.

٧. المجيب هو فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤١٥.

٨. المجادلة (٥٨): ٣.

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

الأصحاب أنه غير محرم؛ لعدم الدليل عليه، وإنما الكلام فيما يدخل في مفهوم التماس لغة من ضروب الاستمتاع. وبأنها لم تخرج عن ملك الاستمتاع بالظهار، فأشبهه الصوم والحيض. واستصحاب الحل فيما عدا موضع الوفاق هو الوجه.

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

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

المظاهر إن قدر على إحدى الخصال الثلاث لم يحل الوطء حتى يكفر إجماعاً، وهو المعبر عنه في كلام المصنّف بالكفارة، وإن عجز عن الثلاث فهل لها بدل يتوقف عليه حلّ الوطء؟ قيل: نعم. واختلفوا في البدل، فقال الشيخ في النهاية: إن للإطعام بدلاً وهو صيام ثمانية عشر يوماً، فإن عجز عنها حرم عليه وطؤها إلى أن يكفر^٢.

وقال ابن بابويه: إنه مع العجز عن إطعام الستين يتصدق بما يطيق^٣.

وقال ابن حمزة:

إذا عجز عن صوم شهرين متتابعين صام ثمانية عشر يوماً، فإن عجز تصدق عن كل يوم

بمدين من طعام^٤.

١. راجع التنقيح الرابع، ج ٣، ص ٣٨١.

٢. النهاية، ص ٥٢٧ بتفاوت في العبارة.

٣. المقنع، ص ٢٢٣؛ وحكاها العلامة عن والد الصدوق في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٢١-٤٢٢، المسألة ٧٥.

٤. الوسيلة، ص ٣٥٤.

وقال ابن إدريس: إذا عجز عن الخصال الثلاث فبدلها الاستغفار^١، ويكفي في حلّ الوطء، ولا يجب عليه قضاء الكفارة بعد ذلك وإن قدر عليها.

وللشيخ قول آخر بذلك لكن تجب الكفارة بعد القدرة^٢.

وذهب جماعة - منهم الشيخ في قول ثالث^٣، والمفيد^٤ وابن الجنيّد^٥ - إلى أنّ الخصال الثلاث لا بدل لها أصلاً، بل يحرم عليه وطؤها إلى أن يؤدّي الواجب منها. وهذا هو الذي يقتضيه نصّ القرآن^٦، وإثبات حكم غيره يحتاج إلى دليل صالح، وهو منفيّ.

ويؤيده رواية سلمة بن صخر وأمر النبي ﷺ إياه بالخصال، وأمره مع إقراره بالعجز أن يأخذ من الصدقة ويكفر^٧، ولو كان الاستغفار للعاجز كافياً لأمره به، وكذا غيره من الأبدال.

ورواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «كلّ من عجز عن الكفارة التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك ممّا يجب على صاحبه في الكفارة، فلا استغفار له كفارة، ما خلا يمين الظهار، فإنه إذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه أن يجامعها، وفرّق بينهما إلا أن ترضى المرأة أن يكون معها ولا يجامعها»^٨.

واحتجّ في المختلف للاجتراء بالاستغفار بعد العجز عن الخصال الثلاث بأصالة براءة الذمّة، وإباحة الوطء، وإيجاب الكفارة مع العجز تكليف بغير المقدور فيكون مدفوعاً^٩.

١. السرائر، ج ٢، ص ٧١٣.

٢. الاستبصار، ج ٤، ص ٥٧، ذيل الحديث ١٩٦.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٥، ذيل الحديث ٤٧: النهاية، ص ٥٢٥: المبسوط، ج ٥، ص ١٥٥.

٤. المقنعة، ص ٥٢٤.

٥. الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٢١، المسألة ٧٥.

٦. المجادلة (٥٨): ٣ - ٤.

٧. سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٦٥ ح ٢٢١٣: سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٦٥ ح ٢٠٦٢.

٨. الكافي، ج ٧، ص ٤٦١، باب النوادر، ح ٥: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٦، ح ٥٠: الاستبصار، ج ٤، ص ٥٦،

ح ١٩٥.

٩. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٢٢، المسألة ٧٥.

وما رواه إسحاق بن عمار - في الموثق - عن الصادق عليه السلام: «أنّ الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر ربّه ولْيَتَوَّأْنْ لا يعود قبل أن يواقع ثمّ ليوافق وقد أجزأ ذلك عنه من الكفارة، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفر به يوماً من الأيام فليكفر، وإن تصدّق بكفّه فأطعم نفسه وعياله فإنّه يجزئه إذا كان محتاجاً، وإلا يجد ذلك فليستغفر الله ربّه وينوي أن لا يعود، فحسبه بذلك والله كفارة»^١.

وجوابه: أنّ أصالة البراءة وإباحة الوطء انقطعا بالظهار، فإنّه حرّم الوطء بإجماع المسلمين وأوجب الكفارة مع العود، فإسقاطهما بعد ذلك يحتاج إلى دليل. ومن العجب من هذا الفاضل مثل هذا الاستدلال.

وأما الرواية فدلالاتها لا تخلو من اضطراب؛ لتضمّن صدرها وجوب الكفارة إذا قدر عليها بعد الاستغفار وآخرها عدمه. مع أنّ العمل بمضمونها موقوف على قبول الموثق، خصوصاً مع معارضة القرآن^٢ وما هو أقوى دلالة^٣. والعلامة كالشيخ لا ينضبط مذهبه في العمل بالرواية، وفي أصول الفقه اشترط في الراوي الإيمان والعدالة^٤، وفي فروع الفقه له آراء متعدّدة منها قبول الموثق^٥ كما هنا، بل ما هو أدنى مرتبة^٦ منه.

واحتجّ الشيخ على إيجاب صوم ثمانية عشر يوماً بدلاً مع العجز عن الخصال^٦ برواية

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٦١، باب النوادر، ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٢٠ - ٣٢١، ح ١١٩٠؛ الاستبصار،

ج ٤، ص ٥٦، ح ١٩٦.

٢. المجادلة (٥٨): ٣ - ٤.

٣. كرواية أبي بصير المتقدم تخريجها في ص ٧٩. الهامش ٨.

٤. نهاية الوصول إلى علم الأصول، ج ٣، ص ٤١٧ - ٤١٨ و ٤٢٠ - ٤٢١.

٥. بعنوان المثال راجع مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٢٢، المسألة ٧٥، وفيه اعتمد على موثقة إسحاق بن عمار،

وراجع أيضاً ص ٤٦٤، المسألة ١١٤ حيث اعتمد على موثقة عبد الرحمن بن الحجاج.

٦. النهاية، ص ٥٢٧.

وهيب بن حفص^١، عن أبي بصير، عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق ولا يقوى على الصيام، قال: «يصوم ثمانية عشر يوماً لكل عشرة مساكين ثلاثة أيام»^٢.

وجوابه: ضعف السند بهيب^٣، واشترك أبي بصير^٤. وأما ما قيل في جوابه - إن إثبات بدل للواجب بالآية^٥ بنص متأخر يوجب النسخ - فضعيف على ما حقق في الأصول^٦. وبقية الأقوال - خصوصاً تفصيل ابن حمزة^٧ - ليس لها دليل معتد به.

نعم، ورد في كفارة رمضان أنه مع العجز عن إطعام الستين يتصدق بما يطيق، رواه عبد الله بن سنان في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام^٨. ويؤيده قوله عليه السلام: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»^٩. وهو عام فيصلح حجة للصدوقين^{١٠}.

واعلم أن المراد بالاستغفار في هذا الباب ونظائره أن يقول: أستغفر الله، مقترناً بالتوبة التي هي الندم على فعل الذنب والعزم على ترك المعاودة إلى الذنب أبداً. ولا يكفي اللفظ

١. في النسخ: «وهب بن حفص» وكذا في نسخة التهذيب المطبوع، والمثبت هو الصحيح كما في رجال النجاشي.

راجع معجم رجال الحديث، ج ١٩، ص ٢٠٦، الرقم ١٣١٨٦، وص ٢١١، الرقم ١٣١٩٩.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣، ح ٧٤.

٣. رجال النجاشي، ص ٤٣١، الرقم ١١٥٩، وفيه: وهيب بن حفص... روى عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام ووقف.

٤. راجع خلاصة الأقوال، ص ٢٣٤ - ٢٣٥، الرقم ٧٩٨، وص ٤١٦، الرقم ١٦٨٧.

٥. المجادلة (٥٨): ٣ - ٤.

٦. راجع نهاية الوصول إلى علم الأصول، ج ٣، ص ١٠٦ - ١٠٧.

٧. الوسيلة، ص ٣٥٤.

٨. الكافي، ج ٤، ص ١٠٢، باب من أفطر متعمداً من غير عذر...، ح ٣، الفقيه، ج ٢، ص ١١٥، ح ١٨٨٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٣٢١، ح ٩٨٤؛ الاستبصار، ج ٢، ص ٩٦، ح ٣١٣.

٩. مسند أحمد، ج ٣، ص ٣٠٧، ح ١٠٢٢٩؛ صحيح مسلم، ج ٢، ص ٩٧٥، ح ١٣٣٧/٤١٢.

١٠. راجع ص ٧٨.

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

المجرد عن ذلك، وإنما جعله الشارع كاشفاً عما في القلب كما جعل الإسلام باللفظ كاشفاً عن القلب. واللفظ كافٍ في البدليّة ظاهراً، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإن لم يقترن بالتوبة التي هي من الأمور الباطنة لم يترتب عليه أثر فيما بينه وبين الله تعالى، بل كان الوطء معه كالوطء قبل التكفير، فيجب عليه به كفارة أخرى في نفس الأمر وإن لم يحكم عليه بها ظاهراً. قوله: «إن صبرت المظاهرة فلا اعتراض» إلى آخره.

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

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

.....

وإلا ترك ثلاثة أشهر، فإن فاء وإلا أوقف حتى يسأل ألك حاجة في امرأتك أو تطلقها؟ فإن فاء فليس عليه شيء، وهي امرأته، وإن طلق واحدة فهو أملك برجعتها^١.
وفي طريق الرواية ضعف. وفي الحكم على إطلاقه إشكال؛ لشموله ما إذا رافعته عقيب الظهار بغير فصل بحيث لا يفوت الواجب لها من الوطء بعد مضي المدة المضروبة، فإن الواجب وطؤها في كل أربعة أشهر مرة، وغيره من الحقوق لا يفوت بالظهار، أما إذا لم نحرم غير الوطء فظاهر، وأما إذا حرّمناه فيبقى لها حق القسم على بعض الوجوه، وهو غير منافٍ للظهار. وفي الرواية أمور أخر منافية للقواعد.

[الكفّارات]

● ويلحق بذلك: النظر في الكفّارات
وفيه مقاصد:

[المقصد] الأول في ضبط الكفّارات

وقد سبق الكلام في كفّارات الإحرام، فلنذكر ما سوى ذلك،
وهي مرتّبة ومخيّرة وما يحصل فيه الأمان وكفّارة الجمع.

قوله: «ويلحق بذلك النظر في الكفّارات، وفيه مقاصد: الأوّل في ضبط الكفّارات». الكفّارة اسم للتكفير، وأصلها الستر؛ لأنّها تستر الذنب، ومنه الكافر؛ لأنّه يستر الحقّ، ويقال لليل: كافر؛ لأنّه يستر من يفعل فيه شيئاً. وتكفير اليمين فعل ما يجب بالحنث فيها، وكفّارة الظهار ما يجب بالعود فيه.

وقد ورد القرآن بلفظ «الكفّارة» كقوله تعالى: ﴿فَكَفَّرْتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ﴾^١. وهي أنواع كثيرة، منها: كفّارة الظهار، واستطرد الباب كلّه عندها لمناسبة ذكرها، وكونها تجمع الخصال الثلاث التي هي - مع البحث عن أحكامها - عمدة الباب.

وقد عرّفها بعضهم^١ بأنّها: طاعة مخصوصة مسقطّة للعقوبة أو مخفّفة غالباً.

ويقيد بالأغلبية لتدخل كفّارة قتل الخطيئ فيها، فإنّها ليست عقوبة.

وينتقض في طرده بالتوبة، فإنّها طاعة مخصوصة، بل هي من أعظم الطاعات، ثمّ قد تكون مسقطّة للذنب كما إذا كان الذنب حقّ الله تعالى ولم يجب قضاؤه، وقد تكون مخفّفة له كما إذا اقترنت بوجود القضاء أو ردّ الحقّ ونحوه.

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

واعلم أنّ الكفّارة الواجبة إن لم تكن عن ذنبٍ - ككفّارة قتل الخطيئ - فوجوبها على التراخي؛ لأنّ مطلق الأمر لا يقتضي الفور على أصحّ القولين.

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

وأطلق بعضهم^٢ وجوبها على الفور؛ مستدلاً بأنّها كالنوبة الواجبة لذلك؛ لوجوب الندم على كلّ قبيح أو إخلالٍ بواجب. ولا يخفى فسادُه على إطلاقه، فإنّ منها ما ليس مسبباً عن قبيح.

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

● فالمرتبة ثلاث كفارات:

الظهار، وقتل الخطأ. ويجب في كل واحدة العتق، فإن عجز فالصوم شهرين متتابعين، فإن عجز فإطعام ستين مسكيناً.

من القضاء للقادر عليه. ومثله القول في الحدود والتعزيرات على المعاصي.

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

وجوب الكفارتين على الترتيب هو الذي يقتضيه ظاهر القرآن، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَابِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرٌ - إِلَى قَوْلِهِ: - فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾، ثم قال: ﴿فَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾^١، وقال تعالى في كفارة القتل: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾، ثم قال: ﴿فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾^٢، وهو نص في الترتيب فيهما.

ويؤيد ذلك الأخبار الكثيرة^٣، وقد تقدم ما يتعلق بالظهار منها^٤.

وفي القتل روى عبد الله بن سنان - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام قال: «إذا قتل خطأ أدى ديتة إلى أوليائه ثم أعتق رقبة، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً مداماً مداماً»^٥.

ولا نعلم في كفارة الظهار مخالفاً، لكن روى معاوية بن وهب - في الصحيح - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المظاهر قال: «عليه تحرير رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً، والرقبة تجزئ ممن ولد في الإسلام»^٦. و«أو» ظاهرة في التخيير، والأولى حملها

١. المجادلة (٥٨): ٣ - ٤.

٢. النساء (٤): ٩٢.

٣. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٣٥٩ وما بعدها، الباب ١ من أبواب الكفارات.

٤. تقدم في ص ٣٧ و ٨٢.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٢٢ - ٣٢٣، ح ١١٩٦.

٦. الكافي، ج ٦، ص ١٥٨، باب الظهار، ح ٢٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٢١ - ٣٢٢، ح ١١٩٢؛ الاستبصار،

ج ٤، ص ٥٨ ح ١٩٨.

● وكفّارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال إطعام عشرة مساكين، فإن عجز صام ثلاثة أيام متتابعات.

على الترتيب؛ للجمع، وموافقة الآية، وإن كان ذلك خلاف الظاهر. وأما قتل الخطأ فالأكثر على أن كفّارته مرتبة؛ لما ذكرناه. وقال سلار: إنها مخيرة^١.

وهو ظاهر المفيد، حيث جعلها ككفّارة من أفطر يوماً من شهر رمضان^٢، وذكر في كفّارة رمضان: أنها مخيرة^٣. والمذهب هو الأوّل. قوله: «وكفّارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال إطعام عشرة مساكين، فإن عجز صام ثلاثة أيام متتابعات».

ما ذكره المصنّف من الكفّارة في ذلك هو المشهور بين الأصحاب روايةً وفتوىً، رواه الصدوق عن بريد بن معاوية العجلي، عن الباقر عليه السلام في رجل أتى أهله في يوم يقضيه من شهر رمضان قبل الزوال: «لا شيء عليه إلا يوماً مكان يوم، وإن أتى أهله بعد زوال الشمس فإنّ عليه أن يتصدّق على عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ، فإن لم يقدر صام يوماً مكان يوم، وصام ثلاثة أيام كفّارة لما صنع»^٤.

قال الصدوق عقيب هذه الرواية:

وقد روي أنّه إن أفطر قبل الزوال فلا شيء عليه، وإن أفطر بعد الزوال فعليه الكفّارة مثل ما على من أفطر يوماً من شهر رمضان^٥.

١. المراسم، ص ١٨٧.

٢. المقنعة، ص ٥٧٠ - ٥٧١.

٣. المقنعة، ص ٥٦٩.

٤. الفقيه، ج ٢، ص ١٤٩، ح ٢٠٠٢؛ ورواه الكليني أيضاً في الكافي، ج ٤، ص ١٢٢، باب الرجل يصبح وهو يريد الصيام... ح ٥؛ والشيخ في تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٧٨، ح ٨٤٤.

٥. الفقيه، ج ٢، ص ١٤٩، ذيل الحديث ٢٠٠٢.

وهذا يدلّ على اختياره الأوّل. وفي كتابه المقتنع عكس الحال، فجعل الأوّل روايةً، والثاني فتوى، فقال:

وإذا قضيت صوم شهر رمضان كنت بالخيار في الإفطار إلى زوال الشمس، فإن أفطرت بعد الزوال فعليك مثل ما على من أفطر يوماً من شهر رمضان. وقد روي أنّ عليه إذا أفطر بعد الزوال إطعام عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ من طعام، فإن لم يقدر عليه صام يوماً بدل يوم، وصام ثلاثة أيّام كفّارةً لما فعل^١.

وفي طريق الرواية الأولى الحارث بن محمّد، وهو مجهول^٢.

والرواية الثانية - الدالّة على أنّها كفّارة رمضان - رواها زرارة - في الموثّق - عن الباقر عليه السلام أيضاً، قال: سألته عن رجل صام قضاءً من شهر رمضان فأتى النساء، قال: «عليه من الكفّارة ما على الذي أصاب في رمضان، ذلك اليوم عند الله من أيّام رمضان»^٣.

وليس في هذه الرواية تقييد بكون الإفطار بعد الزوال كما قيّدوه، وحملها على المقيّد بعيد؛ لأنّه مخالف له في الحكم. وفي طريقها عليّ بن فضال، وباقي سندها صحيح، فهي من الموثّق. وروى الشيخ - في الصحيح - عن هشام بن سالم قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل وقع على أهله وهو يقضي شهر رمضان، قال: «إن كان وقع عليها قبل صلاة العصر فلا شيء عليه يصوم يوماً بدل يوم، وإن فعل بعد العصر صام ذلك اليوم وأطعم عشرة مساكين، فإن لم يمكنه صام ثلاثة أيّام كفّارةً لذلك»^٤.

وهذه كالأولى في الكفّارة، إلّا أنّها مخالفة لها في الوقت. وهي أصحّ ما في الباب من الروايات، ولكن لم يعمل بمضمونها أحد.

١. المقتنع، ص ٢٠٠ - ٢٠١.

٢. راجع رجال النجاشي، ص ١٤٠، الرقم ٣٦٣، ورجال الطوسي، ص ١٩١ - ١٩٢، الرقم ٢٣٧٤ و٢٣٧٦.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٧٩، ح ٨٤٦: الاستبصار، ج ٢، ص ١٢١، ح ٣٩٣.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٧٩، ح ٨٤٥: الاستبصار، ج ٢، ص ١٢٠ - ١٢١، ح ٣٩٢.

والشيخ (رحمه الله) حمل الخبر الدالّ على أنّها كفّارة رمضان على من فعل ذلك؛ استخفافاً به وتهاوناً بما يجب عليه من فرض الله تعالى، فيجب عليه حينئذٍ من الكفّارة ما يجب على من أفطر يوماً من شهر رمضان عقوبةً له وتغليظاً عليه، فأما من أفطر معتقداً أنّ الأفضل إتمام صومه فليس عليه إلّا ما تقدّم إتمام عشرة مساكين أو صيام ثلاثة أيّام^١. وهذا الحمل يوجب قولاً آخر للشيخ في المسألة^٢.

وله قول ثالث في النهاية: إنّها كفّارة يمين^٣. وهو قول سلّار^٤.

وقال ابن أبي عقيل: ليس عليه شيء^٥. ويدلّ على مذهبه رواية عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام وفيها: فإن نوى الصوم ثمّ أفطر بعد ما زالت الشمس، قال: «قد أساء وليس عليه شيء إلّا قضاء ذلك اليوم الذي أراد أن يقضيه»^٦.

والشيخ حمل قوله عليه السلام «وليس عليه شيء» على أنّه ليس عليه شيء من العقاب؛ لأنّ من أفطر في هذا اليوم لا يستحقّ العقاب وإن أفطر بعد الزوال، وتلزمه الكفّارة^٧. وهذا اعتراف من الشيخ بعدم تحريم الإفطار، فتبعد مجامعته حينئذٍ للكفّارة.

ولو حملوها على الاستحباب - لاختلاف تقديرها في الروايات، واختلاف تحديد وقت ثبوتها، وقصورها من حيث السند عن إفادة الوجوب - لكان جيّداً.

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

١. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٧٩؛ ذيل الحديث ٨٤٦؛ الاستبصار، ج ٢، ص ١٢١. ذيل الحديث ٣٩٣.

٢. راجع النهاية، ص ١٦٤.

٣. النهاية، ص ٥٧٢.

٤. المراسم، ص ١٨٧.

٥. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٣، ص ٣١٩، المسألة ٦٥.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٨٠، ح ٨٤٧؛ الاستبصار، ج ٢، ص ١٢١-١٢٢، ح ٣٩٤.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٨٠. ذيل الحديث ٨٤٧؛ الاستبصار، ج ٢، ص ١٢٢. ذيل الحديث ٣٩٤.

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

زوجها على الإفطار، قال: «لا ينبغي له أن يكرهها بعد الزوال»^١. و«لا ينبغي» ظاهرة في الكراهة، وهو يناسب ما حكم به الشيخ من عدم تحريم الإفطار بعد الزوال، ولكن في طريقها سماعه، وهو واقفي^٢.

وعلى كلّ تقدير فالحكم مختصّ بقضاء رمضان، ولا يتعدّى إلى قضاء غيره وإن كان معيّناً على الأقوى؛ للأصل.

قوله: «والمخيرة كفارة من أفطر في يوم من شهر رمضان» إلى آخره.

وجوب كفارة شهر رمضان على التخيير هو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه الشيخان^٣ وأتباعهما^٤ وجملة المتأخرين^٥.

ويدلّ عليه من الأخبار صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أفطر في شهر رمضان متعمداً يوماً واحداً من غير عذر، قال: «يعتق نسمةً أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكيناً، فإن لم يقدر تصدّق بما يطيق»^٦.

وللشيخ قول آخر في المبسوط: أنّها مرتبة إذا كان الإفطار بالجماع^٧.

١. الكافي، ج ٤، ص ١٢٢، باب الرجل يصبح وهو يريد الصيام... ج ٦: الفقيه، ج ٢، ص ١٤٩، ح ٢٠٠٣: تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٧٨، ح ٨٤٢: الاستبصار، ج ٢، ص ١٢٠، ح ٣٩٠.

٢. راجع رجال الطوسي، ص ٣٣٧، الرقم ٥٠٢١: وخلاصة الأقوال، ص ٣٥٦، الرقم ١٤١٠.

٣. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٣٤٥ و٥٦٩، والشيخ الطوسي في النهاية، ص ٥٧١.

٤. كابين البراج في المهذب، ج ٢، ص ٤٢٢؛ وسلار في المراسم، ص ١٨٧؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٥٣.

٥. منهم ابن ادريس في السرائر، ج ١، ص ٣٧٩؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ١، ص ٣٧٨؛ والشهيد في غاية المراد، ج ١، ص ٢٥٨-٢٥٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١).

٦. الكافي، ج ٤، ص ١٠١، باب من أفطر متعمداً من غير عذر...، ح ١: الفقيه، ج ٢، ص ١١٥، ح ١٨٨٦: تهذيب

الأحكام، ج ٤، ص ٢٠٥-٢٠٦، ح ٥٩٤: الاستبصار، ج ٢، ص ٩٥-٩٦، ح ٣١٠.

٧. المبسوط، ج ٤، ص ١٩٥ و٥٩١، فيه: وكفارة الجماع على الخلاف.

وابن أبي عقيل جعلها مرتبة مطلقاً؛ لما رواه الصدوق أن رجلاً من الأنصار أتى النبي ﷺ فقال: هلكت وأهلك، فقال: «وما أهلكك؟» قال: أتيت امرأتي في شهر رمضان وأنا صائم. فقال له النبي ﷺ: «أعتق رقبة»، قال: لا أجد. قال: «صم شهرين متتابعين»، قال: لا أطيق. قال: «تصدق على ستين مسكيناً»، قال: لا أجد. قال: فأتى النبي ﷺ بعرق خمسة عشر صاعاً من تمر، فقال له النبي ﷺ: «خذها فتصدق بها»، فقال له الرجل: والذي بعثك بالحق ما بين لابتيها أحوج منا إليها، فقال: «خذه وكله وأطعم عيالك، فإنه كفارة لك»^٢. وأجيب بعدم دلالة صريحاً على الترتيب، وجاز إطلاق الأمر بأحد أفراد الواجب المخير كذلك^٣.

مع أن الشيخ رواه - في الصحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام، وفيه: أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: هلكت يا رسول الله، فقال: «ما لك؟» قال: النار يا رسول الله، قال: «وما لك؟» قال: وقعت على أهلي، قال: «تصدق واستغفر ربك»^٤، فبدأ بالصدقة. وهو دليل على عدم ترتبها على الخصلتين الآخرين، وإلا لبيّن له ﷺ. وفي تمام هذا الحديث أن الرجل قال: والذي عظم حَقِّك ما تركت في البيت شيئاً قليلاً ولا كثيراً، قال: فدخل رجل من الناس بمكتل من تمر فيه عشرون صاعاً، تكون عشرة أصوع بصاعنا، فقال رسول الله ﷺ: «خذ هذا التمر فتصدق به»، فقال: يا رسول الله، على من أتصدق؟ وقد أخبرتك أن ليس في يدي قليل ولا كثير، قال: «فخذه وأطعمه عيالك واستغفر الله عز وجل»، قال: فلما رجعنا قال أصحابنا: إنه بدأ بالعتق فقال: «أعتق أو صم أو تصدق»^٥. وهذا أيضاً يدل على التخيير.

١. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٣، ص ٣٠٥، المسألة ٥٤.

٢. الفقيه، ج ٢، ص ١١٥-١١٦، ح ١٨٨٧؛ معاني الأخبار، ص ٣٣٦، باب معنى العرق واللابتين، ح ١؛ المسنن، ص ١٩٢.

٣. راجع مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٢٨، المسألة ٧٠.

٤ و ٥. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٠٦، ح ٥٩٥؛ الاستبصار، ج ٢، ص ٨٠، ح ٢٤٥؛ وراجع الكافي، ج ٤، ص ١٠٢، باب من أظفر متعمداً...، ح ٢.

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

واعلم أن إطلاق المصنّف الحكم فيمن أظفر بأحد الأسباب الموجبة للتكفير يشمل المحلّل منها والمحرّم، وكذلك إطلاق الرواية الصحيحة^١. والحكم به على الإطلاق هو المشهور بين الأصحاب.

وذهب جماعة منهم الشيخ في كتابي الأخبار^٢، والصدوق^٣ إلى أن ذلك مختص بمن أظفر على المحلّل، أمّا من أظفر على محرّم - يعني أفسد صومه به - فإنّ الواجب عليه كفارة الجمع؛ لما رواه الصدوق عن عبد الواحد بن عبدوس النيسابوري، عن عليّ بن محمّد بن قتيبة، عن حمدان بن سليمان، عن عبد السلام بن صالح الهروي قال، قلت للرضا عليه السلام: يا ابن رسول الله، قد روي عن آبائك فيمن جامع في شهر رمضان وأظفر فيه ثلاث كفارات، وروي عنهم أيضاً كفارة واحدة، فبأيّ الخبرين أخذ؟ قال: «بهما جميعاً، فمتى جامع الرجل حراماً أو أظفر على حرام في شهر رمضان عليه ثلاث كفارات: عتق رقبة، وصيام شهرين متتابعين، وإطعام ستين مسكيناً، وقضاء ذلك اليوم. وإن كان نكح حلالاً أو أظفر على حلال كفاه كفارة واحدة»^٤.

وطريق الرواية صحيح فيمن عدا ابن عبدوس، فحاله مجهول. قال في المختلف: إن ابن عبدوس لا يحضرني حاله، فإن كان ثقة فالرواية صحيحة يتعيّن العمل بها^٥. وفي التحرير جزم بصحتها، فقال: روى ابن بابويه في حديث صحيح عن الرضا عليه السلام. وساق الحديث^٦.

١. هي صحيحة عبد الله بن سنان المتقدم تخريجها في ص ٩١، الهامش ٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٠٨، ذيل الحديث ٦٠٤: الاستبصار، ج ٢، ص ٩٧، ذيل الحديث ٣١٥.

٣. الفقيه، ج ٢، ص ١٨٨، ذيل الحديث ١٨٩٤.

٤. الفقيه، ج ٣، ص ٣٧٨، ح ٤٣٣٤.

٥. مختلف الشيعة، ج ٣، ص ٣١٤، المسألة ٦٠.

٦. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٣٧٣، الرقم ٥٩٦٤.

● وكفارة من أفطر يوماً نذر صومه على أشهر الروايتين. وكذا كفارة الحنث في العهد. وفي النذر على التردد.
والواجب في كل واحدة عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً على الأظهر.

وذكر ابن بابويه أنه وجد ذلك في روايات أبي الحسين الأسدي فيما ورد عليه من الشيخ أبي جعفر محمد بن عثمان العمري أحد نواب صاحب الزمان عليه السلام. وطريقه جيد أيضاً، فلا بأس بالعمل بمضمونه.

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

اختلف الأصحاب في كفارة خلف النذر على أقوال:

أحدها: أنها كفارة رمضان مطلقاً. ذهب إليه الشيخان^٢ وأتباعهما^٣، والمصنف، والعلامة في المختلف^٤، وأكثر المتأخرين^٥؛ لصحیحة عبد الملك بن عمرو عن الصادق عليه السلام قال: من جعل لله عليه أن لا يركب محرماً سواه فركبه، قال: ولا أعلمه إلا قال: «فليعتق رقبة، أو ليصم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكيناً»^٦.

وثانيها: أنها كفارة يعين مطلقاً. ذهب إليه الصدوق^٧، والمصنف في النافع^٨؛ لحسنه

١. الفقيه، ج ٢، ص ١١٨، ذيل الحديث ١٨٩٤.

٢. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥٦٢؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص ٥٧٠.

٣. منهم الحلبي في الكافي في الفقه، ص ٢٢٥؛ وابن البرجاء في المهذب، ج ٢، ص ٤٢١؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٥٣.

٤. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٣٥، المسألة ٦٨.

٥. منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ٢، ص ٢٦٠؛ وابن فهد في المهذب البارع، ج ٣، ص ٥٥٧؛ وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٧٨.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٦٤، ح ١١٦٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٤، ح ١٨٨.

٧. الفقيه، ج ٣، ص ٣٦٧، ذيل الحديث ٤٣٠١.

٨. المختصر النافع، ص ٣٢٤.

الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «إن قلت: لله عليّ كذا، فكفارة يمين»^١.
 ورواية حفص بن غياث عنه عليه السلام قال: سألته عن كفارة النذر، فقال: «كفارة النذر كفارة
 اليمين»^٢. ورواه العامة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «كفارة النذر كفارة يمين»^٣.
 وثالثها: التفصيل، فإن كان النذر لصوم فأفطره فكفارة رمضان، وإن كان لغير ذلك فكفارة
 يمين. ذهب إلى ذلك المرتضى^٤ وابن إدريس^٥ والعلامة في غير المختلف^٦.
 ووجه الجمع بين الروايات؛ حيث دلّ بعضها على أن كفارته كفارة رمضان، فيناسبه حملة
 على إفطار نذر صوم معين؛ لمشاركته لصوم رمضان في الوجوب المعين، وحمل غيره على
 غيره. وهو أولى من العمل بأحد الجانبين خاصة، المستلزم لإطراح الآخر مع تقاربها في القوة.
 ويدلّ على حكم إفطار المنذور روايات أخرى:
 منها: رواية القاسم الصيقل، أنه كتب إليه: يا سيدي، رجل نذر أن يصوم يوماً لله، فوقع
 ذلك اليوم على أهله، ما عليه من الكفارة؟ فأجابته: «يصوم يوماً بدل يوم، وتحرير رقبة
 مؤمنة»^٧. ومثله عن ابن مهزيار أنه كتب إليه يسأله عن ذلك^٨.

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٦، باب النذور، ح ٩؛ الفقيه، ج ٣، ص ٣٦٤، ح ٢٩٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٠٦، ح ١١٣٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٥، ح ١٩٣، ولم ترد «كذا» في المصادر.
٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٧، باب النذور، ح ١٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٠٧، ح ١١٤١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٤، ح ١٨٦.
٣. مسند أحمد، ج ٥، ص ١٣٨، ح ١٦٨٥٠؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٢٦٥، ح ١٦٤٥/١٣؛ سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٨٧، ح ٢١٢٧-٢١٢٨؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٤١، ح ٣٣٢٣.
٤. رسائل الشريف المرتضى، ج ١، ص ٢٤٦، المسألة ٦٣.
٥. السرائر، ج ٣، ص ٥٩.
٦. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٣٦٤؛ إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٩٧.
٧. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٨٦، ح ٨٦٥؛ الاستبصار، ج ٢، ص ١٢٥، ح ٤٠٦.
٨. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٦-٤٥٧، باب النذور، ح ١٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٨٦، ح ٨٦٦؛ الاستبصار، ج ٢، ص ١٢٥، ح ٤٠٧.

وهذا هو الموجب لجزم المصنّف بحكم المفطر، وتردّده في غيره. لكن في طريق الروائتين محمد بن عيسى، والمسؤول فيهما غير المذكور، وإن كان الظاهر أنّه الإمام. لا يقال: الخبر الأوّل صحيح، فيكون مقدّمًا على الحسن والضعيف لو عملنا بالجميع، كيف والحسن لا يشتمل رواية على وصف العدالة التي هي شرط في الراوي؟ فيكون العمل بالصحيح متعيّنًا لذلك.

لأنّا نقول: الخبر الأوّل وإن كان قد وصفه بالصحة جماعة من المحققين - كالعلامة^١ وولده^٢ والشهيد في الشرح^٣ - إلا أنّ فيه منعا بيّنًا؛ لأنّ عبد الملك بن عمرو لم ينصّ أحد عليه بالتعديل، وإنّما هو ممدوح مدحاً بعيداً عن التعديل، ولم يذكره النجاشي ولا الشيخ في كتابه. وذكره العلامة، ونقل عن الكشي أنّ الصادق عليه السلام قال له: «إنّه يدعو له، حتّى أنّه يدعو لدابّته»^٤. وهذا غاية أن يقتضي المدح لا التوثيق، مع أنّ الرواية منقولة عنه. ومثل هذا لا يثبت به حكم، وغايته أن يكون من الحسن.

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

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

١. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٣٥، المسألة ٦٨.

٢. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٧٨.

٣. غاية المراد، ج ٣، ص ٣٢٣ - ٣٢٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣).

٤. خلاصة الأقوال، ص ٢٠٦ - ٢٠٧، الرقم ٦٦٣؛ ولقول الكشي راجع اختيار معرفة الرجال، ص ٣٨٩، ح ٧٣٠.

الثاني: تأييدها برواية حفص بن غياث، وهو وإن كان عامياً إلا أن الشيخ قال: إن كتابه معتمد عليه^١.

الثالث: اتفاق روايات العامة التي صحّحوها عن النبي ﷺ، وهي وإن لم تكن حجةً إلا أنها لا تقصر عن أن تكون مرجحةً.

الرابع: تأييدها بصحيفة عليّ بن مهزيار قال: كتب بندار مولى إدريس يا سيدي، إنني نذرت أن أصوم كلّ سبب، وإن أنا لم أصمه ما يلزمني من الكفّارة؟ فكتب وقرأته: «لا تركه إلا من علّة، وليس عليك صومه في سفر ولا مرض إلا أن يكون نويت ذلك، وإن كنت أفطرت فيه من غير علّة فتصدّق بقدر كلّ يوم على سبعة مساكين»^٢.

وبمثله عبّر الصدوق في المقنع، إلا أنه قال بدل «سبعة»: «عشرة»، فيكون بعض أفراد كفّارة اليمين. ولعلّ «السبعة» وقعت سهواً في نسخة التهذيب، ويؤيده رواية الصدوق لها على الصحيح، فقال في المقنع:

وإن نذر الرجل أن يصوم كلّ يوم سبت أو أحد أو سائر الأيام فليس عليه أن يتركه إلا من علّة، وليس عليه صومه في سفر ولا مرض إلا أن يكون نوى ذلك، فإن أفطر من غير علّة تصدّق مكان كلّ يوم على عشرة مساكين^٣.

هكذا عبّر الصدوق، وهو عندي بخطه الشريف، وهو لفظ الرواية، ويكون اقتصاره على إحدى خصال كفّارة اليمين كإقتصار رواية إفطار المنذور في مكاتبة الصيقل^٤ على «تحرير رقبة» من خصال كفّارة رمضان.

١. الفهرست، الشيخ الطوسي، ص ١٥٨، الرقم ٢٤٢.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٦، باب النذور، ح ١٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٨٦، ح ٨٦٧؛ الاستبصار، ج ٢، ص ١٢٥-١٢٦، ح ٤٠٨.

٣. المقنع، ص ٤٠١.

٤. تقدّمت مكاتبته في ص ٩٥.

الخامس: أن الحكم في هذه الأخبار وقع بطريق القطع، وفي الخبر السابق^١ ما يظهر منه رائحة التردد، لقوله: «قال: ولا أعلمه إلا قال كذا» وهو يشعر بتردد الراوي في مقول الإمام، وإن كان قد أتى بلفظ العلم الدال على الجزم، إلا أن قرينة المقام تقتضي أن يريد بالعلم هنا معناه الأعم، وهو مطلق الرجحان وإن لم يمنع من النقيض، فيجامع الظن؛ إذ لو أراد العلم القطعي لقال ابتداءً «قال: فليعتق رقبة» إلى آخره، وهو واضح.

والشيخ (رحمه الله) جمع بين الأخبار بحمل الخبر الأول على المتمكن من إحدى الخصال الثلاث، والأخبار المتضمنة لكفارة اليمين على من عجز عن ذلك^٢.

واستدل عليه بصحيفة جميل بن صالح عن أبي الحسن موسى عليه السلام أنه قال: «كل من عجز عن نذر نذره فكفارته كفارة يمين»^٣. وهو قول رابع في المسألة.

ولسار^٤، والكراجكي^٥، قول خامس: أنها كفارة ظاهر. وهو يقتضي كونها مرتبةً. وفيها أقوال أخر نادرة.

وأما خلف العهد فأصحاب القول الأول في النذر ألحقوه به؛ لرواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام: أنه سأله في رجل عاهد الله في غير معصية، ما عليه إن لم يف بعهد الله؟ قال: «يعتق رقبةً، أو يتصدق بصدقة، أو يصوم شهرين متتابعين»^٦.

١. وهو صحيفة عبد الملك بن عمرو المتقدم تخريجها في ص ٩٤، الهامش ٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٠٦، ذيل الحديث ١١٣٦: الاستبصار، ج ٤، ص ٥٦، ذيل الحديث ١٩٤.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٧، باب النذور، ح ١٧: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٠٦، ح ١١٣٧: الاستبصار، ج ٤، ص ٥٥، ح ١٩٢.

٤. المراسم، ص ١٨٧.

٥. الحاكي عنه هو الشهيد في غاية المراد، ج ٣، ص ٣٢٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٠٩ - ٣١٠، ح ١١٤٨: الاستبصار، ج ٤، ص ٥٥، ح ١٨٩.

والظاهر أنّ المراد بالصدقة إطعام ستّين مسكيناً؛ لرواية أبي بصير عن أحدهما عليه السلام أنّه قال: «من جعل عليه عهد الله وميثاقه في أمر فيه لله طاعة فحنت فعليه عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستّين مسكيناً»^١.

وهاتان الروايتان ضعيفتا الإسناد^٢، إلاّ أنّه لا معارض لهما. والمفيد جعلها ككفّارة قتل الخطأ^٣. ولم نقف على مستنده.

واضطرب كلام العلامة في كلّ واحد من القواعد والإرشاد، فأفتى في القواعد أوّلاً بأنّ كفّارة خلف العهد كبيرة مخيرة مطلقاً^٤، ثمّ أفتى في موضع آخر من باب الكفّارات بأنّها كفّارة يمين مطلقاً^٥.

وفي الإرشاد أفتى أوّلاً بالتفصيل في العهد كالنذر، فإن كان صوماً فأفطره فكفّارة رمضان، وإلاّ فكفّارة يمين^٦، ثمّ بعد ذلك أفتى بأنّها كفّارة يمين مطلقاً^٧.

ولا يخفى أنّ المصير إلى التفصيل في النذر إنّما هو لاختلاف الروايات وللتوصّل إلى الجمع بينها، والأمر في العهد ليس كذلك، بل إنّما أن يحكم فيه بالكبيرة المخيرة؛ نظراً إلى ما ذكرناه من الروايات الخاصّة فيه، وإمّا أن يجعل فيه كفّارة يمين؛ التفاتاً إلى ضعفها وكونه كاليمين في الالتزام، ولأصالة البراءة من الزائد.

ثمّ عدّ إلى عبارة المصنّف، واعلم أنّ قوله «وكذا كفّارة الحنث في العهد، وفي النذر

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣١٥، ح ١١٧٠؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٤، ح ١٨٧.

٢. في حاشية «خ. و.»: «في طريق الأولى محدّد بن أحمد الكوكبي وهو مجهول، وفي طريق الثانية إسماعيل مطلق، وحفص بن عمر وأبوّه مجهولان. (منه قدّس سرّه).»

٣. المقنعة، ص ٥٦٩.

٤. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٩٦.

٥. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٣٠٧.

٦. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٩٧.

٧. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٠٠.

- وما يحصل فيه الأمران كفارة اليمين. وهي عتق رقبة أو إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم، فإن عجز صام ثلاثة أيام.
- وكفارة الجمع هي كفارة قتل المؤمن عمداً ظلماً. وهي عتق رقبة وصوم شهرين متتابعين وإطعام ستين مسكيناً.

على التردّد» يقتضي إيجاب الكفارة المخيرة في خلف العهد والنذر مطلقاً، كما في حكمه إذا كان صوماً فأفطره، لكن في الإفطار بجزم، وفي باقي أفراد النذر ومطلق العهد على تردّد.

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

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

أي يجتمع فيها التخيير والترتيب.

فالأوّل في الخصال الثلاث الأوّل، والثاني في الصيام، فإنّه مرتّب على العجز عن الثلاث السابقة.

والحكم في هذه الكفارة محلّ وفاق بين المسلمين، من حيث إنّها منصوطة في القرآن^١.

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

المراد بالمؤمن هنا المسلم ومن بحكمه، كولد الصغير والمجنون، ولا فرق فيه بين الذكر والأنثى، والحرّ والعبد. ويشترط كون القتل مباشرة لا تسببياً، كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى^٢.

١. المائدة (٥): ٨٩.

٢. يأتي في ج ١٢، ص ٦٤٥-٦٤٦.

المقصد الثاني فيما اختلف فيه

وهي سبع:

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

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

لا خلاف في تحريم الحلف بالبراءة من الله أو من رسوله أو من الأنمة ﷺ.

وقد روي أن النبي ﷺ سمع رجلاً يقول: أنا بريء من دين محمد، فقال له رسول الله ﷺ: «ويلك أبرئت من دين محمد؟! فعلى دين من تكون؟» قال: فما كلمه رسول الله ﷺ حتى مات^١.

وعن يونس بن ظبيان، قال، قال لي: «يا يونس، لا تحلف بالبراءة منّا، فإنه من حلف بالبراءة منّا صادقاً أو كاذباً فقد برئ منّا»^٢.

واختلف في أنه هل تجب بذلك كفارة أم لا؟ فذهب الشيخان^٣ وجماعة^٤ إلى وجوب كفارة ظهار، فإن عجز فكفارة يمين. وهو الذي نقله المصنّف. وقال ابن حمزة: يلزمه كفارة النذر^٥.

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٣٨، باب كراهية اليمين بالبراءة...، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٣٧٣، ح ٤٣١٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٨٤، ح ١٠٤١.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٣٨، باب كراهية اليمين بالبراءة...، ح ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ٣٧٥، ح ٤٣٢٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٨٤، ح ١٠٤٢.

٣. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥٥٨ - ٥٥٩؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص ٥٧٠.

٤. منهم سلار في المراسم، ص ١٨٥؛ وابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٤٢١.

٥. الوسيلة، ص ٣٤٩.

وقال الصدوق: إنه يصوم ثلاثة أيام، ويتصدق على عشرة مساكين^١.
والكلّ ضعيف لا يرجع إلى مستند صالح، فلذلك اختار المصنّف: أنه يأثم ولا كفارة.
ولكن روى محمد بن يحيى - في الصحيح - قال: كتب محمد بن الحسن الصفّار إلى
أبي محمد العسكري عليه السلام رجل حلف بالبراءة من الله ورسوله ﷺ، فحنث، ما توبته وكفّارته؟
فوقع عليه السلام: «يطعم عشرة مساكين لكلّ مسكين مدّ، ويستغفر الله عزّ وجلّ»^٢.
وبمضمونها أفتى في المختلف^٣. ولا بأس بالعمل بمضمونها؛ لصحّتها.
وقال المصنّف في نكت النهاية:

الحقّ عندي أنّه لا كفارة في شيء من ذلك؛ لأنّ ما ذكره الشيخان لم يشب، وما تضمّنته
الرواية نادر، فلا تنهض المكاتبة بالحجّة؛ لما يتطرّق إليها من الاحتمال^٤.
واعلم أنّ ظاهر عبارة المصنّف ترتّب الكفارة على مجرد التلفّظ بذلك وإن لم يخالف.
وهو الذي يقتضيه إطلاق الشيخ^٥ والقاضي^٦ والصدوق^٧ وجماعة^٨.
والمفيد^٩ صرح بترتّبها على المخالفة، وكذلك في المختلف^{١٠}: استناداً إلى ما دلّت عليه

١. المقنع، ص ٤٠٨.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٦١، باب النوادر، ح ٧: الفقيه، ج ٣، ص ٣٧٨، ح ٤٣٣٣: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٩، ح ١١٠٨.

٣. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٦٣، المسألة ١.

٤. نكت النهاية، ج ٣، ص ٦٥.

٥. النهاية، ص ٥٧٠.

٦. المهذب، ج ٢، ص ٤٢١.

٧. المقنع، ص ٤٠٨.

٨. منهم الحلبي في الكافي في الفقه، ص ٢٢٩؛ والشهيد في اللمعة دمشقيّة، ص ١١١ وما بعدها (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٣).

٩. المقنعة، ص ٥٥٨ - ٥٥٩.

١٠. مختلف الشيعة ج ٨، ص ١٦٣، المسألة ١.

الثانية: • في جزّ المرأة شعرها في المصاب عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستّين مسكيناً. وقيل: مثل كفارة الظهار. والأوّل مروّي. وقيل: تأثم ولا كفارة؛ استضعافاً للرواية؛ وتمسكاً بالأصل.

المكاتبة المذكورة. وهذا أقوى؛ وقوفاً فيما خالف الأصل على مورد النصّ.

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

القول الأوّل لابن البرّاج^١؛ استناداً إلى رواية خالد بن سدير عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا خدشت المرأة وجهها أو جزّت شعرها أو تفتته، ففي جزّ الشعر عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستّين مسكيناً»^٢.

والمفهوم من «في» الإيجاب، مثل: «في أربعين شاة شاة»، و«في النفس المؤمنة مائة من الإبل»؛ لأنّها للسبيّة. وإنكار بعضهم^٣ إفادتها ذلك مردود.

نعم، طريق الرواية ضعيف، فإنّ خالد بن سدير غير موثّق، وقد قال الصدوق: إن كتابه موضوع^٤.

وفي طريقه أيضاً محمّد بن عيسى، وهو ضعيف^٥.

والقول بوجوب كفارة الظهار لسلار^٦، وابن إدريس، وأسنده إلى ما رواه بعض الأصحاب^٧. وهو مستند واه؛ فلذلك قال المصنّف: إنّه تأثم ولا كفارة؛ تمسكاً بالأصل واستضعافاً للحكم الناقل عنه. وهذا هو الأقوى.

١. المهذب، ج ٢، ص ٤٢٤.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٢٥، ح ١٢٠٧.

٣. هو فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٨٢.

٤. حكاة عنه الشيخ الطوسي في الفهرست، ص ١٧٤، الرقم ٢٦٩.

٥. الفهرست، الشيخ الطوسي ص ٤٠٢، الرقم ٦١٢.

٦. لم نعر عليه في المراسم. نعم نسبه إليه الشهيد في غاية المراد، ج ٣، ص ٣٢٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣).

٧. السرائر، ج ٣، ص ٧٨.

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

واعلم أنّ الكفارة على تقدير وجوبها مترتبة على جزّه في المصاب، والمفهوم منه جزّ جميعه.

والمراد من الجزّ القصّ، فلا يلحق به النتف ولا الإحراق ولا القرض بالسنّ. ويحتمل قوياً إلحاق الحلق. ولا يلحق جزّه في غير المصاب به على الأقوى. وأولوية دخوله ممنوعة؛ لجواز اختصاص المصاب بما فيه من إشعار السخط بقضاء الله تعالى. وظاهر الرواية وقوع ذلك منها مباشرة، فلو تسببت به ففي إلحاقه نظر أقربه العدم؛ وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين. ولو فعلت ذلك لحاجة فلا شيء إجماعاً.

قوله: «تجب على المرأة في نتف شعرها في المصاب وخذش وجهها» إلى آخره. لم ينقل المصنّف في ذلك خلافاً، مع أنّه صدر المقصد بالمواضع المختلف فيها. والوجه في ذلك عدم ظهور مخالف في أكثرها، مع ضعف المستند في الجميع، فإنّ الرواية السابقة عن خالد بن سدير بطريق محمد بن عيسى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شقّ ثوبه على أخيه أو على أمّه أو على أخته أو على قريب له، قال: «لا بأس بشقّ الجيوب، فقد شقّ موسى بن عمران جيبه على أخيه هارون عليه السلام. ولا يشقّ الوالد على ولده ولا زوج على امرأته، وتشقّ المرأة على زوجها. وإذا شقّ زوج على امرأته أو والد على ولده فكفّارته حنث يمين، ولا صلاة لهما حتّى يكفّرا ويتوبا من ذلك. وإذا خدشت المرأة وجهها أو جزّت شعرها أو نتفتها، ففي جزّ الشعر عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً. وفي خدش الوجه إذا أدمت وفي النتف كفارة حنث يمين. ولا شيء في لطم الخدود سوى الاستغفار والتوبة، ولقد شققن ولطن الخدود الفاطميات على فقد الحسين عليه السلام، وعلى مثله تُلطم الخدود وتُشقّ الجيوب»^١. وقد عرفت حال الرواية.

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

واعلم أنّ الكلام في نفث الجميع أو البعض كالكلام في الجزّ. والمراد من الشعر هنا شعر الرأس؛ لأنّه المفهوم منه عرفاً.

والمراد بخدش الوجه قطع شيء من جلده وإن لم يبلغ حدّ الخارصة. وفي الرواية تقييد بكونه مدمياً، والفتاوى مطلقة، بل صرح بعضهم^١ بعدم اعتباره، وهو مطالب بالمستند، ولعلّه يعتمد على ما يظهر من الإجماع لا على الفتوى مجردة.

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

ولا يتعدّى الحكم إلى الرجل، كما أنّ حكم شقّ الثوب لموت الولد والزوجة مخصوص به، فلا تجب على المرأة بشقه مطلقاً، وإن كان محرماً على الجميع؛ لما فيه من إضاعة المال. ويدخل في الولد الذكر والأنثى وإن نزل، لا ولد الأنثى على الأقوى. ولا كفارة بشقه على غيرهما من الأقارب مطلقاً وإن حرم. وروي جوازه على الأب والأخ^٢. ولا تلحق أمّ الولد والسريّة بالزوجة. نعم، يلحق المتمتّع بها والمطلّقة رجعيّاً، والمعتبر مسمّى الشقّ لمسمّى الثوب.

قوله: «كفارة [وطء] الحيض مع التعمد والعلم بالتحريم والتمكّن من التكفير» إلى آخره. القول بالوجوب للشيخين^٣ والمرتضى^٤ وابن إدريس^٥ وجماعة^٦؛ استناداً إلى روايات

١. هو العلامة في تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٣٦٩، الرقم ٥٩٥٨.

٢. الفقيه، ج ١، ص ١٧٤، ح ٥١١.

٣. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥٥؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص ٥٧١؛ والجمل والعقود ضمن الرسائل العشر، ص ١٦٢.

٤. الانتصار، ص ١٢٦، المسألة ٢٦.

٥. السرائر، ج ١، ص ١٤٤؛ وج ٣، ص ٧٥-٧٦.

٦. منهم الصدوق في المقنعة، ص ٥١ قال فيه: «وروي...» و ٣٢٢؛ وسلار في المراسم، ص ٤٣-٤٤؛ وابن البرّاج في المهذب، ج ١، ص ٣٥؛ وج ٢، ص ٤٣٢؛ والراوندي في فقه القرآن، ج ١، ص ٥٤.

مختلفة التقدير، ضعيفة الإسناد، وأشهرها رواية داود بن فرقد عن أبي عبد الله عليه السلام في كَفَّارة الطمث أنه: «يتصدَّق إذا كان في أوله بدینار، وفي أوسطه بنصف دينار، وفي آخره بربع دينار»، قلت: فإن لم يكن عنده ما يكفِّر؟ قال: «فليتصدَّق على مسكين واحد، وإلا استغفر الله ولا يعود، فإنَّ الاستغفار توبة وكفَّارة لمن لم يجد السبيل إلى شيء من الكفَّارة»^١. وفي طريقها ضعف وإرسال.

والقول بالاستحباب للشيخ أيضاً في النهاية^٢، وأكثر المتأخرين^٣. وهو الأقوى؛ للأصل، وصحیحة العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل واقع امرأته وهي طامث، قال: «لا يلتمس فعل ذلك، قد نهى الله أن يقربها»، قلت: فإن فعل أعلیه الكفَّارة؟ قال: «لا أعلم فيه شيئاً، يستغفر الله»^٤. وغيرها من الأخبار^٥.

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

والأصح الاستحباب؛ للتسامح في أدلة السنن. ومقدارها بحسب أوقات الحيض مقرَّر

في بابه^٦.

١. تهذيب الأحكام، ج ١، ص ١٦٤، ح ٤٧١؛ الاستبصار، ج ١، ص ١٣٤، ح ٤٥٩.

٢. النهاية، ص ٢٦.

٣. منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ٢، ص ٢٦١؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ١، ص ١٠٧، الرقم ٢٥٩، وقواعد الأحكام، ج ١، ص ٢٦٦؛ وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٥٦؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ١، ص ٣٢١.

٤. تهذيب الأحكام، ج ١، ص ١٦٤، ح ٤٧٢؛ الاستبصار، ج ١، ص ١٣٤، ح ٤٦٠.

٥. تهذيب الأحكام، ج ١، ص ١٦٥، ح ٤٧٢ - ٤٧٤؛ الاستبصار، ج ١، ص ١٣٤ - ١٣٥، ح ٤٦٠ - ٤٦٢.

٦. راجع ج ١، ص ٦٥.

- ولو وطئ أمته حائضاً كفر بثلاثة أمداد من طعام.
- الخامسة: من تزوج امرأة في عدتها فارق وكفر بخمسة أصوع من دقيق.
- وفي وجوبها خلاف، والاستحباب أشبه.

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

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

هذا متفرع على السابق، فمن نفى الوجوب في وطء الزوجة نفاه هنا، ومن أثبتة أثبتة. ثم اختلفوا هنا، فالشيخ في النهاية^١، وابن بابويه^٢ على الوجوب بما ذكره، وكذلك المرتضى مدعياً الإجماع^٣، والباقون على الاستحباب، وهو أقوى؛ تمسكاً بالبراءة الأصلية، واستضعافاً لمستند الحكم، وتساهلاً بأدلة السنن.

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

القول بوجوب هذه الكفارة للشيخ في النهاية^٤ ظاهراً، ولابن حمزة^٥ صريحاً، وكذلك العلامة في القواعد^٦ والتحرير^٧، وولده في الشرح^٨.

والمستند رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت عن امرأة تزوجها رجل فوجد لها زوجاً، قال: «عليه الحد وعليها الرجم؛ لأنه قد تقدم بعلم وتقدمت هي بعلم،

١. النهاية، ص ٥٧١ - ٥٧٢.

٢. المقنع ص ٥٢.

٣. الانتصار، ص ٣٦٤، المسألة ٢٠٤.

٤. النهاية، ص ٥٧٢.

٥. الوسيلة، ص ٣٥٤، وعبارة الوسيلة كعبارة النهاية.

٦. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٩٧، وفيه: «على رأي».

٧. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٣٧٠، الرقم ٥٩٦٠.

٨. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٨٣.

وكفّارته إن لم يقدّم إلى الإمام أن يتصدّق بخمسة أصوع دقيماً»^١.

وروى الصدوق عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة ولها زوج فقال: «إذا لم يرفع خبره إلى الإمام فعليه أن يتصدّق بخمسة أصوع دقيماً بعد أن يفارقها»^٢.
والمفهوم من «عليه» الوجوب.

وحملوا المعتدّة على ذات البعل، أمّا في العدة الرجعية فظاهر، وأمّا في البائن؛ فلعدم فرق الأصحاب بين العدّتين، فالفرق إحداث قول ثالث.

ولا يخفى عليك ضعف هذا الاستدلال، وعدم المانع من إحداث مثل هذا القول الثالث لمن يعتمد مثل هذه الرواية؛ لأنّ قول المعصوم ليس بمتحقّق في أحد القولين، ومن الجائز كونه قائلاً بخلاف قولهما، كما لا يخفى على المنصف.

ثمّ في الرواية ضعف باشتراك أبي بصير بين جماعة منهم الثقة^٣ والضعيف^٤، وفي طريقها أيضاً إسماعيل بن مرّار وحاله مجهول.

ثمّ فرض المسألة في المعتدّة دون المزوّجة مع ورود النصّ فيها ليس بجيد، وإن تمّ الحمل لا وجه لجعل الفرع أصلاً، ومن ثمّ أنكر ابن إدريس الوجوب^٥، وكذلك المصنّف؛ عملاً بالأصل. وهو أقوى.

نعم، لا بأس بالاستحباب؛ لما ذكرناه، مع أنّ الرواية لا تدلّ على الوجوب؛ لعدم لفظ الأمر ومعناه.

١. تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٢١، ح ٦٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٠٩، ح ٧٨١.

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٤٧٠، ح ٤٦٤١.

٣. رجال النجاشي، ص ٤٤١، الرقم ١١٨٧؛ اختيار معرفة الرجال، ص ٢٣٨-٢٣٩، ح ٤٣١ و٤٤٣.

٤. رجال الطوسي، ص ٣٤٦، الرقم ٥١٧٢؛ خلاصة الأقوال، ص ٤١٦، الرقم ١٦٨٧.

٥. السرائر، ج ٣، ص ٧٧.

السادسة: ● من نام عن العشاء حتى جاوز نصف الليل أصبح صائماً، على رواية فيها ضعف، ولعل الاستحباب أشبه.

واعلم أنّ «الأضوع» بإسكان الصاد وضَمّ الواو، أو بالهمزة المضمومة مكان الواو^١، أمّا «أصبح» بلا واو ولا همزة فهو لحن، وما وجد في الرواية ونهاية الشيخ بغير همز ولا واو فذلك بحسب صورة الخط؛ لكنّها مهموزة كما هو أحد لغاتها، والكتابة واحدة، وبواسطة ذلك اشتبه الحال على ابن إدريس، فأورد على الشيخ السهو في الخط^٢، وليس كذلك، وقال الشهيد (رحمه الله): وجدته بخط الشيخ بيده في النهاية كذلك، وعليه همزة، إيداناً بأنّها مهموزة^٣.

قوله: «من نام عن العشاء حتى جاوز نصف الليل أصبح صائماً، على رواية فيها ضعف، ولعل الاستحباب أشبه».

القول بوجود ذلك للمرئضى مدعيًا الإجماع^٤، وللشيخ في النهاية^٥؛ استناداً إلى رواية عبد الله بن المغيرة عمّن حدّثه عن الصادق عليه السلام في رجل نام عن العتمة ولم يقم إلا بعد انتصاف الليل قال: «يصلّيها ويصبح صائماً»^٦.

والإجماع ممنوع، والرواية مرسلة، ومع ذلك لا تدلّ على الوجوب؛ إذ لا أمر، ولا يلزم من عطفه على الصلاة الواجبة وجوبه. والأصح الاستحباب كما اختاره المصنّف.

١. الصحاح، ج ٣، ص ١٢٤٧؛ لسان العرب، ج ٨، ص ٢١٥، «صوع».

٢. السرائر، ج ٣، ص ٧٧.

٣. غاية المراد، ج ٣، ص ٣٢٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣)؛ ولكلام الشيخ الطوسي راجع النهاية، ص ٥٧٢.

٤. الانتصار، ص ٣٦٥، المسألة ٢٠٥.

٥. النهاية، ص ٥٧٢.

٦. الكافي، ج ٣، ص ٢٩٥، باب من نام عن الصلاة...، ح ١١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٢٣، ح ١٢٠.

السابعة: • من نذر صوم يوم فعجز عنه أطعم مسكيناً مدين، فإن عجز تصدق بما استطاع، فإن عجز استغفر الله. وربما أنكر ذلك قوم؛ بناءً على سقوط النذر مع تحقّق العجز.

المقصد الثالث • في خصال الكفارة

وهي العتق والإطعام والصيام.

قوله: «من نذر صوم يوم فعجز عنه أطعم مسكيناً مدين - إلى قوله - بناءً على سقوط النذر مع تحقّق العجز».

هذا قول الشيخ (رحمه الله)^١، وتبعه عليه جماعة منهم المصنّف، والعلامة في بعض كتبه^٢.

والمستند رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل عليه صياماً في نذر ولا يقوى قال: «يعطي من يصوم عنه كلّ يوم مدين»^٣. وفي بعض الروايات «مدّ»^٤. والجميع مشترك في ضعف السند، والقصور في الدلالة على المدعى؛ إذ ليس فيها ما يدلّ على الأمر المفيد للوجوب، ولا على وجوب الصدقة بما استطاع على تقدير العجز عن المدين أو المدّ، ومع ذلك يخالف الأصول المقرّرة: فإنّ العجز عن المنذور يوجب سقوطه بغير كفارة. فالقول بالاستحباب أجود.

قوله: «في خصال الكفارة وهي العتق والإطعام والصيام».

١. النهاية، ص ٥٧١.

٢. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٩٧.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٧، باب النذور، ح ١٥؛ الفقيه، ج ٣، ص ٣٧٤، ح ٤٣١٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٠٦، ح ١١٣٨.

٤. الكافي، ج ٤، ص ١٤٣، باب كفارة الصوم، ح ٢؛ الفقيه، ج ٢، ص ١٥٤، ح ٢٠١٣ و ٢٠١٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٣١٣، ح ٩٤٦.

القول • في العتق

ويتعيّن على الواجد في الكفّارات المرتبة.
ويتحقّق الوجدان بملك الرقبة، وملك الثمن مع إمكان الابتياح.
ويعتبر في الرقبة ثلاثة أوصاف:

اللام في «الكفّارة» إمّا للمعهود الذكري، وهي المذكورة سابقاً^١ الموجبة للخصال الثلاث على الترتيب ككفّارة الظهار، أو هي خاصّة بقرينة ذكر الترتيب في أوّل البحث عن كلّ خصلة. وأحكام المخيرة وكفّارة الجمع يستفاد ممّا يذكر في المرتبة.
وأما الكسوة، فإنّها وإن كانت من خصال الكفّارة، إلّا أنّها مختصّة بكفّارة اليمين، فأدرجها في آخر بحث الإطعام^٢.

وإنّما خصّ البحث بالمرتبة؛ لأنّها المعقود لأجلها الكلام، والمستطرد بسببها باقي الأقسام، وهي كفّارة الظهار، وإلّا ففي الكفّارات ما لا تجتمع فيه الخصال مطلقاً، وفيها ما لا عتق فيه كما لا يخفى.

قوله: «في العتق ويتعيّن على الواجد في الكفّارات المرتبة» إلى آخره.

حكم الشارع على من وجب عليه الكفّارة بالعتق مرتّب على وجودها بالفعل أو بالقوّة، كما ينبّه عليه قوله تعالى - بعد قوله «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ» -: «فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ»^٣، والوجدان أعمّ من الملك؛ لأنّه يشمل - لغةً وعرفاً - من لا يملك الرقبة، ولكنّه يقدر على شرائها بما يملكه من الثمن فاضلاً عن المستثنيات، كما يعتبر فيها مع وجودها على ملكه أن تكون فاضلةً عنها. وسيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى^٤.

١. سبق في ص ٨٥.

٢. راجع ص ١٦٨.

٣. المجادلة (٥٨): ٤.

٤. يأتي في ص ١٤٩ - ١٥٠.

الوصف الأول: ● الإيمان

وهو معتبر في كفارة القتل إجماعاً، وفي غيرها على التردد، والأشبه اشتراطه. والمراد بالإيمان هنا: الإسلام أو حكمه. ويستوي في الإجزاء الذكر والأنثى، والصغير والكبير. والطفل في حكم المسلم، ويجزئ إن كان أبواه مسلمين أو أحدهما ولو حين يولد. وفي رواية: لا يجزئ في القتل خاصة إلا البالغ الحنث. وهي حسنة.

قوله: «الإيمان وهو معتبر في كفارة القتل إجماعاً - إلى قوله - وهي حسنة». اتفق العلماء على اشتراط الإيمان في المملوك الذي يُعتق عن كفارة القتل بقوله تعالى في كفارة قتل الخطأ: ﴿فَتَنْخِرِ رَقَبَةً مُّؤْمِنَةً﴾^١. وحملوا الكفارة الواجبة في قتل العمد عليه؛ لاتحاد جنس السبب وهو القتل.

واختلفوا في اشتراطه في باقي الكفارات حيث يجب فيها العتق، فالأكثر على الاشتراط؛ حملاً للمطلق على المقيد وإن اختلف السبب، على ما يقوله جمع من الأصوليين^٢. ولرواية سيف بن عميرة عن الصادق عليه السلام قال: سألته أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً؟ قال: «لا»^٣.

ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَتِمَّمُوا أَلْحَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾^٤، والكافر خبيث، والكفارة إنفاق، والنهي يدل على الفساد؛ ولأن الذمة مشغولة بالعتق يقيناً، وبدون المؤمن لا يخرج عن عهدة التكليف يقيناً، فلا يجزئ في رفع ما وجب باليقين إلا اليقين. وفي الكل نظر.

١. النساء (٤): ٩٢.

٢. راجع العدة في أصول الفقه، الشيخ الطوسي، ج ١، ص ٣٣٠: الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي، ج ٣، ص ٧.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ١٤٢ - ١٤٣، ج ٣٥٢٦: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٨، ح ٧٨٢: الاستبصار، ج ٤، ص ٢، ح ١.

٤. البقرة (٢): ٢٦٧.

أما الأول؛ فلأنَّ الجمع بين المطلق والمقيّد إنّما يجب حيث يحصل التنافي بينهما، وذلك مع اتّحاد السبب لا مع اختلافه؛ إذ لا منافاة بين أن يقول الشارع: «أعتق رقبة مؤمنة» في كفارة القتل ولا تجزئ الكافرة، وبين قوله في كفارة الظهار ونحوها: «تجزئ الكافرة». والقول بوجوب حمل المطلق على المقيّد مع اختلاف السبب قد تبين ضعفه في الأصول. وهؤلاء المحقّقون القائلون باشتراط الإيمان مطلقاً لا يقولون بذلك القول، وإنّما مشوا فيه هنا مع قائله. ورواية سيف ضعيفة السند^١، وأخصّ من المدّعى.

وأما النهي عن إنفاق الخبيث فالظاهر منه - وهو الذي صرح به المفسّرون^٢ - أنّه الرديء من المال يعطى الفقير، وربما كانت المالّية في الكافر أكثر منها في المسلم، والإنفاق لمالّيته لا لمعتقده، مع أنّ مثل هذا لا يطلق عليه الإنفاق لغةً ولا عرفاً. وأما شغل الذمّة بالعتق فيتفرّغ منه بامتنال ما أمر به الشارع، فإذا أمر بتحرير رقبة وأطلق برئت الذمّة بامتنال الأمر كذلك، ولا يراد من الخروج عن عهدة التكليف في هذا وغيره إلاّ ذلك.

نعم، القائلون بالقياس قاسوا على كفارة القتل غيرها بجوامع الكفارة، واستأنسوا له باشتراط العدالة في الشاهدين من قوله: «وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ»^٣، مع إطلاق قوله تعالى: «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ ... وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ»^٤، وغير ذلك من المطلقات^٥. ومثل هذا لا يجدي عند أصحابنا.

١. راجع اختيار معرفة الرجال، ص ٥٥٢، ح ١٠٤٢.

٢. راجع مجمع البيان، ج ١، ص ٣٨١؛ وتفسير البيضاوي، ج ١، ص ٢٢٤؛ والكشاف، ج ١، ص ٣١٤، ذيل الآية ٢٦٧ من سورة البقرة (٢).

٣. الطلاق (٦٥): ٢.

٤. البقرة (٢): ٢٨٢.

٥. كآية ٢ من سورة النور (٢٤).

وذهب جماعة - منهم الشيخ في المبسوط^١ والخلاف^٢، وابن الجنيدي^٣ - إلى عدم اشتراط الإيمان في غير كفارة القتل؛ للأصل، وعملاً بالإطلاق.

إذا تقرّر ذلك، فالمراد بالإيمان هنا الإسلام، وهو الإقرار بالشهادتين. لا معناه الخاص وهو التصديق القلبي بهما؛ لأنّ ذلك لا يمكن الاطلاع عليه، وإنّما التكليف متعلّق بإظهار الشهادتين، ولا معناه الأخصّ وهو اعتقاد الإماميّة؛ لأنّ ذلك أمر متأخّر عن الإيمان المعتبر في الكفارة، واصطلاح خاصّ، والأصل عدم اشتراطه بعد انصرافه إلى غيره.

وربما قيل باشتراط الإيمان الخاصّ؛ لشبهة أنّ الإسلام لا يتحقّق بدونه، أو بدلالة النهي عن إنفاق الخبيث عليه^٤. وضعفهما واضح.

ولا فرق بين الصغير والكبير في ذلك، ولا بين الذكر والأنثى؛ عملاً بالعموم^٥. ويتحقّق الإسلام في الصغير بالتبعية لأبويه أو أحدهما، ومن ثمّ يقتل به المسلم. ولا فرق في تبعيته لهما بين كونهما مسلمين حين يولد وبعده، ولا بين موته قبل أن يبلغ ويعزب^٦ عن الإسلام وبعده عندنا. وللعمامة في هذا اختلاف.

والرواية التي أشار إليها بعدم إجزاء الصغير في كفارة القتل رواها معمر بن يحيى في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يظاهر من امرأته، يجوز عتق المولود في الكفارة؟ فقال: «كلّ العتق يجوز فيه المولود، إلّا في كفارة القتل، فإنّ الله تعالى

١. المبسوط، ج ٤، ص ٥٩٧.

٢. الخلاف، ج ٢، ص ١٨٧، المسألة ٣٣.

٣. الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٥٠، المسألة ٨٠؛ ومثّن لا يشترط الإيمان ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٤١٤.

٤. راجع إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٨٥.

٥. النساء (٤): ٩٢.

٦. في «خ»: «يُعزّب» بدل «يعزب».

● ولا يجزئ الحمل ولو كان أبواه مسلمين وإن كان بحكم المسلم.
وإذا بلغ المملوك أخرس وأبواه كافران، فأسلم بالإشارة حكم بإسلامه وأجزأ.
ولا يفتقر مع وصف الإسلام في الإجزاء إلى الصلاة. ويكفي في الإسلام
الإقرار بالشهادتين. ولا يشترط التبري مما عدا الإسلام.

يقول: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» يعني بذلك مقرة قد بلغت الحنث^١. ومثله روى الحسين بن سعيد، عن رجاله، عن الصادق عليه السلام^٢.

وبمضمونها عمل ابن الجنيد^٣، وهو قول موجه، إلا أن المختار الأول؛ للحقوق أحكام الإيمان به والارتداد بعد بلوغه ولو لم يسبق تلفظه بالشهادة بعد البلوغ فيكون حقيقة، ولقوله تعالى: «وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَمَا أَلَتْنَاهُمْ مِنْ عَمَلِهِمْ مِنْ شَيْءٍ»^٤، أي ألحقنا بهم ذرياتهم في الإيمان، فدلّ على أنهم مؤمنون، ولدخوله في الوصية للمؤمنين ولو لا الحقيقة لما دخل. وهذه الأدلة لا تخلو من شيء.

قوله: «ولا يجزئ الحمل ولو كان أبواه مسلمين وإن كان بحكم المسلم» إلى آخره.

هنا مسائل:

الأولى: يعتبر في إجزاء الصغير انفصاله حياً قبل الإعتاق، فلا يجزئ الحمل وإن انفصل بعد ذلك حياً، ولا يكون ذلك كاشفاً عن صحة العتق ولا تمام السبب، وسواء انفصل لما دون ستة أشهر من حين العتق أم لأكثر؛ لأن الحمل لا يلحقه حكم الأحياء شرعاً، ومن ثم لا تجب فطرته وإن كان أبواه مسلمين وكان بحكم المسلم، حتى أن الجاني عليه يضمنه كالمسلم، على تقدير موته بعد انفصاله حياً.

١. تفسير العياشي، ج ١، ص ٤٢٦، ح ١٠٦٣؛ الكافي، ج ٧، ص ٤٦٢ - ٤٦٣، باب النوادر، ح ١٥؛ والآية في سورة النساء (٤): ٩٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٢٠، ح ١١٨٧.

٣. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٥٠، المسألة ٨٠.

٤. الطور (٥٢): ٢١.

الثانية: يصح إسلام الأخرس بالإشارة المفهمة كما تصح عقوده بالإشارة. فإذا كان أبواه كافرين فأسلم بالإشارة المفهمة حكم بإسلامه وأجزأ عتقه.
وفي حكمه الأعجمي الذي لا يفهم لفته، وروي أنّ رجلاً جاء إلى النبي ﷺ ومعه جارية أعجمية أو خرساء فقال: يا رسول الله، عليّ عتق رقبة، فهل تجزئ عنيّ هذه؟ فقال لها النبي ﷺ: «أين الله؟»
فأشارت إلى السماء، ثم قال لها: «من أنا؟» فأشارت إلى أنّه رسول الله، فقال له: «أعتقها فإنها مؤمنة»^١.

قيل: وإنّما جعلت الإشارة إلى السماء دليلاً على إيمانها؛ لأنّهم كانوا عبدة الأصنام، فأفهمت بالإشارة البراءة منها؛ لأنّ الإله الذي في السماء ليس هو الأصنام، ولا يراد بكونه فيها التحيز، بل على حدّ قوله: «وَهُوَ الَّذِي فِي السَّمَاءِ إِلَهٌ»^٢.
ولا يفتقر الأخرس مع إسلامه بالإشارة المفهمة إلى الصلاة؛ لأنّها فرع الإسلام، والمعتبر ثبوت أصله، ولما ذكرناه من الأدلّة.

وقال بعض العامّة: لا يحكم بإسلامه إلّا إذا صلّى بعد الإشارة^٣؛ لأنّ الإشارة غير صريحة في الغرض فتوكّد بالصلاة. وحمله بعضهم على ما إذا لم تكن الإشارة مفهمة^٤.
الثالثة: المعتبر في اتّصافه بالإسلام أن يشهد أن لا إله إلّا الله وأنّ محمداً رسول الله؛ لأنّ النبي ﷺ كان يكتفي بذلك من الأعراب ومن يظهر الإسلام.
ولا يشترط التبرّي ممّا عدا الإسلام من الملل الباطلة؛ للأصل، وعدم نقله عن النبي ﷺ

١. مسند أحمد، ج ٥، ص ٥٢٦، ح ١٨٩٦١؛ صحيح مسلم، ج ١، ص ٣٨١-٣٨٢، ح ٥٣٧/٣٣؛ المعجم الكبير،

ج ١٩، ص ٣٩٨، ح ٩٣٧؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٣٨، ح ١٥٢٧٢.

٢. لم نثر على القائل به؛ والآية ٨٤ في سورة الزخرف (٤٣).

٣. حلية العلماء، ج ٧، ص ١٨٤.

٤. روضة الطالبين، ج ٦، ص ٢٥٧.

● ولا يحكم بإسلام المسيبي من أطفال الكفار، سواء كان معه أبواه الكافران أو انفرد به السابي المسلم.

حيث كان يقبل من الكافر الإسلام. واعتبر بعض العامة ذلك^١. وفضل آخرون فقالوا: إن كان الكافر ممن يعترف بأصل رسالة النبي ﷺ، كقوم من اليهود يقولون: إنه رسول مبعوث إلى العرب خاصة، فلا بد من هذه الزيادة في حقه، وإن كان ممن ينكر أصل الرسالة - كالوثني - فيكفي لإسلامه الكلمتان^٢. وإنما يعتبر الإقرار بالشهادتين معاً في حق من ينكرهما كالمعطل والوثني، فلو كان موحداً لله تعالى وهو منكر للرسالة كفى إقراره بها.

وفي الاكتفاء بها من اليهودي والنصراني وجهان، أصحهما عدم؛ لأنهما مشركان في التوحيد كما نبّه عليه تعالى بقوله - بعد حكايته عن مقاتلهم -: «سُبْحٰنَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ»^٣، وإشراكهم باعتقاد إلهية عيسى والغزير. وعلى تقدير اختصاص هذا الاعتقاد ببعض فرقهم لا وثوق منهم بخلافه، فلا يكتفى منهم بدون الشهادتين.

قوله: «ولا يحكم بإسلام المسيبي من أطفال الكفار» إلى آخره. ما ذكره المصنف من عدم الحكم بإسلام الطفل المسيبي المنفرد عن أبويه الكافرين هو المشهور بين الأصحاب سيما المتأخرين؛ لعدم دليل صالح للحكم بالإسلام، وثبوت كفره قبل الانفرد عنهما فيستصحب.

وقول النبي ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة، وإنما أبواه يهودانه»^٤ الحديث لا يدل على الحكم بإسلامه على تقدير انفرداه؛ لأنه قد حكم عليه بالكفر قبل الانفرد، ولا دليل على زوال ذلك. ومجرد ولادته على الفطرة - لو سلم كون المراد بها الإسلام المحض - فقد

١ و٢. راجع روضة الطالبين، ج ٦، ص ٢٥٧.

٣. التوبة (٩): ٣١.

٤. الفقيه، ج ٢، ص ٤٩، ح ١٦٧٠ بتفاوت يسير.

● ولو أسلم المراهق لم يحكم بإسلامه على تردّد. وهل يفرّق بينه وبين أبيه؟
 قيل: نعم، صوتاً له أن يستزّلاه عن عزمه وإن كان يحكم الكافر.

زال ذلك بتبعية الأبوين، وليست التبعية علّة في حال وجودهما خاصّةً. بدليل أنّهما لو ماتا عنه لم يحكم بإسلامه إجماعاً وإن كان في دار الإسلام. وكذا لو آجراه لمسلم مدّة تتصل بالبلوغ ونحو ذلك.

وقال الشيخ في المبسوط: إنّه يتبع السابي^١؛ محتجاً بأنّ هذا الطفل لا حكم له بنفسه، وليس هاهنا غير السابي فيحكم بإسلامه كما حكم بانتقاله بذلك من الحرّية إلى الرقيّة. واختاره الشهيد في الدروس^٢.

وللأصحاب قول آخر أنّه يتبعه في الطهارة لا غير؛ لمكان الحرج. وتظهر فائدة الخلاف في جواز عتقه عن الكفّارة إن اعتبرنا الإسلام، وفي لحوق أحكام المسلمين به من الصلاة عليه ودفنه على تقدير موته قبل البلوغ، وفي اشتراط إعرابه بالإسلام بعد البلوغ بغير فصل إن لم نحكم بإسلامه بالتبعية.

والأقوى الحكم بطهارته، وبقاء الشكّ في غيرها من أحكام الإسلام. وقد تقدّم البحث في هذه المسألة مستوفى في كتاب الجهاد^٣.

قوله: «ولو أسلم المراهق لم يحكم بإسلامه على تردّد» إلى آخره. وجه التردّد، من ارتفاع القلم عنه الموجب لسلب عبارته وتصرفاته التي من جملتها الإسلام، ومن تمام عقل المميّز، واعتبار الشارع له في مثل الوصيّة والصدقة ففي الإسلام أولى، ولأنّ الإسلام يتعدّى من فعل الأب إليه على تقدير كون أحد أبيه مؤمناً، فمباشرة للإيمان مع عدم إيمان أبيه أقوى. والوجه عدم الحكم بإسلامه بذلك. والقول بالترفّقة بينه وبين أبيه؛ حذراً من أن يستزّلاه عمّا عزم عليه من الإسلام حسن.

١. المبسوط، ج ١، ص ٥٦٠.

٢. حكاة عنه الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٣١ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٣. تقدّم في ج ٢، ص ٤٥٤ وما بعدها.

الوصف الثاني: ● السلامة من العيوب

فلا يجزئ الأعمى، ولا الأجدم، ولا المقعد، ولا المنكّل به؛ لتحقق العتق بحصول هذه الأسباب.

ويجزئ مع غير ذلك من العيوب، كالأصمّ والأخرس، ومن قطعت إحدى يديه أو إحدى رجليه. ولو قطعت رجلاه لم يجزئ؛ لتحقق الإقعاد.

وينبغي القول بتبعيته حينئذٍ للمسلم في الطهارة إن لم نقل بقبول إسلامه؛ حذراً من الحرج والضرر اللاحقين بمن يحفظه من المسلمين إلى أن يبلغ؛ إذ لو بقي محكوماً بنجاسته لم يرغب في أخذه، لاقتضائه المباشرة غالباً، وليس للقائلين بطهارة المسيء دليل أو جها بخصوصها دون باقي أحكام الإسلام سوى ما ذكرناه ونحوه.

قوله: «السلامة من العيوب فلا يجزئ الأعمى ولا الأجدم - إلى قوله - لتحقق الإقعاد». العيوب الكائنة بالمملوك إن كانت موجبة لعتقه، كالعمى والجذام والإقعاد والتنكيل من مولاه، فلا اشتباه في عدم إجزائه في الكفارة؛ لسبق الحكم بعتقه على إعتاقه لها، وإلا فإن لم تُنقَص ماله ولا تخلّ باكتسابه، كقطع بعض أنامله ونقصان إصبع من أصابعه ونحو ذلك، فلا خلاف في كونه مجزئاً. وإن أوجبت نقص المالّة وأخلّت بالاكتساب وأضرّت به ضرراً يبتأ - كقطع اليدين أو إحداهما - فالأظهر عندنا أنه لا يمنع؛ لعموم قوله تعالى: «فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ»^١ الشامل للناقصة والتامة.

وقال ابن الجنيّد:

لا يجزئ الناقص في خلقه ببطلان الجارحة إذا لم يكن في البدن سواها، كالخصي والأصمّ والأخرس. وإن كان أشلّ من يد واحدة أو أقطع منها جاز^٢.

١. النساء (٤): ٩٢.

٢. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٦٤، المسألة ٩١.

● ويجزئ ولد الزنى. ومنعه قوم؛ استسلاًفاً لوصفه بالكفر، أو لقصوره عن صفة الإيمان. وهو ضعيف.

وقال الشيخ في المبسوط: فأما مقطوع اليدين والرجلين، أو اليد والرجل من جانب واحد، فإنه لا يجزئ بلا خلاف^١.

وقال بعد ذلك - وبعد تفصيل مذاهب الناس في ذلك :-

والذي نقوله في هذا الباب: إن الآفات التي ينعق بها لا يجزئ معها، فأما من عدا هؤلاء فالظاهر أنه يجزئه^٢.

وهذا موافق لما ذكرناه، لكنه يخالف ما ذكره سابقاً.

قوله: «ويجزئ ولد الزنى، ومنعه قوم؛ استسلاًفاً لوصفه بالكفر» إلى آخره.

الأصح أن ولد الزنى كغيره من المكلفين بالنسبة إلى الإسلام والإيمان، فإذا بلغ وأعرب عن نفسه بالشهادتين فهو مسلم، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق، فيجزئ عتقه عن الكفارة.

وقال السيّد المرتضى: لا يجزئ. واستدلّ عليه بإجماع الفرقة، ويقوله تعالى:

﴿وَلَا تَتِمُّوا الْخَيْبَةَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾، وهو يتناول ولد الزنى^٣.

وكذا منع منه ابن الجنيد؛ محتجاً بالآية^٤.

وجوابه: منع الإجماع ودلالة الآية، فإنه مع إظهار الإسلام لا يُعدّ خبيثاً، ولو سلم فتقه

لا يعدّ نفقة كما أسلفناه.

وروى سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام: «لا بأس بأن يعتق ولد الزنى»^٥، وهو شامل

للكفارة وغيرها.

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٩٣.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ١٩٤.

٣. الانتصار، ص ٣٦٧، المسألة ٢٠٩؛ والآية في سورة البقرة (٢): ٢٦٧.

٤. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٦٤، المسألة ٩١.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٨٢، باب عتق ولد الزنى...، ح ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٤٤، ح ٣٥٣١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨،

ص ٢٢٧، ح ٨١٦.

الوصف الثالث: • أن يكون تامّ الملك

فلا يجزئ المدبّر ما لم ينقض تدبيره. وقال في المبسوط والخلاف: يجزئ. وهو أشبه.

هذا مع بلوغه وإظهاره الإسلام، أمّا قبل بلوغه ففي إجزائه نظر؛ إذ ليس مسلماً بنفسه، ولا تابعاً فيه لغيره؛ لانتفائه عن الأبوين شرعاً وإن كان ولدأً لهما لغةً، والظاهر عدم إجزائه حينئذٍ.

نعم، هو طاهر إذا كان متولداً من مسلمين وإن انتفى عنهما؛ لأصالة الطهارة، وكون النجاسة متوقّفة على الحكم بكفره ولو تبعاً، وهو منفيّ على الأصحّ.

ولو كان متولداً من كافرين ففي الحكم بنجاسته نظر، من عدم إلحاقه بهما حتّى يتبعهما في النجاسة، ومن أنّه من أجزائهما لغةً وإن انتفى شرعاً. ويقوى الإشكال لو تولّد من مسلم وكافر.

قوله: «أن يكون تامّ الملك فلا يجزئ المدبّر ما لم ينقض تدبيره» إلى آخره.

القول بعدم إجزاء عتق المدبّر ما لم ينقض تدبيره قبل العتق للشيخ في النهاية^١ وتلميذه القاضي^٢ وابن الجنيّد^٣؛ لحسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يجعل عبده العتق إن حدث به حدث، وعلى الرجل تحرير رقبة في كفارة يمين أو ظهار، أيجزئ عنه أن يعتق عبده ذلك في تلك الرقبة الواجبة؟ قال: «لا»^٤. ومثله موثقة عبد الرحمن^٥.

١. النهاية، ص ٥٦٩.

٢. المهذب، ج ٢، ص ٤١٤.

٣. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٦٧، المسألة ٩٦.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٨-٢٤٩، ح ٩٠٠.

٥. الفقيه، ج ٣، ص ١٢٢-١٢٣، ح ٣٤٦٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٥، ح ٩٦٧.

● ولا المكاتب المطلق إذا أدى من كتابته شيئاً. ولو لم يؤدّ أو كان مشروطاً، قال في الخلاف: لا يجزئ. ولعلّه نظر إلى نقصان الرق؛ لتحقق الكتابة. وظاهر كلامه في النهاية أنّه يجزئ. ولعلّه أشبهه، من حيث تحقق الرق.

وقال الشيخ في كتابي الفروع^١ وابن إدريس^٢ والمتأخرون^٣: يجزئ، ويكون عتقه فسخاً للتدبير؛ لأنّه بمنزلة الوصيّة يبطلها التصرف الناقل عن الملك ويقع صحيحاً كما مرّ في بابه^٤ وهذا هو الأشهر.

ويمكن حمل الرواية على من جعل ذلك بوجه لازم، أو تحمل على الكراهة. قوله: «ولا المكاتب المطلق إذا أدى من كتابته شيئاً» إلى آخره.

يمكن توجيه عدم إجزاء عتقه أيضاً بأنّ الكتابة معاملة بين السيّد والمملوك، وهي لازمة من قبل السيّد على ما يأتي^٥ مطلقاً، وقد خرج بها عن الملك خروجاً مترزلاً، حتّى قيل: إنّها بيع للعبد من نفسه^٦. والأصل لزوم العقود، والآية تتضمّن الأمر بالوفاء بها^٧. والعتق يستلزم الملك، ويقاؤه في المكاتب غير معلوم، ومن ثمّ لم تجب فطرته ولا نفقته، وانتفت عنه لوازم الملك من المنع من التصرف وغيره وإنّ نهاه السيّد. والحجر عليه في بعض التصرفات؛ مراعاةً لوفاء الدين لا يقتضي كونه باقياً في الرق. وعوده إليه على تقدير العجز أمر متجدّد، وقد بيّن أنّ خروجه غير مستقرّ، فالقول بعدم الجواز متوجّه لذلك.

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٨٣ و ٥٩٩: الخلاف ج ٤، ص ٥٤٥. المسألة ٣٦.

٢. السرائر، ج ٣، ص ٧٣.

٣. منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ٢، ص ٢٦٤؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٣٧٧؛ وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٨٨؛ والسيوري في التنقيح الرائع، ج ٣، ص ٤٠٣.

٤. مرّ في ج ٥، ص ٢٧٢ - ٢٧٣.

٥. يأتي في ص ٤٤٣.

٦. قال به أبو الصلاح في الكافي في الفقه، ص ٣١٨؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ٢٦.

٧. المائدة (٥): ١.

● ويجزئ الأبق إذا لم يعلم موته.

نعم، يمكن توجيه الجواز من حيث إنَّ تعجيل عتقه محض الإحسان إليه، وتحريره المحض متوقّف على أداء المال، فهو متردّد بين الأمرين.
ولا يرد أن الأمر منحصر في الرقيّة أو الحرّيّة؛ لأنّ المدعى وجود الحرّيّة المترزلة فيه، وفيها معنى الحرّيّة من وجه والرقيّة من آخر، وهي إلى الأوّل أقرب.
وبالجملة، فالحكم موضع التردّد إن لم ترجح جانب المنع، وقد مال إليه في المختلف^١.
والأقوى صحّة عتقه ما لم يتحرّر منه شيء؛ استصحاباً لحكم الرقيّة إلى أن يثبت المزيل، ولا ثبوت قبل أداء المطلق شيئاً من مال الكتابة أو كونه مشروطاً، فحكم الرقّ مستصحب، ولجواز التبرّع بعتقه اتفاقاً، وذلك دليل بقاء الرقيّة. وثبوت المعاملة وجوب الوفاء بها مسلّم لكن لا يقتضي خروجه عن الرقيّة. وكونها بيعاً للمملوك من نفسه غير صحيح عندنا كما سيأتي^٢.

قوله: «ويجزئ الأبق إذا لم يعلم موته».

لأصالة بقاءه حياً، ومن ثمّ وجبت فطرته، ويستمرّ حكم الرقّ إلى أن ينقطع خبره ويمضي عليه مدّة لا يعيش إليها عادةً.

ويؤيده رواية أبي هاشم الجعفري - في الحسن - قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قد أبق منه مملوكه، يجوز أن يعتقه في كفارة الظهار؟ قال: «لا بأس به ما لم يعرف منه موتاً»^٣.
واستوجه في المختلف الرجوع فيه إلى الظنّ، فيصحّ عتقه مع ظنّ حياته، ويبطل مع ظنّ وفاته أو اشتباه الحال^٤. ومختار المصنّف أصحّ.

١. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٠٠، المسألة ٤٨، وص ١٣٩، المسألة ٩٨.

٢. يأتي في ص ٤٣٠ وما بعدها.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٩٩ - ٢٠٠، باب الإباق، ح ٣؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٤٤، ح ٣٥٣٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٧، ح ٨٩٠.

٤. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٣٢، المسألة ٨٥.

● وكذلك تجزئ المستولدة؛ لتحقق رقيتها.

وقال بعض الشافعية: لا يصحّ عتقه عن الكفارة مطلقاً، لنقصان الملك^١. وهو ممنوع. والمغضوب كالأبق.

قوله: «وكذلك تجزئ المستولدة؛ لتحقق رقيتها».

المشهور بين الأصحاب جواز عتق أم الولد في الكفارة كما يجوز عتقها تبرعاً؛ لبقاء الملك وإن امتنع بيعها على بعض الوجوه، فإنّ عدم جواز البيع لا يقتضي زوال الملك، ولجواز بيعها على بعض الوجوه.

وفي بعض الأخبار عن زين العابدين عليه السلام: «أمّ الولد تجزئ في الظهار»^٢. وهو شاهد.

ومنع منه بعض الأصحاب^٣. وهو مذهب بعض العامة^٤؛ لنقصان الرقّ باستحقاقها العتق لجهة الاستيلاد. وهو ممنوع، فإنها إنّما تستحقّ العتق بعد الموت لا مطلقاً، وإنّما الثابت في حياة المولى المنع من التصرف بما يوجب نقل الملك، وتنجيز العتق إحسان محض وتعجيل لما تشبّنت به وأهلها الشارع له.

هذا إذا أعتقها المولى عن كفارته. أمّا عتقها عن كفارة غيره، إمّا بأن يبيعها لتعتق عن الكفارة، أو بمجرد أمر من عليه الكفارة للمالك بالعتق، ففي الصحة إشكال آخر من حيث نقلها عن ملك المولى قبل العتق حقيقة أو ضمناً، وهو ممتنع. وفيه وجه بالجواز من حيث استلزامه تعجيل العتق. وقد تقدّم الكلام فيه^٥، وسيأتي أيضاً^٦.

١. راجع المجموع شرح المهذب، ج ١١، ص ٣٣٠.

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٥، ح ٤٨٥٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣١٩، ح ١١٨٥.

٣. هو ابن الجنيد على ما حكاه عنه السيوري في التنقيح الرائع، ج ٣، ص ٤٠٤؛ وراجع المهذب، ج ٢، ص ٤١٥.

٤. الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٤٧٢؛ حلية العلماء، ج ٧، ص ١٨٧؛ روضة الطالبين، ج ٦، ص ٢٦١.

٥. تقدّم في ص ١٢٣.

٦. يأتي في ص ١٣١.

● ولو أعتق نصفين من عبيدين مشتركين لم يجزئ؛ إذ لا يسمّى ذلك نسمة.
 ● ولو أعتق شقصاً من عبد مشترك نفذ العتق في نصيبه، فإن نوى الكفارة وهو
 موسر أجزاء إن قلنا؛ إنه ينعق بنفس إعتاق الشقص. وإن قلنا: لا ينعق إلا بأداء
 قيمة حصّة الشريك فهل يجزئ عند أدائها؟ قيل: نعم؛ لتحقق عتق الرقبة. وفيه
 تردد، منشؤه تحقق عتق الشقص أخيراً بسبب بذل العوض لا بالإعتاق.
 ولو كان معسراً صحّ العتق في نصيبه، ولا يجزئ عن الكفارة ولو أيسر بعد

قوله: «ولو أعتق نصفين من عبيدين مشتركين لم يجزئ؛ إذ لا يسمّى ذلك نسمة».
 الأمور به في الكفارة تحرير رقبة، وهي حقيقة في الواحدة الكاملة، فلو أعتق نصفي
 مملوكين لم يجزئ؛ لعدم صدق اسم الرقبة.
 وقال بعض العامة:

يجزئ، تنزيلاً للأشخاص منزلة الأشخاص، ولذلك تجب الزكاة على من ملك نصف
 نمانين شاة^١.

ولهم قول آخر: إن باقي العبيدين إن كان حرّاً أجزاءً وإلا فلا^٢.
 والفرق أنه إذا كان الباقي حرّاً أفاد الإعتاق الاستقلال والتخلص من الرق، وهو مقصود
 من الإعتاق.

وكذا القول فيما لو أعتق ثلثاً من واحد وثلثين من آخر.
 قوله: «ولو أعتق شقصاً من عبد مشترك نفذ العتق في نصيبه - إلى قوله - لتحقق عتق
 الرقبة».

إذا أعتق الموسر نصيبه من العبد المشترك سرى إلى نصيب صاحبه. وهل تحصل

١. الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٤٨٥؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٢٨١، المسألة ٦٣-٨٠؛ روضة
 الطالبين، ج ٦، ص ٢٦٣.

٢. الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٤٨٥؛ روضة الطالبين، ج ٦، ص ٢٦٣.

ذلك؛ لاستقرار الرقِّ في نصيب الشريك. ولو ملك النصيب، فنوى إعتاقه عن الكفّارة صحَّ وإن تفرَّق العتق؛ لتحقّق عتق الرقبة.

السراية بنفس اللفظ، أو بأداء القيمة، أو يتوقّف فإذا أذى القيمة تبين حصول العتق من وقت اللفظ؟ أوجه تأتي إن شاء الله تعالى.

وعلى الأوجه يتفرّع إعتاق العبد المذكور عن الكفّارة، فالمشهور بين الأصحاب صحّته إذا نوى عتقه عن الكفّارة، أمّا في نصيبه فظاهر، وأمّا في الباقي؛ فلأنّ سبب استحقاق عتقه إعتاق نصيبه، وقد اقترنت به نيّة الكفّارة، والعتق في الباقي يتبع العتق في نصيبه، فكما يتبعه في أصل العتق جاز أن يتبعه في الوقوع عن الكفّارة.

ولا فرق في الإجزاء على هذا بين أن يوجّه العتق على جميع العبد، وبين أن يوجّه على نصيبه؛ لحصول العتق بالسراية في الحالتين.

ويحتمل قوياً اشتراط نيّة العتق لجميع؛ لأنّه مأمور بإعتاق رقبة بالنيّة، فلا يكفي نيّة نصيبه وإن تبعه الباقي بحكم الشرع، فإنّ ذلك غير كافٍ في صرفه إلى الكفّارة. هذا إذا قلنا بالسراية عند اللفظ أو بالوقف وأذى القيمة.

وإن قلنا: إنّ العتق إنّما يحصل بأداء القيمة ففي الإجزاء وجهان، تردّد فيهما المصنّف، من تحقّق عتق الرقبة الذي هو مقصود الشارع، ومن منع كون المقصود عتقها مطلقاً بل عن الكفّارة، وعتق الباقي إنّما حصل بسبب بذل العوض لا بسبب الكفّارة.

وعلى تقدير الإجزاء فهل تكفي النيّة الأولى لنصيب الشريك، أم يحتاج إلى تجديد النيّة عند الأداء؟ وجهان:

أحدهما - واختاره في المبسوط^١ - أنّه تكفي نيّته عند اللفظ؛ لأنّ النيّة اقترنت بالعتق، إلّا أنّ العتق حصل على ترتّب وتدرّج.

والثاني: أنّه لا بدّ من التجديد لتقترن النيّة بعتق نصيب الشريك كما اقترنت بعتق نصيبه.

ولو نوى في الحال صرف العتق في نصيبه إلى الكفارة، ونوى عند أداء القيمة صرف العتق في نصيب الشريك إليها أجزاً أيضاً؛ لاقتران النيّة بحالة حصول العتق.

هذا إذا كان موسراً، فأما المعسر فإنّ عتقه يوجد في نصيبه ولا يسري إلى نصيب شريكه، فإن ملك بعد ذلك مالاً وأيسر لم ينفذ العتق فيه؛ لأنّ الرقّ قد استقرّ فيه للشريك فلا يجوز إزالته بعد استقراره، لكن إن ملكه وأعتقه ابتداءً أجزاً؛ لأنّ عتق الرقبة قد حصل وإن كان متفرّقاً.

ومنع ابن الجنيّد من إجزاء هذا العتق عن الكفارة؛ لأنّ عتق السراية حصل بغير قصده بل بالسنة عليه^١، ويصدق أن يقال: ما أعتق جميع العبد، وإنما أعتق نصيبه وعتق عليه الباقي بحكم الشرع. وهذا قول موجّه، إلّا أنّ الأشهر الإجزاء.

واعلم أنّه يفرّق بين هذه المسألة وبين السابقة - على القول بإجزاء العتق بالسراية عن الكفارة، مع أنّ إعتاقه لنصفي العبدین أبلغ من عتق النصف الواحد وقد حكم بإجزائه - أنّ من شرط الإجزاء أن ينوي عتق الجميع عن الكفارة كما بيّناه، أو ينوي عتق نصيبه ويطلق؛ ليسري العتق على الباقي ويتبع ما نواه على الوجه الآخر، والأمران منفيّان في السابقة، فإنّه بنيّة عتق النصفين من الاثنين عن كفارة واحدة قد صرّح بعدم إرادة عتق الباقي من العبد الواحد عن الكفارة على تقدير السراية، ونية العدم صرفت الشقص الخارج عن عتقه للكفارة فلم يقع مجزئاً عنها لذلك، ولو كان قد نوى عتق الشقصين عن كفارتين جاءت المسألة الثانية بأسرها، وصحّ عتقهما عن الكفارة، وسرى إليهما على ما فضل.

وفي معنى عتق ما يملكه من العبد عن الكفارة مع يساره لو أعتق بعض عبده يملكه بأسره عن الكفارة، فإنّه يسري إلى الجميع، ويجزئه إذا نوى ذلك أو لم ينو ما ينافي الكفارة.

● ولو أعتق المرهون لم يصح ما لم يجزئ المرتهن. وقال الشيخ: يصح مطلقاً إن كان موسراً، ويكلف أداء المال إن كان حالاً أو رهناً بدله إن كان مؤجلاً. وهو بعيد.

● ولو قتل عمداً فأعتقه في الكفارة فللشيخ قولان. والأشبه المنع. وإن قتل خطأ قال في المبسوط: لم يجزئ عتقه؛ لتعلق حق المجني عليه برقبته. وفي النهاية: يصح ويضمن السيّد دية المقتول. وهو حسن.

قوله: «ولو أعتق المرهون لم يصح ما لم يجزئ المرتهن» إلى آخره.

وجه البعد أن الراهن ممنوع من التصرف في المرهون بالإجماع، فإخراج هذا الفرد من التصرف تحكّم، وعموم قوله عليه السلام: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»^١ يشملهما.

نعم، لو أجازته المرتهن نفذ؛ لأن المنع كان لحقه، فإذا أجاز زال المانع وصادف وقوع العتق من أهله.

واستند الشيخ في صحة العتق إلى عموم قوله تعالى: «فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ»^٢، وأن الراهن مالك لها، وهو مع يساره واجد فيتناوله العموم^٣. وهو ممنوع.

قوله: «ولو قتل عمداً فأعتقه في الكفارة فللشيخ قولان. والأشبه المنع» إلى آخره. قد اختلف كلام الشيخ في هذه المسألة اختلافاً فاحشاً؛ لأنه في الخلاف منع من صحة عتق الجاني عمداً، وجوز عتقه إذا كانت الجناية خطأً، واستدلّ على ذلك بإجماع الفرقة^٤.

١. أوردته العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٣٩، المسألة ٧٠، والنوري في مستدرک الوسائل، ج ١٣، ص ٤٢٦، ح ٦.

٢. النساء (٤): ٩٢؛ المائدة (٥): ٨٩؛ المجادلة (٥٨): ٣.

٣. الخلاف، ج ٤، ص ٥٤٥-٥٤٦، المسألة ٣٢.

٤. الخلاف، ج ٤، ص ٥٤٦، المسألة ٣٣.

● ولو أعتق عنه معتق بمسألته صحّ، ولم يكن له عوض. فإن شرط عوضاً، كأن يقول له: [أعتق] وعليّ عشرة، صحّ ولزمه العوض.

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

ولو أعتق الوارث عن الميت من ماله - لا من مال الميت - قال الشيخ: يصحّ. والوجه التسوية بين الأجنبي والوارث في المنع أو الجواز.

وعكس في المبسوط وقال:

الذي يقتضيه مذهبنا أنه إن كان عامداً نفذ العتق؛ لأن القود لا يبطل بكونه حرّاً، وإن كان خطأ لا ينفذ؛ لأنه يتعلّق برقبته، والسيد بالخيار بين أن يفديه أو يسلمه^١.

والمصنّف اختار مذهبه في الخلاف، وهو صحّة العتق مع كون الجناية خطأ^٢، وبطلانه مع العمد؛ لأنه مع العمد يكون التخيير إلى أولياء المقتول، إن شأؤوا قتلوه وإن شأؤوا استرقّوه، وصحّة عتقه تستلزم إبطال ذلك، أمّا الخطأ فالخيار إلى المولى، إن شاء افتكّه بالأرض أو القيمة على الخلاف، وإن شاء دفعه إلى أولياء المقتول، فإذا أعتقه يكون قد اختار الافتكاك. لكن هذا يتمّ مع يساره، فلو كان معسراً لم ينفذ عتقه؛ لتضرّر أولياء المقتول به وإسقاط حقّهم منه. والأقوى صحّته مع الخطأ والعمد؛ مراعىً بفكّه له في الخطأ، واختيار أولياء المقتول الفداء في العمد، وبذله له أو عفوهم عن الجناية.

قوله: «ولو أعتق عنه معتق بمسألته صحّ» إلى آخره.

إذا وجب على شخص كفارة تتأدّى بالعتق فأعتق عنه غيره بنية الكفارة، فإن كان ذلك بمسألة من عليه الكفارة صحّ، سواء شرط له عوضاً كقوله: «أعتق عبدك عن كفّارتي ولك عليّ عشرة دنانير» أم لم يشترط بأن قال له: «أعتق عبدك عن كفّارتي» ففعل.

ووجه الصحّة في الموضوعين أن المعتق كالنائب عن الأمر على التقديرين، وكالوكيل عنه

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٨٤.

٢. وهو قوله في النهاية أيضاً كما نقله عنه الماتن وحسنه. راجع النهاية، ص ٧٥٣.

في الإعتاق، فيكون الأمر كأنه أعتق الرقبة عن الكفارة، فيدخل في عموم: «فَسْتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ»^١، ولا مانع من ذلك إلا عدم كونه مالكاً لها، ولكن سيأتي أن الملك ينتقل إليه على وجه ليصح العتق^٢.

وإن تبرّع المعتق عنه من غير سؤاله قال الشيخ في المبسوط:

صحّ العتق عن المعتق دون من أعتق عنه، سواء كان المعتق عنه حياً أو ميتاً إن لم يكن المعتق وارثاً، فإن كان وارثاً صحّ عتقه عن الميت وإن لم يكن من مال الميت^٣.
 وفرّق بين الوارث والأجنبي بأنّ الوارث مخاطب بأداء الحقوق الواجبة على المورث، وله التخيير في جهات القضاء، وقائم مقامه في قبول قوله فيما كان يقبل قوله فيه، وفي تعيين الوصيّة المبهمة والمطلقة على وجه، مع تكليفه بما عليه من الصلاة والصوم بخلاف الأجنبي. ولا يخفى عليك أنّ هذه الفروق خارجة عن موضع الفرض، ولا يقتضي عموم الولاية؛ لأنّ الفرض كونه غير وصيّ، ومن ثمّ قال المصنّف (رحمه الله): «الوجه التسوية بين الأجنبي والوارث في المنع أو الجواز»؛ لأنّ التبرّع حاصل من كلّ واحد منهما؛ لما ذكرناه من أنّ الفرض كونه غير وصيّ، ولا يلزم من قيامه مقامه في بعض الأحكام قيامه في غيره. وحينئذٍ فإما أن يمنع من الإجزاء فيهما؛ نظراً إلى وقوع العتق من غير مالك، ولا من هو في حكمه كالوكيل والمأمور، ولا عتق إلا في ملك، أو صحّته فيهما التفاتاً إلى أنّ المتبرّع نوى العتق عن ذي الكفارة فيقع عنه؛ لعموم قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيّات»^٤، ولأنّه لو لم يقع عنه ما وقع أصلاً، أمّا عن المعتق؛ فلأنّه لم ينوه عن نفسه ولا عمل إلاّ بنيّة، وأمّا عن الآخر؛ فلأنّه الفرض، ولأنّه جارٍ مجرى قضاء الدين الجائر تبرّعاً من الأجنبي والوارث ودين الله

١. النساء (٤): ٩٢؛ المائدة (٥): ٨٩؛ المجادلة (٥٨): ٣.

٢. يأتي بتأييد هذا.

٣. المبسوط ج ٤، ص ١٨٧-١٨٨.

٤. تهذيب الأحكام، ج ١ ص ٨٣، ح ٢١٨؛ وج ٤، ص ١٨٦، ح ٥١٩.

● وإذا قال: «أعتق عبدك عني» فقال: أعتقت عنك، فقد وقع الاتِّفاق على الإجزاء. ولكن متى ينتقل إلى الأمر؟ قال الشيخ (رحمه الله): ينتقل بعد قول المعتق: «أعتقت عنك»، ثمَّ ينعق بعده. وهو تحكُّم. والوجه الاقتصار على الثمرة، وهو صحَّة العتق وبراءة ذمَّة الأمر، وما عداه تخمين.

أحقَّ أن يقضى، وتوقَّف العتق على الملك يندفع بالملك الضمني كما قيل به مع السؤال. والمصنَّف (رحمه الله) لم يرجِّح أحد الأمرين، وإنما منع الفرق. والوجه الإجزاء عن الميت مطلقاً. وفي وقوعه عن الحيِّ نظر، وإن كان الوقوع لا يخلو من قوَّة. قوله: «وإذا قال: أعتق عبدك عني، فقال: أعتقت عنك» إلى آخره. إذا قال له: «أعتق عبدك عني» ففعل، وقع العتق عن الأمر بغير خلاف ممَّن يعتدُّ به، ولا بدَّ من الحكم بدخوله في ملك المعتق عنه، لقوله ﷺ: «لا عتق إلا في ملك». وقد اختلف العلماء في وقت دخوله، وذكروا فيه وجوها:

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

وفيه: أنه يستلزم تأخُّر العتق عن الإعتاق بقدر ما يتوسَّطهما الملك.

واعتذروا عنه بأن تأخُّر العتق عن الإعتاق بسبب أنه إعتاق عن الغير، ومثله واقع في قوله: «أعتقت عبدي عنك بكذا» فإنَّ عتقه يتوقَّف على قبول المعتق عنه، ويلزم منه تأخُّر العتق عن الإعتاق.

والمصنَّف (رحمه الله) نسب هذا القول إلى التحكُّم؛ لأنَّ الدليل الدالَّ على صحَّة هذا العتق إن سلَّم دلالته على انتقال الملك فليس فيه توقيت له، فتحصيله بهذا الوقت تحكُّم. وثانيها: أنه يحصل الملك بشروعه في لفظ «الإعتاق»، ويعتق إذا تمَّ اللفظ بمجموع الصيغة، فالجزء علَّة للعتق وهو ملك الأمر، والكلُّ سبب لزوال ملكه عنه بالإعتاق. وهو

١. الكافي، ج ٦، ص ١٧٩، باب أنه لا عتق إلا بعد ملك، ح ١ و ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ١١٦، ح ٣٤٤٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٧، ح ٧٧٣ و ٧٧٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥، ح ١٤ و ١٥، بتفاوت يسير.

● ومثله إذا قال له: «كل هذا الطعام»، فقد اختلفوا أيضاً في الوقت الذي يملكه الآكل. والوجه عندي أنه يكون إباحةً للتناول، ولا ينتقل إلى ملك الآكل.

قول المفيد^١ والعلامة^٢ وولده فخر الدين^٣.

وفيه: أنه يستلزم صيرورته ملكاً للآمر قبل تمام الصيغة، فلو فرض تركه إكمالها خرج عن ملكه ولم يقع العتق. وثالثها: أنه يحصل الملك للمستدعي بالاستدعاء، ويعتق عليه إذا تلفظ المالك بالإعتاق.

ويرد عليه ما ورد على السابق وزيادة.

ورابعها: أنه يحصل الملك والعتق معاً عند تمام الإعتاق.

وفي هذا سلامة عن المحذور السابق، إلا أن اشتراط وقوع العتق في ملك يقتضي تقدم الملك على العتق، فلا يتم وقوعهما معاً في وقت واحد عند تمام لفظ العتق.

وخامسها: أنه يحصل بالأمر المقترن بصيغة العتق، فيكون تمام الصيغة كاشفاً عن سبق الملك عليها، وعدم إيقاعها بعد الاستدعاء أو قطعها أو وقوع خلل فيها دالاً على عدم حصول الملك بالأمر؛ لعدم حصول ما يعتبر في صحته وهو اقتترانه بالأمر بالعتق.

وفيه: أن الاقتران المذكور يكون شرطاً في سبق الملك، ولا يتحقق الاقتران إلا بتمام صيغة العتق، فيلزم تأخر الملك عن الإعتاق، وإلا لتأخر الشرط عن المشروط.

ولأجل هذه الإشكالات ونحوها قال المصنف (رحمه الله) - ونعم ما قال -: إن الوجه الاقتصادي على الثمرة، وهو صحة العتق عن الأمر وبراءة ذمته من الكفارة، ولا يجب البحث عن وقت انتقال الملك إليه؛ فإن ذلك تخمين لا يرجع إلى دليل صالح. قوله: «ومثله إذا قال له: كل هذا الطعام» إلى آخره.

١. لم نثر عليه في كتبه. نعم، نسبه إليه فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٩١.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٩٩.

٣. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٩٠-٩١.

ويشترط في الإعتاق شروط:

الأول: ● النية؛ لأنه عبادة يحتمل وجوهاً، فلا يختصّ بأحدها إلا بالنية. ولا بدّ من نية القربة، فلا يصحّ العتق من الكافر، ذميّاً كان أو حربياً أو مرتداً؛ لتعذر نية القربة في حقّه.

هذه المسألة تشبه السابقة في اشتباه وقت انتقال الملك إلى الأكل. فقيل: إنّه ينتقل إلى ملك المأذون له في الأكل بتناوله بيده^١. وقيل: بوضعه في فيه. وقيل: بازدراد اللقمة^٢. وأتفق الكلّ على أنّه لا يملك بوضعه بين يديه.

ويتفرّع على الأقوال جواز إطعامه لغيره على الأول لا على الباقي. ولا فرق في ذلك بين الإذن صريحاً كما ذكره المصنّف، وبقرائن الأحوال كوضع الطعام بين يدي الضيف.

والأقوى ما اختاره المصنّف، من أنّ المأذون لا يملكه مطلقاً، وإنّما يستبيح الأكل بالإذن؛ الملك على مالكة، وعدم حصول شيء من الأسباب الناقلة عنه شرعاً، بل هو إباحة محضة من غير تمليك، لكنّها مختصة بالنوع المأذون فيه لفظاً أو بقرينة الحال. فيرجع في تلقيم الضيفان بعضهم بعضاً، ووضع شيء منه بين يديه، وإطعام غيرهم من السائل والهزّ وغيرهما، إلى الإذن المستفادة من اللفظ أو القرينة، ومع الشكّ يحرم التصرف بغير الأكل مطلقاً؛ عملاً بالمتيقّن من الإباحة، وللنهي عن أكل مال الناس بالباطل^٣. ومثله القول في أخذ شيء منه للمأذون له في الأكل لغلامه أو لياكله في وقت آخر.

قوله: «النية؛ لأنه عبادة يحتمل وجوهاً، فلا يختصّ بأحدها إلا بالنية» إلى آخره.

النية معتبرة في الكفارة؛ لأنها عبادة تقع على وجوه مختلفة، فلا يتميّز المقصود منها إلا بالنية؛ لقوله ﷺ: «إنّما الأعمال بالنيات»^٤.

١. قاله الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٨٨ - ١٨٩.

٢. قاله العلامة في مختلف الشيعية، ج ١، ص ٢٧٠، المسألة ٩٨.

٣. النساء (٤): ٢٩.

٤. تقدّم تخريجه في ص ١٣٠، الهامش ٤.

ويعتبر فيها نيّة القربة؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيُعْبَدُوا اللَّهُ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ﴾^١. وهذا هو القدر المتفق عليه منها، وسيأتي الخلاف في اشتراط نيّة التعيين وعدمه^٢. ويتحصّل من ذلك أنّ المعتر نيّة العتق عن الكفّارة تقرّباً إلى الله تعالى.

ومقتضى العبارة أنّ نيّة الوجوب غير معتبرة فيه، إمّا لأنّه لا يقع عن الكفّارة إلّا واجباً فلا يفتقر إلى التمييز به، أو لأنّ نيّة الوجه لا دليل على اعتبارها في مطلق العبادات، وما تقدّم من ثبوته في تلك الكفّارات المختلف فيها على وجه الاستحباب يحصل المراد بالتعيين إن اعتبرناه^٣، وإلّا اعتبر ذكر ما يميّز الواجب عن غيره وإن لم يجعل غايةً كغيره من العبادات. إذا تقرّر ذلك فقد فرّع المصنّف (رحمه الله) على اعتبار نيّة القربة به أنّه لا يصحّ من الكافر، كتابياً كان أم غيره؛ محتجاً بتعدّد نيّة القربة في حقّه.

وفيه نظر؛ لأنّه إن أراد بنية القربة المتعدّرة منه نيّة إيقاع الفعل طلباً للتقرّب إلى الله تعالى بواسطة نيل الثواب أو ما جرى مجرى ذلك، سواء حصل له ما نواه أم لا، منعنا من تعدّد نيّة القربة من مطلق الكافر؛ لأنّ من اعترف منهم بالله تعالى وكان كفره بجحد نبوة النبي ﷺ أو غيره من الأنبياء أو بعض شرائع الإسلام يمكن منه هذا النوع من التقرّب، وإنّما يمتنع من الكافر المعطل الذي لا يعترف بوجود الله تعالى، كالدهري وبعض عبدة الأصنام. وإن أراد بها إيقاعه على وجه التقرّب إلى الله تعالى بحيث يستحقّ بها الثواب، طالبناه بدليل على اشتراط مثل ذلك، وعارضناه بعبادة المخالف من المسلمين وعتقه؛ فإنّه لا يستتبع الثواب عنده مع صحّة عتقه. وفي صحّة عبادات غيره بحث قرّر في محلّه^٤.

وبالجملة فكلّاهم في هذا الباب مختلف غير منقح؛ لأنّهم تارة يحكمون ببطلان عبادة

١. البيّنة (٩٨): ٥.

٢. يأتي في ص ١٣٥.

٣. تقدّم في ص ١٠٠ وما بعدها.

٤. راجع ج ١، ص ٣٧٥.

الكافر مطلقاً؛ استناداً إلى تعذر نيّة القربة منه، ومقتضى ذلك إرادة المعنى الثاني؛ لأنّ ذلك هو المتعذّر منه لا الأوّل، وتارة يجوزون منه بعض العبادات كالعتق، وسيأتي تجويز جماعة من الأصحاب له منه^١ مع اشتراط القربة فيه؛ نظراً إلى ما ذكرناه من الوجه في الأوّل.

وقد وقع الخلاف بينهم في وقفه وصدقته وعتقه المتبرّع به، ونحو ذلك من التصرفات الماليّة المعترّبة فيها القربة. واتفقوا على عدم صحّة العبادات البدنيّة منه؛ نظراً إلى أنّ المال يراعى فيه جانب المدفوع إليه ولو بفكّ الرقبة من الرقّ فيرجّح فيه جانب الغرامات، بخلاف العبادات البدنيّة، ومن ثمّ ذهب بعض العامّة إلى عدم اشتراط النيّة في العتق والإطعام واعتبرها في الصيام^٢، إلّا أنّ هذا الاعتبار غير منضبط عند الأصحاب كما أشرنا إليه. وسيأتي له في العتق زيادة بحث إن شاء الله^٣.

ثمّ عدّ إلى العبارة. واعلم أنّ قوله «ذمياً كان الكافر أو حريباً أو مرتدّاً» لا يظهر للتسوية بين هذه الفرق مزيّة؛ لأنّ الكافر المقرّب بالله تعالى لا يفرّق فيه بين الذمّي والحربي وإن افترقا في الإقرار بالجزية، فإنّ ذلك أمر خارج عن هذا المطلوب. وإنّما حقّ التسوية بين أصناف الكفّار أن يقول: سواء كان مقرّاً بالله تعالى كالكتابي، أم جاحداً له كالوثني؛ لأنّ ذلك هو موضع الإشكال ومحلّ الخلاف.

وأما ما قاله بعضهم:

من أنّ الكافر مطلقاً لا يعرف الله تعالى على الوجه المعترّ، ولو عرفه لأقرّ بجميع رسله ودين الإسلام^٤.

فهو كلام بعيد عن التحقيق جدّاً، ولا ملازمة بين الأمرين، كما لا ملازمة بين معرفة

١. يأتي في ص ٣٢٠.

٢. الوجيز في فقه الشافعي، الغزالي، ج ٢، ص ٨٧ و ٨٩.

٣. يأتي في ص ٣٢٠ وما بعدها.

٤. لم نعر على قائله.

● ويعتبر نيّة التعيين إن اجتمعت أجناس مختلفة على الأشبه. ولو كانت الكفّارات من جنس واحد قال الشيخ: يجزئ نيّة التكفير مع القرية، ولا يفتقر إلى التعيين. وفيه إشكال.

أمّا الصوم فالأشبه بالمذهب أنّه لا بدّ فيه من نيّة التعيين، ويجوز تجديدها إلى الزوال.

المسلم لله تعالى ومعرفة دين الحقّ من فرق الإسلام، و﴿كُلُّ حِزْبٍ بِمَا لَدَيْهِمْ فَرِحُونَ﴾^١. قوله: «ويعتبر نيّة التعيين إن اجتمعت أجناس مختلفة - إلى قوله - تجديدها إلى الزوال». إذا تعدّدت الكفّارات على واحدٍ، فإنّما أن يتحد السبب جنساً - والمراد به هنا الحقيقة النوعيّة، كما هو استعمال الفقهاء في نظائره - أو يتعدّد. وعلى تقدير تعدّدها فإنّما أن تتماثل الكفّارات ككفّارة قتل الخطأ والظهار، أو تختلف كأحدى الكفّارتين مع كفّارة اليمين وكفّارة رمضان على القول الأصحّ من أنّها مخيرة.

فإن اختلفت الأسباب والمسبّبات قال الشيخ في الخلاف:

وجب التعيين؛ لقوله ﷺ: «إنّما الأعمال بالنيّات»^٢، فما لم يحصل فيه النيّة لا يجزئ، ولأنّ الأصل شغل الذمّة ولا يقين ببراءتها مع الإطلاق، ولا متناع الصرف إليهما جميعاً، وللبعض ترجيح بلا مرجّح^٣.

وهذا هو الذي اختاره المصنّف وابن إدريس^٤.

وفي المبسوط اكتفى بالإطلاق مطلقاً؛ لأصالة البراءة من اشتراطه وحصول الامتثال، وجاز انصرافه إلى واحدة لا بعينها، فيبقى في ذمّته أخرى كذلك.

١. الروم (٣٠): ٣٢.

٢. تقدّم تخريجه في ص ١٣٠، الهامش ٤.

٣. الخلاف، ج ٤، ص ٥٤٩ - ٥٥٠، المسألة ٣٩.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٧١٨؛ وج ٣، ص ٧١.

٥. المبسوط، ج ٤، ص ٥٩٤.

ويشكل بأنّه مع اختلافها حكماً - ككفارة الظهار واليمين - إن تخيّر بعد العتق بين عتق آخر والإطعام كان العتق [الأول] منصرفاً إلى المرتبة وهو خلاف الفرض، وإن تعيّن العتق ثانياً كان منصرفاً إلى المخيرة وهو خلاف التقدير أيضاً.

ولأجل هذا الاشكال فصلّ العلامة في المختلف، فأوجب التعيين مع اختلاف الكفارات حكماً لا مع اتفاقها^١.

ويرد عليه ما لو كانت إحداها كفارة جمع والأخرى كفارة مرتبة، فإنّ حكمهما مختلف، والمحذور مندفع؛ لأنّ العتق ثانياً متعيّن من غير المحذور المذكور، لاشتغال الذمّة بعتق معيّن ثانياً على كلّ تقدير، إلا أن يجعل هذا من أفراد متّفق الحكم، من حيث اشتراكهما في تعيين العتق ابتداءً، لكنّه خلاف المفهوم من مختلف الحكم.

ويمكن اندفاع الإشكال بأنّ الشيخ صرّح في المبسوط بجواز التعيين بعد الإبهام^٢، فينصرف العتق إلى التي صرفه إليها كما لو عيّن في الابتداء، وبقي حكم الأخرى بحاله، فلا محذور حينئذٍ.

ويمكن دفعه أيضاً بالتزام تعيين العتق ثانياً على تقدير كون إحداها مرتبة والأخرى مخيرة، ولا يلزم انصراف العتق أولاً إلى المخيرة بل إلى كفارة مطلقة ممّا في ذمته، وتبقى أخرى مطلقة كذلك مترددة بين المرتبة والمخيرة، فإذا اختار غير العتق لم يحصل براءة الذمّة ممّا هو متعلّق بها؛ لأنّه ليس مخيراً، وإن اختار العتق برئت ذمته على التقديرين، فتعيّن العتق لذلك لا لانصرافه إلى المخيرة وإن شاركه في المعنى. وهذا كمن عليه كفارة مشتبهة بين المخيرة والمرتبة، فإنّه يتعيّن عليه العتق لتيقّن براءة الذمّة منهما، وإن لم يكن العتق متعيّناً عليه في نفس الأمر، بل من باب مقدّمة الواجب، لتوقّف البراءة عليه.

١. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٤٩، المسألة ٧٩.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٥٩٤.

وإن تعددت الكفارة واتحد جنس سببها فالمشهور بين الأصحاب عدم وجوب التعيين، بل قال الشهيد في الشرح:

إنه لا يعرف لأحد من العلماء قولاً باشتراط التعيين، والشيخ في الخلاف نقل الإجماع على عدم اشتراطه. لكن المصنّف هنا جعل فيه إشكالاً^١.
وكأن وجهه اشتراك الجميع في أن كلّ واحدة عمل، وكلّ عمل يفتقر إلى النية، فكلّ كفارة تفتقر إلى النية.

وجوابه: القول بالموجب، فإنه إذا نوى الكفارة مطلقاً فقد حصل العمل بنية، وبرئت الذمة من واحدة مطلقاً ممّا في الذمة، وبقي الباقي كذلك. والذي يدلّ عليه الخبر^٢ وجوب القصد إلى العمل، أمّا كونه مشخّصاً بجميع وجوهه فلا يدلّ عليه.
وهذا البحث كلّه إذا كفر بالعتق، وفي معناه التكفير بالإطعام والكسوة.
وأما الصوم فقد قال المصنّف (رحمه الله): «إنّ الأشبه بالمذهب أنّه لا بدّ فيه من نية التعيين مطلقاً».

والفرق بينه وبين باقي الخصال أنّه من العبادات البدنيّة، والأمر فيها أضيّق، ولذلك لا يجزئ فيها التوكيل، بخلاف الماليّة. وبأنّ العبادات الماليّة نازعة إلى الغرامات فاكتفي فيها بأصل النية. وبأنّ العبادات البدنيّة مراتب متفاوتة، وما يتعلّق بها من النصب والتعب يختلف موقعه ووجوهه، فالمشقة في صلاة الصبح - مثلاً - من وجه وفي صلاة الظهر من وجه آخر، لاختلاف الوقت وأعداد الركعات، بخلاف العتق فإنه أمر واحد لا اختلاف فيه، فلم يحتجّ فيه إلى التعيين إمّا مطلقاً أو على بعض الوجوه.

١. غاية المراد، ج ٣، ص ٢٣٤ - ٢٣٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣)؛ ولقول الشيخ راجع الخلاف، ج ٤،

ص ٥٤٩، المسألة ٣٨.

٢. تقدّم تخريجه في ص ١٣٠، الهامش ٤.

فروع على القول بعدم التعيين:

الأول: ● لو أعتق عبداً عن إحدى كفاراته صح، لتحقق نيّة التكفير؛ إذ لا عبرة بالسبب مع اتّحاد الحكم.

وفي قول المصنّف «الأشبه بالمذهب أنّه لا بدّ من التعيين» إيماً إلى عدم تحقق الوفاق عليه، وأنّه محتمل للخلاف.

ووجه تعبيره بذلك أنّ ظاهر الشيخ في المبسوط اشتراك جميع خصال الكفارات في جواز الإطلاق؛ لأنّه قال - بعد أن فرض المسألة في الكفارات المتّحدة الجنس ككفارات اليمين -: فإن أهبهم النيّة فلم يعيّن بل نوى كفارة مطلقاً أجزأه؛ لقوله تعالى: ﴿فَكَفَّرْتَهُمْ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ﴾^١ ولم يفرّق.

ثمّ قال بعد ذلك:

فأمّا إذا كانت أجناساً، مثل: إن حنث وقتل وظاهر ووطئ في رمضان فالحكم فيها كلّها كما لو كان الجنس واحداً، فإنّه لا يفتقر إلى تعيين النيّة^٢.

وظاهر هذا عدم الفرق بين الصوم وغيره؛ فلذا قال المصنّف ما قال.

وباقى الأصحاب لم يتعرّضوا للبحث عن التعيين وعدمه إلّا في العتق، والظاهر أنّهم أحالوا الباقي عليه. وفي الحقيقة تلك الفروق لا تخلو من تكلف، ولا توجب تعيّن نيّة التعيين مطلقاً، فلو قيل بمساواته لغیره من الخصال كما يظهر من إطلاق الشيخ كان حسناً. واعلم أنّ قول المصنّف «ويجوز تجديدها إلى الزوال» يريد به في الجملة لا مطلقاً، وذلك مع نسيانها ليلاً، وفي ابتداء الصوم، بمعنى أنّه لو تجدد عزمه على الشروع في صوم الكفارة في أثناء النهار قبل الزوال صح.

قوله: «لو أعتق عبداً عن إحدى كفاراته صح، لتحقق نيّة التكفير» إلى آخره.

المراد بالحكم المتّحد هنا وجوب العتق عن الكفارة، سواء اختلفت مع ذلك في حكم

١. المائة (٥): ٨٩.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٥٩٤.

الثاني: ● لو كان عليه كفّارات ثلاث متساوية في العتق والصوم والصدقة فأعتق ونوى القرية والتكفير، ثمّ عجز فصام شهرين متتابعين بنية القرية والتكفير، ثمّ عجز فأطعم ستين مسكيناً كذلك، برئ من الثلاث ولو لم يعين.

الترتيب والتخيير أم لا؛ لأنّ ذلك متفرّع على قول الشيخ بعدم وجوب التعيين مطلقاً، فتعين تفسير الحكم بما ذكرناه.

وأما الحكم الذي جعل في المختلف عدم وجوب التعيين مترتباً على اتّحاده^٢، فالمراد به ما هو أخصّ من ذلك، وهو حكمها في الترتيب والتخيير، كما يرشد إليه مثاله وتعليقه. وحينئذٍ فإن كانتا مع اختلاف سببهما متفقتين في الجمع أو الترتيب أو التخيير برئ من العتق عن إحداهما، ولزمه في الأوّل عتق رقبة أخرى مطلقةً كذلك، فتبرأ ذمته منهما. وكذا في الثاني أو المركّب منهما. وأما الثالث فإنّه بالعتق يبرأ من إحدى الكفّارتين، ويتخيّر ثانياً بين فعل إحدى الخصال الثلاث مطلقةً، فبرأ منهما.

ولو كانت إحداهما مرتبةً والأخرى مخيرةً برئت ذمته من إحداهما أيضاً لا على التعيين، وتعين عليه العتق ثانياً عن إحداهما كذلك؛ لتوقف البراءة ممّا^٣ في ذمته المتردّد بين الأمرين عليه، إن لم يصرف ذلك المطلق الأوّل بعد العتق إلى واحدة معيّنة، وإلاّ لزمه حكم الأخرى خاصةً. ولو عجز ثانياً عن العتق تعين عليه الصوم، لما ذكرناه من العلة في العتق.

قوله: «لو كان عليه كفّارات ثلاث متساوية في العتق والصوم والصدقة» إلى آخره. المراد بتساويها في الثلاثة تساويها حكماً كالترتيب وإن اختلفت سبباً؛ لأنّه متفرّع على عدم اشتراط التعيين مطلقاً. ويمكن أن يريد تساويها كميّةً وإن اختلفت في الترتيب والتخيير. فلو اجتمع عليه كفّارة ظهار وقتل وإفطار رمضان فأعتق ونوى الكفّارة مطلقاً برئ من واحدة غير معيّنة إن لم يعيته بعد ذلك لأحدها، فإذا عجز عن العتق ثانياً فصام شهرين

١. المبسوط، ج ٤، ص ٥٩٤.

٢. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٤٩، المسألة ٧٩.

٣. في «م»: «عمّاً» بدل «مماً».

الثالث: • لو كان عليه كفّارة ولم يدر أهي عن قتل أو ظهار؟ فأعتق ونوى القربة والتكفير أجزاءه.

الرابع: • لو شك بين نذر وظهار فنوى التكفير لم يجزئ؛ لأنّ النذر لا يجزئ فيه نيّة التكفير. ولو نوى إبراء ذمّته من أيّهما كان جاز. ولو نوى العتق مطلقاً لم يجزئ؛ لأنّ احتمال إرادة التطوّع أظهر عند الإطلاق. وكذا لو نوى الوجوب؛ لأنّه قد يكون لا عن كفّارة.

متتابعين برئ من أخرى كذلك، فإذا عجز عن الصوم فأطعم ستين مسكيناً برئ من الجميع. واشترط العجز عن المرتبة السابقة؛ ليجري الحكم على المرتبة والمخيرة، فإنّ الثلاث إن كانت مرتبة أو مجتمعة من الأمرين فاشتراط العجز في محلّه، وإن كانت كلّها مخيرة وفعل الثلاث خصال كما ذكر برئ من الثلاث وإن لم يكن حال فعل الصوم والإطعام عاجزاً عن السابق لكن فائدة القيد شمول الأقسام ولا يضرّ هنا أيضاً؛ لأنّ العجز لا يغيّر الحكم وإن لم يكن معتبراً.

وبقي من الأقسام ما لو اجتمع عليه ثلاث كفّارات جمع فأعتق ونوى الكفّارة مطلقاً، فإنّه يبرأ من عتق واحدة غير معيّنة، فإذا صام كذلك برئ من صوم واحدة كذلك، فإذا أطعم فكذلك. ثمّ إن لم يصرفه إلى واحدة معيّنة، وإلا افتقر في بقية الخصال إلى الإطلاق.

قوله: «لو كان عليه كفّارة ولم يدر أهي عن قتل أو ظهار؟» إلى آخره.

لا إشكال في الإجزاء تفرّيعاً على القول بعدم وجوب التعيين كما فرضه المصنّف؛ لأنّ هذه النيّة مجزئة على هذا القول وإن علم بنوع الكفّارة فمع الجهل أولى. ولو اشترطنا التعيين مع العلم احتمال سقوطه مع الجهل كما في هذه الصورة، ووجوب التردد بين الأمرين، كالصلاة المشتبّهة حيث وجب تعيينها ابتداءً فكذا مع الجهل، فتردّد النيّة بين الأقسام المشكوك فيها. وهذا أولى.

قوله: «لو شك بين نذر وظهار فنوى التكفير لم يجزئ» إلى آخره.

المعتبر من النيّة المطلقة حيث لا يجب التعيين نيّة يشترك فيها جميع ما في ذمّته من

الخامس: • لو كان عليه كفّارتان وله عبدان فأعتقهما ونوى نصف كلّ واحد منهما عن كفّارة صح؛ لأنّ كلّ نصف تحرّر عن الكفّارة المرادة به وتحرّر الباقي عنها بالسراية. وكذا لو أعتق نصف عبده عن كفّارة معيّنة صح؛ لأنّه ينعق كلّ دفعه.

الأُمور المتعدّدة من كفّارات أو غيرها، فإذا علم أنّ في ذمّته عتق رقبة وشكّ بين كونها بسبب نذر - بأن نذر عتق رقبة - أو كفّارة ظهار، فالأمر الجامع بين الأمرين في النيّة أن ينوي أمراً يشترك فيه النذر والكفّارة، وهو أن ينوي العتق عمّا في ذمّته من النذر أو الكفّارة، ولو نوى به التكفير لم يجزئ؛ لاحتمال كون ما في ذمّته من العتق منذوراً والنذر لا يجزئ فيه نيّة التكفير، وبالعكس، بخلاف ما لو علم أنّه عن كفّارة واشتبهت بين ظهار - مثلاً - ويمينٍ وقتلٍ وغير ذلك، فإنّه إذا نوى التكفير أجزأ؛ لاشتراك الجميع فيه. وكذا لا يجزئ لو نوى العتق مطلقاً وإن كان مشتركاً بين الأمرين؛ لأنّه ظاهر في إرادة التطوّع به، فلا بدّ من ضميّة تدلّ على صرفه إلى ما في ذمّته كنيّة العتق الواجب عليه ونحوه.

ولو نوى به الوجوب مطلقاً، فقد قال المصنّف «إنّه لا يجزئ». معللاً بأنّ الوجوب قد يكون لا عن كفّارة فلا يجزئ عنها؛ لأنّ المعبر نيّتها في الجملة وهي لا تتأدّى بالأعمّ، كما لو نوى العتق الواجب وفي ذمّته كفّارة محقّقة، فإنّه لا يجزئ بل لا بدّ من ضميّة كونه عن كفّارة.

وقال في القواعد: لو نوى العتق الواجب أجزأ! مع أنّه وافق على عدم إجزاء نيّة الوجوب. والفرق غير واضح.

قوله: «لو كان عليه كفّارتان وله عبدان فأعتقهما» إلى آخره.

إذا كان عليه كفّارتان وله عبدان، فأعتق نصف أحدهما عن كفّارة ونصف الآخر عن الأخرى صحّ، وسرى العتق إليهما، وانعتق كلّ واحدٍ عن الكفّارة التي نوى بها عتق نصفه مباشرة. هذا إذا نوى بعتق النصف ذلك؛ لأنّه في قوّة نيّة عتق الجميع عن الكفّارة. أمّا لو نوى

اختصاص النصف المعين المعتق مباشرةً بالكفارة دون ما يحصل بالسراية لم يصحّ العتق عن الكفارة مطلقاً، أمّا النصف الواقع مباشرةً فلعدم الاكتفاء به، وعدم إجزاء ضميمة الباقي من رقبة أُخرى؛ لعدم صدق الرقبة على النصفين، وأمّا المعتق بالسراية فلعدم نيّة الكفارة به، بل نيّة عدمها.

ومثله ما لو لم يكن عليه إلا كفارة واحدة فأعتق نصف عبده عنها. وقد تقدّم البحث في ذلك^١، وأن ابن الجنيد منع من صحّة العتق عن الكفارة على هذا الوجه^٢. وهو قول وجيه. واعلم أن قول المصنّف «فأعتقهما ونوى نصف كلّ واحدٍ منهما عن كفارة» يتبادر منه أو يشمل ما لو أعتقهما جميعاً ونوى في كلّ واحدٍ منهما بنصفه الواحد عن إحدى الكفارتين والنصف الآخر عن الأخرى. وفي الحكم بالصحة على هذا التقدير إشكال؛ لأنّ العتق مباشرةً على هذا الوجه لا يقع عن الكفارة، والسراية مشروطة بصحة العتق في البعض، وليس أحد النصفين أولى بالصحة من الآخر، وقد نوى في كلّ واحد من العبدین العتق عن كلّ واحد من الكفارتين، فترجيح وقوع أحد النصفين عن واحدةٍ دون الآخر ترجيح من غير مرجح، وإذا لم يقع ذلك مباشرةً فأولى أن لا يقع سرايةً؛ لأنّها فرعه.

والأولى تنزيل العبارة على ما ذكرناه سابقاً من نيّة العتق عن إحداها بنصف أحدهما خاصةً ونصف الآخر عن الأخرى، من غير تعرّض لوقوع النصف الآخر من كلّ واحدٍ عن الأخرى؛ لتحقق السراية تبعاً للعتق مباشرةً.

وعبارة القواعد في هذه المسألة أجود من عبارة المصنّف حيث قال:

لو كان عليه كفارتان فأعتق نصف عبده عن إحداها ونصف الآخر عن الأخرى صحّ، وسرى العتق إليهما^٣.

١. تقدّم في ص ١٢٧.

٢. حكاه عنه العلامة في مختلف الشريعة، ج ٨، ص ٢٦٧، المسألة ٩٦.

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٣٠١.

● أما لو اشترى أباه أو غيره ممن ينعق عليه ونوى به التكفير، قال في المبسوط: يجزئ، وفي الخلاف: لا يجزئ. وهو أشبه؛ لأن نية العتق تؤثر في ملك المعتق لا في ملك غيره، فالسراية سابقة على النية، فلا يصادف حصولها ملكاً.

قوله: «أما لو اشترى أباه أو غيره ممن ينعق عليه ونوى به التكفير» إلى آخره.

هذه المسألة تشبه السابقة من حيث إن العتق يقع إجبارياً، والنية عند سببه، وقد اختلف فيها كلام الشيخ، فالموجود في المبسوط في باب الكفارات: عدم الإجزاء^١. وهو الذي صرح به في الخلاف^٢ أيضاً؛ لقوله تعالى: «فَتُخْرِرَ رَقَبَةً»^٣، والمفهوم منه فعل الحرية بالاختيار وهنا الحرية إجبارية؛ ولأن النية معتبرة وهي هنا متعذرة؛ لأنها ليست قبل الملك؛ لاستحالة إيقاعها على ملك الغير، ولا بعده؛ لحصول العتق، ولا في حاله؛ إذ لا استقرار له. وبهذا يحصل الفرق بينها وبين ما سبق من عتق المملوك المشترك؛ لأن النية في تلك صادفت ملكاً للبعض فأثرت فيه وتبعه الباقي، بخلاف هذه، فإن الملك حال الشراء - الذي هو محل النية - منتفٍ عن المعتق، وبعده يحصل العتق.

ونقل المصنّف عن المبسوط الإجزاء^٤، واستدلوا له بأن الملك سابق على السراية قطعاً كسبق العلة على المعلول؛ لأن العتق مشروط بالملك، والسبب سابق على الملك، ضرورة سبق السبب على مسببه، والنية مقارنة للسبب، فالسراية لم تصادف إلا عبداً معتقاً عن كفارة فلا سراية^٥. وحينئذٍ منع حصول العتق هنا إلا عن الكفارة؛ لأنه إنما ينعق بالقرابة لو لم يوجد سبب أسبق، وقد وجد نية الكفارة.

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٨٥.

٢. الخلاف، ج ٤، ص ٥٤٧. المسألة ٣٥.

٣. المجادلة (٥٨): ٣.

٤. سبق في ص ١٢٥ - ١٢٦.

٥. راجع المبسوط، ج ٤، ص ٤٢٤ - ٤٢٥.

٦. في الحجريتين زيادة «فيه».

الشرط الثاني: تجريده عن العوض.

● فلو قال لعبد: «أنت حرّ وعليك كذا» لم يجزئ عن الكفارة؛ لأنّه قصد العوض.

وهذا متّجه، لكن يشترط استصحاب النية فعلاً إلى عقد البيع؛ لتصادف الملك، وتصدق مقارنتها للسبب إلى حين الملك.

وما ذكره من الفرق بين هذه وعتق المشترك أنّ النية إنّما أثرت في المملوك، أمّا ما سرى إليه العتق من ملك الغير فلم يكن مملوكاً حال النية، وإنّما ترتبت السراية على عتق البعض وحكم بملك المعتق له ضمناً قبل السراية، والأمر هنا كذلك، بل الملك هنا حقيقي لا ظاهري؛ لأنّ الانعتاق مسبّب عن ملك القريب له فإذا قارنته النية فقد قارنت العتق واشتركا في مقارنتها للسبب.

وربما فرّق بين الأمرين بأنّ العتق بالنسبة إلى السراية إلى حصّة الشريك سبب فاعلي له، والشراء بالنسبة إلى عتق القريب سبب معدّ لا فاعلي؛ لأنّه يجعل المحلّ قابلاً لتأثير السبب في العتق، والسبب الفاعلي فيه هو النسب، وفاعل قبول المحلّ لأثر يفعله غيره غير فاعل لذلك الأثر، والمعتبر في العتق المطلوب في الكفارة كون المعتق فاعلاً له كما مرّ. وفيه نظر؛ لاشتراك الأمرين في أصل السببية التي لها مدخل في التأثير في العتق، والفاعل له حقيقة هو الله تعالى، وإنّما هذه اعتبارات نصبها الله تعالى علامة لحكمته لا فاعلة في الحكم، فإنّما أن يصحّ العتق عن الكفارة فيهما؛ نظراً إلى السببية، أو لا فيهما؛ لعدم مباشرته للصيغة التي جعلها الشارع موجبة للعتق بذاتها.

قوله: «فلو قال لعبد: «أنت حرّ وعليك كذا» لم يجزئ عن الكفارة؛ لأنّه قصد العوض - إلى قوله - فلم يجزئ فيما بعده».

من شرائط صحّة العتق عن الكفارة تمخّضه للقربة، وهو يستلزم تجريده عن اشتراط عوض على المملوك أو على غيره أو عليهما؛ لأنّ عتقه على العوض ينافي تمخّض

ولو قال له قائل: «أعتق مملوكك عن كفارتك ولك عليّ كذا» فأعتقه لم يجزئ عن الكفارة. وفي وقوع العتق تردّد. ولو قيل بوقوعه هل يلزم العوض؟ قال الشيخ: نعم. وهو حسن. ولو ردّ المالك العوض بعد قبضه لم يجزئ عن الكفارة؛ لأنّه لم يجزئ حال الإعتاق فلم يجزئ فيما بعده.

الإخلاص في عتقه، سواء ابتدأ المالك بذلك فقال: «أعتقتك وعليك كذا» أو «على فلان»، أم جعله جواباً للسؤال كقوله: «أعتقتني ولك عليّ كذا» أو «أعتق مملوكك عن كفارتك ولك عليّ كذا» لاشتراك الجميع في المقتضي، فلا يقع عن الكفارة إجماعاً لما ذكر.

وهل يقع العتق مجرداً عنها؟ وجهان، من أنّه عتق صدر من أهله في محلّه، ولأنّ قصده للعتق عن الكفارة يستلزم قصد مطلق العتق؛ لأنّ المطلق موجود في ضمن المقيد، وقد تعدّر العتق عن الكفارة لمانع العوض فيقع المطلق؛ لأنّ العوض لا ينافيه؛ لجواز اشتراطه على المملوك ابتداءً وجعل الأجنبي عليه. وهو قول الشيخ في المبسوط^١.

ومن أنّه لم ينو العتق مطلقاً وإنما نواه عن الكفارة، فلو وقع عن غيرها لزم وقوعه بغير نيّة، وقد قال النبي ﷺ: «إنّما الأعمال بالنيّات»^٢.

ويتفرّع على ذلك لزوم العوض للأمر أو للبعد، فحكم الشيخ بلزوم العوض تفرعاً على القول بصحة العتق المطلق؛ لأنّه فعل ما أمره به فاستحقّ العوض كغيره من الأعمال. واستحسنه المصنّف.

وأورد عليه في المختلف:

أنّ الحكم بلزوم العوض وعدم الإجزاء عن الكفارة ممّا لا يجتمعان، والثاني ثابت إجماعاً، فينتفي الأول، وبيانه أنّ الجعل إنّما هو عن العتق في الكفارة لا عن مطلق العتق، ولم يقع فلا عوض^٣.

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٨٦-١٨٧.

٢. تقدّم تخريجه في ص ١٣٠، الهامش ٤.

٣. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٦٩، المسألة ٩٧.

وأجاب السيّد عميد الدين:

بأنّنا لا نسلمّ عدم اجتماعهما؛ لأنّه جعل له العتق عن الكفارة وقد فعل، ولم يجعل له عن الإجزاء عن الكفارة؛ لأنّ الإجزاء حكم شرعي ليس فعلاً للمكّلف فيصحّ الجعل عليه^١.
وأورد عليه شيخنا الشهيد (رحمه الله):

بأنّ الجاعل على فعل شرعي جعالةً كالحجّ مثلاً إنّما طلب الصحيح الذي له صلاحية الإجزاء بخروج المكّلف عن العهدة؛ لدلالة اللفظ حقيقةً عليه، ولم يطلب صورته التي هي أعمّ من الصحيح والفساد، فكذلك الجاعل عن الكفارة إنّما جعل على عتق مجزئ عن الكفارة، حملاً للفظ على حقيقته، وصرفاً له عن المجاز، أعني الحمل على الصورة، وحيث لم يوجد ما طلبه لا يستحقّ شيئاً^٢.

وأجاب السيّد بـ:

أنّ الحقيقة وإن كانت مطلوبةً إلا أنّ هذا الموضع يمتنع فيه الحقيقة؛ لأنّ وقوع العتق عن الكفارة مُحال، فكان طالباً للمُحال^٣.

فحينئذٍ حمل لفظه على الصورة بتلك القرينة، والمجازُ يصار إليه بقرينة.
ورده الشهيد:

بأنّ المقتضى للمجاز هنا تحصيل حكم شرعي؛ لثلاً تخرج أفعال المكّلف عن الشرع، والبطان وعدم صحّة الجعالة حكم شرعي فلم لا يحمل عليه؟^٤
والحقّ أنّ الجعالة على شيء لا يستحقّ بها الجعل إلا بفعل مقتضى الجعالة بجميع أوصافها، فخرج هذا الفرد عن القاعدة لا وجه له.

ولا فرق بين عجز المجمعول له عن فعل مقتضى الجعالة وقدرته عليه. فإذا لم نقل

١- حكاه عن مجلس درسه الشهيد في غاية المراد، ج ٣، ص ٢٢٣ - ٢٢٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣)؛

وراجع أيضاً كنز الفوائد، ج ٣، ص ٢٦٥.

٢- ٤. غاية المراد، ج ٣، ص ٢٢٣ - ٢٢٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣).

الشرط الثالث: ● أن لا يكون السبب محرماً.

فلو نكّل بعده، بأن قلع عينيه أو قطع رجله، ونوى التكفير انعتق ولم يجزئ
عن الكفارة.

بصحة عن الكفارة لا يستحقّ عليه جعلاً.

نعم، لو علم بالقرائن أنّ غرضه من ذلك إنما هو تخليص المملوك من الرق، وتقييده
بالكفارة ليكون وسيلة إلى إجابة المالك إلى ملتسمه أتجه استحقاق الجعل عليه وإن لم يقع
عن الكفارة؛ لأنها ليست مقصودةً بالذات حينئذٍ، وإنما المقصود العتق المقتضي للخلوص
من الرق كيف أتفق، وقد حصل.

وقوله «إنه على تقدير عدم وقوعه عن الكفارة طالب للمُحال فيحمل على الصورة» إنما
يتوجّه مع علمه بالحكم وهو عدم وقوعه عن الكفارة، أمّا مع جهله به فلا يكون طلبه لوقوعه
عنها طلباً للمُحال في زعمه، وإن كان في نفس الأمر كذلك، فصرفه إلى الصورة غير جيّد؛
لعدم القرينة الموجبة لحمله على المجاز على هذا التقدير.

إذا تقرّر ذلك، فلو قال المعتق بعد ظهور الحال له أو مطلقاً: أنا أردّ العوض ليكون العتق مجزئاً
عن كفّارتي، أو ردّه بالفعل لم ينقلب مجزئاً؛ لأنه إذا لم يجزئ حال الإعتاق لم يجزئ بعده.
نعم، لو قال في الابتداء عقيب الالتماس: أعتقته عن كفّارتي لا على الألف، كان ردّاً
لكلامه، وأجزأه عن الكفارة.

واعلم أنّ لبعض الشافعيّة هنا وجهاً بصحة العتق وإجزائه عن الكفارة وسقوط العوض؛
لأنّ العتق حاصل كما تقرّر، والعوض ساقط، فأشبه ما إذا قال: «صلّ الظهر لنفسك ولك عليّ
كذا» فصلّى، تجزئه صلّاته ولا يستحقّ العوض^١.

قوله: «أن لا يكون السبب محرماً. فلو نكّل بعده، بأن قلع عينيه أو قطع رجله» إلى آخره.
لما كانت الكفارة عبادةً وطاعةً مشروطةً بنية القربة كان التسبّب إلى العتق عنها بسبب

القول في الصيام

ويتعيّن الصوم في المرتبة مع العجز عن العتق.

● ويتحقّق العجز إمّا بعدم الرقبة وعدم ثمنها، وإمّا بعدم التمكن من شرائها وإن وجد الثمن. وقيل: حدّ العجز عن الإطعام أن لا يكون معه ما يفضل عن قوته وقوت عياله ليوم وليلة.

ولو وجد الرقبة وكان مضطراً إلى خدمتها أو ثمنها؛ لنفقته وكسوته لم يجب العتق. ولا يبيع المسكن ولا ثياب الجسد. ويبيع ما يفضل عن قدر الحاجة من المسكن. ولا يبيع الخادم على المرتفع عن مباشرة الخدمة، ويبيع على من جرت عادته بخدمة نفسه، إلّا مع المرض المحوج إلى الخدمة.

محرم غير مجزئ عنها لا محالة. فلو نكّل بعده نأياً به العتق عن الكفارة عتق عليه قهراً كما سيأتي إن شاء الله^١ ولا يقع عن الكفارة؛ للنهي عن السبب المنافي لقصد الطاعة به^٢. وبهذا يفرّق بينه وبين شراء القريب الذي يعتق بملكه بنية الكفارة؛ لأنّ السبب مباح إن لم يكن راجحاً، وبين عتق بعض المملوك بنيتها ليسري عليه العتق، بل المذكور بهذا النوع أشبه؛ لاشتراكهما في وقوع النية حال الملك، بخلاف شراء القريب، وإنما اختلفا بجواز السبب وتحريمه.

قوله: «ويتحقّق العجز إمّا بعدم الرقبة وعدم ثمنها - إلى قوله - المحوج إلى الخدمة». الكفارة المرتبة ككفارة الظهار يتوقّف فرض الصوم فيها على عدم وجدان تحرير الرقبة، كما نبّه عليه تعالى بقوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَّاسَا... فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾^٣. فإن كان في ملكه عبد فاضل عن حاجته فواجبة الإعتاق. وإن احتاج إلى

١. يأتي في ص ٣٨١ وما بعدها.

٢. دعائم الإسلام، ج ٢، ص ٤٠٩، ح ١٤٢٧؛ الجعفریات المطبوع مع قرب الإسناد، ص ٢٠٨، ح ٧٨٣ - ٧٨٥.

٣. المجادلة (٥٨): ٣ - ٤.

خدمته لمرضه أو كبره أو زمانته أو ضخامته المانعة له من خدمة نفسه عادةً فهو كالمعدوم، كما أن الماء المحتاج إليه للعطش كالمعدوم في جواز التيمم. وكذا لو كان من أهل المروآت ومنصبه يأبى من أن يخدم نفسه ويباشر الأعمال التي تستخدم فيها المماليك، فلا يكلف صرفه إلى الكفارة. والمعتبر في ذلك العادة الغالبة.

ولو لم يملك عين الرقبة وملك ثمنها وقدر على شرائها فهو واجد.

ويشترط أن يكون فاضلاً عن حاجة دينه - ولو لم يطالب به - ومسكنه وثياب بدنه اللائقة به عادةً، ودابة ركوبه المحتاج إليها لعادة أو عجز، ونفقته وكسوته اللائقة بحاله، ونفقة عياله الواجبي النفقة، ومنه كسوتهم وما لا بد منه من الأثاث.

ولم يقدر الأكثر هنا للنفقة والكسوة مدةً، فيمكن أن يكون المعتبر كفاية العمر، ويتحقق ذلك بملك ما يحصل من نمائه إدرار النفقة في كل سنة بما يقوم بكفايته، ونحو ذلك. ويمكن أن يريدوا به مؤونة السنة؛ لأنّ المؤونات تتكرر فيها ويتجدد الإعداد لها. وأن يريدوا به قوت يومٍ وليلةٍ زيادةً على المحتاج إليه في الوقت الحاضر من الكسوة والأمتعة. ولعدم ورود التقدير في كلامهم هنا وفي النصوص عدل المصنّف إلى قوله: «قيل: حدّ العجز عن الإطعام أن لا يكون معه ما يفضل عن قوته وقوت عياله ليوم وليلة». ولم يذكر للعجز عن الرقبة لما ذكرناه.

ويظهر من المبسوط ترجيح المعنى الأول؛ لأنّه قال:

إمّا أن يكون له فضل عن كفايته على الدوام أو وفق الكفاية، فإن كان له فضل لم يكن من أهل الصيام؛ لأنّه واجد، وإن كان له وفق كفايته على الدوام لا يزيد عليه شيئاً فإنّ فرضه الصيام^١.

وفي الدروس قطع بالمعنى الثالث وهو اعتبار قوت يومٍ وليلةٍ^٢.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٥٩٦.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٤٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

● ولو كان الخادم غالباً بحيث يتمكن من الاستبدال منه ببعض ثمنه قيل: يلزم بيعه؛ لإمكان الغنى عنه. وكذا قيل في المسكن إذا كان غالباً وأمكن تحصيل البذل ببعض الثمن. والأشبه أنه لا يباع؛ تمسكاً بعموم النهي عن بيع المسكن.

وهذا أقوى؛ لأن الكفارة بمنزلة الدين، فيستثنى فيها ما يستثنى فيه. وأما الكسوة المحتاج إليها في الوقت، فمستثناة وإن بقيت بعد ذلك مدةً طويلةً بغير خلاف. وكذلك المسكن والخادم.

وحيث كان المعبر قوت اليوم واللييلة، فلو كانت مؤوته تستدرّ من ضيعة أو تجارة ويحصل منهما كفايته بلا مزيد، ولو باعهما لتحصيل عبد لارتدّ إلى حدّ المساكين كلف ذلك، واستثنى من ثمنه ما ذكروا. ولو اعتبرنا قوت السنة أو الدوام لم يقع. واختلف كلام العلامة، ففي التحرير أوجب بيعهما^١، وفي القواعد قطع بعدم الوجوب^٢، مع أنه لم يبيّن المراد من النفقة المستثناة له، ولكن هذا يشعر باستثناء أزيد من قوت اليوم واللييلة.

ولا فرق مع وجدان الثمن والرقبة بين بذل مال كها له بضمن المثل فما دون وأزيد منه على الأقوى؛ لتحقيق القدرة، إلا مع الإجحاف المفرط المؤدّي إلى الضرر.

ولو لم يملك الرقبة ولا ثمنها، وبذل له أحدهما هبةً فالأقوى عدم وجوب القبول؛ دفعاً للمنة. وفي استحباب القبول وجهان، أمّا الجواز فلا ريب فيه، كما يجزئ لو تكلف العاجز أصلاً بالاستدانة، وبالموجود مع الدين غير المطالب به، وبالنفقة المستثناة حيث يستثنى له ما يحتمل ذلك.

قوله: «ولو كان الخادم غالباً بحيث يتمكن من الاستبدال منه ببعض ثمنه» إلى آخره. الخادم المستثنى له والمسكن إن كانا معدومين استثنى له ثمن ما يليق به منهما عادةً،

١. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٣٩٠، الرقم ٥٩٧٨.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٣٠٢.

● ومع تحقّق العجز عن العتق يلزم في الظهر والقتل خطأ صوم شهرين متتابعين. وعلى المملوك صوم شهر. فإن أفطر في الشهر الأوّل من غير عذرٍ استأنف. وإن كان لعذر بنى. وإن صام من الثاني ولو يوماً أتمّ. وهل يأثم مع الإفطار؟ فيه تردّد، أشبهه عدم الإثم.

كيفيةً وكميّةً، ولا يستثنى له النفيس الزائد عن المعتاد. وإن كان موجوداً له بالفعل وهو بقدر الحاجة واللائق بحاله فلا كلام. وإن كان زائداً في النفاسة بحيث يمكن الاعتياض بشمنه ما يكفيه ويفضل منه ثمن رقبةٍ مع كونه غير زائدٍ عن حاله عادةً ففي وجوب بيعه والاعتياض عنه بما دونه وجهان، من تحقّق القدرة على الرقبة مع مراعاة المستثنى، فإنّ المعتر من النوع لا الشخص، فيجب البيع؛ لتوقّف الواجب عليه، ومن أنّه عين المستثنى مع عموم النهي عن بيع الخادم والمسكن^١.

وهذا هو الأقوى، خصوصاً إذا كان مالوفاً، فإنّ فراق المألوف إضرار بالمكلف، وقد روعي في حاله ما هو نظير ذلك أو دونه.

قوله: «ومع تحقّق العجز عن العتق يلزم في الظهر والقتل خطأ صوم شهرين متتابعين. وعلى المملوك صوم شهر» إلى آخره.

إذا انتقل فرضه في المرتبة إلى الصوم فالواجب منه صوم شهرين متتابعين إن كان حرّاً إجماعاً، وإن كان عبداً فالمشهور أنّه على النصف مطلقاً.

وذهب جماعة من الأصحاب - منهم أبو الصلاح^٢ وابن إدريس^٣ وابن زهرة^٤ - إلى أنّه في الظهر كالحرّ؛ استناداً إلى عموم الآية^٥.

١. راجع وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٣٣٩، الباب ١١ من أبواب الدين والقرض.

٢. الكافي في الفقه، ص ٣٠٤.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٧١٣؛ وج ٣، ص ٧٤.

٤. غنية النزوع، ج ١، ص ٣٦٩.

٥. المجادلة (٥٨): ٣-٤.

والأقوى المشهور؛ لصحيحة محمد بن حمران عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن المملوك أعليه ظهار؟ فقال: «نصف ما على الحرّ صوم شهر، وليس عليه كفارة من صدقة ولا عتق»^١. والآية مخصوصة بهذا الخبر بناءً على جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد، مع أن ظاهر الآية أن الأمر فيها متوجّه إلى الحرّ، بقريضة الأمر بتحرير الرقبة والإطعام، فتكون مخصوصة ابتداءً.

ويتحقّق التابع في الشهرين بصوم شهر متتابع ومن الثاني شيئاً ولو يوماً، فإذا فرّق بعد ذلك لم يقدح في التابع إجماعاً منّا، ولكن هل يأنم؟ قيل: نعم؛ لأنّ تتابع الشهرين إنّما يتحقّق لغةً و عرفاً بإكمالهما، فإذا لم يحصل فلا أقلّ من الإثم، ولا استبعاد في الإجزاء معه للنصّ^٢.

وذهب الأكثر إلى عدم الإثم بذلك؛ للأصل ولأنّ التابع إن صدق بذلك فلا وجه للإثم؛ لتحقّق الامتثال وإلا لم يجزئ ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه قال: «والتابع أن يصوم شهراً ومن الآخر أياماً أو شيئاً منه»^٣ الحديث. ووجه مع الخبر أن التابع وقع صفةً للشهرين لا للأيام، وتتابع الشهرين يحصل بالشروع في الثاني متابعاً للأوّل. وفيه نظر. والأولى الاعتماد على النصّ.

ولو كان المكفّر بالصوم عبداً فالمشهور تحقّق المتابعة بخمسة عشر يوماً، فيجوز تفريق الباقي. وكذا لو وجب على الحرّ صوم شهر متتابع بنذر وشبهه؛ لرواية الفضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام قال في رجل جعل على نفسه صوم شهرٍ فصام خمسة عشر يوماً ثمّ عرض له أمر، فقال: «جائز له أن يقضي ما بقي عليه، وإن كان أقلّ من خمسة عشر يوماً

١. الكافي، ج ٦، ص ١٥٦، باب الظهار، ح ١٣؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٥، ح ٤٨٥٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤، ح ٧٩.

٢. راجع وسائل الشيعية، ج ١٠، ص ٣٧١، الباب ٣ من أبواب بقية الصوم الواجب.

٣. الكافي، ج ٤، ص ١٢٨، باب من وجب عليه صوم شهرين.... ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٨٣، ح ٨٥٦.

● والعذر الذي يصحّ معه البناء الحيض والنفاس والمرض والإغماء والجنون. أما السفر فإن اضطرَّ إليه كان عذراً، وإلا كان قاطعاً للتتابع. ولو أفطرت الحامل أو المرضع خوفاً على أنفسهما لم ينقطع التتابع. ولو أفطرتا

لم يجزئ له حتى يصوم شهراً تاماً^١. ومثله روى موسى بن بكر عن الصادق عليه السلام^٢. وفي طريق الروايتين ضَعَفَ بموسى بن بكر^٣، لكنَّ العمل بمضمونهما مشتهر بين الأصحاب أو متفق عليه. ومع ذلك فهما ظاهران في الشهر المنذور، أما ما يجب كفارة على العبد فلا، لكن ألقه الشيخ^٤ وأتباعه^٥. والمصنّف تردّد فيه في الصوم^٦ وجزم به هنا. واعلم أنّه مع الإخلال بالمتابعة حيث تعتبر يفسد صوم الماضي ويجب الاستئناف، وهل يأتّم بذلك؟ قيل: «نعم»^٧؛ لأنّه إبطال للعمل وهو منهيّ عنه^٨. ويحتمل عدم الإثم؛ لأنّ العبادة لم تبطل في نفسها؛ إذ صوم كلّ يومٍ منفكّ عن الآخر، فإذا مضى النهار وحكم بانعقاده لا يلحقه البطلان بعد ذلك. نعم، اللازم من الإخلال بالمتابعة عدم الإجزاء عن الكفارة، لا بطلان ما مضى رأساً. وتظهر الفائدة في حصول الثواب على ما مضى صحيحاً في الجملة على الثاني دون الأوّل. ويظهر من الشيخ فخر الدين^٩ الإجماع على الإثم بالإخلال بالمتابعة. وفيه نظر. قوله: «والعذر الذي يصحّ معه البناء الحيض - إلى قوله - وفي المبسوط قال بالفرق».

١. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٨٥، ح ٨٦٤.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٨٥، ح ٨٦٣.

٣. خلاصة الأقوال، ص ٤٠٦، الرقم ١٦٣٩، قال: «واقفي».

٤. راجع المبسوط، ج ١، ص ٣٨٠ - ٣٨١.

٥. الوسيلة، ص ١٤٦.

٦. راجع ج ١، ص ٥٧٠.

٧. قال به فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ١٠٠.

٨. في الآية ٣٣ من سورة محمد عليه السلام (٤٧).

٩. إيضاح الفوائد ج ٤، ص ١٠٠.

خوفاً على الولد، قال في المبسوط: ينقطع، وفي الخلاف: لا ينقطع، وهو أشبه. ولو أكره على الإفطار لم ينقطع التابع - سواء كان إجباراً كمن وجر الماء في حلقة، أو لم يكن كمن ضرب حتى أكل - وهو اختيار الشيخ في الخلاف، وفي المبسوط قال بالفرق.

لَمَّا بَيَّنَّ اشترط التابع في صوم الشهرين نَبَهَ على مواضع يمنع الصوم ولا يقطع التابع، ومواضع مختلف فيها:

فمنها: عروض الحيض والنفاس. وهما غير قاطعين للتابع إجماعاً؛ لأنهما طبيعيتان لا اختيار فيهما للمكلف، فلو قطعاً التابع لزم عدم إمكان الصوم عن الكفارة لذات الحيض غالباً وهو حرج، والتأخير إلى بلوغ سنّ اليأس تغرير بالواجب وغير موثوق بالبقاء إليه. وفي معانها المرض المانع من الصوم والإغماء؛ لاشتراك الجميع في المقتضي وهو عدم اختيار المكلف في الإفطار، خلافاً لبعض العامة، حيث حكم بقطع المرض فارقاً بينه وبين الحيض، بأنّ المرض لا ينافي الصوم بذاته، وإنما خرج عنه بفعله بخلاف الحيض^١. وجوابه منع عدم المنافاة، فإنّ المرض الذي يتضرّر معه بالصوم مانع منه وإن لم يفطر بنفسه، فكان كالحيض. ويدلّ على حكم الأمرين صحيحة رفاة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل عليه صيام شهرين متتابعين فصام شهراً ومرض، قال: «يبنى عليه، الله حبسه»، قلت: امرأة كان عليها صيام شهرين متتابعين فصامت وأفطرت أيام حيضها، قال: «تقضّيها»، قلت: فإن قضتها ثمّ بئست من الحيض، قال: «لا تعيدها، أجزأها ذلك»^٢. ومثله صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام^٣.

ومنها: السفر. فإن عرض في الأثناء ولم يكن ضرورياً قطع التابع اتفاقاً؛ لأنّ القطع جاء من قبل المكلف، فكان كالإفطار بغيره. وإن كان ضرورياً - وهو الذي يخاف بتركه على

١. راجع الحاوي الكبير، ج ٢، ص ٥٠٠؛ وروضة الطالبين، ج ٦، ص ٢٧٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٨٤، ح ٨٥٩؛ الاستبصار، ج ٢، ص ١٢٤، ح ٤٠٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٨٤، ح ٨٦٠؛ الاستبصار، ج ٢، ص ١٢٤، ح ٤٠٣.

نفسه أو ماله وما في معناه - جاز الإفطار ولم يقطع التتابع؛ لأنّه بالاضطرار إليه كالمضطرّ إلى الإفطار بالمرض ونحوه، ويجب تقييده بما إذا لم يعلم قبل الشروع فيه بعروض السفر في أثنائه، وإلا كان الشروع فيه مع العلم بعروضه كالشروع فيه في زمان لا يسلم له صوم ما يحصل به التتابع.

ومنها: لو أفطرت الحامل أو المرضع. فإن كان للخوف على أنفسهما لم ينقطع التتابع؛ لأنّ ذلك بمنزلة المرض. ولو أفطرتا خوفاً على الولد فللشيخ قولان: أحدهما: أنّه كذلك؛ لاشتراكهما في الضرورة المسوّغة للإفطار، فكان عذاراً^١. وهو الأقوى.

والثاني: أنّه يقطع التتابع؛ لأنّهما يفطران لغيرهما، بخلاف المريض^٢؛ ولهذا فارقنا المريض في لزوم الفدية في رمضان، وفي حكم إفطارهما لضرورة الولد إفطار منقذ الغير من الهلاك.

ومنها: المكروه على الإفطار لا ينقطع تتابعه، سواء رفع اختياره أصلاً، كما لو وجر في جوفه ما يفطر به، أم لا، كما إذا توعدّه بالضرب حتّى أفطر؛ لاشتراكهما في الإكراه المسوّغ للإفطار، فكان عذاراً.

خلافاً للشيخ، حيث فرّق بينهما، فجعل الثاني قاطعاً للتتابع؛ لأنّه فعل المفطر باختياره، بخلاف الأوّل^٣.

وهو ممنوع؛ لاشتراك الأمرين في الإكراه عرفاً، فيدخل تحت عموم قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^٤.

ومن المواضع المختلف في قطعه بها ولم يذكره المصنّف ما لو نسي النيّة في بعض أيّام

١. الخلاف، ج ٤، ص ٥٥٥، المسألة ٥٠.

٢ و٣. المبسوط، ج ٤، ص ١٩٧.

٤. الخصال، ص ٤١٧، باب التسعة، ج ٩.

● ولو عرض في أثناء الشهر الأوّل زمان لا يصحّ صومه عن الكفارة - كشهري رمضان والأضحى - بطل التابع.

الشهر الأوّل ولم يذكر إلا بعد الزوال، فإنّ الصوم يفسد، ولكن هل يقطع التابع؟ وجهان، من ارتفاع حكم النسيان بالخبر، وانقطاع التابع حكم من أحكامه فيكون مرتفعاً، ومن أنّ المعتر وجوب شهرين متتابعين وببطلان يوم منها لا تتحقّق المتابعة، وترك النية بإهماله؛ إذ هو مخاطب بإيقاعها كلّ ليلة، فالتفريط منسوب إليه؛ إذ كان يجب عليه الاستعداد لها.

وفي الدليل من الجانبين نظر؛ لأنّ ظاهر الحديث ارتفاع المواخذة عليه لا لجميع الأحكام، والقدرة على دفع النسيان مطلقاً بدهي البطلان. والأقوى أنّه عذر حيث لا تقصير. قوله: «ولو عرض في أثناء الشهر الأوّل زمان لا يصحّ صومه عن الكفارة» إلى آخره.

حيث كان التابع واجباً وجب تحرّي زمان يسلم فيه القدر المعتر منه من باب مقدّمة الواجب. فلو شرع فيه في زمان لا يسلم فيه شهر ويوم، كما لو شرع فيه في أوّل شعبان أو بعد العشر الأوّل من ذي القعدة ونحو ذلك لم يصحّ. وفي صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال في رجل صام في ظهارٍ شعبان، ثمّ أدركه شهر رمضان، قال: «يصوم شهر رمضان ويستأنف الصوم، فإن صام في الظهار فزاد في النصف يوماً قضى بقيّته»^١.

ثمّ إن علم ابتداء بعدم السلامة لم ينعقد الصوم أصلاً؛ لعدم اجتماع الشرائط المعترية فيه حينئذٍ. وإن لم يعلم بذلك حتّى شرع، كما لو ابتدأ به تاسع ذي القعدة فاتّفق نقصان الشهر انقطع التابع حينئذٍ؛ لتبيّن عدم الشرط.

ويحتمل عدم جواز الشروع فيه على هذا الوجه؛ لعدم الوثوق بإكمال العدد.

ويضعف بأنّ الوثوق غير مشروط، والأصل عدم نقصان الشهر.

ويحتمل على هذا أن يعذر في انقطاع التابع؛ لأنّ النقصان وقع بغير اختياره بعد أن حكم بصحّته.

١. الكافي، ج ٤، ص ١٣٩، باب من وجب عليه صوم شهرين... ح ٥؛ الفقيه، ج ٢، ص ١٥٢، ح ٢٠٠٨؛ تهذيب

الأحكام، ج ٤، ص ٢٨٣، ح ٨٥٧، بتفاوت يسير.

القول في الإطعام

● ويتعيّن الإطعام في المرتبة مع العجز عن الصيام.
ويجب إطعام العدد لكلّ واحد مدّة، وقيل: مدّان ومع العجز مدّة، والأوّل أشبه.
ولا يجزئ إعطاء ما دون العدد المعتبر وإن كان بقدر إطعام العدد.
ولا يجوز التكرار عليهم من الكفّارة الواحدة مع التمكن من العدد. ويجوز
مع التصدّر.

وعلى كلّ حال، فقول المصنّف «لو عرض في أثناء الشهر الأوّل - إلى قوله - بطل التابع»
ليس بجيد؛ لأنّ بطلان التابع فرع صحّة الصوم، ومتى عرض ذلك في أثناء الشهر الأوّل كما
مثّل فالشرط معلوم فقده ابتداءً فلا ينعقد الصوم، ولا ينسب الحكم إلى بطلان التابع، إلّا أن
يحمل على ما لو احتمل السلامة فعرض المانع كما صورناه.
وكذا قوله «عرض في أثناء الشهر الأوّل» فإنّ الحكم غير مقصور عليه. والأولى التعبير
بعروض المانع من الصوم في أثناء العدد المعتبر في التابع، ليشمل ذلك اليوم الذي بعد
الشهر الأوّل.

هذا كلّه في حقّ العالم بالأهلة. أمّا المحبوس الذي يصوم بالظنّ لو توخّى شهرين
فعرض المانع من الصوم قبل أن يكمل شهراً ويوماً، فالأقوى عدم انقطاع التابع؛ لأنّ ذلك
عذر في حقّه كالمرض والحيض وغيرهما.

قوله: «ويتعيّن الإطعام في المرتبة مع العجز عن الصيام - إلى قوله - وأدونه الملح».
إذا عجز في المرتبة عن صوم الشهرين انتقل فرضه إلى الإطعام، قال تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ
يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾^١.

ويجب أن يطعم من أوسط ما يطعم أهله. ولو أعطى ممّا يغلب على قوت البلد جاز. ويستحبّ أن يضمّ إليه إداماً أعلاه اللحم، وأوسطه الخلّ، وأدونه الملح.

ويتحقّق العجز عنه بالمرض المانع منه، أو ما يحصل به مشقّة شديدة وإن رجي برؤه أو بالخوف من زيادته أو بالهرم ونحوه. ولا يلحق به السفر وإن منع حالته؛ لأنّه مستطيع للصوم بالإقامة غالباً. نعم، لو تعذّرت أمكن الجواز.

ثمّ الكلام في هذه الجملة يقع في مواضع: أحدها: في قدر الطعام. والمشهور خصوصاً بين المتأخّرين أنّه قدر مدّ لكلّ مسكين. وقد تقدّم في حديث الأعرابي أنّ النبي ﷺ أتى بعرق من تمر فيه خمسة عشر صاعاً، فقال: «خذ هذا فأطعم عنك ستّين مسكيناً»^١. وهذا المبلغ إذا قسم على ستّين كان لكلّ واحدٍ منهم مدّ؛ لأنّ الصاع أربعة أمداد.

وروى عبد الله بن سنان - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام: «إذا قتل خطأ أدّى ديته ثمّ أعتق رقبةً، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستّين مسكيناً مدّاً مدّاً»^٢. ولقوله تعالى: ﴿فَأِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾^٣ الشامل للمدّ وما فوقه وما دونه، لكن خرج ما دونه، بالإجماع فيبقى الباقي مجزئاً.

وقال الشيخ في كتبه الثلاثة الفروعية: أقلّه مدّان؛ محتجّاً بإجماع الفرقة وطريقة الاحتياط.

وجوابه: منع الإجماع، والاحتياط قد يكون في الأقلّ كما إذا أوصى بالكفارة ولم يبيّن القدر وله أطفال ونحو ذلك.

١. تقدّم تخريجه في ص ٩٢، الهامش ٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٢٢-٣٢٣، ح ١١٩٦.

٣. المجادلة (٥٨): ٤.

٤. النهاية، ص ٥٦٩؛ المبسوط، ج ٤، ص ٢٠٢؛ الخلاف، ج ٤، ص ٥٦٠-٥٦٢، المسألة ٦٢.

والمعتبر من المدّ الوزن لا الكيل عندنا؛ لأنّ المدّ الشرعي مركّب من الرطل، والرطل مركّب من الدرهم، والدرهم مركّب من وزن الحبات، ويسمّى درهم الكيل. ويتركّب من المدّ الصاع، ومن الصاع الوسق.

فالوزن أصل الجميع، وإنّما عدل إلى الكيل في بعض المواضع تخفيفاً. وتظهر الفائدة في اعتبار الشعير بالكيل والوزن، فإنّهما مختلفان جدّاً بالنسبة إلى مقدار البرّ بالكيل.

وثانيها: المصروف إليه وهو ستون مسكيناً. ولا يجزئ الصرف إلى ما دون الستين وإن راعى العدد في الدفع، بأن دفع إلى مسكين واحد في ستين يوماً، خلافاً لأبي حنيفة حيث اجتزأ بالصرف إلى واحد في ستين يوماً^١. ولا يجزئ الصرف إليه دفعةً إجماعاً.

لنا: أنّ إطعام الستين مسكيناً يشتمل على وصف وهو المسكنة، وعلى عدد وهو الستون، فكما لا يجوز الإخلال بالوصف لا يجوز الإخلال بالعدد، كما أنّ قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^٢ فيه تعرّض لوصفٍ وعددٍ، وكما لم يجزئ الإخلال بالوصف لم يجزئ الإخلال بالعدد، حتّى لا يكون شهادة واحد مرّتين كشهادة اثنين.

ولا فرق بين كون العدد مجتمعين في بلدٍ واحدٍ أو بلدان كثيرة مع إمكان التوصل إليهم، فيجب السعي على إطعام العدد؛ لتوقّف الواجب عليه، فإن تعذّر الوصول إلى العدد جاز حينئذٍ الاقتصار على الممكن، وفرّق العدد عليهم بحسب الأيام، حتّى لو لم يجد سوى واحد فرّق عليه في ستين يوماً.

هذا هو المشهور بين الأصحاب، ومستنده لا يخلو من ضعف، والآية ظاهرة في عدم أجزاء ما دون العدد مطلقاً فيبقى في الذمّة إلى أن يوجد.

مع أنّه روى إسحاق بن عمّار - في الموثّق - قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن إطعام عشرة

١. راجع المبسوط، السرخسي، ج ٧، ص ١٩.

٢. الطلاق (٦٥): ٢.

مساكين أو إطعام ستين مسكيناً، أيجمع ذلك لإنسان واحد يعطاه؟ فقال: «لا، ولكن يعطى إنساناً إنساناً كما قال الله تعالى»^١.

والشيخ^٢ وجماعة^٣ حملوا ذلك على حالة الاختيار ووجود العدد، أما مع تعذره فيجزئ؛ لرواية السكوني عن أبي عبد الله^٤ قال: «قال أمير المؤمنين^٥: إن لم يجد في الكفارة إلا الرجل والرجلين فليكرّر عليهم حتى يستكمل العشرة، يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غداً»^٤. ولا يخفى عليك ضعف سند هذه الرواية^٥، لكن الحكم مشهور لا راد له.

وثالثها: جنس الطعام. والمعتبر منه القوت الغالب من الحنطة والشعير ودقيقهما وخبزهما. وأما قوله تعالى في كفارة اليمين: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾^٦ فإما كناية عن الغالب، أو محمول على الفضل، ويجزئ التمر والزبيب. ويستحب أن يضمّ إليه الأدم، وهو ما جرت العادة بأكله مع الخبز، مائعاً كان كالزيت والديس، أو جامداً كالجبين واللحم.

وقال المفيد: يجب ضمّه إليه^٧، وتبعه تلميذه سلار^٨؛ لرواية أبي بصير عن أبي جعفر^٩ وقد سأله عن: ﴿أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ فقال: «ما تقوتون به عيالكم من أوسط ذلك»،

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٨، ح ١١٠٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٣-٥٤، ح ١٨٥.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٨، ذيل الحديث ١١٠٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٤، ذيل الحديث ١٨٥.

٣. راجع كشف الرموز، ج ٢، ص ٢٦٥؛ والسرائر، ج ٣، ص ٧٠-٧١؛ والدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٤٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٤. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٣، باب كفارة اليمين، ح ١٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٨، ح ١١٠٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٣، ح ١٨٤.

٥. راجع خلاصة الأقوال، ص ٣١٦، الرقم ١٢٣٨.

٦. المائة (٥): ٨٩.

٧. المقنعة، ص ٥٦٨.

٨. المراسم، ص ١٨٦.

● ويجوز أن يعطي العدد متفرّقين ومجتمعين إطعاماً وتسليماً.

ويجزئ إخراج الحنطة والدقيق والخبز.

ولا يجزئ إطعام الصغار منفردين ويجوز منضمّين. ولو انفردوا احتسب

الاثنان بواحد.

قلت: وما أوسط ذلك؟ قال: «الخلّ والزيت والتمر والخبز، يشبههم به مرّة واحدة»^١.

ورواية أبي جميلة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كفارة اليمين عتق رقبة، وإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم، أو كسوتهم، والوسط الخلّ والزيت، وأرفعه الخبز واللحم»^٢، وحملنا على الاستحباب؛ لصدق الطعام بدونه.

ولحسنه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: «مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ» قال: «هو ما يكون - إلى أن قال - وإن شئت جعلت لهم إداماً، والإدام أدناه ملح، وأوسطه الزيت والخلّ، وأرفعه اللحم»^٣.

قوله: «ويجوز أن يعطي العدد متفرّقين ومجتمعين إطعاماً وتسليماً» إلى آخره.

ما تقدّم من تقدير الإطعام بالمدّ والمدّين^٤ إنّما هو مع تسليمه إلى المستحقّ، وذلك غير لازم، بل يتخيّر بينه وبين أن يطعمه إلى أن يشبع؛ لصدق الإطعام بذلك، بل ربما كان أدخل في معناه. وحينئذٍ فلا يتقدّر بقدر. وكما يجوز إطعام العدد وتسليمهم مجتمعين، يجوز متفرّقين؛ لصدق الإطعام على التقديرين.

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٤، باب كفارة اليمين، ح ١٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٦، ح ١٠٩٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٢، ح ١٧٨، وفيه: «لا تعولون».

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٢، باب كفارة اليمين، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٦، ح ١٠٩٧؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٢، ح ١٧٩.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٣، باب كفارة اليمين، ح ٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٧، ح ١٠٩٨؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٣، ح ١٨٣.

٤. تقدّم في ص ١٥٨ - ١٥٩.

ثم إن سلم المدّ فلا فرق بين الكبير والصغير. وإن اقتصر على الإطعام اشترط كونهم كباراً أو مختلطين من الصغار والكبار، فلو انفرد الصغار بالأكل احتسب الاثنان منهم بواحد. أما جواز احتساب المختلطين فلصدق إطعام العدد، وفي حسنة الحلبي السابقة أنه يكون في البيت من يأكل أكثر من المدّ، ومنهم من يأكل أقلّ من المدّ، فبيّن ذلك بقوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾^١. وظاهر النصّ والفتوى عدم الفرق بين كون الكبار بقدر الصغار وأقلّ. ويدلّ على عدم إجزاء الصغار منفردين رواية غياث عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يجزئ إطعام الصغير في كفارة اليمين، ولكن صغيرين بكبير»^٢.

والرواية ضعيفة السند^٣، لكن ضعفها منجبر بالشهرة عندهم. وظاهرها وإن كان يقتضي عدم إجزاء الصغير مطلقاً، إلا أنها محمولة على حالة انفراد الصغار جمعاً بينها وبين رواية أبي بصير السابقة^٤، ورواية يونس بن عبد الرحمن عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل عليه كفارة إطعام مساكين، أيعطي الصغار والكبار سواء الرجال والنساء، أو يفضل الكبار على الصغار، والرجال على النساء؟ فقال: «كلّهم سواء»^٥.

ويمكن أن يقال في هذه الرواية: إنها تدلّ على حكم التسليم، ولا نزاع في استواء الصغير والكبير فيه، إنّما الكلام في الإطعام وهي لا تدلّ عليه. ورواية أبي بصير المتضمنة لاختلاف الأكلين في البيت لا تدلّ على التسوية أيضاً بين الصغير والكبير؛ لأنّ الاختلاف في الأكل يتحقّق في الكبار أيضاً.

١. المائدة (٥): ٨٩.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٤، باب كفارة اليمين، ح ١٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٧، ح ١١٠٠؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٣، ح ١٨٢.

٣. في طريقها غياث بن إبراهيم التميمي، وهو بترّي. راجع خلاصة الأقوال، ص ٣٨٥، الرقم ١٥٤٧.

٤. سبقت في ص ١٦١-١٦٢.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٧، ح ١١٠١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٣، ح ١٨١. وفيهما: «أيطم» بدل «أيعطي».

وتبقى رواية غياث لا معارض لها إن اعتبرت، لكن عموم الآية^١ يقتضي الاكتفاء بالصغير في الإطعام كالكبير مطلقاً. وحينئذٍ فيمكن أن يقال: خرج منه ما إذا انفرد الصغار بالاتفاق عليه فيبقى الباقي، ولا التفات حينئذٍ إلى دلالة الروايات وإن كانت هي أصل الوفاق على حكم الصغار.

إذا تقرّر ذلك فتمام البحث يتوقّف على أمور:

الأول: الواجب على تقدير الإطعام إشباعه مرّةً واحدةً على المشهور؛ لصدق الإطعام المأمور به في الآية^٢ بها، ولرواية أبي بصير السابقة وقال فيها: «يشبعهم به مرّةً واحدةً»^٣. وقال المفيد^٤ وجماعة^٥: يشبعه في يومه.

وقال ابن الجنيد: يشبعه في الغداء والعشاء^٦. والأصحّ الأوّل.

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

الثالث: يجزئ إخراج المدّ من الحنطة والدقيق والخبز، وإن توقّف الأوّلان على عمل زائد إلى أن يصير ما كوّلاً بالفعل؛ للعموم^٧.

وقال ابن الجنيد: تجب مؤونة طحنه وخبزه وأدمه^٨. وفي حسنة هشام بن الحكم عن

١. والمجادلة (٥٨): ٤، قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ سِكِينًا﴾.

٢. سبق تخريجها في ص ١٦٢، الهامش ١.

٣. المقنعة، ص ٥٦٨.

٤. منهم الحلبي في الكافي في الفقه، ص ٢٢٧؛ وسألر في المراسم، ص ١٨٦؛ وابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٤١٥، وفيه: «في يوم».

٥. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٤٥، المسألة ٧٧.

٦. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٣٧٤، الباب ١٠ من أبواب الكفّارات، وص ٣٧٥، الباب ١٢، وص ٣٨٠، الباب ١٤ من هذه الأبواب.

٧. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٤٥، المسألة ٧٧.

● ويستحبّ الاقتصار على إطعام المؤمنين ومن هو بحكمهم كالأطفال. وفي المبسوط: يصرف إلى من تصرف إليه زكاة الفطرة، ومن لا يجوز هناك لا يجوز هنا. والوجه جواز إطعام المسلم الفاسق. ولا يجوز إطعام الكافر وكذا الناصب.

أبي عبد الله عليه السلام: «في كفارة اليمين مدّ من حنطة وحنفة، لتكون الحنفة في طحنه وحنطه»^١. وهو محمول على الأفضليّة جمعاً.

الرابع: المعتبر إخراج عين الطعام، فلا تجزئ القيمة، نعم، لو أراد الاقتصار على بعض الواجب جاز شراؤه من المستحقّ بعد احتسابه عليه ثمّ احتسابه على غيره على كراهة، فيتأدّى الواجب بمدّ واحد.

الخامس: لا يجوز نقصان المستحقّ عن المدّ، على تقدير التسليم وإن كثر المستحقّون وضاق العدد، بل يتخيّر منهم بعدد الواجب، فلو دفع الستين إلى مائة وعشرين أجزأ عنه نصف المخرج، ووجب أن يكمل لستين منهم ثلاثين مدّاً كلّ واحدٍ نصف مدّ. ثمّ إن علم الباقون بالحال جاز الرجوع عليهم بما زاد، وإلّا فمع بقاء العين خاصّةً. وكذا لو دفع إلى الواحد أزيد من مدّ.

السادس: لا تقدير في الكبر والصغر شرعاً فيرجع فيهما إلى العرف. ولا يختصّ الكبير بالبالغ، بل العبرة بكثرة الأكل وقلّته بحيث يقارب الأكل المتوسط من الكبار، ولعلّ بلوغ عشر سنين يقارب ذلك غالباً.

السابع: لو أخرج الحنطة أو الزبيب ونحوهما اشترط كونه سليماً من العيب وممازجة غيره كالزؤان والتراب. ويعفى عن المعتاد منهما ومن نحوهما.

قوله: «ويستحبّ الاقتصار على إطعام المؤمنين ومن هو بحكمهم كالأطفال» إلى آخره. للأصحاب في اشتراط الإيمان في المستحقّ للكفارة أقوال:

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٣، باب كفارة اليمين، ح ٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٧، ح ١٠٩٩.

أحدها: أنه ليس بشرط، بل يكفي الإسلام حيث لا يكون محكوماً بكفره من فرقهم كالنائب. وهو مختار المصنّف؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ سِكِّينًا﴾^١ و﴿وَإِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ﴾^٢، وخصوص صحيحة يونس بن عبد الرحمن عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل عليه كفارة إطعام مساكين، أيعطي الصغار والكبار سواء، والرجال والنساء، أو يفضل الكبار على الصغار، والرجال على النساء؟ فقال: «كلهم سواء، ويتم إذا لم يقدر من المسلمين وعيالاتهم تمام العدة التي تلزمه أهل الضعف ممن لا ينصب»^٣. وموثقة إسحاق بن عمار عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام وقد سأله عن الكفارة وقال، قلت: فيعطيه ضعفاء من غير أهل الولاية؟ قال: «نعم وأهل الولاية أحب إلي»^٤.

وثانيها: اشتراطه مع الإمكان، فإن لم يجد تمام العدة كذلك جاز إعطاء المستضعف من المخالفين. وهو قول الشيخ في النهاية^٥، وقواه في المختلف^٦. وليس عليه نص بخصوصه لكنّه حمل على الزكاة، فقد اختلفت الأخبار في اعتبار الإيمان فيها، فجمع الشيخ بينها بحمل أخبار الجواز على المستضعف^٧.

وثالثها: اشتراط كونه مؤمناً أو مستضعفاً. وهو قول الشيخ في المبسوط، والعلامة في

الإرشاد.

أمّا [في] المبسوط، فإنّه جعل مصرفها مصرف زكاة الفطرة^٨، وقد جوز صرف زكاة الفطرة

١. المجادلة (٥٨): ٤.

٢. المائدة (٥): ٨٩.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٧، ح ١١٠١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٣، ح ١٨١.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٨، ح ١١٠٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٣-٥٤، ح ١٨٥.

٥. النهاية، ص ٥٧٠.

٦. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٥٥، المسألة ٨٨.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٨٨، ذيل الحديث ٢٥٩؛ الاستبصار، ج ٢، ص ٥١، ذيل الحديث ١٧٢.

٨. المبسوط، ج ٤، ص ٥٩٢.

إلى المستضعف^١، وحمل الروايات الدالة على جواز صرفها إلى غير أهل الولاية على المستضعف منهم.

وأما في الإرشاد، فإنه منع من إعطائها المخالف، واستحبّ فيه أن يكون من المؤمنين وأولادهم^٢، فبقي المستضعف خارجاً عن القسمين، ويتضي جواز إطعامه منها.

ورابعها: اشتراط الإيمان حتى لو لم يجد آخرها إلى أن يتمكّن. وهو قول ابن الجنيّد^٣ وابن البرّاج^٤ وابن إدريس^٥ والعلامة في القواعد والتحرير^٦.

وخامسها: اشتراط الإيمان كذلك والعدالة. وهو قول ابن إدريس؛ لأنّه جعل مصرفها مصرف الزكاة، واشترط في مستحقّ الزكاة العدالة^٧.

ودليل هذه الأقوال كلّها راجع إلى دليلهم في الزكاة، والملازمة ممنوعة.

وقول المصنّف هنا هو الأقوى.

واعلم أنّ المصنّف لم يبيّن في الكتاب ما يعتبر في المستحقّ زيادةً على الإسلام، ولا ريب في اعتبار «المسكنة»؛ لأنّها منصوص الآية^٨، ولا يتعدّى إلى غيره من أصناف مستحقّي الزكاة غير الفقير حتى الغارم، وإن استغرق دينه ماله إذا ملك مؤونة السنة. وكذا ابن السبيل إن أمكنه أخذ الزكاة أو الاستدانة، وإلا ففي جواز أخذه نظر، من حيث إنّه حينئذٍ في معنى المسكين، ومن أنّه قسيم له مطلقاً. ويظهر من الدروس^٩ جواز أخذه لها حينئذٍ.

١. المبسوط، ج ١، ص ٣٣٣.

٢. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٠٠.

٣. لم نثر على من حكاه عنه.

٤. المهذب، ج ٢، ص ٤١٥.

٥. السرائر، ج ٣، ص ٧٤.

٦. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٣٠٤؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٣٨٦، ذيل الرقم ٥٩٧٧.

٧. السرائر ج ١، ص ٤٥٩؛ وج ٣، ص ٧٤.

٨. المجادلة (٥٨): ٤.

٩. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٥٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

مسائل أربع:

الأولى: ● كفارة اليمين مخيرة بين العتق والإطعام والكسوة. فإذا كسا الفقير وجب أن يعطيه ثوبين مع القدرة، ومع العجز ثوباً واحداً. وقيل: يجزئ الثوب الواحد مع الاختيار. وهو أشبه.

واختلف في الفقير، والأقوى جواز دفعها إليه، إما لكونه أسوأ حالاً كما ذهب إليه بعضهم^١، أو لأن كل واحدٍ من المسكين والفقير يدخل في الآخر حيث ينفرد بالذكر، وإنما يبحث عن الأسوأ حالاً منهما على تقدير الاجتماع كآية الزكاة^٢.

قوله: «كفارة اليمين مخيرة بين العتق والإطعام والكسوة» إلى آخره.

الكسوة ورد الأمر بها مطلقاً في كفارة اليمين، فيجب لمن أرادها ما يحصل بها مسماها عرفاً. وقد اختلف الأصحاب في تقديرها لذلك، فمنهم من حملها على عرف الشرع في الصلاة، ففرق بين الرجل والمرأة، وهو ابن الجنيّد، فاعتبر للمرأة درعاً وخماراً، واكتفى للرجل بثوب يجزئه في مثله الصلاة^٣.

ومنهم من أطلق الثوبين، كالمفيد^٤ وسلار^٥.

ومنهم من أطلق الثوب، كالشيخ في المبسوط^٦، وابن إدريس^٧، والمصنّف، والعلامة في

المختلف والتحرير والإرشاد^٨.

١. راجع الخلاف، ج ٤، ص ٢٢٩، المسألة ١٠؛ والمبسوط، ج ١، ص ٣٣٨؛ والوسيلة، ص ١٢٨؛ والسرائر، ج ١، ص ٥٦.

٢. التوبة (٩): ٦٠.

٣. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٤٧، المسألة ٧٨.

٤. المقنعة، ص ٥٦٨.

٥. المراسم، ص ١٨٦.

٦. المبسوط، ج ٤، ص ٥٩٧.

٧. السرائر، ج ٣، ص ٧٠.

٨. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٤٧، المسألة ٧٨؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٣٨٦، ذيل الرقم ٥٩٧٧؛

إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٠٠.

ومنهم من فصل، فاعتبر الثوبين مع القدرة، واكتفى بالثوب مع العجز، كالشيخ في النهاية^١، وابن البراج^٢، وأبي الصلاح^٣، والعلامة في القواعد^٤، وولده^٥.
ومنشأ الاختلاف اختلاف الأخبار، فروى الحلبي - في الصحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام:
«في كفارة اليمين يطعم عشرة مساكين، لكل مسكين مد من حنطة أو من دقيق وحنفة، أو كسوتهم، لكل إنسان ثوبان»^٦ الحديث. ومثله روى علي بن أبي حمزة عنه عليه السلام^٧.
وروى أبو بصير - في الصحيح - قال: سألت أبا جعفر عليه السلام - إلى قوله - قلت: كسوتهم، قال: «ثوب واحد»^٨.

وروى الحسين بن سعيد عن رجاله، عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: وفي كفارة اليمين ثوب يوارى عورته، وقال: ثوبان»^٩.
وروى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام إلى قوله، قلنا: فمن وجد الكسوة؟ قال: «ثوب يوارى عورته»^{١٠}.

١. النهاية، ص ٥٧٠.
٢. المهذب، ج ٢، ص ٤١٥.
٣. الكافي في الفقه، ص ٢٢٧.
٤. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٣٠٥.
٥. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ١٠٧.
٦. الكافي، ج ٧، ص ٤٥١-٤٥٢، باب كفارة اليمين، ح ١: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٥، ح ١٠٩١ و١٠٩٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥١، ح ١٧٤.
٧. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٢، باب كفارة اليمين، ح ٣: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٥، ح ١٠٩٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥١، ح ١٧٥.
٨. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٤، باب كفارة اليمين، ح ١٤: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٦، ح ١٠٩٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٢، ح ١٧٨.
٩. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٢٠، ح ١١٨٧.
١٠. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٢، باب كفارة اليمين، ح ٤: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٥، ح ١٠٩٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥١، ح ١٧٦.

وروى معمر بن عثمان قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عمن وجبت عليه الكسوة في كفارة اليمين؟ قال: «ثوب يوارى عورته»^١.

والشيخ جمع بين هذه الأخبار بحمل وجوب الثوبين على من يقدر عليهما، ووجوب الواحد على من لا يقدر إلا عليه^٢. وهو حمل بعيد ليس في الأخبار إشعار به. ولو جمع بينها بحمل الثوبين على الأفضلية والثوب على الإجزاء كان أجود.

ويمكن ترجيح الثوبين مطلقاً، بأن خبرهما الصحيح أصح من خبر أبي بصير الصحيح؛ لاشتراك أبي بصير^٣، وصحته إضافية كما بيّناه مراراً، بخلاف صحيح الحلبي، وباقي الأخبار شواهد؛ لأنها ضعيفة الإسناد أو مرسله؛ فإنّ محمّد بن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقة وغيره^٤، وخبر حسين بن سعيد مرسل، ومعمر بن عثمان مجهول^٥، لكن يعضده إطلاق الكسوة في الآية^٦؛ فإنّها صادقة بالثوب الواحد.

واعلم أنّ المعتبر في الثوب أو الثوبين ما يتحقّق به الكسوة عرفاً، كالجبة والقميص والإزار والسراويل والمقنعة للأثني، دون المنطقة والخفّ والقلنسوة. وأقلّه ما يستر العورتين، كالمزران اعتيد لبسه وإلا فلا. ولو صلح كسوة للصغير دون الكبير كفي إن دفعه بنية الصغير دون الكبير. والمعتبر في جنسه ما يعدّ معه كسوة عرفاً، كالقطن والكتان والصوف، والحريز للنساء، والفرو والجلد المعتادين، وكذا القنب والشعر إن اعتيدا، وإلا فلا.

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٣، باب كفارة اليمين، ح ٦، وفيه: عن معمر بن عمر: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٥-

٢٩٦، ح ١٠٩٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥١-٥٢، ح ١٧٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٦، ذيل الحديث ١٠٩٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٢، ذيل الحديث ١٧٨.

٣. أبو بصير: ليث بن البخترى المرادي وهو ثقة. راجع خلاصة الأقوال، ج ٢٣٤، الرقم ٧٩٨. وأبو بصير: يحيى بن

قاسم الأسدي وهو واقفي. راجع خلاصة الأقوال، ص ٤١٦، الرقم ١٦٨٧.

٤. راجع رجال النجاشي، ص ٢٢٢-٢٢٣، الرقم ٨٨٠؛ وخلاصة الأقوال، ص ٤٠٠، الرقم ١٦١١.

٥. راجع جامع الرواة، ج ٢، ص ٢٥٣؛ ومعجم رجال الحديث، ج ١٩، ص ٢٨٩، الرقم ١٢٥٥٥.

٦. المائدة (٥): ٨٩.

الثانية: ● الإطعام في كفارة اليمين مدّ لكلّ مسكين، ولو كان قادراً على المدّين. ومن فقهاؤنا من خصّ المدّ بحال الضرورة. والأوّل أشبهه.

الثالثة: ● كفارة الإيلاء مثل كفارة اليمين.

الرابعة: ● من ضرب مملوكه فوق الحدّ استحبّ له التكفير بعته.

وتجزئ كسوة الصغار وإن انفردوا؛ للعموم^١. ويستحبّ الجديد، ويجزئ غيره، إلا أن ينسحق أو يتخرّق.

قوله: «الإطعام في كفارة اليمين مدّ لكلّ مسكين، ولو كان قادراً على المدّين».

قد تقدّم في صحيحة الحلبي ما يدلّ على إجزاء المدّ مطلقاً^٢. والقول بالتفصيل للشيخ^٣. وقد تقدّم الخلاف في الكفارة المرتبة^٤، والمختار فيهما واحد.

قوله: «كفارة الإيلاء مثل كفارة اليمين».

لأنّ الإيلاء يمين خاصّة، وهو الحلف على ترك وطء الزوجة على ما سيأتي تفصيله^٥. وإنّما يتميّز عن مطلق اليمين بأحكام مخصوصة، أمّا الكفارة فواحدة.

قوله: «من ضرب مملوكه فوق الحدّ استحبّ له التكفير بعته».

هذا الحكم ذكره الشيخ^٦ وأتباعه^٧، والمستند صحيحة أبي بصير عن أبي جعفر^٨ قال: «من ضرب مملوكاً حدّاً من الحدود، من غير حدٍّ أو جبه المملوك على نفسه لم يكن لضاربه كفارة إلاّ عتقه»^٩. وظاهرهم أنّه على سبيل الوجوب.

١. راجع ص ١٦٩، فإنّ في الروايات: «أو كسوتهم».

٢. تقدّم تخريجه في ص ١٦٩، الهامش ٦.

٣. النهاية، ص ٥٦٩.

٤. تقدّم في ص ١٥٨ - ١٥٩.

٥. سيأتي في ص ١٨٧ وما بعدها.

٦. النهاية، ص ٥٧٣.

٧. منهم ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٤٢٤.

٨. الكافي، ج ٧، ص ٢٦٣، باب النوادر، ح ١٧؛ تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٢٧، ح ٨٥.

المقصد الرابع في الأحكام المتعلقة بهذا الباب

وهي مسائل:

الأولى: • من وجب عليه شهران فإن صام هلالين فقد أجزأه ولو كانا ناقصين، وإن صام بعض الشهر وأكمل الثاني اجتزأ به وإن كان ناقصاً، ويكمل الأوّل ثلاثين. وقيل: يتم ما فات من الأوّل. والأوّل أشبه.

وأنكره ابن إدريس؛ لعدم دليل يدلّ عليه^١.

واختار المصنّف والعلامة^٢ وأكثر المتأخّرين الاستحباب. واحتجّ له في المختلف بأنّه فعل محرّم، والعتق مسقط لذنب القتل وهو أعظم من الضرب فاستحبّ العتق^٣. ولو استند إلى الرواية كان أجود.

والمتبادر من الحدّ المتجاوز هو المقدار من العقوبة المستحقّة على ذلك الفاعل مع إطلاق الحدّ عليه شرعاً، فلا يدخل التعزير. ويعتبر فيه حدّ العبيد لا الأحرار.

وقيل: يعتبر حدّ الأحرار^٤؛ لأنّه المتيقّن، والملك سليماً عن تعلق حقّ العتق على مالكة. وهذا يتأتّى على القول بالوجوب، أمّا على الاستحباب فلا؛ لأنّ المعلق على مفهوم كليّ يتحقّق بوجوده في ضمن أيّ فردٍ فرض من أفرادهِ، وحمله على حدّ لا يتعلّق بالمحدود بعيد جدّاً^٥. ولا فرق في المملوك بين الذكر والأنثى؛ لتناوله لهما.

قوله: «من وجب عليه شهران فإن صام هلالين فقد أجزأه» إلى آخره.

إذا أراد صوم الشهرين، فإن ابتداءً من أوّل الهلال اعتبر الشهر الهلالي؛ لأنّه المراد عند

١. السرائر، ج ٣، ص ٧٩.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٩٧؛ مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٤٣. المسألة ٧٥.

٣. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٤٣. المسألة ٧٥.

٤. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٨٤.

٥. في بعض النسخ والطبعة الحجرية هنا زيادة: «مع أنّ ظاهر الرواية ما ذكرناه من اعتبار حدّ العبد حدّاً».

الإطلاق شرعاً، إلا أن يمنع من حمله عليه مانع وهو منتفٍ هنا. فإن جاء ناقصاً كفى، وإن أكمل الشهرين كذلك اقتصر على الهلالين وإن كانا ناقصين.

وإن شرع فيه في أثناء الشهر - ويتحقق ذلك بمضيّ يومٍ منه فصاعداً - اعتبر ذلك الشهر الذي ابتداء فيه بالعدد وهو ثلاثون يوماً؛ لعدم إمكان حمله على الهلالي هنا. ثم إن استمر بعد دخول الشهر الثاني إلى آخره فالأقوى احتساب الثاني بالهلال، وإكمال الأوّل ثلاثين من الثالث.

أما الأوّل فلصدق اسم الشهر عليه، فلا مانع من حمله على الهلالي.

وأما الثاني فلبنائه من حين الشروع فيه على أنه عددي، فيلزم إكماله ثلاثين. ولا يتعيّن إكماله من الشهر الذي يليه؛ لأنّ الغرض من الإكمال يحصل سواء أكمل من الذي يليه أم من غيره، لكن إكماله منه يلزم منه اختلال الشهر الثاني وجعله عددياً مع إمكان جعله هلالياً على أصل وضعه بخلاف إكماله من الثالث، فكان أولى.

والقول الآخر - الذي نقله المصنّف - أنه يكفي إكمال الأوّل من الثالث بقدر ما فات من الشهر الأوّل خاصّةً. فلو فرض كونه ناقصاً وقد مضى منه عشرة أيّام مثلاً فصام الباقي منه وهو تسعة عشر، كفى إكماله من الشهر الثالث عشرة أيّام خاصّةً.

ووجه هذا القول ما أشرنا إليه من أنّ المعتمد شرعاً هو الهلالي، فإذا فات منه شيء اعتبر استدراكه فيتحقّق كماله. وعلى الأوّل يصوم من الثالث أحد عشر. وهو الأقوى.

وفي المسألة قول ثالث: أنه مع انكسار الأوّل ينكسر الجميع ويبطل اعتبار الأهلة؛ لأنّ الشهر الثاني لا يدخل حتى يكمل الأوّل، وتمامه بعددٍ من الثاني فينكسر الثاني أيضاً. وقد أشرنا إلى جواب الثالث. وقد تقدّم البحث في هذه المسألة مراراً!

الثانية: ● المعتر في المرتبة حال الأداء لا حال الوجوب. فلو كان قادراً على العتق فعجز صام، ولا يستقرّ العتق في ذمته.

قوله: «المعتر في المرتبة حال الأداء لا حال الوجوب» إلى آخره.

مذهب الأصحاب أنّ الاعتبار في مراتب الكفارة بحال أدائها، لا بحال وجوبها؛ لأنّ خصال الكفارة عبادات، فيراعى فيها حالة الأداء كنظائرها من العبادات، فإنّ النظر في القدرة على استعمال الماء مثلاً والعجز عنه إلى حالة الأداء.

وكذلك في الصلاة النظر في القدرة على القيام والعجز عنه إلى حالة الأداء، حتّى لو عجز عن القيام عند الوجوب وقدر عند الأداء يصلي صلاة القادر، ولو انعكس الحال انعكس الحكم.

وخالف في ذلك بعض العامة هنا، فجعلوا الاعتبار بحالة الوجوب^١؛ نظراً إلى أنّ الكفارة نوع تطهير يختلف حاله باختلاف الوقت، كما في الحدّ مثلاً، فإنّه لو زنى وهو رقيق ثمّ أعتق، أو بكر ثمّ صار محصناً، يقام عليه حدّ الأرقاء والأبكار.

ويتفرّع على ذلك ما لو كان قادراً على العتق وقت الوجوب فلم يعتق ثمّ أعسر، فينتقل إلى الصيام على الأوّل. ولو كان عاجزاً عن العتق قادراً على الصوم ثمّ تجدد عجزه عنه وجب عليه الإطعام مع تمكّنه منه، وعلى الثاني يبقى الواجب وقت الوجوب في ذمته، ولا ينتقل عنه. ولو انعكس فكان معسراً وقت الوجوب ثمّ أيسر وجب العتق، أو كان عاجزاً عنه وعن الصوم ثمّ قدر على الصوم وجب على الأوّل دون الثاني، لكن لو تبرّع به أجزاء، كما لو تكلف الفقير العتق ولو بالاقتراض، مع احتمال العدم؛ لأنّه ليس من أهله.

وممّا يتفرّع عليه ما لو كان المكفّر عبداً حالة الوجوب فأعتق قبل أن يشرع في الصوم وأيسر، فإنّه يجب عليه العتق؛ لقدرته عليه بناءً على اعتبار حالة الأداء، ولو اعتبرنا حالة الوجوب لم يجب العتق.

١. راجع المعنى المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨، ص ٦١٨، المسألة ٦٢٢٢؛ وفي الوجيز، ج ٢، ص ٨٨، قال: الاعتبار في اليسار والإعسار بوقت الوجوب على قول.

الثالثة: • إذا كان له مال يصل إليه بعد مدة غالباً لم ينتقل فرضه، بل يجب الصبر، ولو كان ممّا يتضمّن المشقة بالتأخير كالظهار، وفي الظهار تردّد.

وربما قيل بعدم وجوبه عليه على القولين؛ لأنّ كفارة العبد لا تكون بالعتق، ويفرّق بينه وبين العاجز الحرّ إذا تجددت قدرته بأن الرقية مانع السبب، والعجز مانع الحكم، فإذا قدر عمل السبب عمله بخلاف ما إذا أعتق؛ لفقد سبب الحكم بالعتق حين وجوب الكفارة، وعدم كونه من أهل الإعتاق حينئذٍ.

واعلم أنّه على تقدير اعتبار حالة الأداء لا يخلو تعيين الواجب قبله من غموض؛ لأنّ المحكوم بوجوبه حال المخاطبة بها من الخصال ليس هو المراد عند الأداء؛ لعدم اجتماع شرائطه حينئذٍ، بل إمّا أن يقال: الواجب أصل الكفارة ولا يوصف خصلة على التعيين بالوجوب، أو يقال: يجب ما يقتضيه حال الوجوب ثمّ إذا تبدّل الحال تبدّل الواجب، كما أنّه يجب على القادر صلاة القادرين ثمّ إذا عجز تبدّلت صفة الصلاة. ولعلّ هذا أشبه.

قوله: «إذا كان له مال يصل إليه بعد مدة غالباً لم ينتقل فرضه» إلى آخره.

إذا كان ماله غائباً أو حاضراً ولا يجد الرقبة في الحال وهي ممّا يتوقّع وجودها غالباً لم ينتقل فرضه في المرتبة إلى الصيام، بل يجب الصبر إلى أن يتمكن؛ لأنّ الكفارة على التراخي، والوجدان متحقّق في الجملة، وتقدير أن يموت لا يفوت بل تؤدّى من تركته. هذا في غير الظهار. أمّا فيه فإن لم يتضرّر بترك الجماع فكذلك، وإلا فوجهان، ممّا ذكر، ومن لزوم الضرر أو المشقة المنفيين شرعاً، فكان بسبب ذلك بمنزلة الفاقد. وفي الانتقال إلى الصوم قوّة.

والفرق بينه وبين المريض المتضرّر بالصوم حيث جاز له الانتقال إلى الإطعام وإن رجا البرء، أن الله تعالى قال: «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ»^٢، ولا يقال لمن يملك مالا

١. راجع سورة الحج (٢٢): ٧٨؛ ووسائل الشيعة، ج ٢٥، ص ٤٢٧، الباب ٢ من كتاب إحياء الموات.

٢. المجادلة (٥٨): ٤.

الرابعة: ● إذا عجز عن العتق فدخل في الصوم ثم وجد ما يعتق لم يلزمه العود وإن كان أفضل، وكذا لو عجز عن الصيام فدخل في الإطعام ثم زال العجز.

جماً غائباً عنه: إنه غير واجد للرقبة، وقال في الصيام: «فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا»^١ ويقال للعاجز بالمرض الناجز: إنه غير مستطيع للصوم، وأيضاً فوصول المال يتعلّق باختياره غالباً، والاختيار في مقدّمات الشيء، والتسبب إليه كالاختيار في نفسه، وزوال المرض لا يتعلّق بالاختيار.

ولو وجد من يبيعه نسيئته إلى أن يحضر ماله الغائب ففي وجوب الشراء وجهان، من تحقّق الوجدان حينئذٍ، والعوض موجود في نفسه، ومن احتمال تلف المال قبل وصوله فيتضرّر بالدين.

وأطلق كثير من وجوب الاستدانة حينئذٍ. وينبغي تقييده بالوثوق بسلامته غالباً، وإلاّ فعدمه أوجه.

قوله: «إذا عجز عن العتق فدخل في الصوم ثم وجد ما يعتق» إلى آخره.

وجه عدم لزوم العتق حينئذٍ مع صدق الوجدان الموجب لعدم إجزاء الصوم أنه عند الشروع كان فاقداً، ومن ثمّ شرع البديل، فلو لم يسقط التعبد بالعتق لم يكن الصوم بدلاً، ومتى ثبت السقوط استصحب، والخطاب تعلق بالعتق قبل الشروع في الصوم لا بعده، ولصحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «سُئِلَ عَمَّنْ ظَاهِرٌ فِي شَعْبَانٍ وَلَمْ يَجِدْ مَا يَعْتَقُ، قَالَ: «يَنْتَظِرُ حَتَّى يَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فَإِنْ ظَاهِرٌ وَهُوَ مُسَافِرٌ أَنْتَظِرُ حَتَّى يَقْدَمَ، وَإِنْ صَامَ وَأَصَابَ مَالاً فَلْيَمِضْ الَّذِي ابْتَدَأَ فِيهِ»^٢.

وقال ابن الجنيد: لو أيسر قبل صوم أكثر من شهر وجب العتق^٣؛ لصحيحة محمّد بن مسلم

١. المجادلة (٥٨): ٤.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٥٦، باب الظهار، ح ١٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٢ ح ٤٨٣٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧.

ح ٥٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٧، ح ٩٥٧.

٣. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٣٣، المسألة ٨٧.

الخامسة: • لو ظاهر ولم ينو العود فأعتق عن الظهار قال الشيخ: لا يجزئه؛ لأنه كفر قبل الوجوب. وهو حسن.

أيضاً عن أحدهما عليه السلام في رجل صام شهراً من كفارة الظهار ثم وجد نسمة، قال: «يعتقها ولا يعتد بالصوم»^١. وهي محمولة على الأفضل؛ جمعاً بينها وبين صحيحته الأخرى. وكذا البحث فيما لو عجز عن الصيام فدخل في الإطعام ثم قدر على الصوم، فإنه لا يجب العود إليه؛ لما ذكر من التعليل، ويزيد هنا أنه لا معارض من جهة النص. ويتحقق الشروع في الصوم بدخول جزءٍ من اليوم ولو لحظة، وفي الإطعام بشروع المسكين في الأكل إن كفر به، وتسليم مد إليه إن كفر بالتسليم. واعلم أن سقوط الحكم بالعتق على تقدير الشروع في الصوم يصير مراعىً بإكمال الصوم على الوجه المأمور به، فلو عرض في أثناءه ما يقطع التابع ووجدت القدرة على العتق حينئذٍ - إما باستمرار السابق أو بأمر متجدد - وجب العتق؛ لوجود المقتضي له وهو القدرة عليه قبل أن يشرع في الصوم؛ لأنه ببطان السابق ينزل منزلة من لم يصم أصلاً بالنسبة إلى الكفارة، وإن لم يحكم ببطان صوم الأيام السابقة في نفسها بالنسبة إلى الثواب عليها.

ولو فقدت القدرة على الإعتاق قبل أن يجب استئناف الصوم بقي حكم الصوم بحاله. ومثل هذا ما لو وجد التيمم الماء بعد الشروع في الصلاة إذا لم نقل بالقطع، فإنه لا يفسد التيمم، إلا أن يستمر وجدان الماء إلى أن فرغ من الصلاة وتمكّن من استعماله، فإن فقد قبل ذلك بقي التيمم بحاله. ولو فرض قطعه الصلاة ولو بسبب محرّم قبل فقدان الماء بطل التيمم حينئذٍ وكلف بالطهارة المائية.

قوله: «لو ظاهر ولم ينو العود فأعتق عن الظهار» إلى آخره.

لا خلاف في أن كفارة الظهار لا تجب إلا إذا ظاهر وعاد، لكن سببها هل هو الظهار

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧، ح ٥٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٨، ح ٩٥٨.

السادسة: • لا تدفع الكفارة إلى الطفل؛ لأنه لا أهلية له، وتدفع إلى وليه.

والعود شرط، أو العود خاصة، أو السبب مركب منهما؟ أوجه أظهرها الوسط. ويتفرع على ذلك ما لو كفر قبل العود وبعد الظهار، فإن جعلنا السبب هو العود لم تجزئ؛ لأن الأصل في الواجب أن لا يقدم على وقته، ولأنها قبل العود لم تكن واجبةً فلا تقع مجزئة عن الواجب. وهذا هو الذي نقله المصنف عن الشيخ^١ واستحسنه، ولا نعلم للأصحاب قولاً بخلافه.

نعم، لو جعلنا السبب هو الظهار والعود شرطاً أو جعلنا العود جزء السبب احتمل جواز تقديمها، كما يجوز تقديم الزكاة على الحول مع وجود بعض سببها - وهو ملك النصاب - وعدم تمامه بالحول. وهو قول لبعض الشافعية^٢. والشيخ وافقهم على تعجيل الزكاة على الحول^٣، ووافق هنا على عدم إجزاء الكفارة. وكلاهما عندنا ممنوع.

قوله: «لا تدفع الكفارة إلى الطفل؛ لأنه لا أهلية له، وتدفع إلى وليه».

إذا أُعطي الطفل من الكفارة، فإن كانت العطيّة بتسليم المدّ اعتبر تسليمه لوليّه؛ لأنّ الطفل محجور عليه في أمواله وقبضها إلا بإذن الولي.

وقال الشيخ في الخلاف: يجوز دفعه إلى الطفل^٤؛ محتجاً بالإجماع وعموم قوله تعالى:

﴿فَاطْعَامٌ سِتِّيْنَ مِسْكِيْنَ﴾^٥.

مع أنه في المبسوط قال:

لا تدفع الكفارة إلى الصغير؛ لأنه لا يصح منه القبض، لكن تدفع إلى وليه ليصرفها في

مصالحه، مثل ما لو كان له دين لم يصح قبضه^٦.

١. الخلاف، ج ٤، ص ٥٥٩، المسألة ٥٨.

٢. راجع الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٤٥١؛ وروضة الطالبين، ج ٦، ص ٢٥٢.

٣. لم نثر على موافقة الشيخ لهم، نعم جوز على وجه القرض. راجع الخلاف، ج ٢، ص ٤٣، المسألة ٤٦؛

والمبسوط، ج ١، ص ٣١٦؛ والنهاية، ص ١٨٣.

٤. الخلاف، ج ٤، ص ٥٦٤، المسألة ٦٨.

٥. المجادلة (٥٨): ٤.

٦. المبسوط، ج ٤، ص ٢٠٣.

السابعة: • لا تُصرف الكفارة إلى من تجب نفقته على الدافع، كالأب والأم والأولاد والزوجة والمملوك، لأنهم أغنياء بالدافع، وتدفع إلى من سواهم وإن كانوا أقارب.

وإن كانت بالإطعام فالأقوى جوازه بدون إذن الولي؛ إذ ليس فيه تسليط للطفل على ماله؛ لأن الطعام ملك للدافع لا ينتقل إلى ملك الآكل إلا بالازدراء، فلا يصادف ذلك تصرفه في ماله فكان سائغاً، ولأن الغرض من فعل الولي إطعامه وهو حاصل، والدافع محسن محض فينتفي عنه السبيل^١، ولعموم قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾^٢، ويحتمل المنع بدون إذن الولي كالتسليم؛ لأن مقتضى عموم ولايته توقّف التصرف في مصالح الطفل على أمره.

والكسوة في معنى التسليم؛ لاقتضاها التمليك، بخلاف الإطعام. وربما احتل في الكسوة عدم توقّفها على إذن الولي؛ لأنها من ضرورات الطفل، ولا يمكن الولي ملازمتها وهي ملبوسة له، فتكون في معنى الإطعام، والأصح الأول. قوله: «لا تصرف الكفارة إلى من تجب نفقته على الدافع» إلى آخره.

لما كانت المسكنة - المتحققة هنا بعدم القدرة على مؤونة السنة - شرطاً في المستحق، وكانت نفقة العمودين والزوجة والمملوك واجبة على الأب والابن والزوج والمولى، كان المنفق عليه غنياً بذلك، فلا يجوز أن يعطى من الكفارة؛ لفقد شرط الاستحقاق. وعلى هذا فلا فرق في عدم جواز الصرف إليهم بين كون الدافع هو من تجب عليه النفقة وغيره.

وإنما خصّ المصنّف الحكم بمن تجب عليه النفقة لفائدة، هي أن عدم جواز دفعه إليهم منها غير مقيّد ببذله النفقة لهم وعدمه؛ لأنه بقدرته على الإنفاق عليهم يصيرون بالنسبة إليه بمنزلة الغني، فلا يجوز له صرفها إليهم، حتى لو منعهم من أنفقه وصاروا محتاجين فحكمهم كذلك بالنسبة إليه؛ لأن الشرط مقدور عليه من جهته والتقصير واقع منه، فلم يفترق الحال

١. إشارة إلى الآية ٩١ من سورة التوبة (٩).

٢. المجادلة (٥٨): ٤.

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

بين بذله النفقة وعدمه بخلاف الأجنبي، فإنَّ تحريم دفعه الكفارة إليهم مشروط ببذل المنفق ما يجب عليه لهم من النفقة ليصيروا أغنياء، فلو لم يكن باذلاً لهم وصاروا محتاجين جاز لغيره أن يعطيهم منها؛ لتحقق الوصف فيهم، وعدم قدرة ذلك الدافع على تحصيل الشرط؛ لأنَّه متعلِّق بفعل غيره، اللهمَّ إلا أن يكون الدافع حاكماً شرعياً ويمكنه إجبار المنفق عليها، فيكونون حينئذٍ كالأغنياء بالقوَّة بالنسبة إليه أيضاً.

واعلم أنَّه لا يحتاج إلى تقييد واجب النفقة بكون المُنفِق غنياً؛ لأنَّه إذا لم يقدر على الإنفاق لا يحكم عليه بوجود النفقة عليه، والأمر في العبارة مفروض في ذلك. وأنَّه لا فرق في الزوجة بين الناشز والمطبعة، وإن كانت الناشز لا تجب نفقتها وهي فقيرة بذلك؛ لقدرتها على تحصيل الغنى بالطاعة فكانت غنيَّة بالقوَّة المكتسب لقوت سنته إذا ترك التكتسب مختاراً. والحكم في الأب ونحوه من الأقارب مخصوص بنفقة نفسه، فلو كان له زوجة لم يجب على الولد الإنفاق عليها. وهل يجوز للولد إعطاء الأب لأجل الإنفاق عليها؟ ظاهر العبارة وغيرها العدم. ويؤيِّده أن المعطى غنيَّ بالنظر إلى نفقة نفسه فلا يستحقها، وفقير بالنظر إلى نفقة الزوجة فلا يجب عليه الإنفاق عليها؛ لأنَّه المفروض، فلا يجوز. نعم، لو كانت فقيرةً جاز الدفع إليها كغيرها. وكذا القول في أولاد الأب؛ لأنَّهم إخوة، وفي زوجة الابن، أمَّا أولاده فإنَّهم أولاد.

قوله: «إذا وجبت الكفارة في الظهار وجب تقديمها على المسيس» إلى آخره.

هذه المسألة تقدَّمت في باب الظهار، وبيَّنا الوجه في ذلك، وفائدة التسوية بين الأمور الثلاثة، وأنَّ ابن الجنيد فرَّق بينهما فأوجب الكفارة للوطء قبل العتق والصيام دون الإطعام^١، فلا وجه لإعادته، كما لا وجه لإعادتها.

١. تقدَّم في ص ٧٥، وحكاها عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشريعة، ج ٧، ص ٤٢٤، المسألة ٧٧.

التاسعة: • إذا وجب عليه كفارة مخيرة كفر بجنس واحد، ولا يجوز أن يكفر بنصفين من جنسين.

العاشرة: • لا يجزئ دفع القيمة في الكفارة؛ لاشتغال الذمة بالخصال، لا بقيمتها.

قوله: «إذا وجب عليه كفارة مخيرة كفر بجنس واحد» إلى آخره.

وذلك بأن يعتق نصف رقبة مثلاً ويصوم شهراً، أو يصوم شهراً ويطعم ثلاثين مسكيناً، أو يطعم خمسة ويكسي خمسة في كفارة اليمين، وإنما لم يجزئ ذلك؛ لأن الله تعالى أوجب الخصال المخصوصة مفصلةً على ذلك الوجه المرتب أو المخير، والتفصيل يقطع الاشتراك. ولأن من أعتق نصف رقبة وصام شهراً - مثلاً - لا يصدق عليه أنه حرّر رقبةً ولا صام شهرين متتابعين، فلا يكون قد أتى بالمأمور به، فيبقى في العهدة.

نعم، يجوز له في الخصلة الواحدة التفريق في أصنافها، بأن يطعم بعض المستحقين ويسلم إلى بعضهم، أو يطعم البعض نوعاً من القوت الغالب والبعض الآخر غيره، أو يكسو بعضهم نوعاً من الثياب والبعض الآخر غيره، ونحو ذلك؛ لصدق اسم الإطعام والكسوة على هذا الوجه.

قوله: «لا يجزئ دفع القيمة في الكفارة؛ لاشتغال الذمة بالخصال، لا بقيمتها».

إذا لا يصدق على من دفع قيمة الطعام أنه أطمع، ولا من دفع قيمة الكسوة أنه كسى، والأمر متعلق بعين الخصال. وهو إجماع، وإنما خالف فيه بعض العامة^١ من حيث اشتراكهما في المقتضي، وهو منفعة المسكين.

ويضعف، بأن مطلق المنفعة غير مقصودة، بل المنفعة على الوجه المأمور به، وهو منتفٍ في القيمة.

١. المعني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٢٥٧، المسألة ٨٠٢٤: مختصر المزني، ج ٩، ص ٢٢١.

الحادية عشرة: • قال الشيخ: من قتل في الأشهر الحُرْمِ وجب عليه صوم شهرين متتابعين من الأشهر الحُرْمِ وإن دخل فيهما العيد وأيام التشريق، وهي رواية زرارة. والمشهور عموم المنع.

قوله: «قال الشيخ: من قتل في الأشهر الحُرْمِ وجب عليه صوم شهرين^١» إلى آخره. قد عرفت أنه يشترط تتابع الشهرين المتحقق بتتابع شهرٍ ويوم، وأنه لو شرع فيه على وجه لا يتم فيه ذلك - بأن يتخلله مانع من الصوم كالعيد ورمضان - لا يقع الصوم صحيحاً، ولا يجوز صوم العيد لأجل ذلك. وهو إجماع، لكن استثنى الشيخ (رحمه الله) من ذلك صورةً واحدةً، وهي ما لو كانت الكفارة قد وجبت بسبب القتل في أشهر الحرم، فإنه يجب عليه صوم شهرين منها، وإن دخل فيهما العيد وأيام التشريق فيصومها معها ويحتسبها من العدة^٢. والمستند رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل قتل رجلاً خطأً في الشهر الحرام، قال: «تغلّظ عليه الدية، وعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين من أشهر الحُرْمِ»، قلت: فإنه يدخل في هذا شيء، قال: «وما هو؟» قلت: يوم العيد وأيام التشريق، قال: «يصوم، فإنه حقّ لزمه»^٣.

وهذه الرواية شاذة، وفي طريقها سهل بن زياد^٤، ومخالفة لغيرها من الأخبار الصحيحة^٥ والإجماع الدالّ على تحريم صوم العيد مطلقاً فالإعراض عنها متعيّن. وتضمّنت القتل خطأً فيمكن إلحاق العمد بطريق أولى؛ لأنّ ظاهرها أنّ ذلك على وجه التغليظ عليه فيكون في العمد أولى. وظاهرها أنّ ذلك على وجه الوجوب كما ذكره المصنّف، لكنّه غير صريح فيه.

١. لم ترد هذه المسألة في نسخة «أ» من نسخ الشرائع.

٢. الخلاف، ج ٤، ص ٥٥٥، المسألة ٥٢.

٣. الكافي، ج ٤، ص ١٣٩، باب من وجب عليه صوم شهرين...، ح ٨: تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٩٧، ح ٨٩٦:

الاستبصار، ج ٢، ص ١٣١، ح ٤٢٨.

٤. راجع رجال النجاشي، ص ١٨٥، الرقم ٤٩٠.

٥. راجع وسائل الشيعة، ج ١٠، ص ٥١٣ وما بعدها، الباب ١ من أبواب الصوم المحرّم والمكروه، وص ٥١٦-٥١٨،

الباب ٢ من هذه الأبواب.

الثانية عشرة: • كل من وجب عليه صوم شهرين فعجز صام ثمانية عشر يوماً، فإن لم يقدر تصدق عن كل يوم بمدّ من طعام، فإن لم يستطع استغفر الله سبحانه ولا شيء عليه.

واعلم أنّ هذه المسألة تقدّمت في كتاب الصوم^١، وبواسطة ذلك اختلفت نسخ الكتاب بذكرها هنا وعدمه، فكان المصنّف ألحقها في بعض النسخ لمناسبة الباب، وأزالها من بعضٍ حذراً من التكرار.

قوله: «كل من وجب عليه صوم شهرين فعجز صام ثمانية عشر يوماً» إلى آخره. إطلاق وجوب الشهرين يشمل ما لو وجب بسبب كفارة أو نذرٍ وما في معناه، وما لو وجب في الكفارة تعييناً أو تخيراً؛ لأن الواجب المخير بعض أفراد الواجب بقول مطلق. وفي الحكم بذلك على إطلاقه إشكال، وفي مستنده قصور، لكن العمل بذلك مشهور بين الأصحاب.

وقد تقدّم في الظهار رواية أبي بصير^٢ عن أبي عبد الله عليه السلام المتضمنة لوجوب صوم ثمانية عشر يوماً لمن عجز عن الخصال الثلاث.

وروى عبد الله بن سنان في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وقع على أهله في شهر رمضان فلم يجد ما يتصدق به على ستين مسكيناً، قال: «يتصدق ما يطيق»^٣.

وجمع الشهيد (رحمه الله) في الدروس بين الخبرين بالتخيير بين الأمرين^٤. وفي اشتراط التابع في الثمانية عشر وجهان، من أصالة البراءة، وكون التابع واجباً في الأصل فكذا في البدل. والملازمة ممنوعة.

١. تقدّمت في ج ١، ص ٥٧١.

٢. تقدّمت روايته في ص ٨٠-٨١.

٣. الكافي، ج ٤، ص ١٠٢، باب من أفطر متعمداً من غير عذر...، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٠٦، ح ٥٩٦؛

الاستبصار، ج ٢، ص ٩٦، ح ٣١٣.

٤. الدروس الشرعية، ج ١، ص ١٩٢-١٩٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٩).

وخرَج العلامة وجوب الإتيان بالممكن من الصوم والصدقة وإن تجاوز الثمانية عشر^١؛ عملاً بعموم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»^٢ حتى لو أمكن الشهران متفرقين وجب مقدماً على الثمانية عشر.

وفي الجمع بين ذلك والحكم بالثمانية عشر بخصوصه نظر. وقطع النظر عن هذا البدل والرجوع إلى العموم^٣ أولى من تكلف هذا الجمع. وعلى تقدير ثبوته لا وجه لوجوب الزائد عنه وإن قدر عليه؛ لأنَّ قصد^٤ البدليّة يوجب ذلك.

وفهم بعضهم^٥ أنَّ الصدقة بعد العجز عن صوم الثمانية عشر عن كلِّ يوم من أيام الستين لا الثمانية عشر. وهو لا يتمُّ على إطلاقه؛ لأنَّ من جملة موجب الشهرين الكفارة المخيرة كما قرّره، والانتقال فيها إلى صوم الثمانية عشر مشروط بالعجز عن الستين، فكيف يرجع إليها بعد الخروج منها؟ ثمَّ على تقدير إرادة ما يعمُّ المخيرة لا وجه للتقييد بالعجز عن الشهرين في الانتقال إلى الثمانية عشر؛ لأنها مشروطة بالعجز عن الإطعام أيضاً.

وبالجملة ليس لهذا الحكم مرجع يعتدُّ به حتى يلحظ ويرتّب عليه ما يناسبه من الأحكام. وأمّا الاستغفار بعد العجز عن جميع ذلك، فهو بدل مشهور بين الأصحاب ومختصّ بهم، ولا يختصّ عندهم بكفارة، بل يجزئ في جميع الكفارات عند العجز عن خصالها، إلا الظهار فقد تقدّم فيه الخلاف^٦، وقد تقدّم في رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «كلُّ من عجز عن الكفارة التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك ممّا

١. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٣٩٢، الرقم ٥٩٨٤.

٢. مسند أحمد، ج ٣، ص ٣٠٧، ح ١٠٢٢٩؛ سنن الدار قطني، ج ٢، ص ٥٣٤، ح ٢٦٦٨، بتفاوت.

٣. كالأية ٤ من سورة المجادلة (٥٨)، وعموم الأحاديث الدالة على وجوب الكفارة المرتبة. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٣٥٩ وما بعدها، الباب ١ من أبواب الكفارات.

٤. في بعض النسخ والحجريّتين: «قضية» بدل «قصد».

٥. لم نتحقّقه.

٦. تقدّم في ص ٧٨.

تجب على صاحبه فيه الكفّارة فالاستغفار له كفّارة ما خلا يمين الظهار»^١ الحديث. وفي الطريق ضَعْفٌ.

وروى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن شيء من كفّارة اليمين إلى أن قال، قلت: فإنّه عجز عن ذلك، قال: «فليستغفر الله عزّ وجلّ ولا يعود»^٢. وفي طريقها ابن بكير^٣ وابن فضال^٤.

مع أنّه لم ينقل جعله بدلاً في الكفّارات التي سئل عنها النبي صلى الله عليه وآله في رمضان والظهار^٥ وغيرهما^٦، وقد تقدّم بعضه^٧، مع اعتراف السائل بالعجز عن الخصال^٨.

ويظهر من الأصحاب الاتفاق على جعل الاستغفار بدلاً في غير الظهار. والمعتبر منه مرّة واحدة بالنيّة عن الكفّارة، ضامماً إلى اللفظ الندم على ما فعل، والعزم على عدم العود إن كانت عن ذنب، وإلا كفى مجرّد الاستغفار وكان وجوبه تعبداً أو عن ذنب غيره على تقديره.

ولو تجددت القدرة على الكفّارة بعده ففي وجوبها وجهان. وفي رواية إسحاق بن عمار في المظاهر: «يستغفر ويطأ، فإذا وجد الكفّارة كفر»^٩. وقد تقدّم البحث في ذلك كلّ^{١٠}.

١. تقدّم تخريجه في ص ٧٩، الهامش ٨.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٣ - ٤٥٤، باب كفّارة اليمين، ح ١١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٨، ح ١١٠٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥٢ - ٥٣، ح ١٨٠.

٣. راجع الفهرست، الشيخ الطوسي، ص ٣٠٤، الرقم ٤٦٤.

٤. راجع رجال النجاشي، ص ٣٥، الرقم ٧٢.

٥. راجع الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦٦، ح ٩٥٣.

٦. الفقيه، ج ٢، ص ١١٥ - ١١٦، ح ١٨٨٧.

٧. تقدّم في ص ٣٦.

٨. الكافي، ج ٢، ص ١٦٢ - ١٦٣، باب البرّ بالوالدين...، ح ١٨.

٩. الكافي، ج ٧، ص ٤٦١، باب النوادر، ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٢٠ - ٣٢١، ح ١١٩٠؛ الاستبصار،

ج ٤، ص ٥٦، ح ١٩٦.

١٠. تقدّم في ص ٧٨ وما بعدها.

كتاب الإيلاء

والنظر في أمور أربعة:

[الأمر] الأول في الصيغة

• ولا ينعقد الإيلاء إلا بأسماء الله سبحانه مع التلفظ، ويقع بكل لسان مع القصد إليه.

كتاب الإيلاء

هو لغة: الحلف، يقال: ألى يولي إيلاءً وأليته، والجمع ألياء، مثل عطية وعطايا. ويقال: اتنلى يأتلى اتنلاءً، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِي أَوْلُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أَوْلِيَ الْقُرْبَىٰ﴾^١.
وشرعاً: حلف الزوج الدائم على ترك وطء زوجته المدخول بها قبلاً، مطلقاً أو زيادةً عن أربعة أشهر؛ للإضرار بها.

وهو من باب تسمية الجزئي باسم الكلّي.
والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِن نِّسَابِهِمْ﴾^٢ الآية. وقد كان طلاقاً في الجاهلية كالظهار، فغيّر الشرع حكمه، وجعل له أحكاماً خاصةً إن جمع شرائطه، وإلا فهو يمين يعتبر فيه ما يعتبر في اليمين، ويلحقه حكمه.

قوله: «ولا ينعقد الإيلاء إلا بأسماء الله سبحانه مع التلفظ - إلى قوله - وهو حسن».

١. لسان العرب، ج ١٤، ص ٤٠، «ألا»: والآية في سورة النور (٢٤): ٢٢.

٢. البقرة (٢): ٢٢٦.

واللفظ الصريح: «والله لا أدخلت فرجسي في فرجك» أو يأتي باللفظة المختصة بهذا الفعل، أو ما يدلّ عليها صريحاً.
 والمحتمل كقوله: «لا جامعتك» أو «لا وطئتك». فإن قصد الإيلاء صحّ، ولا يقع مع تجرّده عن النيّة. أمّا لو قال: «لا جمع رأسي ورأسك بيت» أو «مخدة» أو «لا ساقفتك»، قال في الخلاف: لا يقع به إيلاء، وقال في المبسوط: يقع مع القصد. وهو حسن.

لَمَّا كَانَ الإيلاء ضرباً من مطلق اليمين لم ينعقد إلّا بالله تعالى أو أسمائه الخاصّة، على ما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى في اليمين^١، وقد قال ﷺ: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو فليصمت»^٢.

ولا تكفي نيّته، بل يعتبر التلفّظ به بأيّ لغة اتّفق؛ لاشتراك اللغات في إفادة المعنى المقصود.

ثمّ متعلّق الإيلاء إن كان صريحاً في المراد منه لغةً وعرفاً كإيلاج الفرج في الفرج، أو عرفاً كاللفظة المشهورة في ذلك، فلا شبهة في وقوعه. وإن وقع بغير الصريح فيه كالجماع والوطء الموضوعين لغةً لغيره^٣، وعبر بهما عنه عرفاً عدولاً عمّا يستهجن التصريح به إلى بعض لوازمه، فإن قصد به الإيلاء وقع أيضاً بغير خلاف، كما لا إشكال في عدم وقوعه لو قصد بهما غيره. أمّا لو أطلق ففي وقوعه نظراً إلى صراحتها عرفاً، أو عدمه نظراً إلى احتمالها غيره من حيث عمومها لغةً قولان، أصحهما الوقوع كالصريح^٤.

وفي الأخبار تصريح بالاكْتفاء بلفظ الجماع، وفي صحيحة أبي بصير عن الصادق ﷺ

١. يأتي في ج ٩، ص ٤٧ وما بعدها.

٢. مسند أحمد، ج ٢، ص ٧٧ - ٧٨، ح ٤٥٧٩، وفيه: «وإلّا فليصمت»؛ صحيح البخاري، ج ٦، ص ٢٤٤٩، ح ٦٢٧٠ / ٦٢٧٢.

٣. لسان العرب، ج ٨، ص ٥٣؛ المصباح المنير، ص ١٠٩، «جمع»، و ص ٦٦٤، «وطئ».

٤. وهو قول العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٧٠؛ وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ١٣.

قال: سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: «هو أن يقول الرجل لامرأته: والله لا أجامعك»^١ الحديث، ولم يقيد بالقصد الزائد على اللفظ الصريح، فإنه معتبر في جميع الصيغ، وأجاب به في لفظ «ما هو؟» المطلوب به نفس الماهية فيكون حقيقةً فيه، ولا ينافيه دخول غيره فيها بدليل خارج أو بطريق أولى.

وأما قوله «لا جمع رأسي ورأسك مِخْدَةً» - بكسر الميم وفتح الخاء، سميت بذلك؛ لأنها موضع الخدّ عند النوم^٢ - وقوله «لا ساقفتك» - أي لا اجتمعت أنا وأنتِ تحت سقف - ففي وقوع الإيلاء بهما مع قصده قولان:

أحدهما: عدم الوقوع. وهو قول الشيخ في الخلاف^٣ وابن إدريس^٤ والعلامة^٥؛ لاحتمال هذه الألفاظ لغيره احتمالاً ظاهراً، فلا يزول بها الحلّ المتحقق، ولا يرتفع بها أصالته، كما لا يقع الطلاق بالكنايات وإن قصده بها.

والثاني - واختاره في المبسوط^٦، واستحسنه المصنّف والعلامة في المختلف^٧ - الوقوع؛ لحسنه بريد بن معاوية عن الصادق عليه السلام أنه قال: «إذا آلى أن لا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجتمع رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تمض أربعة أشهر»^٨، ولأنه لفظ استعمل عرفاً فيما نواه، فيحمل عليه كغيره من الألفاظ.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٣٢، باب الإيلاء، ح ٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣، ح ٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥٣، ح ٩٠٦.

٢. الصحاح، ج ١، ص ٤٦٨، «خد».

٣. الخلاف، ج ٤، ص ٥١٥، المسألة ٧.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٧٢٢.

٥. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٥٧.

٦. المبسوط، ج ٤، ص ١٣٣.

٧. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٣٧، المسألة ٨٨.

٨. الكافي، ج ٦، ص ١٣٠، باب الإيلاء، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣، ح ٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥٥، ح ٩١٥.

● ولو قال: «لا جامعتك في دبرك» لم يكن مؤلياً.

وفيه نظر؛ لأن الرواية ليست صريحة؛ لاحتمال كون «الواو» للجمع، فيتعلق الإيلاء بالجمع، فلا يلزم تعلقه بكل واحد. وتوقفه على النية يدل على كونه كناية، والكنايات لا تكفي عندنا. وخروج هذين من بين الكنايات يحتاج إلى دليل صالح، وهو منتفٍ. والفرق بين هذه الألفاظ وغيرها من الصريح حيث افتقرت إلى النية - على القول بالوقوع بها - مع توقف الصريح على القصد أيضاً: أن هذه النية أمر زائد على القصد المعبر في كل لفظ، بمعنى أنه لا يحكم عليه بما يوقعه بالكناية إلا أن يصرح بكونه نوى به الإيلاء ونحوه بخلاف الصريح، فإنه يحكم عليه بالوقوع ظاهراً وإن لم يظهر قصده، حملاً للفظ العقلاء على مدلوله الظاهر وقصده إليه، حتى لو فرض دعواه عدم قصده إلى الصريح لا يسمع ظاهراً، ويحكم عليه بالوقوع، وإن كان فيما بينه وبين الله تعالى غير واقع عليه.

واعلم أنه حيث لا يقع الإيلاء بهذه الألفاظ ونحوها يقع اليمين على طبق ما قصده منها وإن لم يوافق الظاهر منها؛ لأن اليمين تتعين بالنية حيث تقع الألفاظ محتملة، وتخصص وتقيّد حيث تكون عامة أو مطلقة، فإن قصد بقوله: «لا جمع رأسي ورأسك مخدة» ونحوه الجماع وقع يميناً وإن لم يقع إيلاء، فيلحقه حكم اليمين، وإن قصد به كونهما مجتمعين على مخدة واحدة انعقد كذلك. وكذا القول في غيره من الألفاظ حيث لا يقع إيلاء. فيعتبر حينئذ في اليمين الأولوية أو تساوي الطرفين، كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى^١.

قوله: «ولو قال: لا جامعتك في دبرك، لم يكن مؤلياً».

لأن الجماع على هذا الوجه لا حق للزوجة فيه، ولا ينصرف إليه الإطلاق، بل هو إحسان إليها لا إضرار، فلا يقع به الإيلاء، بل يقع يميناً مطلقاً، فيلحقه حكمه.

● وهل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط؟ للشيخ قولان، أظهرهما اشتراطه، فلو علّقه بشرطٍ أو زمانٍ متوقعٍ كان لاغياً.

قوله: «وهل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط؟» إلى آخره.

القول باشتراط تجريده عن الشرط والصفة للشيخ في الخلاف^١ وأتباعه^٢ وابن إدريس^٣ والمصنّف وأحد قولي العلامة^٤؛ لأصالة عدم وقوعه في محلّ الخلاف. واحتجّ في الخلاف عليه بإجماع الفرقة، مع أنه قال في المبسوط بوقوعه معلقاً بالشرط والصفة^٥، وقسوّاه في المختلف؛ لعموم القرآن^٦ السالم عن المعارض^٧، وهو قاطع للأصل الذي ادّعوه على عدمه. ولا ريب في قوّة هذا القول، وقد تقدّم مثله في الظهار^٨، إلّا أنه هناك منصوص الوقوع، فلذا حكموا به.

والعجب من إطباقهم على عدم وقوع الطلاق معلقاً مع أنّ هذا الدليل العام السالم عن المعارض وارد فيه حرفاً بحرف. والظاهر أنّ الحامل للمتأخّرين على عدم القول به ما فهموه من أنه إجماع وهو حجّة برأسه بخلاف ما هنا، فإنّ الشيخ وإن ادّعى الإجماع إلّا أنّ فساد هذه الدعوى واضح فسهل القول بوقوعه؛ نظراً إلى الدليل. والشيخ في المبسوط صرح بأنّ المانع له من القول بوقوع الطلاق معلقاً على الشرط إنّما هو إجماع الفرقة^٩، وإلّا كان الدليل يدلّ عليه كما يدلّ على وقوع الإيلاء والظهار.

١. الخلاف، ج ٤، ص ٥١٧، المسألة ١٢.

٢. منهم ابن حنّظة في الوسيلة، ص ٣٣٥، وابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٣٦٣.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٧٢٢.

٤. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ١١٤، الرقم ٥٤٨٢؛ تلخيص المرام، ص ٢٣٣؛ إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٥٧، وفيه: «على رأي».

٥. المبسوط، ج ٤، ص ١٣٤، وفيه: لا يقعان بصفة.

٦. البقرة (٢): ٢٢٦.

٧. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٣٧، المسألة ٧٩.

٨. تقدّم في ص ٣١ وما بعدها.

٩. المبسوط، ج ٤، ص ١٣٤.

- ولو حلف بالعتاق أن لا يطأها أو بالصدقة أو التحريم لم يقع ولو قصد الإيلاء. ولو قال: «إن أصبتك فعلي كذا»، لم يكن إيلاءً.
- ولو آلى من زوجة وقال للأخرى: «شركتك معها» لم يقع بالثانية ولو نواه؛ إذ لا إيلاء إلا مع النطق باسم الله.

قوله: «ولو حلف بالعتاق أن لا يطأها أو بالصدقة أو التحريم لم يقع» إلى آخره. مذهب الأصحاب أن الإيلاء يختص باليمين بالله تعالى؛ لما ذكرناه من أنه يمين خاص ولا يمين إلا بالله. ووافقنا على ذلك كثير من العامة^١.

وقال بعضهم: لا يختص به، بل إذا قال: «إن وطئتك فعبدي حرّ، أو مالي صدقة، أو حلاتي محرّمات» كان مؤيلاً^٢، فيلزمه مع الوطء كفارة الإيلاء أو الوفاء بالملتزم. ومثله ما لو قال: «إن أصبتك فعلي كذا» بل أولى بعدم الوقوع؛ لأنه كناية لا يقع به عندنا وإن ذكر اسم الله تعالى.

قوله: «ولو آلى من زوجة وقال للأخرى: شركتك معها لم يقع بالثانية» إلى آخره. إذا آلى من زوجته بأن قال: «والله لأجامعك» مثلاً، ثم قال لامرأة له أخرى: «أشركتك معها»، أو «أنت شريكها» أو «مثلها» ونوى بذلك الإيلاء عنها لم يصر مؤيلاً من الثانية؛ لأن عماد الإيلاء ذكر اسم الله تعالى، فلا ينعقد بالكناية في المحلوف به وإن قلنا بوقوعه بالكناية في المحلوف عليه.

وهذا هو الموجب لذكر المسألة للتنبيه على الفرق بين الأمرين، فإن الكنايات عن الوطء ممّا يحسن، فتوسّع فيه على الخلاف السابق^٣، بخلاف الكناية عن اسم الله تعالى فإن التصريح باسمه عماد اليمين، حتى لو قال: «به لأفعلن كذا» ثم قال: «أردت بالله»، لم تنعقد يمينه.

١. و٢. راجع الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٢٤٣، وفيه: على قولين؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨،

ص ٥٠٤ - ٥٠٥، المسألة ٦١٠٥؛ وروضة الطالبين، ج ٦، ص ٢٠٦، قال فيه: قولان.

٣. سبق في ص ١٨٨ وما بعدها.

● ولا يقع إلا في إضرار، فلو حلف لصلاح اللين أو لتدبير في مرض لم يكن له حكم الإيلاء، وكان كالأيّمان.

[الأمر] الثاني في المؤلّي

ويعتبر فيه البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد.

وهذا ما اتفق عليه الكلّ، وإن اختلفوا في مثل قوله: «أنت طالق»، ثم قال لأخرى: «شركتك معها» فقد قال جمع بوقوعه؛ لأنّ الكناية فيه عن الطلاق، وهو ممّا قد قيل بوقوعه أيضاً، ككناية المحلوف عليه هنا.

قوله: «ولا يقع إلا في إضرار» إلى آخره.

اشتراط وقوع الإيلاء بقصد الإضرار بالزوجة بالامتناع من وطئها هو المشهور بين الأصحاب لا يظهر فيه مخالف يعتدّ به. فلو قصد بذلك مصلحتها - بأن كانت مريضة، أو مرضعاً لصلاحها أو صلاح ولدها - لم يقع إيلاءً، بل يقع يميناً يعتبر فيه ما يعتبر فيه.

ومستند هذا الشرط من الأخبار^٢ ضعيف، وعموم الآية^٣ يقتضي عدمه، فإن تمّ الإجماع فهو الحجّة والإفلا. وعلى القاعدة المشهورة فضعف المستند منجبر بالشهرة، وهو رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام، فقال: يا أمير المؤمنين، إن امرأتي أَرْضَعْتُ غلاماً وإني قلت: واللّه لا أقربك حتّى تفتطميه، قال: ليس في الإصلاح إيلاء»^٤.

١. راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨، ص ٥٢٧، المسألة ٦١٢٧.

٢. منها في الكافي، ج ٦، ص ١٣٠ و١٣٢، باب الإيلاء، ح ٢ و٣ و٧ و٩.

٣. البقرة (٢): ٢٢٦.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٣٢، باب الإيلاء، ح ٦: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٧، ح ١٨.

- ويصحّ من المملوك، حرّة كانت زوجته أو أمّة، • ومن الذمّي، ومن الخصي.
- وفي صحته من الم محبوب تردّد. أشبهه الجواز، وتكون فيثته كفيثه العاجز.

قوله: «ويصحّ من المملوك، حرّة كانت زوجته أو أمّة».

أما إذا كانت حرّة فظاهر؛ إذ لا حقّ للمولى في وطنه، وعموم الآية^١ يتناولها. وأما إذا كانت أمّة للمولى أو لغيره وشرط مولاه رقيّة الولد فقد ينقدح عدم وقوع الإيلاء منه؛ لأنّ الحقّ فيه لمولاه، فيتوقّف على إذنه.

ووجه الوقوع عموم الآية^٢، وأنّ المولى ليس له إجباره على الوطء مطلقاً.

قوله: «ومن الذمّي».

لأنّه مقرّ بالله تعالى فيصحّ حلفه. وامتناع صحّة الكفارة منه ما دام كافراً لا يقدر في صحته؛ لأنّ الشرط مقدور عليه بتقديمه الإسلام. والشيخ وافق هنا على صحته من الذمّي^٣ وإن خالف في الظاهر، مع أنّ المقتضي واحد. والتقييد بالذمّي من حيث اعترافه بالله تعالى، وينبغي أن لا يكون على وجه الحصر فيه، بل الضابط وقوعه من الكافر المقرّ بالله تعالى ليتوجّه حلفه به.

قوله: «وفي صحته من الم محبوب تردّد. أشبهه الجواز، وتكون فيثته كفيثه العاجز».

لما كان متعلّق الإيلاء وطء الزوجة وشرطه الإضرار بها اعتبر إمكان ذلك في حقّه، بأن يكون صحيح الذكر ليتمكنه الجماع وإن كان خصياً؛ لبقاء آله الجماع. أمّا الم محبوب، فإن بقي له بقية يمكنه الجماع بها فلا إشكال في صحّة إيلائه، وإلا ففي صحته قولان:

أحدهما: المنع^٤؛ لما ذكرناه من فقد شرط الصحّة وهو الإضرار بها، وعدم إمكان متعلّق

١ و٢. البقرة (٢): ٢٢٦.

٣. الخلاف، ج ٤، ص ٥٢١، المسألة ٢٠.

٤. وهو قول العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٤٠، المسألة ٩٢.

[الأمر] الثالث في المؤلى منها

● ويشترط أن تكون منكوحة بالعقد لا بالملك، وأن تكون مدخولاً بها.

الحلف، كما لو حلف لا يصعد إلى السماء. وهذا هو الأصح.

والثاني - وهو مذهب الشيخ في المبسوط^١ - الوقوع، وقواه المصنّف؛ لعموم الآية^٢. ولا يقدح عجزه كما يصحّ إيلاء المريض العاجز، ويطلب بفيئة العاجز بأن يقول باللسان: «إني لو قدرت لفعلت» كالمرضى، إلا أن المريض يقول: «إذا قدرت فعلت»؛ لأنّ قدرته متوقّعة.

وفيه: أن شرط الصحة مفقود، وهو مخصّص لعموم الآية^٣.

والفرق بينه وبين المريض واضح؛ لتوقع زوال عذره دونه. ومرافعته وضرب المدة له ليقول باللسان ذلك في حكم العيب الذي لا يليق بمحاسن الشرع.

والأشمل ومن بقي من ذكره بعد الجبّ ما دون قدر الحشفة كالمجبوب جميعه.

ولو عرض الجبّ بعد الإيلاء فوجهان، وأولى بالوقوع هنا؛ لوجود الشرط حالة الإيلاء، والعجز في الدوام، فكان قصد الإضرار والإيذاء صحيحاً منه في الابتداء. والأقوى بطلان اليمين؛ لاستحالة بقائها مع استحالة الحنث، ومجرّد المطالبة باللسان وضرب المدة لذلك قبيح كالمجبوب ابتداءً.

قوله - في المؤلى منها -: «ويشترط أن تكون منكوحة بالعقد لا بالملك، وأن تكون مدخولاً بها».

من شرط المؤلى منها أن تكون زوجة، لقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾؛ فلا يقع بالمنكوحة بملك اليمين، بل يقع يميناً مطلقاً.

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٦١ - ١٦٢.

٢ - ٤. البقرة (٢): ٢٢٦.

• وفي وقوعه بالمستمتع بها تردّد أظهره المنع.

واشترط الأصحاب كونها مدخولاً بها؛ لصحیحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال في غير المدخول بها: «لا يقع عليها إيلاء ولاظهار»^١.
ورواية أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يقع الإيلاء إلا على امرأة قد دخل بها زوجها»^٢.

وفي رواية أخرى عنه عليه السلام قال: «سئل أمير المؤمنين عليه السلام عن رجل آلى من امرأته ولم يدخل بها، قال: لا إيلاء حتى يدخل بها، قال: رأيت لو أن رجلاً حلف أن لا يبني بأهله سنتين أو أكثر من ذلك أكان يكون إيلاء؟»^٣.

وقد تقدّم في الظاهر خلاف في ذلك^٤، مع اشتراكهما في الأخبار الصحيحة الدالة على اشتراط الدخول، وأنّ المانع من اشتراطه استند إلى عموم الآية^٥ وهو وارد هنا، ولكن لم ينقلوا فيه خلافاً. والمناسب اشتراكهما في الخلاف، وربما قيل به هنا أيضاً لكنّه نادر.

قوله: «وفي وقوعه بالمستمتع بها تردّد أظهره المنع».

المشهور بين الأصحاب اشتراط الدوام في المؤلى منها، إمّا لأنّ المتبادر من «النساء» الدائمات، أو لتخصيصها في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾^٦ بعد قوله: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلِّقُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾^٧ الدالّ على قبول المؤلى منها له، وهو منتف عن المتمتع بها؛ ولأنّ لازم صحته جواز مطالبها بالوطء وهو غير مستحقّ للمتمتع بها، والحلّ في موضع النزاع.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦، ح ٦٥.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٣٣، باب أنّه لا يقع الإيلاء إلا بعد دخول الرجل بأهله، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٧، ح ١٦.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٣٤، باب أنّه لا يقع الإيلاء إلا بعد دخول الرجل بأهله، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٧، ح ١٧.

٤. تقدّم في ص ٤٦ - ٤٧.

٥. المجادلة (٥٨): ٢.

٦. البقرة (٢): ٢٢٧.

٧. البقرة (٢): ٢٢٦.

● ويقع بالحرّة والمملوكة.

والمرافعة إلى المرأة لضرب المدّة، وإليها بعد انقضائها المطالبة بالفیئة ولو كانت أمةً، ولا اعتراض للمولى.
ويقع الإيلاء بالذميّة كما يقع بالمسلمة.

وذهب المرتضى (رضي الله عنه) إلى وقوعه بها^١! لعموم الآية، فإنها من جملة النساء. وعود الضمير إلى بعض المذكور سابقاً لا يقتضي تخصيصه عند جماعة من الأصوليين^٢. ومطالبتها مشروطة بالدوام نظرأ إلى الغاية، وهو لا يستلزم عدم وقوعه بدون المطالبة، كما يقع وإن لم يطالب. والأصالة انقطعت بالإيلاء الثابت بالآية. وقد تقدّم البحث في هذه المسألة في النكاح^٣.
قوله: «ويقع بالحرّة والمملوكة - إلى قوله - كما يقع بالمسلمة».

كما لا فرق في المؤلى بين الحرّ والرقيق والمسلم والكافر، فكذا لا فرق في المؤلى منها بين الحرّة والأمة ولا بين المسلمة والذميّة؛ لدخول الجميع في عموم قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾^٤.

وحيث كانت الزوجة أمةً فحقّ المطالبة بضرب المدّة وبالفیئة إليها؛ لأنّ حقّ الاستمتاع لها لا للمولى.

وقيد الكافرة بالذميّة نظرأ إلى تحريم نكاح غيرها على المسلم ابتداءً واستدامةً، مع أنّه يمكن فرضه في غير الكتابيّة إذا آلى منها بعد أن أسلم قبلها وهي في العدة، فإنّه يقع كما سبق في بابه^٥.

١. راجع الانتصار. ص ٢٧٧. المسألة ١٥٣. فإنّه قال بعدم لحوق الإيلاء المتمتع بها؛ نعم نسبه إليه فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ١٣١.

٢. راجع الإحكام في أصول الأحكام، الأمدي، ج ٢، ص ٥٣٥: نهاية الوصول على علم الأصول، ج ٢، ص ٣١٤؛ تهذيب الوصول إلى علم الأصول، ص ١٥٣، تقرأ عن قاضي عبد الجبار وجماعة المعتزلة والأشاعرة.

٣. تقدّم في ج ٦، ص ٤٣١.

٤. البقرة (٢): ٢٢٦.

٥. سبق في ج ٦، ص ٣٤٤ - ٣٤٥.

[الأمر] الرابع في أحكامه

وهي مسائل:

الأولى: • لا ينعد الإيلاء حتى يكون التحريم مطلقاً، أو مقيداً بالدوام، أو مقروناً بمدة تزيد عن أربعة أشهر، أو مضافاً إلى فعل لا يحصل إلا بعد انقضاء مدة التربص يقيناً أو غالباً، كقوله [وهو] بالعراق: «حتى أمضي إلى بلاد الترك وأعود»، أو يقول: «ما بقيت».

ولا يقع لأربعة أشهر فما دون، ولا معلقاً بفعل ينقضي قبل هذه المدة يقيناً أو غالباً أو محتملاً على السواء.

قوله: «لا ينعد الإيلاء حتى يكون التحريم مطلقاً، أو مقيداً بالدوام» إلى آخره.

الحالف على الامتناع من وطء زوجته إما أن يطلق الامتناع فيحمل على التأييد، فبه يحصل الانتفاء المطلق ويكون مؤلياً. وإما أن يقيد بالتأييد فهو ضرب من التأكيد. وإما أن يقيد بالتأقيت إما بزمان مقدر، أو بالتعليق بأمرٍ مستقبل لا يتعين وقته. فهنا قسمان:

الأول: أن يقدره بزمان نظر، فإن كان أربعة أشهر فما دونها لم يكن مؤلياً، والذي جرى

بمين، وتنحل بعد المدة، وليس لها المطالبة - كما إذا امتنع من غير يمين - قيل:

والحكمة في تقدير المهلة بهذه المدة، ولم توجه المطالبة إذا حلف على الامتناع أربعة

أشهر فما دونها، أن المرأة تصبر عن الزوج مدة أربعة أشهر وبعد ذلك يفنى صبرها أو

يشق عليها الصبر^١.

ويكفي في الزيادة عن الأربعة مسماها ولو لحظة. ولا يشترط كون الزيادة بحيث تنأت

المطالبة في مثلها، لكن إذا قصرت كذلك لم تنأت المطالبة؛ لأنها إذا مضت تنحل اليمين

ولا مطالبة بعد انحلالها، وأثر كونه مؤلياً في هذه الصورة أنه يأنم بإيذائها والإضرار بها، يقطع طمعها بالحلف عن الوطء في المدة المذكورة.

ولو فرض كونه تاركاً وطأها مدة قبل الإيلاء يفعل حراماً بالنسبة إلى ما زاد عن أربعة أشهر من حين الوطء؛ لأنه لا يجوز ترك وطء الزوجة أزيد من ذلك، ولا تنحل بذلك اليمين؛ لأن الإيلاء لا ينحل بذلك.

الثاني: أن يقيد الامتناع عن الوطء بأمر مستقبل لا يتعين وقته، فينظر إن كان المعلق به أمراً يعلم تأخره عن أربعة أشهر - كما لو قال: حتى يقدم فلان، أو حتى آتي مكة، والمسافة بعيدة لا تقطع في أربعة أشهر - أو يستبعد في الاعتقادات حصوله في أربعة أشهر وإن كان محتملاً - كما لو قال: «حتى يخرج الدجال» أو «يأجوج ومأجوج» أو «تطلع الشمس من المغرب» - فهو مؤل؛ نظراً إلى اليقين بحصول الشرط - وهو مضي أربعة أشهر قبل مجيء الغاية - في الأول، وغلبة الظن بوجوده في الثاني وإن كان محتملاً في نفسه.

ومثله قوله: «ما بقيت» فإنه وإن كان محتملاً لموته في كل وقت ولا ظن يقتضي بقاءه أربعة أشهر، إلا أن ذلك موجب لحصول اليأس مدة العمر، فهو كما لو قال: «لا أجامعك أبداً»، فإن أبد كل إنسان عمره.

ولو قال: «ما بقي فلان» فوجهان:

أحدهما: أنه كذلك؛ لأن الموت المعجل كالمستبعد في الاعتقادات، فيلحق بالتعليق بخروج الدجال ونحوه.

والثاني: عدمه؛ لأنه كالتعليق بالمرض ودخول الدار، وهو ممكن على السواء في كل وقت. وينبغي الفرق بين من يغلب على الظن بقاءه أو موته في المدة فما دون، أو يتساوى الاحتمالان بحسب القرائن الحالية.

وإن كان المعلق به ممّا يتحقق وجوده قبل أربعة أشهر - كذبول البقل، وجفاف الثوب، وتعام الشهر - أو يغلب على الظن وجوده - كمجيء المطر في وقت غلبة الأمطار، ومجيء

● ولو قال: «والله لا وطئتكَ حتى أدخل هذه الدار» لم يكن إيلاءً؛ لأنّه يمكنه التخلّص من التكفير مع الوطء بالدخول، وهو منافٍ للإيلاء.

زيد من القرية وعادته الحضور في الجمعات، أو قدوم القافلة والغالب تردّها في كل شهر - لم يقع الإيلاء، لكن ينعقد يميناً بشرطه.

ولو كان المعلق به ممّا لا يستبعد حصوله في أربعة أشهر ولا يتحقّق ولا يظنّ حصوله - كما لو قال: «حتى أدخل الدار»، أو «أخرج من البلد»، أو «أمرض، أو يمرض فلان» أو «يقدم» وهو على مسافة قريبة قد يقدم وقد لا يقدم - لم يحكم بكونه مؤلياً وإن اتفق مضيّ أربعة أشهر ولم يوجد المعلق به، بل يكون يميناً؛ لأنّه لم يتحقّق قصد المضارة في الابتداء، وأحكام الإيلاء منوطة به لا بمجرد اتّفاق الضرر بالامتناع من الوطء، كما لو امتنع من غير يمين. وحينئذٍ فترتفع اليمين لو وجد المعلق به قبل الوطء، وتجب الكفارة لو وطئ قبل وجوده حيث تنعقد اليمين.

وفي وجه أنّ التعليق بخروج الدجّال ونحوه يلحق بالأموار المحتملة للأمرين، فلا يقع به إيلاء. والأظهر الأوّل؛ عملاً بالظنّ الغالب المستند إلى الاعتقادات وقرائن الأحوال والعادات^١.

قوله: «ولو قال: والله لا وطئتكَ حتى أدخل هذه الدار لم يكن إيلاءً» إلى آخره. لما كان الإيلاء موجباً للتحرّيم إلى أن يكفّر، والإضرار بالمرأة لم يتحقّق حيث يعلّق على شرطٍ يمكنه فعله ورفع كقوله: «لا وطئتكَ حتى أدخل الدار» فإنّه يمكنه في كلّ وقت دخول الدار، فيتخلّص من اليمين ولا يحصل لها الإضرار بذلك بتحريم الوطء أربعة أشهر فصاعداً. نعم، لو كان دخوله الدار ممتنعاً عادةً لعارضٍ لا يزول قبل أربعة أشهر ولو ظناً وقع الإيلاء كما سبق. وإنّما أطلق المصنّف الحكم بناءً على الغالب من عدم المانع من دخول الدار، أو اتّكالاً على ما أسلفه من القاعدة.

١. في حاشية «خ» و: «فرغ: لو قال: والله لا أجامعك، ثم قال: أردت شهراً أو شهرين مثلاً، لم يقبل ظاهراً؛ لأنّ المفهوم منه التأبيد، بخلاف ما لو كان يميناً محضاً، فإنّه يقبل منه نيّة التقييد والتخصيص مع احتمال القبول هنا أيضاً؛ نظراً إلى أنّه يمين في الجملة. (م ب مجلسي قدّس سرّه)».

الثانية: • مدّة التربّص في الحرّة والأمة أربعة أشهر، سواء كان الزوج حرّاً أو مملوكاً. والمدّة حقّ للزوج، وليس للزوجة مطالبته فيها بالفَيْئَة، فإذا انقضت لم تطلق بانقضاء المدّة، ولم يكن للحاكم طلاقها. وإن واقفته فهو مخيّر بين الطلاق والفَيْئَة، فإن طلق فقد خرج من حقّها، وتقع الطلقة رجعيّةً على الأشهر، وكذا إن فاء. وإن امتنع من الأمرين حبس وضيّق عليه حتّى يفيء أو يطلق، ولا يجبره الحاكم على أحدهما تعييناً.

قوله: «مدّة التربّص في الحرّة والأمة أربعة أشهر، سواء كان الزوج حرّاً» إلى آخره. للزوج مهلة بعد انعقاد الإيلاء لا يطالب فيها بشيء، فإن واقع لزمته كفّارة اليمين وانحلّ الإيلاء، وإن أصرّ فللمرأة مطالبته ورفعته إلى القاضي ليفيء أو يطلق، حتّى لو رفعته أمهله القاضي إلى انقضاء المدّة - وهي أربعة أشهر على ما نصّ عليه في القرآن^١ - وهذه المدّة حقّ للزوج كالأجل في الدين المؤجّل حقّ للمدّيون. ولا فرق فيها بين كون الزوجين حرّين أو رقيقين أو بالتفريق؛ لعموم الآية^٢، ولأنّها شرّعت لأمر جبليّ وهو قلّة الصبر عن الزوج، وما يتعلّق بالجبلة والطبع لا يختلف بالحرّيّة والرق، كمدّة العتّة والرضاع والحيض.

وعند بعض العامّة أنّها تنتصف بالرق. ثمّ منهم من ينصفها بربقّ الزوجة، ومنهم من ينصفها بربقّ الزوج^٣. وإلى خلافهما أشار المصنّف بقوله «في الحرّة والأمة... سواء كان الزوج حرّاً أو مملوكاً».

١ و٢. البقرة (٢): ٢٢٦.

٣. في حاشية «خ» و«و»: «أبو حنيفة ينصفها بربقّ الزوجة، ومالك ينصفها بربقّ الزوج، وعن أحمد روايتان: إحداهما كمدّبتها، والأخرى كمدّبه أبي حنيفة. (م ب مجلسي قدّس سرّه)». راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨، ص ٥٢٨، المسألة ٦١٢٩.

ثم إذا انقضت المدة لم يطلق بانقضائها؛ الزوجية، ولأن الله تعالى قال - بعد التربص أربعة أشهر -: ﴿فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^١، فدل ذلك على بقاء تخييره فيهما بعد المدة، وهو ينافي وقوع الطلاق بالفعل، خلافاً لبعض العامة حيث حكم بوقوعه^٢.

ثم إن فاء ورجع إلى زوجته كفر وسقط عنه حكم الإيلاء، وإن طلق خرج من حقها. وهل يقع الطلاق رجعيّاً حيث لا يكون لبيّنوته سبب آخر؟ المشهور بين الأصحاب ذلك؛ لوجود المقتضي له وهو وقوعه بشرائط الرجعي، وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلاّ كونه طلاق مؤلّ مأموراً به تخييراً، وهو لا يقتضي البيّنونة؛ لأنّ الطلاق الرجعي يحصل [به] الغرض أيضاً؛ لاختلال النكاح به وصيرورتها إلى حال البيّنونة.

ولحسنه يريد بن معاوية قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في الإيلاء: «إذا آلى الرجل لا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجمع رأسه ورأسها، فهو في سعة ما لم تمض الأربعة أشهر، فإذا مضت الأربعة أشهر ووقف فإمّا أن يفيء فيمسه، وإمّا أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها، حتّى إذا حاضت وتطهرت من محيضها طلقها تطليقةً قبل أن يجامعها بشهادة عدلين، ثم هو أحقّ برجعتهما ما لم تمض الثلاثة الأقرء»^٣.

وربما قيل بوقوع الطلقة بائنة؛ لصحيفة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المؤلى إذا وقف فلم يفى طلق تطليقةً بائنة»^٤.

وحملت هذه الرواية - مع شدوذها - على من اختار الطلاق البائن؛ إذ هو مختير بين أن يطلق بائناً ورجعيّاً. وحملها الشيخ على من كانت عنده تطليقة واحدة، فإنّ طلاقه بعد ذلك

١. البقرة (٢): ٢٢٦ - ٢٢٧.

٢. راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨، ص ٥٢٩، المسألة ٦١٣٠؛ وبدائع الصنائع، ج ٣، ص ٢٥٦.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٣٠، باب الإيلاء، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣، ح ٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥٥، ح ٩١٥.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٤، ح ٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥٦، ح ٩١٧.

● ولو آلى مدّة معيّنة ودافع بعد المرافعة^١ حتّى انقضت المدّة، سقط حكم الإيلاء، ولم تلزمه الكفّارة مع الوطء.

يقع بائناً^٢. وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلّا أنّ فيه جمعاً بين الأخبار.

ثمّ على تقدير طلاقه رجعيّاً، إن استمرّ عليه فذاك، وإن رجع عاد الإيلاء. وسيأتي تنمّة حكمه^٣.

وإن امتنع من الأمرين لم يطلق عنه الحاكم؛ لأنّ «الطلاق بيد من أخذ بالساق»^٤ بل يحبسه ويعزّره ويضيق عليه في المطعم والمشرب، بأن يطعمه في الحبس ويسقيه ما لا يصبر عليه مثله عادةً إلى أن يختار أحدهما.

وفي رواية حمّاد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا أبى المؤلّي أن يطلق جعل له حظيرةً من قصب ويحبسه فيها، ويمنعه من الطعام والشراب حتّى يطلق»^٥. وفي رواية أخرى عنه عليه السلام: «أنّه كان يحبسه في الحظيرة ويعطيه ربع قوته حتّى يطلق»^٦. واعلم أن إجباره على أحد الأمرين لا ينافي صحّة الطلاق؛ لأنّه إجبار بحقّ، والمنافي غيره. وأيضاً فإنّه لم يجبره عليه عيناً بل على أحد الأمرين، وفي تحقّق الإيجاب على هذا الوجه بحث سبق في الطلاق^٧.

قوله: «ولو آلى مدّة معيّنة، ودافع بعد المرافعة حتّى انقضت المدّة» إلى آخره.

لأنّ الكفّارة إنّما تجب مع الحنث في اليمين، ولا يتحقّق إلّا مع الوطء في المدّة المعيّنة.

١. في نسختي «أ. ع.» من الشرائع: «المواقفة» بدل «المرافعة».

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٤، ذيل الحديث ٥.

٣. يأتي في ص ٢٢٦ وما بعدها.

٤. كما ورد في الخبر. راجع سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٧٢، ح ٢٠٨١؛ وسنن الدارقطني، ج ٣، ص ٢٨٩، ح ٣٩٢٦-٣٩٢٧.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٣٣، باب الإيلاء، ح ١٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٦، ح ١٣.

٦. الكافي، ج ٦، ص ١٣٣، باب الإيلاء، ح ١٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٦-٧، ح ١٥.

٧. لم نثر عليه في كتاب الطلاق. نعم، في كتاب الظهار جزم بتحقّق الإيجاب في الجملة. راجع ص ٨٢.

● ولو أسقطت حقّها من المطالبة لم تسقط المطالبة؛ لأنّه حقّ يتجدّد، فيسقط بالعمو ما كان لا ما يتجدّد.

وأما إذا انقضت سقط حكم اليمين، سواء رافعه وألزمه الحاكم بأحد الأمرين أم لا؛ لاشتراكهما في المقتضي وإن أثم بالمدافعة على تقدير المرافعة. قوله: «ولو أسقطت حقّها من المطالبة لم تسقط المطالبة؛ لأنّه حقّ يتجدّد، فيسقط بالعمو ما كان لا ما يتجدّد».

إسقاط الحقّ والعمو عنه والإبراء منه بمعنى واحد. وشرط صحته ثبوت متعلّقه في الذمّة، فلا يصحّ إسقاط ما يتجدّد فيها وإن وجد سببه. ولما كان حقّها في المطالبة يثبت في كلّ وقت ما دام الإيلاء باقياً فهو ممّا يتجدّد بتجدّد الوقت، فإذا أسقطت حقّها منها لم يسقط إلّا ما كان منها ثابتاً وقت الإسقاط، وذلك في قوّة عدم إسقاط شيء؛ لأنّ الآن الواقع بعد ذلك بلا فصل يتجدّد فيه حقّ المطالبة ولم يسقط بالإسقاط، فلها المطالبة متى شاءت.

وكذا القول في نظائره من الحقوق المتجدّدة بحسب الوقت، كحقّ القسمة للزوجة، وحقّ الإسكان في موضع معيّن حيث نقول بصحته، ونحو ذلك.

ومن هذا الباب ما لو علمت بإعسار الزوج فرضيت، ثمّ أرادت الفسخ على قول من يجوّزه به^١ فلها ذلك؛ لتجدّد الضرر بفوات النفقة يوماً فيوماً. ويخالف ما إذا رضيت بعنة الزوج، ثمّ أرادت الفسخ - حيث لا يبطل خيارها لفوات الفوريّة، بأن جهلت الفوريّة أو نحو ذلك ممّا سبق^٢ - فإنّها لا تُمكن منه.

وفُرق بأنّ العنة عجز حاضر وخصلة ناجزة لا تبسط على الأيّام، وحقّ الاستمتاع والنفقة يبسطان عليها، وبأنّ العنة عيب والرضى بالعيب يسقط حقّ الفسخ.

١. كالطبرسي في المؤتلف من المختلف، ج ٢، ص ٢٩١، المسألة ١٥.

٢. سبق في ج ٦، ص ٥٧٢ - ٥٧٣.

فروع:

الأول: • لو اختلفا في انقضاء المدّة فالقول قول من يدّعي بقاءها. وكذا لو اختلفا في زمان إيقاع الإيلاء فالقول قول من يدّعي تأخّره.
الثاني: • لو انقضت مدّة الترتيب وهناك ما يمنع من الوطء كالحيض والمرض، لم يكن لها المطالبة؛ لظهور عذره في التخلّف. ولو قيل: لها المطالبة بفيئة العاجز عن الوطء كان حسناً.

قوله: «لو اختلفا في انقضاء المدّة فالقول قول من يدّعي بقاءها» إلى آخره. إذا اختلفا في انقضاء المدّة المضروبة للترتيب به - وهي أربعة أشهر - بأن ادّعت انقضاءها ليلزم بالفيئة أو الطلاق، وادّعى هو بقاءها، فالقول قوله؛ لأصالة عدم انقضائها؛ لأنّ مرجع دعوى انقضائها إلى تقدّم زمان الإيلاء إن جعلنا المدّة من حينه، أو زمان المرافعة إن جعلناها منها، والأصل عدم تقدّم كلّ منهما.
ومثله ما لو اختلفا في زمان إيقاع الإيلاء فالقول قول مدّعي تأخّره؛ لأصالة عدم التقدّم. وفائدته تظهر حيث يجعل المدّة من حينه، أو يكون الإيلاء مقدّراً بمدّة، فمدّعي تقدّمه يحاول انحلال اليمين.

قوله: «لو انقضت مدّة الترتيب وهناك ما يمنع من الوطء» إلى آخره. إذا وجد مانع من الجماع بعد مضيّ المدّة المحسوبة نظر أهو فيها أم في الزوج؟ فإن كان فيه فسيأتي حكمه. وإن كان فيها، بأن كانت مريضة بحيث لا يمكن وطؤها، أو محبوسة لا يمكنه الوصول إليها لم تثبت المطالبة بالفيئة فعلاً إجماعاً؛ لأنّه معذور والحال هذه ولا مضارة. وكذا لو كانت محرمة أو حائضاً أو نفساء أو صائمة أو معتكفة فرضاً^١.
وهل يؤمر بالفيئة قولاً كالعاجز؟ منعه الشيخ^٢؛ لأنّ الامتناع من جهتها.

١. في «خ»: «برضاء» بدل «فرضاً».

٢. المبسوط، ج ٤، ص ١٥٣ - ١٥٤.

● ولو تجددت أعضارها في أثناء المدّة، قال في المبسوط: تنقطع الاستدامة عدا الحيض. وفيه تردّد. ولا تنقطع المدّة بأعذار الرجل ابتداءً ولا اعتراضاً، ولا تمنع من المرافعة^١ انتهاءً.

وقال المصنّف (رحمه الله) وجماعة المتأخّرين^٢: تجب عليه فيئة العاجز؛ لظهور العجز في الجملة، ولأنّه لا مانع منها، بل هي ممكنة، وإنّما المانع من الله تعالى. وهذا حسن. قوله: «ولو تجددت أعضارها في أثناء المدّة» إلى آخره. المراد بقطع أعضارها المتجدّدة للاستدامة عدم احتسابها من المدّة، فإذا زال العذر ثبت على ما مضى من المدّة قبل العذر.

ووجه ما اختاره الشيخ من قطعها للاستدامة^٣ أنّ الحقّ لها والعذر من قبلها، ومدّة التربص حقّ له، فلا يحتسب عليه منها ما لا قدرة له على الفيئة فيه. واستثنى من ذلك الحيض، فإنّه لا يقطعها إجماعاً؛ لأنّه لو قطع لم تسلم مدّة التربص أربعة أشهر، لتكرّره في كلّ شهر غالباً.

والأكثر على عدم الفرق بينه وبين غيره في عدم قطع الاستدامة؛ لقيام فيئة العاجز مقام الوطاء من القادر، وهو في حكم العاجز. وهذا قويّ. أمّا أعضار الرجل فلا تنقطع المدّة ابتداءً ولا استدامةً إجماعاً؛ لأنّ حقّ المهلة له، والعذر منه. وكذا لا تمنع المرافعة^٤ لو اتّفقت على رأس المدّة، فيؤمر بفيئة العاجز أو الطلاق كما سيأتي^٥.

١. في نسخة «أ» من الشرائع: «المواقفة» بدل «المرافعة».

٢. منهم العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٠ قال فيه: «ويحتمل...»؛ ولكن نسب إليه الوجوب ولده في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٣٣.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ١٥٤-١٥٥.

٤. في «م»: «المواقفة» بدل «المرافعة».

٥. سيأتي بعيّد هذا.

الثالث: ● إذا جنَّ بعد ضرب المدَّة احتسبت المدَّة عليه وإن كان مجنوناً، فإن انقضت المدَّة والجنون باقٍ تربص به حتى يفيق.
 الرابع: ● إذا انقضت المدَّة وهو محرم أُلزم بفيئته المعذور. وكذا لو اتفق صائماً. ولو واقع أتى بالفيئة وإن أثم. وكذا في كلِّ وطءٍ محرّم، كالوطء في الحيض والصوم الواجب.

قوله: «إذا جنَّ بعد ضرب المدَّة احتسبت المدَّة عليه» إلى آخره.

الأعذار الحاصلة بالزوج لا تمنع من احتساب المدَّة ابتداءً ولا استدامةً؛ لأنَّ التمكن حاصل من جهتها والمانع من قبله، وهو المقصر بالإيلاء وقصد المضارّة. ويستوي في ذلك الموانع الشرعيّة كالصوم والإحرام والاعتكاف، والحسيّة كالمرض والحبس والجنون. فإذا فرض جنونه في أثناء المدَّة لم يقطع استدامتها، فإذا انقضت المدَّة والجنون باقٍ لم يرافع ولم يكلف بأحد الأمرين؛ لارتفاع القلم عنه، بل يتربص به حتى يفيق ثم يحكم عليه بذلك، بخلاف ما لو انقضت المدَّة وبه عذر آخر غيره لا يرفع التكليف كالمرض، فإنه يؤمر بفيئة العاجز.
 قوله: «إذا انقضت المدَّة وهو محرم أُلزم بفيئته المعذور» إلى آخره.

إذا انقضت المدَّة أُلزم بأحد الأمرين: الفيئة أو الطلاق كما مرّ، فإن اختار الفيئة ولم يكن له مانع من الوطء ففيئته الوطء، وإن كان معذوراً عذراً حسياً - كالمرض والحبس - أو شرعياً - كالإحرام والصيام - أُلزم بفيئته المعذور، كما يلزمه ذلك في أعذارها بطريق أولى. وسيأتي تحقيق الفيئة بالأمرين^١.

ولا يلزم بالوطء المحرّم، لكن لو فعل أثم وحصلت الفيئة؛ لحصول الغرض، سواء وافقته على ذلك أم أكرهها. وهل يجوز لها موافقته؟ يحتمله؛ لأنّه ليس محرّماً من طرفها. والأقوى التحريم؛ لأنّه معاونة على العدوان المنهَى عنه^٢. ومثله تمكين المسافرة ومن طهرت من حيضها في أثناء النهار للصائم، ويبيع من لم يخاطب بالجمعة بعد النداء ممن خوطب بها.

١. يأتي في ص ٢١٧.

٢. المائدة (٥): ٢.

الخامس: • إذا ظاهر ثم آلى صحّ الأمران، ويوقف بعد انقضاء مدّة الظهر، فإن طلق فقد وفي الحقّ، وإن أبى ألزم التكفير والوطء؛ لأنّه أسقط حقّه من التربّص بالظهر، وكان عليه كفّارة الإيلاء.

قوله: «إذا ظاهر ثم آلى صحّ الأمران» إلى آخره.

إذا جمع بين الظهر والإيلاء لزمه حكمهما، سواء قدّم الظهر على الإيلاء - كما فرضه المصنّف - أم آخره؛ لبقاء الزوجيّة الصالحة لإيقاع كلّ منهما عليها وإن كانت قد حرمت بالسبب الآخر، فتحرم من الجهتين ولا تستباح بدون الكفّارتين. لكن قد عرفت اختلاف المدّة في إمهاله لهما، فإن مهلة الظهر ثلاثة أشهر، ومهلة الإيلاء أربعة، فإذا انقضت مدّة الظهر فرافعته ألزم بحكم الظهر خاصّةً، فإن اختار الطلاق فقد خرج من الأمرين، وإن اختار العود وعزم على الوطء لزمته كفّارة الظهر، فإذا كفر ووطئ لزمته كفّارة الإيلاء أيضاً، لحنثه في يمينه.

وإن توقّفت كفّارة الظهر على مدّة تزيد على مدّة الإيلاء، كما لو كان فرضه التكفير بالصوم، أو لم يتفق له التكفير بإحدى الخصلتين إلى أن انقضت مدّة الإيلاء، أو كان الظهر متأخراً عنه بحيث انقضت مدّته قبل التخلّص منه طولب بالأمرين معاً، ولزمه حكمهما. لكن قد يختلف حكمهما فيما لو انقضت مدّة الإيلاء ولما يكمل كفّارة الظهر، فإنّ حُكْمَ الإيلاء إذا لم يختار الطلاق إلزامه بالفيئة وتعجيل الوطء، وحُكْمَ الظهر تحريمه إلى أن يكفر. وطريق الجمع إلزامه حينئذٍ للإيلاء بفيئة عاجز؛ لأنّ الظهر مانع شرعي من الوطء قبل التكفير، فتجتمع الكفّارتان بالعزم على الوطء، إحداهما للفيئة والأخرى للعزم عليه. ولو أراد الوطء في هذه الحالة قبل التكفير للظهر حرم عليها تمكينه منه كما سبق، وإن أبيع لها من حيث الإيلاء. ولو فعل حراماً ووطئ حصلت الفيئة، ولزمته كفّارة الظهر وكفّارة الإيلاء.

السادس: • إذا آلى ثم ارتدّ قال الشيخ: لا تحتسب عليه مدّة الردّة؛ لأنّ المنع بسبب الارتداد لا بسبب الإيلاء. والوجه الاحتساب؛ لتمكّنه من الوطاء بإزالة المانع.

المسألة الثالثة: • إذا وطئ في مدّة التربّص لزمت الكفّارة إجماعاً. ولو وطئ بعد المدّة، قال في المبسوط: لا كفّارة، وفي الخلاف: تلزمه. وهو الأشبه.

قوله: «إذا آلى ثم ارتدّ قال الشيخ: لا تحتسب عليه مدّة الردّة» إلى آخره.

المراد بالردّة هنا ما كانت عن غير فطرة؛ إذ لو ارتدّ عن فطرة كان كالميت يبطل معها التربّص.

ووجه ما قاله الشيخ (رحمه الله) من عدم احتساب مدّة الردّة^١ ما أشار إليه المصنّف (رحمه الله) من التعليل بأنّ المنع حينئذٍ بسبب الارتداد الموجب لرفع النكاح وجريان عدّته إلى البيّونة، فلا يحتسب مدّته من مدّة الإيلاء المقتضية لاستحقاق المطالبة بعدها بالوطء؛ لتضادّ المؤثّرين المقتضى لتضادّ الأثرين، كما لا يحتسب زمان العدة.

وذهب الأكثر ومنهم المصنّف إلى احتساب مدّته منها؛ لتمكّنه معها من الوطاء بالرجوع، فلا يكون عذراً. ويفارق العدة بأنّ المرتدّ إذا عاد إلى الإسلام تبيّن أنّ النكاح لم ينخرم، والطلاق الماضي مع لحوق الرجعة لم ينهدم، ومن ثمّ ظهر أثره بتحريمها بالثلاث وإن رجع في الأوّلين.

قوله: «إذا وطئ في مدّة التربّص لزمت الكفّارة إجماعاً» إلى آخره.

متى وطئ المولى في المدّة التي يتناولها اليمين فقد حنث في يمينه ووجبت الكفّارة، سواء كان ووطؤه في مدّة التربّص أم بعدها. أمّا الأوّل فموضع وفاق. وأمّا الثاني فلمشاركته له في المقتضى لها، وهو مخالفته لمقتضى اليمين، ولعموم قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةٌ أَيَّمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾^٢. وهذا مذهب الأكثر حتّى الشيخ في الخلاف مدّعياً عليه الإجماع^٣ أيضاً.

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٥٧.

٢. المائدة (٥): ٨٩.

٣. الخلاف، ج ٤، ص ٥٢٠، المسألة ١٨.

وقال في المبسوط:

إذا آلى منها ثمّ وطئها عندنا عليه الكفّارة، سواء كان في المدّة أم بعدها، وقال قوم: إن وطئها قبل المدّة فعليه الكفّارة، وإن وطئها بعدها فلا كفّارة عليه. وهو الأقوى^١. وهذا يدلّ على اختياره العدم ورجوعه عن الأوّل، ولم يذكر عليه دليلاً. ويمكن أن يستدلّ له بأنّ كفّارة اليمين عندنا لا تجب مع الحنث، إلا إذا تساوى فعل المحلوف عليه وتركه في الدين والدنيا أو كان فعله أرجح، فلو كان تركه أرجح جازت المخالفة ولا كفّارة، وهنا بعد المدّة قد صار ما موراً بالوطء ولو تخييراً، وهو يدلّ على رجحان فعله في الجملة، فلا تجب به كفّارة.

وجوابه: أنّ يمين الإيلاء تخالف مطلق اليمين في هذا المعنى، ومن ثمّ انعقد ابتداءً وإن كان تركه أرجح بل واجباً، كما لو آلى في وقت يجب فيه الوطء، والأصل استصحاب هذا الحكم، والدليل الدالّ على وجوب الكفّارة له مع الحنث يشملها، فلا وجه لتخصيص هذا الفرد من بين أفراد الإيلاء بنفي الكفّارة مع رجحان المخالفة.

وفي رواية منصور عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل آلى من امرأته فمَرّت به أربعة أشهر، قال: «يوقف فإن عزم الطلاق بانّت منه وعليها عدّة المطلقة، وإلا كفر يمينه وأمسكها»^٢. وهي نصّ في الباب.

واعلم أنّ مذهب الشيخ في المبسوط وإن كان شاذاً، إلا أنّه موافق لأصول أصحابنا في اليمين المطلق. وله أن يجيب عن حجّيتهم بأنّ وجوب الكفّارة في الإيلاء مع أولويّة الخلاف خلاف الأصل، فيقتصر فيها على موضع الوفاق. ولا حاجة لهم في الآية؛ لأنّها وردت في مطلق اليمين لا في الإيلاء، وهم لا يقولون بعمومها في ذلك، بل يخصّونها بما ذكرناه، فكيف يحتجّون بعمومها على الإيلاء المخالف لمطلق اليمين في الأحكام ويطرحون

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٥٣.

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٥٢٥، ح ٤٨٢٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٨، ح ٢١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥٤، ح ٩١٠.

الرابعة: • إذا وطئ المؤلّي ساهياً أو مجنوناً أو اشتبهت بغيرها من حلاله، قال الشيخ: بطل حكم الإيلاء؛ لتحقق الإصابة، ولم تجب الكفارة؛ لعدم الحنث.

عموماً في بابها؟! وبهذا يظهر منع مشاركة ما بعد المدّة لما قبلها في المقتضي.

وأما الرواية فهي وإن كانت نصّاً في الباب، إلا أنّها ضعيفة السند؛ لأنّ في طريقها «القاسم» مطلقاً، وهو مشترك بين جماعةٍ منهم الثقة^١ والضعيف^٢، و«أبان» والظاهر أنّه ابن عثمان، وكان ناووسياً وإن كان ثقةً^٣، ومنصور الراوي عن الإمام مطلق أيضاً، وهو مشترك بين الثقة وغيره^٤، وإن كان الظاهر أنّه ابن حازم.

واستدلّ في المختلف للمشهور بقول النبي ﷺ: «من حلف على يمينٍ فرأى غيرها خيراً فليأت الذي هو خير، وليكفر عن يمينه»^٥ ولم يفصل.

وهذا الاستدلال عجيب منه (رحمه الله) لأنّ الرواية عامّة قد وردت في مطلق اليمين، وأنتم لا تقولون بمضمونها كذلك، بل تقولون: إنّه متى رأى غيرها خيراً فليأت التي هي خير ولا يكفر. والعامّة يعملون بمضمونها^٦، ويوجبون كفارة اليمين مطلقاً؛ عملاً بالآية^٧ والرواية. فالاستدلال بها للإيلاء دون غيره ليس بسديد. ومع ذلك فاعتمادنا على المذهب المشهور من وجوب الكفارة على المؤلّي مطلقاً.

قوله: «إذا وطئ المؤلّي ساهياً أو مجنوناً أو اشتبهت بغيرها من حلاله» إلى آخره.

١. راجع خلاصة الأقوال، ص ٢٣٠ - ٢٣١، الرقم ٧٧٧ - ٧٨٣.

٢. راجع خلاصة الأقوال، ص ٣٨٨ - ٣٨٩، الرقم ١٥٥٨ - ١٥٦٥.

٣. راجع خلاصة الأقوال، ص ٧٤، الرقم ١٢١.

٤. راجع رجال الطوسي، ص ١٦٤؛ وخلاصة الأقوال، ص ٢٧٥، الرقم ١٠٠٠ و ١٠٠١، ص ٤٠٨، الرقم ١٦٤٩ - ١٦٥١.

٥. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٣٩، المسألة ٩١؛ والرواية في سنن ابن ماجه، ج ١، ص ١٨١، ح ٢١٠٨؛ وصحيح مسلم، ج ٣، ص ١٢٧٢، ح ١٦٥٠ / ١٢؛ ومسند أحمد، ج ٢، ص ٤١٥، ح ٦٨٦٨.

٦. راجع الحاوي الكبير، ج ١٥، ص ٢٩٠ - ٢٩١؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٢٢٣ - ٢٢٤، المسألة ٧٩٩٠.

٧. المائدة (٥): ٨٩.

لا إشكال في عدم وجوب الكفارة بالوطء ساهياً أو مجنوناً أو مشتبهاً بغيرها؛ لأنّه لا تقصير منه، ولعموم: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان»^١. وإنّما الكلام في انحلال اليمين، فالشيخ حكم بانحلالها وبطلان الإيلاء^٢، وتبعه عليه جماعة منهم العلامة جازماً به^٣ من غير نقل خلاف.

ووجهه: أنّه قد وجد المحلوف عليه في الحقيقة وتحققت الإصابة، إلّا أنّه لم يؤاخذ من حيث عدم التقصير، فكان كما لو خالف عمداً، وإن اختلفا في وجوب الكفارة وعدمها من حيث تقصير العامد.

والمصنّف نسب القول إلى الشيخ مشعراً بضعفه أو توقّفه فيه. وله وجه؛ لاختلال الفعل الصادر عن الإكراه والنسيان، ولذلك لم يحكم^٤ بوجوب الكفارة.

والحلف على النفي يقتضي الدوام، والنسيان وما في معناه لم يدخل تحت مقتضاها؛ لأنّ الغرض من البعث والزجر في اليمين إنّما يكون عند ذكرها وذكر المحلوف عليه، حتّى يكون تركه لأجل اليمين. والبحث آتٍ في مطلق اليمين إذا خولف مقتضاها جهلاً أو نسياناً. ثمّ إن حكمنا بانحلال اليمين حصلت الفيئة وارتفع الإيلاء. وإن لم نحكم به فوجهان: أحدهما: أنّه لا تحصل الفيئة وتبقى المطالبة؛ لأنّ اليمين باقية.

والثاني: تحصل؛ لو صولها إلى حقّها واندفاع الضرر. ولا فرق في إيفاء الحقّ بين وصوله إلى صاحبه حال الجنون والعقل، كما لو ردّ المجنون وديعةً إلى صاحبها؛ ولأنّ وطء المجنون كوطء العاقل في التحليل وتقرير المهر وتحريم الربيبة وسائر الأحكام، فكذلك هنا. ولا يلزم من عدم وجوب الكفارة ثبوت الفيئة؛ لأنّها حقّ لله والفيئة حقّ المرأة، ويعتبر

١. الكافي، ج ٢، ص ٤٦٢ - ٤٦٣، باب ما رفع عن الأئمة، ج ١ و٢ بفتاوى؛ الفقيه، ج ١، ص ٥٩، ح ١٣٢.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ١٥٨ - ١٥٩.

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٠؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١١٦، الرقم ٥٤٨٤.

٤. في بعض النسخ: «نحكم» بدل «يحكم».

الخامسة: • إذا ادّعى الإصابة فأنكرت فالقول قوله مع يمينه؛ لتعذر البيّنة.

في حقّ الله تعالى من القصد الصحيح ما لا يعتبر في حقّ الآدمي. والأصحّ الأول.

قوله: «إذا ادّعى الإصابة فأنكرت فالقول قوله مع يمينه؛ لتعذر البيّنة».

هذا الحكم ممّا خالف القواعد المقرّرة من تقديم قول النافي، وإنّما أخرجوه منها لما أشار إليه المصنّف (رحمه الله) من تعذر إقامة البيّنة على ذلك أو تعسّرها، فلو لم يقبل قوله فيه مع إمكان صدقه لزم الحرج؛ ولأنّ الأصل بقاء النكاح وعدم تسلّط الزوجة على نقضه بوجه من الوجوه.

ويؤيد ذلك رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام سئل عن المرأة تزعم أنّ زوجها لا يمسه، ويزعم أنّه يمسه، قال: يحلف ويترك»^١.

ومثله في تقديم قوله في الإصابة المخالف للأصل، ما لو ادّعى العنّين إصابتها في المدّة أو بعدها.

ثمّ إذا حلف على الإصابة وطلّق، وأراد الرجعة بدعوى الوطء الذي حلف عليه قال في التحريم: الأقرب أنّه لا يمكن، وكان القول قولها في نفي العدّة والوطء على قياس الخصومات^٢، من أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر^٣، وإنّما خالفناه في دعوى الإصابة لما ذكر من العلة وهي منتفية هنا، كما لو اختلفا في الرجعة ابتداءً.

وهذا التفرّيع لابن الحدّاد من الشافعية^٤ ووافقه الأكثر، واستقر به العلامة في التحريم^٥. وهو - مع اشتماله على الجمع بين المتناقضين - لا يتمّ على أصولنا من اشتراط الدخول في صحّة الإيلاء.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٨، ح ٢٥.

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١١٦، الرقم ٥٤٨٥.

٣. السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٢٧، ح ٢١٢٠١.

٤. راجع روضة الطالبين، ج ٦، ص ٢٣١-٢٣٢.

٥. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١١٦، الرقم ٥٤٨٥.

السادسة: ● قال في المبسوط: المدة المضروبة بعد الترافع لا من حين الإيلاء. وفيه تردّد.

قال الشهيد (رحمه الله):

ما سمعنا فيه خلافاً، وإنما فرّعه على أصلهم من عدم اشتراطه، ومع ذلك فلهم وجه آخر، بأنه يُمكن من الرجعة، ويُصدّق في الإصابة للرجعة كما يُصدّق فيها، لدفع التفريق؛ لأنّ في الرجعة استيفاء ذلك النكاح أيضاً^١. وهذا أوجه.

قوله: «قال في المبسوط: المدة المضروبة بعد الترافع لا من حين الإيلاء. وفيه تردّد». المشهور بين الأصحاب أنّ مدة التريّص تحتسب من حين المرافعة لا من حين الإيلاء، ذهب إلى ذلك الشيخان^٢ والأتباع^٣ وابن إدريس^٤ والعلامة في غير المختلف^٥، والشهيد^٦ وغيرهم^٧.

وقال ابن أبي عقيل وابن الجنيد: إنّها من حين الإيلاء^٨. واختاره في المختلف^٩ وولده في الشرح^{١٠}، وإليه يميل المصنّف في تردّده هنا. وهو الأقوى.

١. لم نثر عليه في مظانّه.

٢. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥٢٢؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص ٥٢٧؛ والمبسوط، ج ٤، ص ١٥٥.

٣. منهم الحلبي في الكافي في الفقه، ص ٣٠٢؛ وابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٣٠٢؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٣٦.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٧٢٠.

٥. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٧٩، قال فيه: «فيه نظر»؛ إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٥٨، وقال فيه: «على رأي»؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١١٥، الرقم ٥٤٨٤، وقال فيه: «قال الشيخ: مبدؤها من حين المرافعة لا من حين الإيلاء وفيه نظر».

٦. غاية المراد، ج ٣، ص ٢١٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣).

٧. الجامع للشرائع، ص ٤٨٧.

٨. حكاها عنهما العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٣٨، المسألة ٩٠.

٩. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٣٩، المسألة ٩٠.

١٠. إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٣٢.

السابعة: • الذمّيان إذا ترافعا كان الحاكم بالخيار بين الحكم بينهما، وبين ردّهما إلى أهل نحلتهما.

لنا: قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَابِهِمْ تَرَبُّصٌ أَرَبْعَةَ أَشْهُرٍ﴾^١ رتب التربص على الإيلاء، فلا يشترط بغيره.

وحسنه بريد بن معاوية عن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون إيلاءٌ إلّا إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته ولا يمسه ولا يجمع رأسه ورأسها، فهو في سعة ما لم تمض الأربعة أشهر، فإذا مضت أربعة أشهر وقف، فإنّما أن يفىء وإمّا أن يعزم على الطلاق»^٢. ونحوه روى الحلبي في الحسن^٣، وأبو بصير عنه عليه السلام^٤.

احتجّ الأوّلون بأنّ ضرب المدّة حكم شرعي باقٍ على العدم الأصلي، فيتوقّف ثبوته على حكم الحاكم؛ ولأصالة عدم التسلّط على الزوج بحبس أو غيره لأجل الفينة أو الطلاق إلّا مع تحقّق سببه.

وجوابه: منع احتياج المدّة إلى الضرب، بل مقتضى الحكم الشرعي الثابت بالآية والرواية ترتبه على مضيّ المدّة المذكورة من حين الإيلاء. وإثبات توقّفها على المرافعة يحتاج إلى الدليل وهو منفيّ. وهذا الدليل أخرجه عن حكم العدم الأصلي. وأصالة عدم التسلّط قد انقطعت بالإيلاء المقتضي له بالآية والرواية والإجماع، فتوقّفه على أمر آخر صار خلاف الأصل.

قوله: «الذمّيان إذا ترافعا كان الحاكم بالخيار بين الحكم بينهما» إلى آخره.

أمّا حكمه بينهما بمقتضى شرعنا فواضح؛ لعموم قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَابِهِمْ﴾^٥

١. البقرة (٢): ٢٢٦.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٣٠، باب الإيلاء، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣، ح ٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥٥، ح ٩١٥.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٣٠، باب الإيلاء، ح ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٢٤، ح ٤٨٢٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٨، ح ٢، ح ١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥٢-٢٥٣، ح ٩٠٤.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٣١، باب الإيلاء، ح ٣، ص ١٣٢، ح ٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢-٣، ح ٢ و٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥٣، ح ٩٠٥ و٩٠٦.

٥. البقرة (٢): ٢٢٦.

الثامنة: ● فيئة القادر غيبوبة الحشفة في القبل، وفيئة العاجز إظهار العزم على الوطء مع القدرة.

ولو طلب الإمهال مع القدرة أمهل ما جرت العادة به، كتوقع خفة المأكول، أو الأكل إن كان جائعاً، أو الراحة إن كان متعباً.

الشامل للمسلم والكافر ولأنهم مكلفون بفروع الإسلام، وقد قال تعالى: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبَكَ اللَّهُ﴾^١.

وأما جواز ردِّهم إلى أهل نحلتهم فلا إقرارهم عليها المقتضي لجواز الإعراض عنهم في ذلك، وقد قال تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءَوكَ فَأَخْكُمَ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾^٢، والمراد بالإعراض عنهم ردِّهم إلى أحكامهم.

وقال بعض العلماء: إن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَأَنْ أَخْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾^٣. وفيه نظر؛ لعدم المنافاة بينهما، فإن الإعراض عن الحكم بينهم مما أنزله الله أيضاً. والنسخ على خلاف الأصل، فلا يثبت بمثل هذا الاحتمال. وهذا الحكم غير مختص بالإبلاء، بل هو مشترك بين سائر الأحكام.

قوله: «فيئة القادر غيبوبة الحشفة في القبل، وفيئة العاجز إظهار العزم» إلى آخره. قد تكرر أن المؤلّي بعد المدّة يطالب بالفئة أو الطلاق، والمقصود الآن الكلام في أن الفئة يتمّ تحصل؟

وبيانه أن المؤلّي إن كان قادراً على الوطء - بأن لا يكون له عنه مانع شرعي ولا عقلي ولا حسي - فأقلّ فيئته في الثيب أن يغيب الحشفة، وفي البكر إذهاب العذرة بالوطء، وهو

١. النساء (٤): ١٠٥.

٢. المائدة (٥): ٤٢.

٣. المائدة (٥): ٤٩؛ وراجع الكشف، ج ١، ص ٦٣٥؛ ومجمع البيان، ج ٣، ص ١٩٦، حكاه عنه جماعة؛ والتفسير الكبير، الفخر الرازي، ج ٦، الجزء الحادي عشر، ص ٢٤٢، ذيل الآية ٤٢ من سورة المائدة (٥)، حكاه عن جماعة.

التاسعة: • إذا آلى من الأمة ثم اشتراها وأعتقها وتزوجها لم يعد الإيلاء. وكذا لو آلى من الحرّة ثم اشترته وأعتقته وتزوج بها.

راجع إلى الأوّل؛ لأنّ تغيب الحشفة يزيل العذرة، فتغيب الحشفة يفيد الغرض فيهما، فلذا أطلقه المصنّف.

ولا تحصل الفیئة له بما دون الفرج كالدبر وغيره.

وإن كان عاجزاً عن ذلك ففیئته باللسان، وهو أن يرجع عن الإيذاء والإضرار، فيقول: إذا قدرت فیات. ولو استمهل الفیئة باللسان لم يجب بحال، فإنّ الوعد به أمر متيسّر. ثم إذا زال المانع طولب بفیئة القادر أو الطلاق من غير استئناف مدّة.

وأما فیئة القادر فیمهل فيها بما جرت العادة إمهاله فيه بقدر ما يتهيأ له ذلك عادة، فیمهل الصائم إلى أن يفطر، والشبعان إلى أن يخفّ عنه ثقل الطعام، فإنّه مانع من الغرض، والجائع إلى أن يأكل ما يتهيأ به لذلك، ولا يمكن من أن يشبع فيفضي إلى مهلة أخرى، وإن كان يغلبه النعاس فحتّى يزول ما به.

وبالجملة ما به يحصل التهيأ والاستعداد لذلك. ولا يتقدّر بيوم أو بثلاثة أيّام عندنا، بل بما يزول معه المانع عرفاً.

قوله: «إذا آلى من الأمة ثم اشتراها وأعتقها وتزوجها لم يعد الإيلاء» إلى آخره.

لما كان الإيلاء متعلّقه الزوجة فالتحريم المستند إليه هو تحريم ما حلّ بالزوجيّة، فيكون دائراً معها وجوداً وعدمًا، فإذا زالت بطلاق أو شراء أو عتق زال التحريم؛ لزوال متعلّقه، وإن عاد الحلّ بأمر جديد بأن تزوجها أو حلّت له بالشراء ونحو ذلك. لكن يشترط في الطلاق أن يكون بائناً، وإلّا توقّف زوال التحريم على انقضاء العدّة، فلو راجع فيها بقي التحريم.

وما فرضه المصنّف -كغيره- من زوال التحريم بشراء الأمة ثمّ عتقها وتزوجها ليس على وجه الانحصار فيه، بل يزول التحريم بمجرد شرائها؛ لبطان العقد بذلك، وإنما يستبيحها

العاشرة: • إذا قال لأربع: «والله لا وطئتكن» لم يكن مؤلياً في الحال، وجاز له وطء ثلاث منهن، ويتعين التحريم في الرابعة ويثبت الإيلاء. ولها المرافعة، ويضرب لها المدة، ثم تفقه بعد المدة.

ولو ماتت واحدة قبل الوطء انحلت اليمين؛ لأن الحنث لا يتحقق إلا مع وطء الجميع وقد تعذر في حق الميئة؛ إذ لا حكم لوطنها. وليس كذلك لو طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً؛ لأن حكم اليمين هنا باقٍ فيمن بقي، لإمكان الوطء في المطلقات ولو بالشبهة.

بالملك وهو حكم جديد غير الأول، كاستباحتها بعقدٍ آخر. وقد تقدّم ذلك في الظهار^١. وأما على تقدير كون المؤلي عبداً فاشترته الحرّة، فتوقّف حلّها حينئذٍ على العتق واضح؛ لأنّها لا تباح له بالعقد وهو مملوك لها وإن كان التحريم قد زال بالشراء، لزوال العقد كما زال بالطلاق البائن وإن لم يفرض تزويجه لها. وتظهر الفائدة فيما لو وطئها قبل العقد بشبهة أو حراماً، فإنّه لا كفارة؛ لزوال حكم الإيلاء بزوال الزوجية.

قوله: «إذا قال لأربع: «والله لا وطئتكن» لم يكن مؤلياً في الحال» إلى آخره. هذه مسألة شريفة، كثر اعتناء الفضلاء ببحثها والخلاف فيها وفي أقسامها. وهي مبنية على أصل هو أنّ المؤلي من علق بالوطء مانعاً منه بيمين كما مرّ، فإذا كان الوطء بهذه المثابة كان مؤلياً، أمّا إذا لم يتعلّق بالوطء لكن كان الوطء مقرباً من الحنث فهو محذور لكنّه لا يحرم، فلا يكون مؤلياً به عندنا؛ لأنّه لا يتعلّق به لزوم شيء ولا يلحقه به ضرر.

إذا تقرّر ذلك، فإذا كان تحته أربع نسوة فقال: «والله لا وطئتكن» فالكلام فيه يتعلّق باليمين والحنث، ثمّ الإيلاء.

أمّا الأول، فمتعلّق اليمين جماعهنّ جميعاً؛ لأنّ اليمين معقودة على الكلّ من حيث هو كلّ، ومحصل حلفه أن لا يجمعهنّ على الوطء، فإذا وطئنّه لم يلزمه إلا كفارة واحدة؛ لأنّ

اليمين واحدة، ومعناها سلب العموم في وطنهنّ، لا عموم السلب. وعلى هذا، فلو مات بعضهنّ قبل الوطء انحلت اليمين؛ لأنّه تحقّق امتناع الحنث، ولا نظر إلى تصوّر الإيلاج بعد الموت، فإنّ اسم الوطء يطلق على ما يقع في الحياة. وفيه وجه أنّ الحنث يتعلّق بوطء الميئة أيضاً، ومن ثمّ تثبت العقوبة على وطء الميئة. والحقّ أنّه مجاز؛ لعدم تبادل الذهن إليه عند الإطلاق. والعقوبة عليه لا تدلّ على الحقيقة، بل هي على الفعل المحرّم كيف كان.

ولو طلقهنّ أو بعضهنّ قبل الوطء لم تنحلّ اليمين، بل تجب الكفارة بالوطء بعد البيئونة وإن كان زنيّاً؛ لأنّ الاسم يشمل الحلال والحرام. ويمكن فرض الحلال بالشبهة.

والمراد بثبوت الكفارة في هذه الحالة على تقدير وطء الباقية في النكاح مع وطنهنّ؛ لتحقّق الحنث في الحلف على وطء الزوجة، فوطء المطلقات شرط لحصول الحنث في وطء الزوجة، لأنّ الإيلاء يبقى متعلّقاً بهنّ؛ لما تقدّم من أنّ الطلاق البائن يبطل اليمين^١.

وأما الثاني - وهو الإيلاء - فقد حكم المصنّف (رحمه الله) بأنّه لا يحصل إيلاء في الحال، بل يجوز له وطء ثلاث منهنّ، فإذا وطنهنّ صار مؤلياً من الرابعة. وتقريب الوطء للواحدة والاثنين إلى الحنث لا يوجب حصول الإيلاء كما مرّ.

وفي المسألة وجه ضعيف أنّه يكون مؤلياً منهنّ كلّهنّ، من حيث إنّ وطء كلّ واحدة مقرب للحنث، وقد منع نفسه من وطنهنّ باليمين بالله تعالى، فكان مؤلياً كما لو قال: «لا أطأ واحدة منكنّ».

وفيه: أنّ تمكّنه من وطء كلّ واحدة منهنّ بغير حنث يدلّ على عدم تأثير يمينه قبل وطء الثلاث، وهو معنى قولنا: إنّه غير مؤلٍ في الحال.

ولهذه المسألة صور ثلاث، أحدها هذه، والباقيتان تأتيان إن شاء الله تعالى.

● ولو قال: «لا وطئت واحدة منكن» تعلق الإيلاء بالجميع، وضربت المدّة لهنّ عاجلاً. نعم، لو وطئ واحدة حنث وانحلت اليمين في البواقي.
ولو طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً كان الإيلاء ثابتاً فيمن بقي.
ولو قال في هذه: «أردت واحدة معيّنة»، قبل قوله؛ لأنّه أبصر بنيته.

قوله: «ولو قال: «لا وطئت واحدة منكن» تعلق الإيلاء بالجميع» إلى آخره.
هذه هي الصورة الثانية من صور المسألة، وهي ما إذا قال للأربع: «والله لا وطئت واحدة منكن». ولها أحوال أربعة:

إحداها: أن يريد الامتناع عن كلّ واحدة منهنّ، فيكون مؤلياً منهنّ جميعاً.
وليس التعميم هنا كالتعميم في قوله: «والله لا أجامعكن»؛ لأنّ اللفظ هناك تناول كلّهنّ، ولا يحصل الحنث بجماع بعضهنّ، وها هنا اليمين تتعلّق بأحادهنّ وتنزل على كلّ واحدة منهنّ على البدل، فيكون مؤلياً منهنّ جميعاً؛ لتعلق الكفّارة بوطء آية واحدة منهنّ وطئها؛ لأنّ قوله: «لا وطئت واحدة» نقيض قوله: «وطئت واحدة» التي هي موجبة جزئية أو في قوتها، فيكون نقيضها سالبةً كليّةً، فتفيد عموم السلب لا سلب العموم، عكس السابقة.
ولهنّ المطالبة بعد المدّة، فإن طلق بعضهنّ بقي الإيلاء في حقّ الباقيات، وإن وطئ بعضهنّ حصل الحنث؛ لأنّه خالف قوله: «لا أجامع واحدة منكن» فتنحلّ اليمين، ويرتفع الإيلاء في حقّ الباقيات.

الثانية: أن يريد الامتناع عن واحدة منهنّ لا غير فيقبل قوله؛ لاحتمال اللفظ. ويحتمل عدم القبول؛ لأنّ اللفظ يقع على كلّ واحدة على البدل، وهو متهم في إخراج بعضهنّ عن موجب اللفظ. ويضعف بأنّه أعرف بنيته، مع احتمال اللفظ لما ادّعاها.

ثمّ لا يخلو إمّا أن يريد واحدةً بعينها، أو واحدةً غير معيّنة. فإن أراد الأوّل فهو مؤلٍ عنها ويؤمر بالبيان كما في الطلاق. وإذا بين واحدة فإن صدقه الباقيات فذاك، وإن ادّعت غيرها أنّه عنها وأنكر فهو المصدّق بيمينه، فإن نكل حلفت المدعية وحكم بكونه مؤلياً عنها أيضاً. فإن أقرّ في جواب الثانية أنّه عنها أخذناه بموجب إقراره وطالبناه بالفيئة أو الطلاق

ولا يقبل رجوعه عن الأول. وإذا وطئها في صورة إقراره تعددت الكفارة، وإن وطئها في صورة نكوله ويمين المدعية لم يتعدّد؛ لأنّ يمينها لا تصلح لإلزام الكفارة عليه. ولو ادّعت واحدة أولاً أنّك عنيتني، فقال: ما عنيتك، أو ما آليت منك، وبمثله أجاب ثانية وثالثة، تعيّنّت الرابعة للإيلاء.

وإن أراد واحدة غير معيّنة ففي كونه مؤلياً وجهان، مثلهما [في] طلاق المبهم^١. فإن قلنا به أمر بالتعيين ويكون مؤلياً من إحداهنّ لا على التعيين. وإذا عيّن واحدة لم يكن لغيرها المنازعة. وفي كون المدّة من وقت التعيين أو وقت اليمين - إذا جعلنا مدّة الإيلاء من حينه - وجهان، مبنيان على أنّ الطلاق المبهم إذا عيّن يقع عند التعيين أو يستند إلى اللفظ. فإن لم يعيّن ومضت أربعة أشهر، فإن أوقعنا الإيلاء من حينه وطالبنا أمر بالتعيين ثمّ الفسيئة أو الطلاق. ولو فاء إلى واحدة أو اثنتين أو ثلاث أو طلق لم يخرج عن موجب الإيلاء لاحتمال أنّ المؤلي عنها الرابعة. وإن قال: «طلّقت التي آليت عنها» خرج عن موجب الإيلاء، لكنّ المطلقة مبهمه، فعليه التعيين.

الثالثة: أن يريد تحريم كلّ واحدة واحدة فيقبل قوله أيضاً؛ لاحتمال اللفظ له؛ لأنّ السلب داخل على نكرة فيفيد العموم كما مرّ، فيقع الإيلاء على كلّ واحدة واحدة لا على سبيل البدل، وتتعدّد اليمين كما سيأتي في القسم الثالث.

الرابعة: أن يطلق اللفظ، فلم ينو التعميم ولا التخصيص بواحدة. وفيه وجهان: أحدهما، أنّه يحمل على التخصيص بواحدة؛ لأنّ اللفظ محتمل له وهو أقلّ المحتملين.

وعلى هذا، فيكون الحكم كما لو أراد واحدة لا بعينها وأشبهها الحمل على التعميم؛ لأنّه المعنى المشهور عند الإطلاق والاستعمال، ولذلك يقال: النكرة عند النفي تعمّ، وأصالة الإباحة وحدوث التحريم بسبب الإيلاء الذي لا يعلم وجوده قد انتفى بوجود اللفظ الظاهر في معناه العامّ.

● ولو قال: «لا وطئت كل واحدة منكن» كان مؤلياً من كل واحدة، كما لو آلى من كل واحدة منفردة. وكل من طلقها فقد فاقها حقها ولم تنحل اليمين في البواقي. وكذا لو وطئها قبل الطلاق لزمته الكفارة، وكان الإيلاء في البواقي باقياً.

قوله: «ولو قال: «لا وطئت كل واحدة منكن» كان مؤلياً من كل واحدة» إلى آخره.

هذه هي الصورة الثالثة، وهي أن يقول للنسوة الأربع: «لا وطئت كل واحدة منكن».

فقد ذكر المصنف (رحمه الله) وغيره^١: أنه يكون مؤلياً منهم جميعاً؛ لتعلق المحذور بوطء كل واحدة منهم وهو الحنث ولزوم الكفارة. وتضرب المدّة في الحال، فإذا مضت فلكل واحدة منهم مطالبته بالفيئة أو الطلاق. فإن طلقهن سقطت المطالبة، وإن طلق بعضهن فالباقيات على مطالبتهن.

وإن وطئ واحدة فالمشهور أن اليمين لا تنحل؛ لأن هذه الصيغة في قوة اليمين المتعدّدة، فإن قوله «لا أجامع كل واحدة» يتضمّن تخصيص كل واحدة بالإيلاء على وجه لا يتعلّق بصواباتها، حتّى أفرد كل واحدة بيمين كأنه قدره قائلاً: «والله لا أجامع هذه» و«والله لا أجامع هذه إلى آخرهن».

ولو قيل بانحلال اليمين - لأنّها يمين واحدة كما لو قال: «والله لا أجامع واحدة منكن» - كان وجهاً، لاشتراكهما في العموم، وإن كانت هذه أكد عموماً. ويجري الكلام فيما لو قال: «والله لا كلمت كل واحد من هذين الرجلين» ونظائره. هذا جملة ما أورده في هذه الصورة. ويمكن أن يقال هنا - كما قيل في السابقة - من أنّه إن قصد بقوله «لا أجامع كل واحدة» المعنى الذي قرّره أتجه بقاء الإيلاء في حقّ الباقيات، وإلّا كان الحكم فيها كالحكم فيما إذا قال: «والله لا أجامعكن» فلا يحصل الحنث ولا تلزم الكفارة إلّا بوطء الجميع. ولا يكون مؤلياً في الحال على ما قرّر هناك لوجهين:

أحدهما: أنّه إذا وطئ بعضهن - كالواحدة مثلاً - صدق أن يقال: إنّه لم يطأ كل واحدة

١. كالشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ١٥٠؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٢٢؛ والعلامة في إرشاد الأذهان،

ج ٢، ص ٥٩؛ وقواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٧٧؛ وتحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١١٨، الرقم ٥٤٩٠.

الحادية عشرة: • إذا آلى من الرجعية صح، ويحتسب زمان العدة من المدة. وكذا لو طلقها رجعيًا بعد الإيلاء وراجع.

منهنّ وإنّما وطئ واحدةً منهنّ، كما يصدق أنّه لم يطأهنّ وإنّما وطئ إحداهنّ، وذلك يدلّ على أنّ مفهوم اللفظين واحد.

والثاني: أنّ قول القائل «طلّقت نسائي»، وقوله «طلّقت كلّ واحدةٍ من نسائي»، يؤدّيان معنىً واحداً، وإذا اتّحد معناهما في طرف الإثبات فكذلك في طرف النفي. فيكون معنى قوله «لا أجامع كلّ واحدةٍ منكنّ» معنى قوله «لا أجامعكنّ» خصوصاً على ما ذكره الشيخ عبد القاهر^١ ومن تبعه من أنّ كلمة «كلّ» في النفي إذا دخلت في حيّزه - بأن قدّم عليها لفظاً، كقوله: «ما كلّ ما يتمنى المرء يدركه» وقولنا: «ما جاء القوم كلّهم» و: «ما جاء كلّ القوم» أو تقديرًا بأن قدّمت على الفعل المنفيّ وأعمل فيها؛ لأنّ العامل رتبته التقدّم على المعمول، كقولك: «كلّ الدراهم لم آخذ» - توجه النفي إلى الشمول خاصّةً دون أصل الفعل، وأفاد الكلام ثبوته لبعض أو تعلقه ببعض. وفي هذا المقام بحث، وله جواب لا يليق بهذا المحلّ.

قوله: «إذا آلى من الرجعية صح، ويحتسب زمان العدة من المدة» إلى آخره.

قد تكرر أنّ المطلقة رجعيًا بمنزلة الزوجة، فيقع بها الإيلاء كما يقع بالزوجة. ثمّ إن قلنا بأنّ المدة تضرب من حين الإيلاء - وإن لم ترافعه الزوجة - احتسب زمان العدة من المدة. وإن قلنا إنّها من حين المرافعة فليس للمطلقة المرافعة؛ لأنّها لا تستحقّ عليه الاستمتاع، فلا يحتسب منها شيء من العدة، بل إن راجعها فرافعته ضربت لها المدة حينئذٍ.

ولو طلقها بعد الإيلاء طلاقاً رجعيًا فمقتضى كلام المصنّف (رحمه الله) أنّ المدة لا تنقطع، بل يحتسب زمان العدة من المدة، فإن راجع طولب بأحد الأمرين مع انقضائها. ووجهه أنّه وإن كانت الزوجية قد اختلّت إلّا أنّه متمكّن من الوطء بالرجعة، فلا يكون الطلاق عدراً كالردة، وإن افرقا بأنّ النكاح معها لا ينخرم، والطلاق بالرجعة لا ينفهم؛ لأنّ هذا الفرق لا يوجب اختلاف الحكم هنا؛ لا اشتراكهما في التمكّن من الوطء بإزالة المانع من قبل الزوج.

الثانية عشرة: ● لا تتكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين، سواء قصد التأكيّد أو لم يقصد، أو قصد بالثانية غير ما قصد بالأولى، إذا كان الزمان واحداً.
 نعم، لو قال: «والله لا وطئتكَ خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لا وطئتكَ سنة». فهما إيلاءان، ولها المرافعة لضرب مدّة التربّص عقيب اليمين. ولو واقفته فماتل حتّى انقضت خمسة أشهر فقد انحلت اليمين. قال الشيخ: ويدخل وقت الإيلاء الثاني. وفيه وجه ببطلان الثاني؛ لتعليقه على الصفة على ما قرّره.

والشيخ منع من احتساب المدّة فيها؛ محتجاً بأنّ الطلاق رفع النكاح وأجراها إلى البيّنونة^١، بمعنى أنّها في العدة في زمان يقتضي مضيّه البيّنونة، فلا يجوز احتساب هذه المدّة من مدّة يقتضي مضيّها المطالبة بالوطء وهو زمان التربّص؛ لتضادّ الأثرين المقتضي لتضادّ المؤثّرين. وكذا الردّة.
 ووافقه في التحرير على انهادها^٢، وأنّه إن راجع ضربت له مدّة أخرى، ووقف عند انقضائها، فإن فاء أو طلق وقى، فإن راجع ضربت له مدّة أخرى ووقف بعد انقضائها، وهكذا. وقول المصنّف لا يخلو من قوّة.

قوله: «لا تتكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين، سواء قصد التأكيّد أو لم يقصد» إلى آخره.
 لا إشكال في عدم تكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين إذا قصد التأكيّد بما عدا الأوّل. أمّا إذا أطلق أو قصد التأسيس فظاهر الأصحاب أنّه كذلك؛ لصدق الإيلاء مع تعدّد اليمين، فتكفيه كفّارة واحدة. ولا يخلو من إشكال، خصوصاً مع قصد التأسيس؛ فإنّ كلّ واحدٍ سبب مستقلّ في إيجاب الكفّارة، والأصل عدم التداخل. والبحث آت في مطلق اليمين؛ لاشتراكهما في المقتضي. هذا إذا اتّحد زمان المحلوف عليه إمّا مطلقاً أو مقيداً، كأن قال: «والله لا وطئتكَ والله لا وطئتكَ» أو قال: «والله لا وطئتكَ خمسة أشهر والله لا وطئتكَ خمسة أشهر» مثلاً.

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٥٥-١٥٧.

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٢٠، الرقم ٥٤٩٢.

أما إذا اختلف زمان اليمينين كما لو قال: «والله لا وطئتكِ خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لا وطئتكِ سنة» فقد أتى بيمينين كل واحدٍ منهما تشتمل على مدة الإيلاء، لكن الأولى منجزة والثانية معلقة على صفة، فإن لم نقل بصحة المعلق اختصّ البحث بالأوّل. وإن جوزناه فلها المطالبة بعد مضي أربعة أشهرٍ بموجب اليمين الأوّل إن قلنا: إن المدة من حين الإيلاء، وإلا فلها المرافعة لضرب المدة، فإن بقي منها بعد ضربها ما يزيد عن أربعة أشهرٍ ألزم بأحد الأمرين بعدها للأوّل. وإن أحرّت المطالبة حتّى مضي الشهر الخامس فلا مطالبة بموجب تلك اليمين؛ لانحلالها. وإن طالبته في الخامس أو ضربت المدة من الأوّل، فإن فاء إليها في الخامس خرج عن موجب الإيلاء الأوّل، فإذا انقضى الشهر الخامس استفتحت مدة الإيلاء الثاني، فإن طلق سقطت عنه المطالبة في الحال، ثم إن راجعها في الشهر الخامس بني على أن الطلاق الرجعي هل يقطع المدة أم لا؟ فإن لم نقل بقطعها فالحكم كما سبق، وإلا ضربت المدة للإيلاء الثاني عند دخوله.

ولو وطئها بعد الرجعة في باقي الشهر انحلت اليمين الأولى وبقيت الثانية. وكذا لو طلق بانئنا؛ لأن الطلاق البائن إنّما يحلّ الإيلاء الحاصل لا المتوقّف.

ولو عقد اليمينين على مدّتين تدخل إحداهما في الأخرى، كما إذا قال: «والله لا أجامعك خمسة أشهر»، ثم قال: «والله لا أجامعك سنة» فإذا مضت أربعة أشهرٍ فلها مطالبته، فإن فاء انحلت اليمينان. وإذا أوجبنا الكفارة فالواجب كفارة واحدة أو كفارتان على ما سبق. وإن طلقها ثم راجعها أو جدّد نكاحها، فإن بقي من السنة أربعة أشهرٍ أو أقلّ لم يعد الإيلاء، وتبقى اليمين. وإن بقي أكثر من أربعة أشهرٍ، أو لم نقل ببطلان المدة عاد الإيلاء بالرجعة. وفي تجديده ما سبق.

ولو قال: «فإذا مضت الخمسة فوالله لا أجامعك» كان مؤلّياً بعد الخمسة دائماً، وأتى فيه ما ذكر!

١. في حاشية «و»: «من أنّه إن كان الطلاق بانئنا لا يعود، وإن كان رجعيّاً يعود. (منه قدّس سرّه)».

الثالثة عشرة: ● إذا قال: «والله لا أصبتك سنةً إلا مرة» لم يكن مؤلياً في الحال؛ لأنَّ له الوطء من غير تكفيرٍ. ولو وطئ وقع الإيلاء. ثمَّ ينظر فإن تخلَّف من المدَّة قدر التربص فصاعداً صحَّ، وكان لها الموافقة. وإن كان دون ذلك بطل حكم الإيلاء.

قوله: «إذا قال: «والله لا أصبتك سنةً إلا مرة» لم يكن مؤلياً في الحال» إلى آخره. إذا قال: «لا أجامعك سنةً إلا مرة» لم يكن مؤلياً في الحال عندنا؛ لأنَّه لا يلزمه بالوطء شيء؛ لاستثنائه الوطء مرةً. فإذا وطئها نظر إن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر فهو مؤلٍ من يومئذٍ؛ لحصول الحنث ولزوم الكفارة لو وطئ. وإن بقي أربعة أشهر فما دونها فهو حالف وليس بمؤلٍ. وعند بعض العامة يكون مؤلياً في الحال^١؛ لأنَّ الوطأة الأولى وإن لم يحصل بها الحنث فهي مقربة منه، كما سبق مثله في حلقه على وطء الأربع^٢.

وعلى هذا القياس لو قال: «لا أجامعك إلا عشر مرات» أو عدداً آخر. فعلى ما اخترناه لا يكون مؤلياً إلى أن يستوفي ذلك العدد ويبقى من السنة مدَّة الإيلاء. ولو قال: «إن أصبتك في هذه السنة فوالله لا أصبتك فيها» أو أطلق لم يكن مؤلياً في الحال أيضاً. وبني وقوعه بعد الإصابة على جواز المعلق على الشرط، بخلاف الأولى. والفرق بينهما أنه في الصورة الأولى عقد اليمين في الحال واستثنى وطأه واحدة، وها هنا اليمين غير معقودة في الحال وإنما تتعقد إذا أصابها، فلا يثبت الإيلاء قبل انعقاد اليمين. ولو قال: «لا أجامعك سنةً إلا يوماً» فهو كما لو قال: «إلا مرة».

فرع على المسألة السابقة: لو لم يطأها في السنة أصلاً، هل تلزمه الكفارة؟ وجهان، نعم؛ لأنَّ اللفظ يقتضي أن يفعل مرةً؛ لأنَّ الاستثناء من النفي إثبات، ولا؛ لأنَّ المقصود باليمين أن لا يزيد على واحدة. ولو وطئ في هذه الصورة ونزع ثمَّ أولوج ثانياً لزمته الكفارة بالإيلاج الثاني؛ لأنَّه وطء مجدّد. مع احتمال العدم مصيراً إلى العرف، والإيلاجات المتتابعة في العرف تُعدُّ وطأة واحدة، كما أنَّ اسم الأكلة يقع على ما يحويه جلسة على الاعتیاد.

١. راجع الحاوي الكبير، ج ١٠، ص ٣٦٦، والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٨، ص ٥١٦، المسألة ٦١١٣، وفيه: «وهو قول زفر».

٢. سبق في ص ٢١٨ وما بعدها.

كتاب اللعان

والنظر في أركانه وأحكامه.
وأركانه أربعة:

الأول في السبب
وهو شيان:

كتاب اللعان

هو لغةٌ: مصدر لاعن يلاعن، وقد يستعمل جمعاً لـ«اللعن»، وهو الطرد والإبعاد^١.
وشرعاً: كلمات معلومة جعلت حجةً للمضطرِّ إلى قذف من لطح فراشه وأحق العار به،
أو إلى نفي ولد.

وسميت لعاناً لاشتغالها على كلمة اللعان، وخصت بهذه التسمية؛ لأنَّ اللعان كلمة غريبة
في مقام الحجج من الشهادات والأيمان، والشيء يشتهر بما يقع فيه من الغريب، وعلى ذلك
جرى معظم تسميات سور القرآن. ولم يُسمَّ بما يشقُّ من الغضب؛ لأنَّ لفظ الغضب يقع في
جانب المرأة وجانب الرجل أقوى، وأيضاً فلعانه يسبق لعانها، وقد ينفك عن لعانها، أو لأنَّ

١. لسان العرب، ج ١٣، ص ٣٨٧، «لعن».

كلًّا من المتلاعنين يبعد عن الآخر بها؛ إذ يحرم النكاح بينهما أبداً.
والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾^١ الآيات.

وسبب نزولها ما روي عن ابن عباس (رضي الله عنه): أن هلال بن أمية كذب امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء، فقال النبي ﷺ: «البيّنة أو حدّ في ظهرك»، فقال: يا رسول الله، إذا رأيت أمراً على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البيّنة؟ فجعل النبي ﷺ يقول: «البيّنة والآء حدّ في ظهرك»، فقال هلال: والذي بعثك بالحق نبياً، إنني لصادق، ولينزلنّ الله تعالى ما يرى ظهري من الحدّ. فنزل جبرئيل ﷺ وأنزل قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ الآيات^٢.

وروي سهل بن سعد الساعدي أنّ عويمر العجلاني قال: يا رسول الله، رأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً قتلته فيقتلونّه؟ أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: «قد أنزل فيك وفي صاحبك قرآناً، فاذهب فأت بها»، فأتى بها، قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ^٣.

وذكروا أنّ الآيات وردت في قصّة هلال^٤، وقوله في القصّة الثانية: «أنزل فيك وفي صاحبك» حُمل على أنّ المراد أنّه بيّن حكم الواقعة بما أنزل في حقّ هلال، والحكم على الواحد حكم على الجماعة.

١. النور (٢٤): ٦-٩.

٢. صحيح البخاري، ج ٢، ص ٩٤٩، ح ٢٥٢٦؛ صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٢٩، ح ١٤٩٢/١؛ سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٦٨، ح ٢٠٦٧؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٧٦، ح ٢٢٥٤؛ والآيات ٦-٩ من سورة النور (٢٤).

٣. سنن الدارمي، ج ٢، ص ١٥٠، باب في اللعان؛ صحيح البخاري، ج ٥، ص ٢٠٣٣، ح ٥٠٠٢؛ صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٢٩، ح ١٤٩٢/١؛ سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٦٧، ح ٢٠٦٦؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٧٣-٢٧٤، ح ٢٢٤٥؛ سنن النسائي، ج ٦، ص ١٧١، ح ٣٤٦٣.

٤. التتبيان، ج ٧، ص ٣٦٦؛ مجمع البيان، ج ٧، ص ١٢٧-١٢٨؛ الكشاف، ج ٣، ص ٢١٥-٢١٦؛ الجامع لأحكام القرآن، ج ٦، ص ١٨٣، ذيل الآية ١٠ من سورة النور (٢٤).

الأول: القذف

● ولا يترتب اللعان به إلا على رمي الزوجة المحصنة المدخول بها بالزنى، قبلًا أو دبراً، مع دعوى المشاهدة وعدم البيّنة. فلو رمى الأجنبيةّ تعيّن الحدّ ولا لعان. وكذا لو قذف الزوجة ولم يدّع المشاهدة. ولو كان له بيّنة فلا لعان ولا حدّ. وكذا لو كانت المقدوفة مشهورةً بالزنى.

قوله: «ولا يترتب اللعان به إلا على رمي الزوجة المحصنة -إلى قوله- في حقّه بنفي الولد». قد ذكرنا أنّ اللعان حجّة شرّعت للزوج من حيث إنّه قد يضطرّ إلى القذف ولا تساعده البيّنة، فيحتاج إلى دفع الحدّ عن نفسه وإلى الانتقام منها. وهذا المعنى يقتضي اختصاصه بالنكاح، فلا لعان للأجنبي؛ لأنّه لا ضرورة له في القذف. والأصل فيه مع ذلك أنّ الله تعالى خصّ الحكم بالزوجة بقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ﴾^١.

والمحصنة -بفتح الصاد وكسرها. والمراد بها هنا -العفيفة عن وطءٍ محرّمٍ لا يصادف ملكاً وإن اشتمل على عقدٍ، لا ما صادفه وإن حرم كوقت الحيض والإحرام والظهار، فلا تخرج به عن الإحصان. وكذا وطء الشبهة ومقدمات الوطء مطلقاً.

وقيدها بالدخول بها -مع ما سيأتي من الخلاف في هذا الشرط^٢ - للتنبيه على موضع الوفاق أو على ما يختاره.

واشترطه بدعوى المشاهدة يخرج ما إذا أطلق أو صرّح بعدمها. وهذا الشرط مذهب الأصحاب وبعض العامة^٣. ووجهه -مع إطلاق الآية^٤ - أنّه شهادة به، وهي مشروطة

١. النور (٢٤): ٦.

٢. يأتي في ص ٢٥٩.

٣. المدوّنة الكبرى، ج ٣، ص ١١٤؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٩، ص ٤؛ المجموع شرح المهذب، ج ١٧، ص ٣٨٥.

٤. النور (٢٤): ٦.

ويتفرّع على اشتراط المشاهدة سقوط اللعان في حقّ الأعمى بالقذف؛ لتعذّر المشاهدة. ويثبت في حقّه بنفي الولد.

بالمشاهدة. وبه أخبار كثيرة منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول: رأيت بين رجلها رجلاً يزني بها»^١. ومثله حسنة محمّد بن مسلم^٢.

ويلزم من هذا الشرط أنّ الأعمى لو قذف زوجته حدّاً لعدم إمكان اللعان في حقّه من حيث عدم المشاهدة، وإنّما يتوجّه لعانه بسبب نفي الولد. ويشكل بإمكان علمه بدون المشاهدة.

واشتراط المشاهدة لو سلّم يمكن حمله على من يمكن في حقّه، أو على جعله كناية عن العلم بذلك، وأنّه لا يكفي الظنّ المستند إلى القرائن أو الشياخ منفرداً. وينبّه عليه سقوط اللعان بقذف المشهورة بالزنى. ويؤيّد عموم قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ»^٣.

ويمكن الفرق بين الشياخ المجرد وبين المنضمّ إلى القرائن المفيدة للعلم عادةً، فإنّه قد يذكره غير ثقة فينتشر، أو يشيعه عدوّ لها أوله، أو من طمع فيها فخاب. كما لا يصحّ القذف بمجرّد القرينة بأن يراها معه في خلوة، أو يراه يخرج من عندها؛ لأنّه ربما دخل لخوف أو سرقة أو طمع، بخلاف ما إذا اجتمع الأمران، أو انضمّ إليهما أو إلى الشياخ قرائن أفادت العلم. إلّا أنّ الأصحاب أطلقوا اشتراط المعاينة؛ نظراً إلى ظاهر النصوص^٤.

وأيضاً فيمكن استناده إلى البيّنة أو إقرارها، وذلك يسقط الحدّ عن الأجنبي؛ لسقوط

١. الكافي، ج ٦، ص ١٦٣ - ١٦٤، باب اللعان، ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٧، ح ٦٥٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٢، ح ١٣٢٧.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٦٦، باب اللعان، ح ١٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٦، ح ٦٤٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٢، ح ١٣٢٦.

٣. النور (٢٤): ٦.

٤. وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٤١٦ وما بعدها، الباب ٤ من كتاب اللعان.

● ولو كان للقاذف بيّنة فعدل عنها إلى اللعان قال في الخلاف: يصحّ، ومنع في المبسوط؛ التفاتاً إلى اشتراط عدم البيّنة في الآية. وهو الأشبه.

الإحصان، وإن وجب التعزير؛ للإيذاء بتجديد ذكر الفاحشة.

ومقتضى العبارة أنّ الزوج ليس له إسقاطه باللعان لفقد شرطه. وبه صرح الشيخ^١ (رحمه الله) وتوقّف العلامة في التحرير، مقتصراً على نسبته إلى الشيخ^٢.

وأما اشتراط عدم البيّنة فلظاهر قوله تعالى: «وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ»؛ فإنّ مفهومه أنّه لو كان له بيّنة لا يلاعن؛ لإمكان نفي الحدّ بإقامتها.

قوله: «ولو كان للقاذف بيّنة فعدل عنها إلى اللعان» إلى آخره.

اختلف الأصحاب في أنّ اللعان هل هو مشروط بعدم البيّنة من قبل الزوج على الزنى أم لا؟ فذهب في الخلاف^٤، والمختلف^٥ إلى عدم اشتراطه؛ للأصل، ولأنّ النبي ﷺ لا عن بين عويمر العجلاني وزوجته^٦ ولم يسألها عن البيّنة، فلو كان عدمها شرطاً لسأل.

وقوى في المبسوط الاشتراط^٧، واختاره المصنّف والأكثر؛ لاشتراط عدم الشهود في الآية^٨. ولأنّ ابن عباس (رضي الله عنه) روى في حديث هلال أنّ النبي ﷺ قال له: «البيّنة وإلا حدّ في ظهرك»^٩ ثمّ نزلت الآية^{١٠} فلا عن بينهما. ولأنّه إذا نكل عن اللعان يحدّ، فيلزم حينئذٍ حدّه مع وجود البيّنة.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٢٢١.

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٣١، الرقم ٥٥١٠.

٣. النور (٢٤): ٦.

٤. الخلاف، ج ٥، ص ٨، المسألة ٣.

٥. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٥٤ - ٤٥٥، المسألة ١٠٤.

٦. تقدّم تخريجه في ص ٢٢٨، الهامش ٣.

٧. المبسوط، ج ٤، ص ٢١١.

٨. النور (٢٤): ٦.

٩. تقدّم تخريجه في ص ٢٢٨، الهامش ٢.

١٠. النور (٢٤): ٦.

● ولو قذفها بزنيٍّ أضافه إلى ما قبل النكاح فقد وجب الحدّ. وهل له إسقاطه باللعان؟ قال في الخلاف: ليس له اللعان؛ اعتباراً بحالة الزني. وقال في المبسوط: له ذلك؛ اعتباراً بحالة القذف. وهو أشبه.

ولأنّ اللعان حجّة ضعيفة؛ لأنّه إمّا شهادة لنفسه أو يمين، فلا يعمل به مع الحجّة القويّة وهي البيّنة.

وأجابوا عن الأوّل بأنّ هذه الأدلّة رفعت الأصل. وجاز علم النبيّ ﷺ بالحال فلم يسأل عن البيّنة، فإنّ وقائع الأحوال إذا تطرّق إليها الاحتمال كساها ثوب الإجمال وسقط بها الاستدلال.

وفي حجّة الثاني أيضاً نظير؛ لأنّ عدم الشهداء في الآية خرج مخرج الوصف، ومفهومه ضعيف. وجاز بناؤه على الأغلب أو على الواقع في الواقعة، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ﴾^١.

وقوله ﷺ لهلال وقع لدفع حدّ القذف، ولا خلاف في أنّه لا يندفع بدون البيّنة إذا لم يلاعن، ولأنّها أيضاً واقعة مخصوصة لا تفيد انحصار الحكم في مضمونها. وليس فيها تصريح بعدم وجود البيّنة، لكن ظاهرها ذلك.

وإنّما يحدّ إذا نكل عن اللعان إذا لم يمكنه دفع الحدّ بالبيّنة، كما لو أقامها ابتداءً بعد القذف.

ولا نسلم أنّ اللعان حجّة ضعيفة وإن كانت شهادة لنفسه؛ لثبوتها بالنصّ^٢، كما يثبت حكم البيّنة التي يجوز كذبها. وعلى كلّ حالٍ فالأقوى اشتراط عدم البيّنة.

قوله: «ولو قذفها بزنيٍّ أضافه إلى ما قبل النكاح فقد وجب الحدّ» إلى آخره. إذا قذف زوجته بزنيٍّ، فإنّما أن يضيفه إلى زمان الزوجيّة أو إلى ما سبق عليها أو يطلق.

١. الإسرء (١٧): ٣١.

٢. الآية ٦-٩ من سورة النور (٢٤)؛ وراجع وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٤٠٧ وما بعدها، الباب ١ من كتاب اللعان.

● ولا يجوز قذفها مع الشبهة، ولا مع غلبة الظنّ وإن أخبره الثقة، أو شاع أن فلاناً زنى بها.

وفي الأوّل والأخير لا إشكال في ثبوت اللعان. أمّا الوسط ففيه قولان^١، منشؤهما، عموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾^٢ الشامل لجميع الأقسام، وخصوص الواقعة التي هي سبب الشرعيّة. ويضعف بأنّ خصوص السبب لا يخصّص العامّ. فما اختاره المصنّف من ثبوته مطلقاً أقوى. وأمّا التعليل باعتبار حال القذف أو الزنى فهو تعيين لمحلّ النزاع لا علة برأسه.

قوله: «ولا يجوز قذفها مع الشبهة، ولا مع غلبة الظنّ وإن أخبره الثقة» إلى آخره. الزوج كالأجنبي في تحريم قذف الزوجة وفي أنّه يلزمه الحدّ، إلّا أنّ الزوج مختصّ بأنّه قد يباح له القذف وقد يجب، وبأنّ الأجنبي لا يتخلّص عن الحدّ إلّا ببينة تقوم على زنى المقدوف أو بإقرار المقدوف، وللزوج طريق ثالث إلى الخلاص وهو اللعان. والسبب في اختصاص الزوج، أنّها إذا طخت فراشه اشتدّ غيظه عليها وعظمت عداوته واحتاج إلى الانتقام والتبرّد منها، ولا يكاد تساعده البينة والإقرار فأبيح له القذف، وشرّح له طريق الخلاص وله دفع العقوبة عن نفسه باللعان.

ثمّ جواز قذفه لها على هذا الوجه مشروط بتيقّن زناها بأن رآها بعينه تزني، لا بمجرد الشبهة ولا بالظنّ ولا بالسمع من ثقة، سواء كان من أهل الشهادة أم لم يكن، ولا بالشياع بين الناس بزناها بمعين أو غير معين، لجواز عدم مطابقة الخبر في ذلك، وعرض المؤمن كدمه؛ خلافاً لبعض العامة حيث جوّز قذفها بجميع ذلك^٣.

١. القول بعدم ثبوت اللعان للشيخ في الخلاف، ج ٥، ص ١٦، المسألة ١٥؛ والقول بثبوت اللعان أيضاً له في المبسوط ج ٤، ص ٢٢٢؛ والعلامة في مختلف الشيعية، ج ٧، ص ٤٥٧، المسألة ١٠٦.
٢. النور (٢٤): ٦.

٣. حلية العلماء، ج ٧، ص ٢٠٦؛ الحاوي الكبير، ج ١١، ص ١٧؛ وراجع أيضاً روضة الطالبين، ج ٦، ص ٣٠٣.

● وإذا قذف في العدة الرجعية كان له اللعان. وليس له ذلك في البائن، بل يثبت بالقذف الحد ولو أضافه إلى زمان الزوجية.

ثم ما لم يكن هناك ولد فلا يجب على الزوج القذف، بل يجوز أن يستر عليها ويفارقها بغير طريق اللعان ولو أمسكها لم يحرم؛ لما روي أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ فقال له: إن له امرأة لا ترد يد لامس، فقال ﷺ: «طلّقها»، قال: «إني أحبها»، قال: «فأمسكها»^١.

وإذا كان هناك ولد يتيقن أنه ليس منه وجب عليه نفيه؛ لأن ترك النفي يتضمّن الاستلحاق، ولا يجوز له استلحاق من ليس منه، كما لا يجوز نفي من هو منه، وقد روي أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء»^٢. فنصّ على المرأة، ومعلوم أن الرجل في معناها.

قوله: «وإذا قذف في العدة الرجعية كان له اللعان» إلى آخره.

إذا قذف زوجته المطلقة، فإن كانت الطلقة رجعية وقذفها في العدة أو قذفها ثم طلقها كذلك فله أن يلاعنها، كما يجوز أن يطلقها ويؤلي عنها ويظاها؛ لأنها بمنزلة الزوجة. ويصح لعانه في الحال، ويترتب عليه أحكامه من غير توقّف على الرجعة بخلاف ما إذا ظاهر عنها أو آلى، حيث يتوقّف أمرهما على الرجعة؛ لأنّ حكم الإيلاء منوط بالمضارة ولا مضارة مع طلاقها، والكفارة في الظهار تتعلق بالعود، وإنما يحصل العود بالرجعة. وأمّا اللعان فمداره على الفراش ولحوق النسب، والرجعية في ذلك كالمنكوحة، وفي التأخير خطر بالموت فلم يتوقّف أمره على الرجعة.

وإن كان الطلاق بائناً أو قذفها بعد العدة الرجعية وإن أضافه إلى زمن الزوجية فلا لعان، بل يثبت الحد؛ لأنها ليست زوجة حينئذٍ، والحكم مرتّب على رمي الزوجة، ولأنّها حينئذٍ

١. تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٥٩ - ٦٠، ح ٢١٦.

٢. سنن الدارمي، ج ٢، ص ١٥٣ باختلاف يسير؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٧٩، ح ٢٢٦٣؛ سنن النسائي، ج ٦،

ص ١٧٩ - ١٨٠، ح ٣٤٧٨؛ المستدرک علی الصحیحین، ج ٢، ص ٥٦٦ - ٥٦٧، ح ٢٨٦٨.

- ولو قذفها بالسحق لم يثبت اللعان ولو ادّعى المشاهدة، ويثبت الحدّ.
- ولو قذف زوجته المجنونة ثبت الحدّ، ولا يقام عليه إلا بعد المطالبة، فإنّ أفادت صحّ اللعان. وليس لوليّها المطالبة بالحدّ ما دامت حيّة.

أجنبيّة فلا ضرورة إلى قذفها. نعم، لو كان هناك ولد يلحق به فله اللعان لنفيه؛ لمكان الحاجة إلى نفيه، كما في صلب النكاح، وسيأتي^١.

قوله: «ولو قذفها بالسحق لم يثبت اللعان ولو ادّعى المشاهدة، ويثبت الحدّ». لا إشكال في عدم ثبوت اللعان بذلك، لأنّه مشروط بالرمي بالزنى أو نفي الولد. وأمّا ثبوت الحدّ به؛ فلاّنه قذف بفاحشةٍ يوجب الحدّ كالزنى واللواط.

وفي باب الحدود حصر موجب الحدّ من القذف في الرمي بالزنى أو اللواط، وهو يقتضي عدم ثبوت الحدّ بالرمي بالسحق، بل التعزير خاصّةً، وبه صرح أبو الصلاح^٢ وقرّبه في المختلف^٣؛ لأصالة البراءة من وجوب الحدّ كما لو قذفه بإتيان البهائم. وهو متّجه؛ لأنّ النصّ لم يرد بالحدّ إلاّ على الرمي بالزنى واللواط^٤، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في بابه^٥.

قوله: «ولو قذف زوجته المجنونة ثبت الحدّ» إلى آخره.

إذا قذف المجنونة بالزنى، فإنّ أطلق أو نسبه إلى زمان إفاقتها وجب عليه الحدّ؛ لتحقّق القذف بالفاحشة المحرّمة، وإن نسبه إلى حال جنونها فلا حدّ؛ لانتفاء قذفها بالزنى المحرّم منها حينئذٍ.

ولو كانت المقدوفة عاقلةً حال القذف ولكن أضافه إلى حالة جنونها، فإن علم أنّ لها

١. يأتي في ص ٢٤٧.

٢. الكافي في الفقه، ص ٤١٨.

٣. مختلف الشيعة، ج ٩، ص ٢٨١، المسألة ١٤٠.

٤. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٨، ص ١٧٥-١٧٧، الباب ٢ و٣ من كتاب الحدود والتعزيرات.

٥. يأتي في ج ١٢، ص ١١٥.

● وكذا ليس للمولى مطالبة زوج أمته بالتعزير في قذفها. فإن ماتت قال الشيخ: له المطالبة. وهو حسن.

حالة جنونٍ أو احتمال فلا حد؛ لانتفاء الزنى المحرّم منها حينئذٍ، لكن يعزّر للإيذاء. وإن علم استقامة عقلها فمقتضى العبارة - كالأكثر - أنه كذلك؛ لتحقق القذف الصريح، فتُلغى الإضافة إلى تلك الحالة. ويحتمل العدم؛ لأنّه نسبه إلى الزنى في تلك الحالة، وإذا علم انتفاؤها لم تكن زانيةً، فيكون ما أتى به لغواً من الكلام ومحالاً، فأشبهه ما إذا قال: «زنيته وأنت رتقاء». والأصحّ الأوّل.

ثمّ الحدّ والتعزير يترتبان على مطالبتها في حال الصحة، فإن أفاقت وطالبت بالحدّ أو التعزير كان له أن يلاعن لإسقاطهما. وليس لوليّها المطالبة بهما ما دامت حيّة؛ لأنّ طريق إسقاطه من جانب الزوج بالملاعنة، وهي لا تصحّ من الولي.

قوله: «وكذا ليس للمولى مطالبة زوج أمته بالتعزير في قذفها» إلى آخره. لا فرق في عدم استحقاق المولى حقّ التعزير الثابت بقذف أمته بين كون القاذف زوجها وغيره، وإنّما خصّ الزوج؛ لأنّه محلّ البحث هنا.

هذا إذا كانت حيّة، أمّا إذا ماتت فهل ينتقل حقّه إلى المولى؟

قال الشيخ: نعم^١، واستحسنه المصنّف؛ لأنّ المولى بالنسبة إلى المملوك بمنزلة الوارث، وحقّ الحدّ والتعزير يورث كالمال.

وربما استشكل ذلك من حيث إنّ انتقاله إلى المولى إن كان بحقّ الملك اقتضى ثبوته له في حال الحياة وليس كذلك. وإن كان بحقّ الإرث فالمملوك لا يورث.

وردّ بأنّه حقّ ثبت بالقذف فلا وجه لسقوطه. ويكون السيّد أحقّ به لا على جهة الميراث بل لأنّه أولى من غيره. وبأنّه إنّما لا يورث عنه المال، أمّا غيره من الحقوق المختصة به فإنّه يورث عنه. وفي هذا الجواب نظر لا يخفى.

● السبب الثاني: إنكار الولد

ولا يثبت اللعان بإنكار الولد حتى تضعه لستة أشهر فصاعداً من حين وطئها، ما لم يتجاوز حملها أقصى مدة الحمل، وتكون موطوءةً بالعقد الدائم. ولو ولدته تامةً لأقل من ستة أشهر لم يلحق به، وانتفى بغير لعانٍ.

قوله: «السبب الثاني: إنكار الولد» إلى آخره.

إذا ولدت الزوجة الدائمة ولداً، فإن أمكن كونه منه وجب عليه إلحاقه به وحرّم عليه نفيه؛ لأنّ الولد لاحق شرعاً بالفراش. ولا فرق بين أن يجد ريباً تخيل إليه فساداً أو عدمه، ولا بين أن يشابه لونه وخلقه لون الأب وخلقه أو لون من يتهمها به وخلقه وعدمه.

وقد روي أنّ النبي ﷺ قال: «أبما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين»^١.

وإن علم انتفاءه عنه وجب عليه نفيه، حذراً من لحوق من ليس منه بسكوته. ثم على تقدير علمه بانتفائه عنه، إما أن يعلم ذلك ظاهراً كما يعلمه الزوج، بأن تلده لأقل من ستة أشهر من وقت العقد، أو بطول المسافة بينهما، بأن يتزوج المشرقي مغربيّةً فأنت بولد في وقت لا يمكن نسبته إلى الزوج، فينتفي بغير لعانٍ، أو يحتمل كونه منه مع علمه بعدمه بأن ولدته على فراشه بعد مضيّ أقل مدة الحمل من حيث التزويج، ولكن كان لوطنه لها أزيد من أقصى الحمل، فهو لاحق به ظاهراً؛ لكونها فراشاً بحيث يمكن إلحاقه به، وهو يعلم انتفاءه عنه فيجب عليه حينئذٍ نفيه باللعان.

وبهذا يحصل الفرق بين ولادتها له لدون أقل الحمل ولأزيد من أقصاه حيث حكم

١. سنن الدارمي، ج ٢، ص ١٥٣، باب من جحد ولده وهو يعرفه؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٧٩، ح ٢٢٦٣؛ سنن النسائي، ج ٦، ص ١٧٩ - ١٨٠، ح ٣٤٧٨؛ المستدرک علی الصحیحین، ج ٢، ص ٥٦٦ - ٥٦٧، ح ٢٨٦٨.

● أمّا لو اختلفا بعد الدخول في زمان الحمل تلاعنا.

بانتفائه في الأوّل بغير لعانٍ وسكت عن الآخر؛ لأنّه لا يعلم انتفاءه مطلقاً، بل قد يعلم كما لو غاب عنها مدّة تزيد على ذلك بحيث لا يمكن وصوله إليها عادةً، وقد لا يعلم إذا أمكن وطوّه لها.

وفي عباراتهم في تأدية الحكم في هذه الصورة قصور. ففي القواعد، أطلق انتفاء اللعان في صورتين^١.

وفي التحرير، حكم بانتفائه في الأولى كما هنا وبشوته في الثانية وأطلق^٢. وليس كذلك، بل الحقّ التفصيل كما ذكرناه.

وفي هذا الكتاب سكت عن هذه الصورة في النشر، ويظهر منه في أولها عدم اللعان مطلقاً.

واعلم أنّ اشتراط عدم نقصانه عن ستّة أشهر مختصّ بالولد التامّ، فلو وضعته لدونها غير تامّ اعتبر إمكان إلحاقه به عادةً ويختلف ذلك باختلاف حالاته. وتظهر الفائدة في انقضاء عدتها بوضعه لو كان قد طلقها، ثمّ أتت به في العدة ولم يلاعن فيها، فإنّه يثبت نسبه مع إمكانه وتبين بوضعه. وقد تقدّم في الطلاق ما يدلّ على وقت الإمكان^٣.

قوله: «أمّا لو اختلفا بعد الدخول في زمان الحمل تلاعنا».

إذا اختلفا في مدّة الحمل بعد الوطء، فقال الزوج: إنّها من حين الدخول أقلّ من ستّة أشهر أو أكثر من أقصى الحمل فلا يمكن لحوقه به، وأدعت كونها بين الطرفين وأنّه لاحق به، واشتبه حال الصادق منهما كان انتسابه إليه ممكناً، وقد ولد على فراشه فلا ينتفي إلاّ باللعان.

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٣.

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٢٧، الرقم ٥٥٠٣.

٣. تقدّم في ج ٧، ص ٤١٤ وما بعدها.

● ولا يلحق الولد حتّى يكون الوطاء ممكناً والزوج قادراً. فلو دخل الصبيّ لدون تسع فولدت لم يلحق به.

ولو كان له عشر فما زاد لحق به؛ لإمكان البلوغ في حقّه ولو نادراً.
ولو أنكر الولد لم يلاعن؛ إذ لا حكم للعان، ويؤخّر اللعان حتّى يبلغ ويرشد.
ولو مات قبل البلوغ أو بعده ولم ينكره، ألحق به، وورثته الزوجة والولد.

قوله: «ولا يلحق الولد حتّى يكون الوطاء ممكناً والزوج قادراً» إلى آخره.
قد عرفت أنّ شرط اللعان إمكان لحوق الولد به لولا اللعان، أمّا إذا لم يمكن فهو منفيّ بلا لعان. ولعدم الإمكان صور قد تقدّم بعضها، ومنها أن لا يكون الزوج صالحاً للتولّد، وإن قدر على الإيلاج كابن التسع فما دونها.

ويظهر من المصنّف والعلامة^١ وقبلهما الشيخ^٢ أنّ الإمكان يحصل باستكمال عشر سنين. وربما قيل بالاكْتفاء بالظن فيها ولو ساعةً واحدةً. ولا قاطع على شيءٍ منهما.
ثمّ إذا حكمنا بثبوت النسب لحصول الإمكان لا نحكم بسبب ذلك بالبلوغ؛ لأنّ النسب يثبت بالاحتمال، والبلوغ لا يكفي فيه الاحتمال. لكن لو قال: أنا بالغ بالاحتلام فله اللعان؛ لأنّ ذلك ممّا يرجع إليه فيه، ولا يعلم إلّا من قبله غالباً.

ثمّ إن مات قبل البلوغ شرعاً لحقه الولد وإن كان قد أنكره صغيراً، وإن بلغ فإن اعترف به أو لم ينكره ثبت نسبه، وإن أنكره عقيب البلوغ ولا عن انتفى عنه كغيره.

ويفهم من قوله «أو بعده ولم ينكره» أنّه لو أنكره لم يلحق به بمجرد إنكاره. وليس ذلك بمراد؛ لأنّ دلالة المفهوم ضعيفة، بل المراد من العبارة ما دلّت عليه بمنطوقها، وهو أنّه إذا لم ينكره بعد البلوغ يلحق به، وأمّا حكم ما لو أنكره فمسكوت عنه، واللازم فيه أن يرجع إلى القواعد المقرّرة سابقاً من أنّه متى أمكن إلحاقه به لا ينتفي عنه بدون اللعان، فإنكاره بعد البلوغ أحد جزئي السبب الموجب لنفيه، لإتمامه كما يفهمه مفهوم العبارة.

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٣.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٢١٣ - ٢١٤.

● ولو وطئ الزوج دبراً فحملت لحق به؛ لإمكان استرسال المنى في الفرج وإن كان الوطء في غيره.

وفائدة قوله «ولم ينكره» أنه لا عبرة لإنكاره قبل البلوغ أصلاً، ولا يترتب عليه لعان، وإنما يترتب على إنكاره بعده، فمتى لم ينكره بعده فالأمر على حاله، وإن أنكره ترتب عليه باقي الأحكام.

قوله: «ولو وطئ الزوج دبراً فحملت لحق به؛ لإمكان استرسال المنى في الفرج وإن كان الوطء في غيره».

قد تقدّم أن الوطء في الدبر بمنزلة الوطء في القبل بالنسبة إلى كثيرٍ من أحكام الوطء^١، ومنها إلحاق الولد، فإنه وإن لم يكن مجرى المنى الطبيعي إلى الرحم، لكن لقربه منه يمكن استرسال المنى في الفرج من غير شعور وإن كان نادراً. وظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم، وإلا فهو محلّ النظر.

وتحريم موضع الحكم فيه لا يخلو من خفاء؛ لأنّ ظاهر التعليل ما إذا وطئ دبراً وأنزل، ثم حملت على وجه يمكن تولّده من ذلك الوطء، فإنه لا ينتفي عنه إلا باللعان، بل لا يجوز له نفيه أيضاً بمجرد ذلك؛ لإمكان استرسال المنى إلى الفرج. وعلى هذا فلو وطئ دبراً ولم ينزل لم يلحق به فيما بينه وبين الله تعالى، ووجب عليه نفيه كما لو لم يطأ أصلاً.

ولكن يبقى فيه أنهم حكموا بأنه لو وطئ في الفرج ولم ينزل، ثم أتت بولدٍ يمكن تولّده من ذلك الوطء لحق به. وعلّوه بإمكان أن يسبقه منى ولا يشعر به، ومثل هذا يأتي مع الوطء في الدبر، إلا أنه على بُعد؛ لأنّ الماء المسترسل من غير شعور المنزل يكون قليلاً جداً، لا يمكن عادةً استرساله من الدبر إلى القبل على وجه يتولّد منه، إلا أن إلحاق الوطء في الدبر بالوطء في القبل يقتضي ذلك.

والتعليل المذكور مجرد توجيه للإمكان، وليس هو مستند الحكم.

وبالجملة فالاستبعاد في الجميع قائم والإمكان مشترك، وإن كانت مراتبه متفاوتة.

١. تقدّم في ج ٦، ص ٦٥٣؛ وج ٧، ص ٣٧٩ وما بعدها.

● ولا يلحق ولد الخصيَّ المجبوب على تردّد. ويلحق ولد الخصيَّ أو المجبوب. ولا ينتفي ولد أحدهما إلا باللعان؛ تنزيلاً على الاحتمال وإن بعد.

قوله: «ولا يلحق ولد الخصيَّ المجبوب على تردّد. ويلحق ولد الخصيَّ أو المجبوب» إلى آخره.

من لم يسلم ذكره وأنثياه، فإمّا أن يفقدهما جميعاً، أو يفقد الذكر دون الأنثيين، أو بالعكس:

ففي الأول: لا يلحقه الولد في ظاهر المذهب. ولا يحتاج إلى اللعان؛ لأنّه لا ينزل، ولم تجر العادة بأن يخلق لمثله ولد. وربما قيل بإلحاقه به؛ لأنّ معدن الماء الصلب وأنّه ينفذ في ثقبه إلى الظاهر، وهما باقيان.

وفي الثاني: يلحق به قطعاً؛ لوجود أوعية المنّي وما فيها من القوّة المحيلة للدم، والذكر آلة توصل الماء إلى الرحم بواسطة الإيلاج، وقد يفرض وصول الماء بغير إيلاج، كالمساحقة مع عدم وصول الهواء إلى الماء أو مطلقاً.

وفي الثالث: يلحقه أيضاً على ما اختاره الشيخ^١ والمصنّف من غير تردّد؛ لأنّ آلة الجماع باقية، وقد يبلغ في الإيلاج فيلتذّ وينزل ماءً رقيقاً.

وإدارة الحكم على الوطء وهو السبب الظاهر أولى من إدارته على الإنزال الخفيّ، ولأنّه سبب الفراش.

وقيل: لا يلحق هنا؛ لأنّ التولّد موقوف على تولّد المنّي، ومحلّه الخصيتان^٢. وهذا هو الغالب، لكن لا ينفي الولد وإن بعد.

وقول المصنّف «تنزيلاً على الاحتمال وإن بعد» تعليل لهذا القسم؛ لأنّه هو الفرض البعيد المختلف فيه، دون الخصيَّ خاصّة، وإن كان بحثه فيهما معاً؛ لأنّ ذلك لا إشكال فيه.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٢١٤ - ٢١٥.

٢. العزيز شرح الوجيز، ج ٩، ص ٤٠٩؛ وراجع أيضاً المجموع شرح المهذب، ج ١٩، ص ٥٠.

● وإذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعدار لم يكن له إنكاره بعد ذلك، إلا أن يؤخر بما جرت العادة به كالسعي إلى الحاكم. ولو قيل: له إنكاره ما لم يعترف به كان حسناً.

ولو أمسك عن نفي الحمل حتى وضعت جاز له نفيه بعد الوضع على القولين؛ لاحتمال أن يكون التوقف لتردده بين أن يكون حملاً أو ريحاً.

قوله: «وإذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعدار» إلى آخره. إذا أتت امرأته بولد، فإن أقرّ بنسبه لم يكن له النفي بعد ذلك؛ لأنّ للمولود حقاً في النسب، فإذا أقرّ [به] فقد التزم تلك الحقوق، ومن أقرّ بما يوجب عليه حقاً من حقوق الأدميين لم يتمكّن من الرجوع عنه.

وإن لم يقرّ بنسبه وأراد نفيه ففي كونه على الفور أو التراخي قولان:

أحدهما - وهو المشهور - أنّ حقّ النفي على الفور؛ لأنّه خيار يثبت لدفع ضررٍ متحقّق فيكون على الفور، كالردّ بالعيب. ولأنّ الولد إذا كان منفياً عنه وجب إظهار نفيه؛ حذراً من استلحاق من ليس منه كما مرّ، وقد تعرض بالتأخير عوارض مانعة منه كالموت فجأة، فيفوت التدارك، وتختلط الأنساب، وذلك ضرر يجب التحرّز منه على الفور، ولأنّه لو لا اعتبار الفور أدى إلى عدم استقرار الأنساب.

والثاني - وهو الذي اختاره المصنّف - أنّه لا يشترط وقوعه على الفور؛ لأصالة عدم الاشتراط، ولوجود المقتضي للعان وهو نفي الولد وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلاّ السكوت، وهو أعمّ من كونه إقراراً فلا يدلّ عليه، ولأنّ أمر النسب خطير وقد ورد الوعيد في نفي من هو منه وفي استلحاق من ليس منه^١، وقد يحتاج إلى نظر وتأمل، فوجب أن يكون له مهلة فيه. وهذا أقوى.

١. راجع وسائل الشريعة، ج ٢١، ص ٥٠٦ - ٥٠٧، الباب ١٠٧ من أبواب أحكام الأولاد؛ وراجع أيضاً سنن الدارمي، ج ٢، ص ١٥٣؛ وسنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٧٩ ح ٢٢٦٣؛ وسنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٩١٦ ح ٢٧٤٤.

وظاهر المصنّف عدم التحديد بمدّة. وعليه فلا يسقط إلا بالاعتراف به أو بالإسقاط. وإذا قلنا بأنه على الفور، فلو أخره بلا عذرٍ سقط حقه ولزمه الولد. وإن كان معذوراً، بأن لم يجد الحاكم أو تعذر الوصول إليه أو بلغه الخبر ليلاً فأخر حتى يصبح، أو حضرته الصلاة فقدّمها أو أحرز ماله أولاً، أو كان جائعاً أو عارياً فأكل أو لبس أولاً، أو كان محبوساً أو مريضاً أو ممرّضاً لم يبطل حقه. وهل يجب عليه الإشهاد على النفي؟ وجهان. وقد سبق له نظائر كثيرة.

ولو أمكن المريض والممرّض أن يرسل إلى الحاكم ويعلمه بالحال، أو يستدعي منه أن يبعث إليه نائباً من عنده، فلم يفعل بطل حقه؛ لأنّ مثل هذا متيسّر له. ومثله ملازم غريمه، ومن يلازمه غريمه.

وأما الغائب، فإن كان في الموضع -الذي غاب إليه- قاضٍ، ونفى الولد عند وصول خبره إليه عنده فذاك. وإن أراد التأخير إلى أن يرجع إلى بلده ففي جوازه وجهان، من منافية الفوريّة اختياراً، ومن أنّ للتأخير غرضاً ظاهراً، وهو الانتقام منها بإشهار^١ خبرها في بلدها وقومها. وحينئذٍ فإن لم يمكنه المسير في الحال -لخوف الطريق ونحوه- فينبغي أن يشهد، وإن أمكنه فليأخذ في السير، فإن أخر بطل حقه. وإن لم يكن هناك قاضٍ فالحكم كما لو كان وأراد التأخير إلى بلده وجوّزناه.

ومن الأعذار المسوّغة للتأخير على القول بالفوريّة ما لو ظهر حمل، فإنّه يجوز له أن يؤخر نفيه إلى الوضع؛ فإنّ المتوهّم حملاً قد يكون ريحاً فتنفش. فلو صبر إلى أن انفصل الولد فقال: أخرت إلى أن أتحقّق الحال فله النفي. وإن قال: عرفت أنّه ولد ولكن أخرت طمعاً في أن تجهض فلا أحتاج إلى كشف الأمر ورفع الستر، ففيه وجهان:

أحدهما: أنّه يبطل حقه؛ لتأخير النفي مع القدرة عليه ومعرفة الولد، فصار كما لو سكت

١. في «خ»: «باشتار» بدل «باشهار».

● ومتى أقرّ بالولد صريحاً أو فحوى لم يكن له إنكاره بعد ذلك، مثل أن يبشّر به فيجب بما يتضمّن الرضى كأن يقال له: «بارك الله لك في مولودك» فيقول: «آمين» أو «إن شاء الله» أما لو قال مجيباً: «بارك الله فيك» أو «أحسن الله إليك» لم يكن إقراراً.

عن نفيه بعد انفصاله طمعاً في أن يموت.

والثاني: أن له النفي؛ لأنّ مثل هذا عذر واضح في العرف، ولأنّ الحمل لا يتيقّن صرفاً، فلا أثر لقوله: عرفت أنّه ولد. وهذا لا يخلو من قوّة.

ومن الأعذار ما لو آخر وقال: إنّي لم أعلم أنّها ولدت وكان غائباً أو حاضراً بحيث يمكن ذلك في حقّه، ويختلف ذلك بكونه في محلّة أخرى أو في محلّتها أو في دارها أو في دارين. ولو قال: أخبرت بالولادة ولكن لم أصدّق المخبر، نُظر وإن أخبره فاسق أو صبي صدّق بيمينه وعذر. وإن أخبره عدلان لم يعذر؛ لأنّهما مصدّقان شرعاً.

وإن أخبره عدل، حرّ أو عبد، ذكر أو أنثى، ففيه وجهان:

أحدهما: أنّه يُصدّق ويعذر؛ لأنّه أخبره من لا يثبت بشهادته الحقّ.

والثاني: أنّه لا يصدّق ويسقط حقّه؛ لأنّ روايته مقبولة، وهذا سبيله سبيل الأخبار.

ولو قال: عرفت الولادة ولم أكن أعلم أنّ لي حقّ النفي، فإن كان ممّن لا يخفى عليه ذلك عادة لم يقبل. وإن أمكن بأن كان حديث العهد بالإسلام، أو ناشئاً في بادية بعيدة عن أهل الشرع قبل. وإن كان من العوام الناشئين في بلاد الإسلام فوجهان، أجودهما القبول بيمينه مع إمكان صدقه.

قوله: «ومتى أقرّ بالولد صريحاً أو فحوى لم يكن له إنكاره بعد ذلك» إلى آخره.

قد عرفت أنّ الإقرار بالولد يوجب الالتزام به، ولا يجوز إنكاره بعده؛ لأنّه حقّ آدمي.

ثمّ الإقرار قد يكون صريحاً وهو ظاهر. وقد يكون فحوى، مثل أن يهنأ به وقيل له: «بارك الله لك في مولودك» أو «متّعك الله به» أو «بالولد الذي رزقك الله» أو «جعلك لك

● وإذا طلق الرجل وأنكر الدخول، فادّعتّه وادّعت أنّها حامل منه، فإن أقامت بيّنة أنّه أرخى سترها لا عنها وحرمت عليه وكان عليه المهر. وإن لم تقم بيّنة كان عليه نصف المهر ولا لعان وعليها [الحدّ] مائة سوط.
وقيل: لا يثبت اللعان ما لم يثبت الدخول وهو الوطء، ولا يكفي إرخاء الستر، ولا يتوجّه عليه الحدّ؛ لأنّه لم يقذف، ولا أنكر ولدأ يلزمه الإقرار به. ولعلّ هذا أشبه.

ولدأ صالحاً» أو «هنّئت به فارساً» فقال: «آمين» أو «استجاب الله دعاك».

ولو أجاب بما لا يتضمّن الإقرار، كقوله: «بارك الله فيك» أو «أحسن الله إليك» أو «جزاك الله خيراً» أو «بشرك الله بالخير» أو «أسمعك ما يسرّك» أو «رزقك مثله» لم يبطل حقّه من النفي؛ لأنّه لا يتضمّن الإقرار، بل الظاهر أنّه قصد مكافاة الدعاء بالدعاء، خصوصاً الجواب الأخير.

وقال بعض العامّة: هو إقرار كالسابق^١. وضعفه ظاهر.

قوله: «وإذا طلق الرجل وأنكر الدخول، فادّعتّه وادّعت أنّها حامل منه» إلى آخره.

القول الأوّل للشيخ في النهاية^٢. ومستنده صحيحة عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها فادّعت أنّها حامل، قال: «إن أقامت البيّنة على أنّه أرخى سترها ثمّ أنكر الولد لا عنها ثمّ بانت منه، وعليه المهر كملأ»^٣.
فقد دلّت هذه الرواية على أنّه بتقدير إقامة البيّنة بإرخاء الستر يلزم ثلاثة أشياء: اللعان، والتحرّيم، ووجوب المهر؛ عملاً بظاهر حال الصحيح عند الخلوة بالحليلة وعدم المانع من الوطء، فيثبت المهر واللعان، ويترتب عليه التحريم.

١. الحاوي الكبير، ج ١١، ص ١٥٣؛ حلية العلماء، ج ٧، ص ٢٣٦؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٩، ص ٥١. المسألة ٦٢٧٦.

٢. النهاية، ص ٥٢٣.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٦٥، باب اللعان، ح ١٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٣، ح ٦٧٧.

● ولو قذف امرأته ونفى الولد وأقام بيّنةً سقط الحدّ، ولم ينتف الولد إلا باللعان.

وعلى تقدير عدم إرخاء الستر أثبت الشيخ ثلاثة أحكام: وجوب نصف المهر، ونفي اللعان - وهما لازمان لعدم الدخول - ووجوب الحدّ عليها كلاً.

وهذا لا يظهر من الرواية. قال المصنّف (رحمه الله): ولم نظفر بمستنده^١.

ولو علّل باعترافها بالوطء والحمل، وعدم ثبوت السبب المحلّل الذي ادّعته فهذا لا يستلزم كونه عن زنى؛ لأنّه أعمّ، ولا يلزم من انتفاء السبب الخاصّ المحلّل انتفاء غيره من الأسباب وإن لم تدّعه.

والقول الثاني لابن إدريس^٢، واختاره المصنّف والعلامة^٣.

ووجهه أنّ فائدة اللعان من الزوج إمّا نفي ولدٍ يحكم بلحوقه شرعاً، وهو موقوف على ثبوت الوطء لتصير فراشاً ولم يحصل، وإمّا لنفي حدّ القذف عنه ولم يقذف، وإمّا لإثبات حدّ على المرأة، وهو هنا منتفٍ بالشبهة. ويلزمه ثبوت نصف المهر خاصّةً؛ لما تقدّم من أنّ الخلوة لا توجب المهر كلاً. وهذا متوجّه، إلا أنّ الرواية صحيحة، فردّها مطلقاً مشكل.

قوله: «ولو قذف امرأته ونفى الولد وأقام بيّنةً سقط الحدّ، ولم ينتف الولد إلا باللعان». إذا قذف امرأته بالزنى ونفى ولدها فقد جمع بين السببين الموجبين للعان، فثبت عليه الحدّ للقذف وله إسقاطه باللعان، وأمّا الولد فلا ينتفي بدونه؛ لأنّ زنى الزوجة لا ينفي الولد عن الفراش. فإن لاعن لهما سقط الحدّ وانتفى الولد. وإن لاعن لأحدهما خاصّةً ترتّب عليه حكمه وبقي الآخر. فإن أقام بيّنةً بزناها سقط عنه حدّ القذف؛ لسقوط إحصانها، ويعزّر للإيذاء بتجديد ذكر الفاحشة.

وهل له إسقاطه باللعان؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنّه يلاعن؛ دفعاً للعقوبة، ولقطع النكاح، ودفع العار.

١. نكت النهاية، ج ٢، ص ٤٥٦.

٢. السرائر، ج ٢، ص ٧٠٢.

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٤.

● ولو طَلَّقها بائناً، فأنت بولد يلحق به في الظاهر لم ينتف إلا باللعان.
ولو تزوّجت وأنت بولد لدون ستّة أشهر من دخول الثاني، ولتسعة أشهر فما دون من فراق الأوّل لم ينتف عنه إلا باللعان.

والثاني: المنع، وهو الذي اختاره الشيخ في المبسوط^١؛ لأنّ اللعان لإظهار الصدق وإثبات الزنى، والصدق ظاهر، والزنى ثابت، فلا معنى للعان. وأيضاً فإنّ التعزير هنا للسبّ والإيذاء، فأشبهه قذف الصغيرة التي لا توطأ مثلها.

ومثله ما لو ثبت زناها باعترافها. والأجود هنا عدم اللعان، فيعزّر ويلاعن لنفي الولد.
قوله: «ولو طَلَّقها بائناً، فأنت بولد يلحق به في الظاهر لم ينتف إلا باللعان. ولو تزوّجت وأنت بولد لدون ستّة أشهر» إلى آخره.

قد تقدّم في أحكام الأولاد^٢ أنّ ولد المطلقة يلحق بالمطلق متى أمكن كونه منه؛ لكونها فراشاً له وإن زال، إلا أن يعارضه فراش جديد يمكن إحقاقه به. فإذا ولدت لأقصى الحمل فما دون من وطء المطلق ولم يكن تزوّجت أو تزوّجت ولم يمض لها أقلّ الحمل من وطء الثاني، ألحق بالأوّل، ولم ينتف عنه إلا باللعان، كما لو نفاه في صلب النكاح. ولا يقدح فيه زوال الزوجيّة؛ إذ لا طريق إلى نفي الولد اللاحق به ظاهراً بدونه، بخلاف ما لو قذفها بعد البينونة، فإنّه يحذّر ولا لعان؛ عملاً بظاهر قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ»^٣. وهي الآن ليست زوجةً.

ولبعض العامة قول بنفي اللعان في الحالين؛ لانتفاء الزوجيّة التي هي مناط اللعان^٤. وله وجه.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٢٢١.

٢. تقدّم في ج ٧، ص ٨٥-٨٦.

٣. النور (٢٤): ٦.

٤. في حاشية «و»: «هو أبو حنيفة». راجع الحاوي الكبير، ج ١١، ص ٣٥.

الركن الثاني في الملاعن

● ويعتبر كونه بالغاً عاقلاً. وفي لعان الكافر روايتان، أشهرهما أنه يصح. وكذا القول في المملوك.

قوله - في الملاعن -: «ويعتبر كونه بالغاً عاقلاً. وفي لعان الكافر روايتان، أشهرهما أنه يصح. وكذا القول في المملوك».

لا إشكال في اعتبار بلوغ الملاعن وعقله؛ لأنّ عبارة الطفل والمجنون مسلوقة الاعتبار شرعاً؛ لرفع القلم عنهما^١. ولأنّ اللعان إمّا شهادات أو أيمان، والطفل والمجنون ليسا من أهل الشهادة ولا اليمين، ولا يقتضي قذفهما اللعان بعد البلوغ والإفاقة. نعم، يعزّر المميّز على القذف.

وأما اشتراط الإسلام فنفاه الأكثر، وجوزوا لعان الكافر؛ لعموم آيات اللعان^٢، وأصالة عدم الاشتراط.

وخالف في ذلك ابن الجنيد فشرط إسلام المتلاعنين معاً^٣؛ نظراً إلى أنّه شهادات، والكافر ليس من أهلها. ويضعّف بمنع كونه شهادات محضّة، بل هو إلى الأيمان أقرب. وسيأتي تحقيقه.

وأما قول المصنّف: إنّ في لعان الكافر روايتين بالجواز والمنع، فلم نقف عليهما بالخصوص. وربما حمله بعضهم على أنّ الروايتين في لعان الكافر مطلقاً الشامل للرجل

١. كما ورد في الخبر. راجع الخصال، ص ٩٤، باب الثلاثة، ح ٤٠؛ وسنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٥٨، ح ٢٠٤١؛

وسنن أبي داود، ج ٤، ص ١٤١، ح ٤٤٠٢ و ٤٤٠٣.

٢. النور (٢٤): ٦-٩.

٣. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٤١، المسألة ٩٣.

والمرأة، فإن الروايات المختلفة إنما وردت في لعان الكافرة^١.

وفيه: أن البحث هنا في الملعن دون الملعنة، وسيأتي البحث فيها بخصوصها وفي شرائطها^٢.

ويمكن أن تجعل الأخبار الدالة على صحة لعان الكافرة وعدمه دالاً على مثله في الزوج الكافر، من حيث إن وجه المنع كونه شهادة وهي مشتركة بينهما. ويتصور لعان الكافر فيما إذا كان الزوجان ذميين فترافعا إلينا.

ويمكن فرض الزوجة مسلمة والزوج كافراً فيما إذا أسلمت وأتت بولد يلحقه شرعاً، فأنكره.

وقوله «وكذا [القول في] المملوك» يظهر منه أن في لعانه روايتين، وأن الأشهر الصحة. وليس كذلك، بل فيه روايات بالصحة، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: أنه سئل عن عبدٍ قذف امرأته، قال: «يتلاعنان كما يتلاعن الأحرار»^٣.

وحسنة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الحرّ بينه وبين المملوكة لعان، فقال: «نعم»، وبين المملوك والحرّة، وبين العبد وبين الأمة، وبين المسلم واليهودية والنصرانية^٤.

وليس فيه رواية بالمنع، ولا به قائل معلوم، وابن الجنيد المانع من لعان الكافر

١. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٤١٩ وما بعدها، الباب ٥ من أبواب كتاب اللعان، ح ٢، ٤، ٦، ١١، ١٥.

٢. يأتي في ص ٢٥٦ وما بعدها.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٦٥، باب اللعان، ح ١٤: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٨، ح ٦٥١: الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٣، ح ١٣٣٠.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٦٤، باب اللعان، ح ٧: تهذيب الأحكام، ج ١٨، ص ١٨٨، ح ٦٥٢: الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٣، ح ١٣٣١.

● ويصح لعان الأخرس إذا كان له إشارة معقولة، كما يصح طلاقه وإقراره. وربما توقّف شاذّ منّا؛ نظراً إلى تعذّر العلم بالإشارة. وهو ضعيف؛ إذ ليس حال اللعان بزائد عن حال الإقرار بالقتل. ولا يصحّ اللعان مع عدم النطق وعدم الإشارة المعقولة.

صرّح بعدم اشتراط الحرّيّة فيهما^١.

والأولى أن يريد بقوله «وكذا القول في المملوك» مجرد تشبيه الحكم بالصحة من دون أن يشير إلى الخلاف.

قوله: «ويصحّ لعان الأخرس إذا كان له إشارة معقولة، كما يصحّ طلاقه وإقراره. وربما توقّف شاذّ منّا» إلى آخره.

الأخرس إن لم يكن له إشارة مفهومة ولا كتابة لم يصحّ قذفه ولا لعانه ولا سائر تصرّفاته اتفاقاً؛ لتعذّر الوقوف على ما يريده.

وإن كان له إشارة فالمشهور صحة قذفه ولعانه، كما يصحّ بيعه ونكاحه وطلاقه وغيرها، بل أولى؛ لأنّ اللعان ممّا تدعو إليه الضرورة، وليس كالشهادات حيث لا تقبل من الأخرس عند بعضهم^٢؛ لأنّ المغلّب في اللعان معنى الأيمان دون الشهادات. وأيضاً فإنّ الشهادة يقوم بها الناطقون، فلا ضرورة إلى أن يتحمّلها الأخرس، واللعان مختصّ بالأزواج، فإذا كان الزوج أخرس لم يكن بدّ من تصحيحه منه ليتأدّى به هذا الغرض المطلوب، بل الواجب على بعض الوجوه.

وعلى ما سيأتي من مذهب أصحابنا من قبول شهادة الأخرس^٣ فلا إشكال. واستدلّ عليه الشيخ بعموم الآية وإجماع الفرقة وأخبارهم^٤.

١. حكاها عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٤١، المسألة ٩٣.

٢. الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٤٣؛ حلية العلماء، ج ٨، ص ٢٤٦؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢١٩.

٣. يأتي في ج ١١، ص ٣٨٩.

٤. الخلاف، ج ٦، ص ٢٦٨، المسألة ١٧ و١٨.

وخالف في ذلك ابن إدريس فقال:

لا أقدم على أن الأخرس المذكور يصح لعانه؛ لأنَّ أحدًا من أصحابنا غير من ذكرنا - وعنى به الشيخ في المبسوط والخلاف حيث أجازهُ^١ - لم يوردها في كتابه، ولا وقفت على خبر بذلك ولا إجماع عليه، والقائل بهذا غير معلوم، والتمسك بالآية بعيد؛ لأنَّه لا خلاف أنَّه غير قاذفٍ ولا رامٍ على الحقيقة، فالنطق منه بالشهادات في حال اللعان متعذر والأصل براءة الذمَّة، واللعان حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليلٍ شرعي. وأيضاً لو رجع عن اللعان عند من جوزه له وجب عليه الحدّ، والرسول ﷺ قال: «ادروا الحدود بالشبهات»^٢ ومن المعلوم أنَّ في إيمانه وإشارته بالقذف شبهة هل أراد به القذف أو غيره؟ وهو غير معلوم يقيناً بلا خلاف.

ثمَّ قال:

فإن قلنا يصحّ منه اللعان كان قوياً معتمداً؛ لأنَّه يصحّ منه الإقرار والأيمان وأداء الشهادات وغير ذلك من الأحكام^٣.

وهذا الكلام يدلّ على اضطرابه في الفتوى وتردّده فيها، ومن ثمَّ قال المصنّف (رحمه الله) «وربما توقّف فيه شاذّ منّا» إلى آخره.

وأشار المصنّف إلى جوابه بأنَّ إشارته مقبولة فيما هو أقوى من اللعان - كالإقرار بالقتل وغيره - إجماعاً، فليكن في اللعان كذلك. والمفروض أنَّ إشارته مفهومة للمطلوب، وإلّا سلّمنا عدم صحّته. وحينئذٍ فما استند إليه من عدم العلم بإشارته في القذف والشهادة خلاف الفرض.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٢١٥ - ٢١٦؛ الخلاف، ج ٥، ص ١٢، المسألة ٨.

٢. الفقيه، ج ٤، ص ٧٤ ح ٥١٤٩.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٧٠١ - ٧٠٢.

ودعوى الاتفاق على أنه غير قاذفٍ ولا رامٍ فاسدة؛ إذ القذف مرجعه إلى الرمي، فإنَّ معناه لغةً الرمي^١، وهو غير مختصّ بلفظ، بل بما دلَّ على الرمي بالزنى في معرض التعبير.

نعم، يمكن أن يفرّق بين الإقرار وغيره من العقود والمعاملات من الأخرس وبين اللعان، من حيث إنّه يتعيّن فيه تأديبه بلفظ الشهادة واللعن والغضب، والإشارات لا ترشد إلى تفصيل الصيغ وإن أدّت معناها، وإنما يتوجّه أن يصحّ منه ما لا يختصّ بصيغة، فلا يمنع إقامة الإشارة منه مقام العبارة المؤدّية له دون ما يختصّ. وما يظهر من اختصاص النكاح والبيع ونحوهما من العقود اللازمة بصيغ خاصّة فليس المقصود منها إلا ما دلَّ على المطلوب صريحاً؛ إذ لا نصّ على الاختصاص، فإذا أفادت إشارة الأخرس ذلك كفت.

ويمكن الجواب بأنّه قد علم من الشارع الاكتفاء بإشارته فيما علم منه إرادة صيغة خاصّة، كتكبيرة الإحرام في الصلاة وقراءة الفاتحة ونحوهما من الأذكار المتعيّنة^٢، فليكن هنا كذلك. إلا أنّ الفرق بين الأمرين لائح.

وبالجملة فالقول بوقوع اللعان من الأخرس هو المذهب، وإن كان الشكّ فيه منقداً. واعلم أنّه كما يمكن وقوع القذف واللعان معاً من الأخرس يمكن وقوع القذف منه صحيحاً ثمّ يعرض له الخرس قبل اللعان، ومعه يزول الإشكال الذي عرض لابن إدريس من عدم تحقّق القذف والرمي منه، ويبقى الكلام في اللعان خاصّةً، وهو منحصر في الشهادة أو اليمين، وكلاهما يقع من الأخرس.

١. لسان العرب، ج ٩، ص ٢٧٦، «قذف».

٢. الكافي، ج ٣، ص ٣١٥، باب قراءة القرآن، ح ١٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٥، ص ٩٣، ح ٣٠٥.

● ولو نفى ولد المجنونة لم ينتف إلا باللعان. ولو أفاقت فلاغت صح، وإلا كان النسب ثابتاً والزوجية.

● ولو أنكر ولد الشبهة انتفى عنه، ولم يثبت اللعان.

ولو كان يُحسن الكتابة فهي من جملة إشاراته، بل ربما كانت أوضح، فإذا لاعن بالكتابة وأشار بما يدل على كان أكمل. وليكتب 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 بإشارتي» قبل قوله فيما عليه حتى يلحقه النسب ويلزمه الحد، ولا يقبل فيما له حتى لا ترتفع الفرقة ولا التحريم المؤبد. وله أن يلاعن في الحال لإسقاط الحد ولنفي النسب إذا لم يمض من الزمان ما يسقط فيه حد النفي، ولو قال: «لم أرد القذف أصلاً» لم يقبل قوله؛ لأن إشارته أثبتت حقاً لغيره.

قوله: «ولو نفى ولد المجنونة لم ينتف إلا باللعان. ولو أفاقت فلاغت صح، وإلا كان النسب ثابتاً والزوجية».

لما كان حكم الولد أن يلحق بالفراش بالنص^١ والإجماع إلى أن يدل دليل على انتفائه عنه لم يفرق في ذلك بين ولد العاقلة والمجنونة؛ لاشتراكهما في المقتضي للإلحاق. ولما كان اللعان مشروطاً بكمال الملعن انتظر زوال المانع من جهتها، فإن أفاقت لاعنته وإلا فلا سبيل إلى نفيه.

وكذا لو عرض له الجنون بعد نفيه وقبل اللعان.

قوله: «ولو أنكر ولد الشبهة انتفى عنه، ولم يثبت اللعان».

الموطوءة بالشبهة لاتصير فراشاً للواطئ بحيث يلحق به الولد بمجرده، بل يتوقف

١. الكافي، ج ٥، ص ٤٩١، باب الرجل يكون لها الجارية...، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٦٨، ح ٥٨٧؛

الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦٧، ح ١.

● وإذا عرف انتفاء الحمل - لاختلال شروط الالتحاق أو بعضها - وجب إنكار الولد واللعان؛ لثلاً يلتحق بنسبة من ليس منه.
ولا يجوز إنكار الولد للشبهة، ولا للظن، ولا لمخالفة صفات الولد صفات الواطئ.

لحوقه على اعترافه به، أو اعترافه بأنه لم يطأها - في ذلك الوقت الذي يمكن إلحاق الولد به فيه - غيره؛ لأن ذلك يستلزم كونه منه أيضاً، وهو في قوة الاعتراف به فيلحق به، وإلا فلا.
قوله: «وإذا عرف انتفاء الحمل - لاختلال شروط الالتحاق أو بعضها - وجب إنكار الولد واللعان» إلى آخره.

اختلال شروط إلحاق الولد قد يظهر للزوج وغيره، بأن ولدته بعد تزويجه بها كاملاً لأقل من ستة أشهر، فينتفي عنه حينئذٍ وإن لم ينفه، ولا يفتر إلى اللعان.
وقد يظهر للزوج خاصةً، كما لو ولدته لستة أشهر فصاعداً من حين التزويج وخلوته بها، ولكنه لم يدخل بها فيما بينه وبين الله تعالى في وقت يمكن إلحاقه به.
وفي هذا القسم يحكم بلحوقه به ظاهراً، ولا ينتفي عنه إلا باللعان؛ لأنها فراش والولد لاحق بالفراش.

ويجب عليه في هذا القسم نفيه، ولعانها لأجل ذلك؛ حذراً من أن يلحق بنسبة من ليس منه، ويترتب عليه حكم الولد في الميراث والنكاح ونظر محارمه، وغير ذلك من المحذورات التي لا ترتفع إلا بنفيه.

وربما قيل بعدم وجوب نفيه^١، وإنما يحرم التصريح باستلحاقه كذباً دون السكوت عن النفي، وذلك لأن في اقتحام اللعان شهرة وفضيحة يصعب احتمالها على ذوي المروءات، فيبعد إيجابه.

ولا فرق بين أن يتيقن مع ذلك أنها زنت وعدمه، بأن جوّز كونه من زوج آخر قبله أو

وطء شبهة، وإن حرم قذفها في الثاني؛ لأنَّ الغرض نفي الولد ورفع استلحاقه به، سواء كان لاحقاً بغيره في نفس الأمر أم لا.

ولو اجتمعت شروط الإلحاق، بأن ولدته في المدة التي بين أقلِّ الحمل وأكثره من حين وطئه لحق به ظاهراً، وحرم عليه نفيه وإن استتراب به، بل وإن حَقَّق زناها، أو جاء الولد مخالفاً له في الخلق والخلق، بل مشابهاً لمن اتَّهمها به، أو حَقَّق زناه بها؛ لأنَّ الولد شرعاً لاحق بالفراش، والعرق نزاع، وقد روي أنَّ رجلاً قال للنبي ﷺ: إنَّ امرأتي ولدت غلاماً أسود، فقال: «هل لك من إبل؟» قال: نعم، قال: «ما لونها؟» قال: حمر، قال: «هل فيها أورك؟» قال: نعم، قال: «أنتى ترى ذلك؟» قال: نزع عرق، قال: «فلعلَّ هذا نزع عرق؟»^١

وروى عبد الله بن سنان عن بعض أصحابنا، عن أبي جعفر ﷺ قال: «أتى رجل من الأنصار إلى رسول الله ﷺ فقال: هذه ابنة عمي وامرأتي لا أعلم إلا خيراً، وقد أتتني بولد شديد السواد، منتشر المنخرين، جعد، ققط، أفتس الأنف، لا أعرف شبهه في أحوالي ولا في أجدادي، فقال لامرأته: ما تقولين؟ قالت: لا والذي بعثك بالحق نبياً ما أقعدت مقعده مني منذ ملكني أحداً غيره، قال: فنكس رسول الله ﷺ رأسه ملياً، ثم رفع بصره إلى السماء، ثم أقبل على الرجل فقال: «يا هذا، إنه ليس من أحد إلا بينه وبين آدم تسعة وتسعون عرقاً تضرب في النسب، فإذا وقعت النطفة اضطربت تلك العروق تسأل الله الشبه بها، فهذا من تلك العروق التي لم تدركها أجدادك، خذي إليك ابنك» فقالت المرأة: فرَّجت عنِّي يا رسول الله^٢.

١. الأورق من الإبل: الذي في لونه بياض إلى سواد. الصحاح، ج ٤، ص ١٥٦٥، «ورق».

٢. صحيح البخاري، ج ٥، ص ٢٠٣٢، ح ٤٩٩٩؛ ج ٦، ص ٢٥١١-٢٥١٢، ح ٦٤٥٥، وص ٢٦٦٧-٢٦٦٨، ح ٦٤٥٥؛

صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٣٧-١١٣٨، ح ١٥٠٠/٢٠؛ سنن النسائي، ج ٦، ص ١٧٨، ح ٣٤٧٥.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٥٦١، باب نوادر، ح ٢٣.

الركن الثالث في الملاعنة

● ويعتبر فيها البلوغ وكمال العقل، والسلامة من الصمم والخرس.

قوله - في الملاعنة -: «ويعتبر فيها البلوغ وكمال العقل، والسلامة من الصمم والخرس». مقتضى العبارة أن السلامة منهما معاً شرط في صحة لعانها مطلقاً، فلو كانت متصفاً بأحدهما خاصة صح لعانها؛ لأن الشرط - وهو السلامة منهما - حاصل.

وقد تقدّم في باب التحريم من النكاح^١ أن أحدهما كافٍ في تحريمها مع القذف، ففي الفتوى اختلاف في الموضوعين، مع إمكان تكلف الجمع بينهما بحمل هذه على تلك. وقد تقدّم المختار في ذلك ثم^٢.

ومقتضى هذه العبارة أيضاً أنه لا يصح لعانها للقذف ولا لنفي الولد؛ لأنه جعل السلامة منهما معاً شرطاً في صحة لعانها مطلقاً الشامل لذلك، وفيما تقدّم جعل قذفها موجباً لتحريمها بغير لعان^٣، فنفي الولد غير داخل فيه؛ لأن للعان سببين - كما تقدّم^٤ -: القذف ونفي الولد، وأحدهما غير الآخر، وقد يجتمعان كما لو قذفها بالزنى ونفي ولدها، وقد ينفرد كل منهما عن الآخر، بأن يقذفها بالزنى ويعترف بولدها، أو ينفي ولدها ويبرئها من الزنى، بأن جعله ولد شبهة أو نكاح صحيح سابق حيث يمكن.

والموجود في النصوص تحريمها بالقذف بدون اللعان، وأنه يحد للقذف، ففي صحيحة أبي بصير قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجلٍ قذف امرأته بالزنى وهي خرساء أو صماء لا تسمع، فقال: «إن كان لها بيّنة تشهد لها عند الإمام جلده الحدّ وفرّق بينهما، ثم لا تحلّ له أبداً، وإن لم يكن لها بيّنة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا إثم عليها منه»^٥.

١-٣. تقدّم في ج ٦، ص ٣٣٣-٣٣٤.

٤. تقدّم في ٢٢٩ و٢٣٧.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٦٦، باب اللعان، ح ١٨؛ الفقيه، ج ٤، ص ٥٠-٥١، ح ٥٠٧٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٧،

والوجه اختصاص الحكم بالقذف؛ ووقفاً فيما خالف الأصل على محلّ الوفاق، ولعموم الآية^١ الشامل للزوجة مطلقاً، خرج منه المقدوفة فيبقى الباقي، ولأنّه على تقدير علمه بانتفاء الولد عنه - لو نفاه - فحرمت عليه بدون لعان إن انتفى الولد بذلك لزم انتفاء ولد الزوجة الملحق به ظاهراً بمجرد النفي وهو باطل إجماعاً، وإن لم ينتف عنه ولم يجعل له طريق إليه لزم الحرج والضرر به المنفيان شرعاً^٢.

نعم، في رواية إسماعيل بن أبي زياد السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، أن علياً عليه السلام قال: «ليس بين خمس من النساء وأزواجهنّ ملائنة» وعدّها الخرساء وقال: «إنّما اللعان باللسان»^٣. وهي تقتضي نفي اللعان للأمرين. لكنّها قاصرة عن إفادة المطلوب؛ لضعف سندها، فلا تقاوم ما ثبت بعموم الآية^٤ والرواية^٥ بل الإجماع، وإنّما يقتصر فيه على ما ذكرناه من محلّ الوفاق.

وأيضاً، فإنّه أوماً إلى العلة بكون اللعان إنّما يكون باللسان، المقتضية لنفي لعان الأخرس بالإشارة، وقد تقدّم ما يدلّ على خلافه^٦.

وحينئذٍ فيلاعنها لنفيه بالإشارة كما مرّ.

ويحدّ للقذف إن لم يقم عليها البيّنة وتحرم بغير لعان. وإن أقام بيّنة سقط الحدّ، وحرمت

١. النور (٢٤): ٦.

٢. الحجّ (٢٢): ٧٨؛ راجع الكافي، ج ٥، ص ٢٩٢ وما بعدها، باب الضرار؛ والفتاوى، ج ٣، ص ١٠٣، ح ٣٤٢٦؛ وتهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦-١٤٧، ح ٦٤٧ و٦٥٠ و٦٥١.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٧، ح ٦٩٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٥، ح ١٣٣٨.

٤. النور (٢٤): ٦.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٦٣، باب اللعان، ح ٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٤٠، ح ٤٨٦١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٤-١٨٥، ح ٦٤٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٠-٣٧١، ح ١٣٢٢.

٦. تقدّم في ص ٢٥٠.

● وأن تكون منكوحَةً بالعقد الدائم.

أيضاً، كما دلّت عليه الرواية السابقة^١.

وربما قيل بأنّها لا تحرم حينئذٍ لعدم قذفها بما يوجب اللعان، ويثبت عليها الحدّ بالبيّنة، ولا ينتفي عنها بلعانها. والرواية تنافي ذلك وهي معتبرة الإسناد، لكن في الاكتفاء بها في إثبات هذا الحكم نظر.

وعبارة الأصحاب في باب التحريم مصرّحة باشتراط قذفها بما يوجب اللعان لو لا الآفة المذكورة، فيخرج منها ما لو أقام البيّنة وما لو لم يدّع المشاهدة، وإطلاق هذه الرواية وغيرها^٢ يتناول الجميع. والأولى الرجوع في كلّ موضع يحصل فيه الاشتباه إلى الحكم العامّ.

قوله: «وأن تكون منكوحَةً بالعقد الدائم».

اشتراط دوام العقد في صحّة اللعان بالنسبة إلى نفي الولد موضع وفاقٍ، ولأنّ ولد المتمتّع بها ينتفي بغير لعانٍ اتّفاقاً.

وأما اشتراطه مع القذف فهو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه أكثر المتقدّمين وجميع المتأخّرين، حتّى لم ينقل المصنّف هنا فيه خلافاً وكذلك العلامة، وقد سبق نقله الخلاف في النكاح المنقطع^٣.

وحجّة المشهور صحيحة عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتّع بها»^٤.

١. هي رواية أبي بصير المتقدّم تخريجها في ص ٢٥٧، الهامش ١.

٢. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ٤٢٧ - ٤٢٨، الباب ٨ من كتاب اللعان.

٣. تقدّم في ج ٦، ص ٤٢٢، وفي حاشية «خ و»: «أجمل البحث في هذه المسألة في المختلف في باب النكاح، ووعدها بيّنها هنا، ثمّ لم يذكرها، وكذلك صنع ولده فخرالدين في شرحه. (منه رحمه الله)».

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٦٦، باب اللعان، ح ١٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٩ - ١٩٠، ح ٦٥٩.

● وفي اعتبار الدخول بها خلاف، المرويّ أنّه لا لعان. وفيه قول بالجواز. وقال ثالث: بثبوتَه بالقذف دون نفي الولد.

وصحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «لا يلعن الحرّ الأمة ولا الذمّيّة ولا التي يتمتّع بها»^١. ومثله رواية عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام^٢. وقال المفيد^٣ والمرتضى^٤: يقع بها؛ لعموم الآية^٥. ولا ينافيه ورودها في الدائم؛ لأنّ خصوص السبب لا يخصّص العامّ. وأجيب^٦ بأنّ عمومها مخصوص بالرواية الصحيحة، بناءً على أنّ خبر الواحد يخصّص الكتاب. وتحقيق المقدمات في الأصول. وقد تقدّم البحث في هذه المسألة في النكاح^٧.

قوله: «وفي اعتبار الدخول بها خلاف، المرويّ أنّه لا لعان. وفيه قول بالجواز. وقال ثالث: بثبوتَه بالقذف دون نفي الولد». الكلام في هذا الشرط كالذي قبله، فإنّ الولد قبل الدخول لا يتوقّف نفيه على اللعان إجمالاً، بل هو منتفٍ عنه؛ لعدم وجود شرائط الإلحاق، فلا إشكال في انتفاء لعانها بهذا السبب.

وأما لعانها بالقذف فقد اختلفوا في اشتراط الدخول فيه وعدمه.

١. الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٨، ٤٨٥٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٨، ح ٦٥٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٣، ح ١٣٢٢.
٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٧٦، ح ١٩١٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٤، ح ١٣٢٧.
٣. خلاصة الإيجاز، ص ٣٧ (ضمن مصنفات الشيخ المفيد، ج ٦).
٤. الانتصار، ص ٢٧٦، المسألة ١٥٣.
٥. النور (٢٤): ٦.
٦. المجيب هو المحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ١٣، ص ٣٥؛ وحاشية شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٣٣٠ (ضمن: حياة المحقّق الكركي وآثاره، ج ١).
٧. تقدّم في ج ٦، ص ٤٣١ وما بعدها.

فذهب الشيخ^١، وأتباعه^٢، وابن الجنيد^٣ إلى اشتراط الدخول؛ لرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته، ولا يكون لعان إلا بنفي الولد»^٤.

ولرواية أخرى عنه عليه السلام: «لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بأهله»^٥.

ورواية محمد بن مصادف قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجلٍ لاعن امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال: «لا يكون ملاعناً حتى يدخل بها، يضرب حداً وهي امرأته، ويكون قاذفاً»^٦. وفي طريق الروایتين ضعف^٧.

وذهب ابن إدريس إلى عدم اشتراطه^٨؛ لعموم الآية^٩. وهو حسن، إلا أنه جعل التفصيل باشتراطه بالدخول لنفي الولد وعدمه للقذف، جامعاً بين الأدلة والأقوال، بمعنى حمل ما دلّ على اشتراط الدخول على ما إذا كان لنفي الولد والآخر على القذف. وليس كذلك؛ لأن الروايات - التي استدلت بها مشترط الدخول - بعضها صريح في أنه بسبب القذف لا نفي الولد، والأقوال تابعة للأدلة.

١. النهاية، ص ٥٢٢.

٢. منهم ابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٣٠٩؛ وابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٣٧٨؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٣٦.

٣. الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٤٦، المسألة ٩٥.

٤. الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٥، ح ٤٨٥٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٥-١٨٦، ح ٦٤٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧١، ح ١٣٢٤.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٦٢، باب اللعان، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٢، ح ٦٧١.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٧، ح ٦٩٢.

٧. راجع رجال النجاشي ص ١٨٥، الرقم ٤٩٠؛ ورجال الطوسي، ص ٣١٣، الرقم ٤٦٥٦.

٨. السرائر، ج ٢، ص ٦٩٨.

٩. النور (٢٤): ٦.

● ويثبت اللعان بين الحرّ والمملوكة. وفيه رواية بالمنع. وقال ثالث: بثبوتة بنفي الولد دون القذف.

ويظهر من المصنّف وغيره^١ أنّ من الأصحاب من قال بعدم اشتراط الدخول في اللعان بالسببين؛ لأنّه جعل التفصيل قولاً ثالثاً. وقائله غير معروف، وهو غير موجّه؛ لما عرفت من أنّ الدخول شرط لحوق الولد، فلا يتوقّف انتفاؤه على اللعان على تقدير عدمه. والحقّ رجوع الخلاف إلى قولين، الاشتراط فيهما، والتفصيل.

قوله: «ويثبت اللعان بين الحرّ والمملوكة. وفيه رواية بالمنع» إلى آخره.

الزوجان إمّا أن يكونا حرّين أو مملوكين أو زوجة حرّة والزوج عبداً أو بالعكس. والثلاثة الأول لا خلاف في ثبوت اللعان بينهما فيها. وإنّما الخلاف في الرابع، فجوّزه الأكثر، كالشيخ^٢ وأتباعه^٣ والمصنّف وتلميذه العلامة^٤ والمتأخّرين. ومنعه المفيد^٥ وسلار^٦. والتفصيل بصحّته في نفي الولد دون القذف لابن إدريس^٧.

حجّة الأوّلين عموم الآية^٨، وخصوص الرواية، كحسنة جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام أنّه سأل: هل يكون بين الحرّ والمملوكة لعان؟ فقال: «نعم، وبين المملوك والحرّة، وبين العبد والأمة، وبين المسلم واليهوديّة والنصرانيّة»^٩.

١. كالعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٦.

٢. الخلاف، ج ٥، ص ٧، المسألة ٢: المبسوط، ج ٤، ص ٢١٠؛ النهاية، ص ٥٢٣.

٣. منهم الحلبي في الكافي في الفقه، ص ٣٠٩.

٤. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٤٣، المسألة ٩٢.

٥. المقنعة، ص ٥٤٢.

٦. المراسم، ص ١٦٤.

٧. السرائر، ج ٢، ص ٦٩٧.

٨. النور (٢٤): ٦.

٩. الكافي، ج ٦، ص ١٦٤، باب اللعان، ج ٧: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٨، ح ٦٥٢؛ الاستبصار، ج ٣،

ص ٣٧٣، ح ١٣٣١.

وحجة المانع عموم قوله تعالى: «وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ»^١، والمملوكة ليست من أهل الشهادة. وخصوص صحيحة ابن سنان أن الصادق عليه السلام قال: «لا يلاعن الحرّ الأمة ولا الذمّية»^٢.

وجوابه: منع كونه شهادة، بل هو يمين كما سيأتي^٣. ولو سلّم لزم اشتراط حرّيتهما معاً ولا قائل به، وإنّما الخلاف في المملوكة إذا كان زوجها حرّاً. وقد تقدّم البحث في ذلك^٤.

ونمنع من صحّة الرواية، فإنّ ابن سنان مشترك بين عبد الله ومحمّد، والأوّل ثقة^٥، والثاني ضعيف^٦، وليس في الرواية ما يدلّ على أنّه الثقة. وإطلاق جماعة الحكم بصحتها نظراً إلى ثقة من عدا ابن سنان فهي صحّة إضافية كما قرّرناه مراراً، وقد يغفل عنه من لا يتفطن للأصول فتزلّ قدمه.

والصدوق حملها على الأمة الموطوءة بملك اليمين. قال:

لأنّ محمّد بن مسلم روى عن أبي جعفر عليه السلام أنّه سأله عن الحرّ يلاعن المملوكة؟ قال:

«نعم، إذا كان مولاها زوّجه إياها»^٧، والحديث المفسّر يُحكّم على المطلق^٨.

وحملها العلامة على ما إذا لم يكن زوّجه إياها مولاها^٩؛ لمفهوم الرواية.

١. النور (٢٤): ٦.

٢. تقدّم تخريجها في ص ٢٥٩، الهامش ١.

٣. يأتي في ص ٢٨١.

٤. تقدّم قبيل هذا بقليل.

٥. راجع رجال النجاشي، ص ٢١٤، الرقم ٥٥٨.

٦. راجع رجال النجاشي، ص ٣٢٨، الرقم ٨٨٨.

٧. الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٨، ح ٤٨٥٧.

٨. الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٨، ذيل الحديث ٤٨٥٨، وفيه: «على المجلّم» بدل «على المطلق».

٩. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٤٣، المسألة ٩٣.

● ويصح لعان الحامل، لكن لا يقام عليها الحد إلا بعد الوضع.

واحتج ابن إدريس بأن قذف المملوكة لا يوجب الحد، فلا يتوقف نفيه على اللعان، بخلاف نفي ولدها إذا كانت زوجة. وبأن اللعان حكم شرعي فيقتصر فيه على المتيقن، والباقي باقٍ على الأصل^١.

وجوابه: أن عموم «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ»^٢ أخرجه عن حكم الأصل، مضافاً إلى النصوص^٣. وكما جاز اللعان لنفي الحد جاز لنفي التعزير؛ إذ ليس في الآية اشتراط كونه للحد وإن كان السبب موجباً له؛ لأن العبرة بعموم اللفظ كما مرّ وقد ظهر أن مختار المصنّف والأكثر أظهر.

واعلم أن من جملة الشروط المختلف فيها بالنسبة إلى الملاعنة كونها مسلمة، فقد ذهب جماعة^٤ - منهم ابن الجنيّد^٥ - إلى اشتراط إسلامها، فلا يلعن المسلم الكافرة. وحجّتهم تظهر من حجة مشترط الحرّية فيها. ولم يشترط الأكثر. وابن إدريس على تفصيله^٦. وحجة الجميع تظهر من حجة اشتراط الحرّية وعدمه.

والمصنّف نبّه على الخلاف في الملعن الكافر وأهمل ذكره في الملاعنة، وكان العكس أولى؛ لظهور الخلاف فيها واختلاف الروايات، وقد أشرنا إليه في رواية جميل وابن سنان. وظهر ممّا قرّره قوة القول بعدم اشتراط إسلامها بتقريب الدليل.

قوله: «ويصح لعان الحامل، لكن لا يقام عليها الحد إلا بعد الوضع».

اختلف العلماء في جواز لعان الحامل إذا قذفها أو نفى ولدها قبل الوضع، فذهب الأكثر

١. السرائر، ج ٢، ص ٦٩٧-٦٩٨.

٢. النور (٢٤): ٦.

٣. لاحظ وسائل الشريعة، ج ٢٢، ص ٤١٩، الباب ٥ من أبواب كتاب اللعان.

٤. منهم المفيد في المقنعة، ص ٥٤٢؛ وسلار في الحرام، ص ١٦٤؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٩٧-٦٩٨.

٥. الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشريعة، ج ٧، ص ٤٤١، المسألة ٩٢.

٦. السرائر، ج ٢، ص ٦٩٧.

إلى جوازه؛ لعموم الآية^١، ووجود المقتضي وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلا كونها حاملاً وهو لا يصلح للمانعية؛ لأن شهادة الحامل ويمينها حال الحمل غير منافٍ له، والحمل غير مسوَّغ لتأخير ما يتوجّه عليها منها في غيره، ولأن النبي ﷺ لا عن بين هلال بن أمية وزوجته وكانت حاملاً ونفى هلال الحمل، ولما ولدته جاء على صفات من قذفها به، فقال النبي ﷺ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»^٢.

وروى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل لاعن امرأته وهي حبلى، ثم ادعى ولدها بعد ما ولدت وزعم أنه منه، قال: «يرد إليه الولد ولا يجلد؛ لأنه قد مضى التلاعن»^٣. ثم إن تمّ اللعان منهما فلا كلام. وإن نكلت عنه أو اعترفت فتوجّه عليها الحد لم تحدّ إلى أن تضع كغيرها ممن يثبت عليها الحدّ حاملاً.

وقال المفيد^٤ وسأله^٥ وأبو الصلاح^٦: لا تلاعن الحامل حتى تضع حملها. رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: تلاعن على كلّ حال إلا أن تكون حاملاً»^٧.

وفيه ضعف السند، وحمل على نفي ما يجب باللعان من الحدّ على تقدير نكولها، أو على أنّ الحمل لا ينتفي، واللعان حجة ضرورية فيشترط فيه نفي الولد. والأصحّ الجواز.

١. النور (٢٤): ٦.

٢. مسند أحمد، ج ١، ص ٣٩٤-٣٩٥، ح ٢١٣٢؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٧٦، ح ٢٢٥٤.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٦٤، باب اللعان، ح ٨؛ الفقيه، ج ٤، ص ٣٢٥، ح ٥٧٠٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٠، ح ٦٦٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٥، ح ١٣٣٩.

٤. المقنعة، ص ٥٤٢.

٥. المراسم، ص ١٦٤.

٦. الكافي في الفقه، ص ٣١٠.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٩٠، ح ٦٦١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٥، ح ١٣٤٠.

● ولا تصير الأمة فراشاً بالملك. وهل تصير فراشاً بالوطء؟ فيه روايتان، أظهرهما أنها ليست فراشاً. ولا يلحق ولدها إلا بإقراره ولو اعترف بوطنها. ولو نفاه لم يفتقر إلى لعان.

قوله: «ولا تصير الأمة فراشاً بالملك. وهل تصير فراشاً بالوطء؟» إلى آخره.

الأمة لا تصير فراشاً بالملك حتى يلحقه الولد الذي تأتي به - وإن حلت له^١ وخلا بها وأمكن أن يكون منه - إجماعاً.

بخلاف النكاح، حيث يلحق الولد بمجرد الإمكان؛ لأن مقصود النكاح هو الاستمتاع والولد. وملك اليمين قد يقصد به ذلك، وقد يقصد به التجارة والاستخدام؛ ولهذا لا يتزوج من لا تحل له ويملك بملك اليمين من لا تحل له، وإذا كان المقصود في النكاح ذلك اكتفي فيه بمجرد الإمكان.

وهل تصير الأمة فراشاً بالوطء؟ فيه قولان، منشؤهما اختلاف الروايات. فذهب الشيخ في المبسوط^٢، والمصنّف والعلامة^٣ وسائر المتأخرين^٤ إلى أن الأمة لا تصير فراشاً مطلقاً.

واستندوا في ذلك إلى صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن رجلاً من الأنصار أتى أبا عبد الله عليه السلام فقال له: إنّي ابتليت بأمرٍ عظيم، إن لي جارية كنت أطؤها، فوطئتها يوماً وخرجت في حاجة لي بعد ما اغتسلت منها، ونسيت نفقة لي فرجعت إلى المنزل لآخذها، فوجدت غلاماً لي على بطنها، فعددت لها من يومي ذلك تسعة أشهر

١. في بعض النسخ: «خلت له»، وفي بعضها: «خلت به» بدل «حلت له».

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٢٦٥.

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٧.

٤. راجع قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٧؛ وإيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٤٦ - ٤٤٨؛ واللمعة الدمشقية، ص ٢٥٨

(ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٣).

فولدت جاريةً، قال: فقال لي ﷺ: «لا ينبغي لك أن تقر بها، ولا تبيعها، ولكن أنفق عليها من مالك ما دمت حياً، ثم أوص لها عند موتك من مالك حتى يجعل الله عزَّ وجلَّ لها مخرجاً»^١. وفي معناها أخبار^٢ آخر لا تساويها في صحَّة السند.

وأما صيرورتها فراشاً بالوطء، فيدلُّ عليه ما روي عن النبي ﷺ لَمَّا تنازع إليه سعد وعبد بن زَمعة - عام الفتح - في ولد وليدة زَمعة وكان زَمعة قد مات، فقال سعد: يا رسول الله، إن أخي كان قد عهد إليَّ فيه، وذكر لي أنه ألمَّ بها في الجاهليَّة، وقال عبد: هو أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله: «يا عبد بن زَمعة، هو لك، الولد للفراش، وللعاهر الحجر»^٣.

ووجه الاستدلال أنه أثبت الفراش لزَمعة، وألحق الولد به من غير أن يستلحقه.

ومن طريق الخاصَّة رواية سعيد بن يسار^٤ قال: سألت أبا عبد الله ﷺ عن رجل وقع على

١. الكافي، ج ٥، ص ٤٨٨، باب الرجل يقع على جاريته...، ح ١: الفقيه، ج ٤، ص ٣٦٤، ح ٥٦٨٠: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧٩، ح ٦٢٨: الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦٤، ح ١٣٠٧.

٢. راجع وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ١٦٦، الباب ٥٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٣. سنن الدارمي، ج ٢، ص ١٥٢، باب الولد للفراش: صحيح البخاري، ج ٢، ص ٧٢٤، ح ١٩٤٨، وص ٧٧٣، ح ٢١٠٥: صحيح مسلم، ج ٢، ص ١٠٨٠، ح ١٤٥٧/٣٦، وص ١٠٨١، ح ١٤٥٨/٣٧: سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٨٢، ح ٢٢٧٣.

٤. في حاشية «خ» و: «اعلم أنه أتفق لشارحي القواعد هنا سهو فاحش في الاستدلال، وهو أنَّهُما عقيب رواية سعيد بن يسار المذكورة استشهاداً برواية الشيخ في التهذيب عن محمد بن الحسن الصفَّار، عن يعقوب بن يزيد قال: كتبت إلى أبي الحسن ﷺ في هذا العصر رجل وقع على جاريته ثم شكَّ في ولده، فكتب: «إن كان فيه مشابهة فهو ولده، ومتى أنَّهُم الرجل جاريةً له بالفجور ثم جاءت بالولد لم يكن له نفيه، ولزمه الإقرار به». [تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨١، ح ٩٣٢ وذيَّل الحديث] فتوهَّم الشارحان أنَّ هذا المذكور كلُّه من لفظ الرواية فذكراه. والدلالة على مطلوبهما لا تتمُّ إلَّا في قوله «ومتى أنَّهُم الرجل» إلى آخره. والحال أنَّ هذا الكلام إلى آخره من كلام الشيخ ذكره على عادته من الفتوى، ثمَّ عقَّبه بالاستشهاد عليه من الأخبار، وذكر عقيبه - دليلاً عليه -

جارية له تذهب وتجيء، ولقد عزل عنها، ما تقول في الولد؟ قال: «أرى أن لا يباع هذا الولد يا سعيد»، قال: وسألت أبا الحسن عليه السلام فقال: «أنتههما؟» فقلت: أما تهمة ظاهرة فلا، فقال: «فيتههما أهلك؟» فقلت: أما شيء ظاهر فلا، فقال: «وكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد؟»^١.

وروى سعيد بن يسار - في الصحيح - قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها وهي تخرج فتعلق، قال: «يتهمها الرجل أو يتهمها أهله؟» قلت: أما ظاهرة فلا، قال: «إذن لزمه الولد»^٢.

وروى سعيد الأعرج - في الصحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجلين وقعا على جارية في طهرٍ واحدٍ لمن يكون الولد؟ قال: «للَّذي عنده؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الولد للفراش وللعاهر الحجر»^٣.

وفي معناها رواية الحسن الصيقل عنه عليه السلام، والطريق إلى الحسن صحيح، وفيها: «الولد للَّذي عنده الجارية وليصبر؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الولد للفراش وللعاهر الحجر»^٤.

→ رواية سعيد بن يسار التي ذكرناها نحن عقيب روايته الأخرى. وإذا خرج قوله «ومتى اتهم الرجل» إلى آخره من رواية الصَّفَّار سقطت دلالتها على المطلوب؛ لأنه شرط في كونه له المشابهة، فلذلك تركناها نحن في الدلالة وذكرنا باقي الروايات الصحيحة الواضحة الدلالة، ولم نذكرها دليلاً على المطلوب فتأمل. (منه رحمه الله).
راجع كنز الفوائد، ج ٢، ص ٦٨٠؛ وإيضاح الفوائد ج ٣، ص ٤٤٧ - ٤٤٨.

١. الكافي، ج ٥، ص ٤٨٩، باب الرجل يكون له الجارية...، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨١، ح ٦٣٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦٦، ح ١٣١٢.

٢. الكافي، ج ٥، ص ٤٨٩، باب الرجل يكون له الجارية...، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨١، ح ٦٣٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦٦، ح ١٣١١.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٤٩١، باب الرجل يكون له الجارية...، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٦٩، ح ٥٨٩؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦٨، ح ١٣١٧.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١١٩، ح ٥٨٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦٨، ح ١٣١٦.

وهذه الأخبار صريحة في أنّ الأمة تصير فراشاً للمولى بالوطء. وفي معناها غيرها^١. وظاهر الحال أنّها مرجّحة على السابق؛ لصحة السند والكثرة. إذا تقرّر ذلك فنقول: ممّا يترتب على كون الموطوءة فراشاً أنّ ولدها الذي يمكن تولّده من الواطئ - بأن تلده لستة أشهر فما زاد من حين وطئه إلى أقصى مدّة الحمل - يلحق به، ولا يتوقّف على اعترافه به، بل لا يجوز له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى وإن ظنّ أنّه ليس منه لتهمة أمّه بالفجور؛ لأنّ الله تعالى جعل الولد للفراش، فإذا كان الفراش زوجةً دائمةً تحقّق فراشها من حين العقد وإمكان وصوله إليها. ثمّ لها بالنسبة إلى الولد حكمان:

أحدهما: في ظاهر الأمر، وهو أنّه يُحكم بإلحاق الولد - الذي تلده بعد العقد وإمكان الوصول إليها فيما بين أقلّ الحمل وأكثره - بالزوج، وإن لم يعترف به ولم يعلم وطؤه لها، وسواء كان من أهل الاعتراف كالبالغ العاقل، أم لا كالمجنون والصبيّ الذي يمكن تولّده منه كابن العشر قبل أن يحكم ببلوغه على ما سبق. ولو علمنا انتفائه عنه - بأن كان غائباً عنها غيبةً لا يمكن وصوله إليها سرّاً ولا جهرّاً في المدّة التي يمكن تولّده منه - حكمنا بانتفائه عنه وإن لم ينف.

والثاني: فيما بينه وبين الله تعالى، فإذا وطئها وطأً يمكن تولّده منه، ثمّ ولّده في وقت إمكان كونه منه وجب عليه إلحاقه به وإن احتمل أو ظنّ خلاف ذلك كما قلناه. وإن علم انتفائه عنه - بأن ولّده لدون ستة أشهر من حين وطئه، أو لأكثر من أقصى الحمل - وجب عليه نفيه كما قدّمناه سابقاً. وإن كان في ظاهر الحال محكوماً بإلحاقه به - بأن كان قريباً منها يمكنه إصابتها، فإذا توقّف نفيه على اللعان وجب عليه ذلك من باب مقدّمة الواجب.

١. راجع وسائل الشريعة، ج ٢١، ص ١٦٩ - ١٧٠، الباب ٥٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، وص ١٧٣، الباب ٥٨ من هذه الأبواب.

وإن أمكن إقامة البيّنة على ما يوجب انتفائه عنه حكم بموجبها من غير لعانٍ إذا شهدت بذلك على وجه منضبط، بأن لازمه ليلاً ونهاراً بحيث علمت انتفائه مجامعته لها قطعاً. وأما الأمة فقد عرفت أنّها لا تكون فراشاً بمجرد الملك قطعاً.

ثم إن وطئها وحكمنا بكونها تصير فراشاً به فحكمه في لحوق ولدها في الحالين كما سبق، لكنّه يفارق ولد الزوجة في أمرين:

أحدهما: أنّه لا يحكم بلحوقه به إلا مع ثبوت وطئه لها، إمّا بإقراره به أو بالبيّنة، بخلاف ولد الزوجة فإنّه يكفي إمكان الوطء.

والوجه فيه أنّ المعتبر فيهما ثبوت الفراش؛ ولما كان في الزوجة متحققاً بالعقد وإمكان وصوله إليها كان المعتبر ثبوت ذلك، ولما كانت فراشيّة الأمة لا تتحقّق إلا بالوطء اعتبر ثبوته. فمرجع الأمر فيهما إلى شيء واحد وهو ثبوت الفراش، إلا أنّه في الزوجة يظهر غالباً لغير الزوج بحضور العقد والعلم بإمكان وصوله إليها، وفي الأمة لا يظهر غالباً إلا منه؛ لأنّ الوطء من الأمور الخفيّة فاعتبر إقراره به إن لم يتفق الاطلاع عليه بالبيّنة نادراً.

والثاني: أنّ ولد الزوجة إذا كان محكوماً به للزوج ظاهراً لا ينتفي عنه بنفيه إلا باللعان، وولد الأمة ينتفي بغير لعانٍ.

والسرّ فيه أنّ الولد الذي يظهر للزوج كونه منفيّاً عنه يليق بالحكمة أن يجعل له الشارع طريقاً إلى نفيه؛ ليخرج عنه من ليس منه، ولما نصب لولد الزوجة طريقاً إلى النفي باللعان وخصّه بالزوجين بقوله: «وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ» فلا بدّ من طريق آخر لنفي ولد الأمة حيث يقتضي الحال نفيه، فإذا لم يمكن باللعان وبقي على أصل الإلحاق - كما لو تعذّر اللعان - حيث يشرّع - لزم أن يكون ولد الأمة أقوى اتّصلاً وأحسن حالاً من ولد الزوجة الدائمة، فشرّع لذلك انتفاؤه بمجرد النفي بغير لعانٍ؛ إذ ليس هناك طريق آخر.

والعامّة لَمَّا وافقوا على أنّ ولد ملك اليمين لا ينتفي باللعان اختلفوا في طريق نفيه إن علم انتفاؤه، فمنهم من سدّ الطريق عن نفيه؛ نظراً إلى أنّ «الولد للفراش» وليس هناك طريق إلى النفي^١. ومنهم من جوّز نفيه باللعان للضرورة؛ حذراً من أن يكون أقوى من ولد الزوجة^٢. ومنهم من نفاه بيمينه^٣.

ثمّ على تقدير صيرورتها فراشاً بالوطء، هل يستمرّ كذلك ما دامت على ملكه، أم يختصّ الحكم بالولد الذي يمكن تولّده من ذلك الوطء خاصّةً، حتّى لو أتت بولدٍ بعد أقصى الحمل من الوطء الذي ثبت بإقراره أو البيّنة لا يلحق به بدون الاعتراف به؟ وجهان، من حصول شرط الفراش وهو الوطء، فنزّل منزلة العقد الدائم على الحرّة؛ لأنّ وطء الأمة إمّا تمام السبب للفراشيّة أو شرط فيها، وعلى التقديرين حصل الفراش به كالعقد، فيستمرّ الحكم حينئذٍ كما استمرّ حكم الفراش بالعقد ولم يشترط بعد ذلك ظهور وطءٍ يلحق به الولد، ومن ضعف فراشيّة الأمة، ودلالة تلك النصوص الموجبة لإلحاق الولد به على كونه مولوداً في وقت يمكن تخلّقه من ذلك الوطء^٤، فيبقى غيره على الأصل. ولا إشكال في انتفائه عنه بنفيه، إنّما تظهر الفائدة لو لم ينغه، فهل يلحق به ظاهراً بمجرد الوطء السابق أم يتوقّف على الإقرار به؟ يبنى على الوجهين، والأظهر الثاني.

وإن لم يحكم بكونها فراشاً فمقتضى كلام المصنّف والشيخ^٥ والعلامة^٦ وغيرهم^٧ أنّه لا يلحق ولدها به إلّا بإقراره به وإن أقرّ بوطنها أو ثبت بغير الإقرار.

١ و٢. حلية العلماء، ج ٧، ص ٢٢٤ - ٢٢٥.

٣. الجامع لأحكام القرآن، ج ٦، ص ١٨٦، ذيل الآية ٦ من سورة النور (٢٤).

٤. راجع وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ١٧٣، الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٥. المبسوط، ج ٤، ص ٢٦٥؛ الخلاف، ج ٥، ص ٤٨، المسألة ٦٧.

٦. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٧؛ إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٦١.

٧. كالشاهد في اللمعة الدمشقيّة، ص ٢٥٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٣).

وهذا هو الذي يناسب الحكم بعدم الفراش؛ لأنَّ الأصل عدم انتسابه إليه بدون الإقرار. وقال فخر الدين في شرحه:

إنَّ معنى كونها ليست فراشاً أنَّه لا يلحق ولدها به إلا بإقراره به أو بوطنها وإمكان لحوقه به^١.

وكأنَّه حاول بذلك الجمع بين حكم الأصحاب بكونها ليست فراشاً مطلقاً، وبين حكمهم في باب إحقاق الأولاد بلحوق ولد الأمة بالمولى الواطئ، وأنَّه يلزمه الإقرار به حيث يمكن كونه منه، وأنَّه لو وطئها غيره أُلحق به دون الغير من غير تقييد بإقراره به، فجعل مستند ذلك الوطاء الواقع من المولى وأقامه مقام الإقرار به من غير أن يعلم بكونه واطئاً. ويضعف بأنَّ إحقاقه به مع وطئه لها من لوازم الفراش كما سبق، فلو جعل مترتباً على عدمه لم يبق فرق بين الفراش وغيره.

اللهمَّ إلا أن يجعل الوطاء الموجب للفراش كافياً في إحقاق الولد بعد ذلك، وإن لم يمكن استناده إلى ذلك الوطاء الشخصي الثابت، كما هو أحد الاحتمالين في المسألة، ويجعل هذا الوطاء القائم مقام الإقرار هو الوطاء الذي يمكن استناد الولد إليه، ومع ذلك ففيه مخالفة لما ذكره الجميع في معنى الفراش، فإنَّهم أطبقوا على أنَّ فائدته لحوق الولد به مع إمكانه وإن لم يعترف به، وعدم لحوقه بمن ليست فراشاً إلا بإقراره.

والوجه أنَّ الاكتفاء بالوطء في هذا القسم ليس في محلّه، وإنَّما محلّه على تقدير كونها فراشاً؛ لأنَّ الوطاء حينئذٍ لا بدّ من العلم به ليتحقّق به كون الأمة فراشاً كما قد تحقّق.

وأما ما ذكروه في باب إحقاق الأولاد فهو منزل على أنَّ ذلك الحكم الذي يلزم المولى فيما بينه وبين الله تعالى، بمعنى أنَّه إذا وطئ الأمة وطءاً يمكن إحقاق الولد به يجب عليه الاعتراف به واستلحاقه، ولا يجوز له نفيه عنه بتهمة أمّه إلا على تلك الرواية

الشاذة^١، وأما بالنسبة إلينا فلا نحكم بإلحاقه به ما لم يعترف به حيث لا نجعلها فراشاً. وهكذا القول فيما لو وطئها المولى وغيره، فإنه يحكم به للمولى دون الغير إذا كان وطؤه فجوراً، ولكن بالنسبة إلينا لا نحكم به له إلا باعترافه به.

وكذا القول في ولد المتعة، فإنهم حكموا بكونها ليست فراشاً مع حكمهم أيضاً بلحوق الولد به وورود النصوص بذلك، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال، قلت له: أ رأيت إن حملت؟ قال: «هو ولده»^٢.

وصحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت رجل الرضا عليه السلام - وأنا أسمع - عن الرجل يتزوج المرأة متعةً ويشترط عليها أن لا تطلب ولدها، فتأتي بعد ذلك بولدٍ فينكر الولد، فشدد في ذلك وقال: «يجحد! وكيف يجحد؟» إعظاماً لذلك، قال الرجل: فإن أتتهما؟ قال: «لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مأمونة، إن الله يقول: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحَرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾»^٣.

ولا فرق في الحكم بلحوق الولد به على التقديرين بين كونه قد عزل عنها وعدمه. وقد تقدّم البحث فيه^٤.

وفي حسنة ابن أبي عمير وغيره قال: «الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء، إلا أنه إن جاء بولد لم ينكره، وشدد في إنكار الولد»^٥.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٠، ح ٦٣١: الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦٧، ح ١٣١٣.

٢. الكافي، ج ٥، ص ٤٦٤، باب وقوع الولد، ح ١، وفيه: «... إن حبلت»، تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٦٩، ح ١١٥٤: الاستبصار، ج ٣، ص ١٤٩، ح ٥٤٧، ص ١٥٢، ح ٥٥٧.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٤٥٤، باب أنه لا يجوز التمتع إلا بالعتيقة، ح ٣، الفقيه، ج ٣، ص ٤٥٩ - ٤٦٠، ح ٤٥٩٠: تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٦٩، ح ١١٥٧: الاستبصار، ج ٣، ص ١٥٣، ح ٥٦٠، والآية في سورة النور (٢٤): ٣.

٤. تقدّم في ج ٧، ص ٩٣ - ٩٤.

٥. الكافي، ج ٥، ص ٤٦٤، باب وقوع الولد، ح ٢: تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٦٩، ح ١١٥٥: الاستبصار، ج ٣، ص ١٥٢، ح ٥٥٨.

الركن الرابع في كيفية اللعان

● ولا يصحّ إلا عند الحاكم، أو من ينصبه لذلك. ولو تراضيا برجل من العامة فلاعن بينهما جاز.

ويثبت حكم اللعان بنفس الحكم. وقيل: يعتبر رضاها بعد الحكم.

قوله: «ولا يصحّ إلا عند الحاكم، أو من ينصبه لذلك» إلى آخره.

المراد بالحاكم هو الإمام، وبمنصوبه من نصبه للحكم عموماً أو للعان خصوصاً. ويشترط في منصوبه ما يشترط في غيره ممن ينصبه الإمام للحكم بين الناس؛ لأنّ اللعان ضرب من الحكم، بل هو من أقوى أفرادها؛ لافتقاره إلى سماع الشهادة أو اليمين، والحكم بالحدّ، ودفعه بالشهادة بعد ذلك أو اليمين، وحكمه بنفي الولد وغير ذلك. وبهذا يفرّق بينه وبين الفرقة بغيره، كالطلاق حيث لا يتوقّف على الحاكم.

والمراد بالرجل العامّي الذي يتراضى به الزوجان الفقيه المجتهد حال حضور الإمام لكنّه غير منصوب من قبله. وسماه عاميّاً بالإضافة إلى المنصوب، فإنّه خاصّ بالنسبة إليه. وقد اختلف في جواز اللعان به نظراً إلى أنّ حكمه يتوقّف على التراضي، والحكم هنا لا يختصّ بالزوجين المتراضيين بل يتعلّق بالولد أيضاً، فلا يؤثر رضاها في حقّه، إلاّ أن يكون بالغاً ويرضى بحكمه، خصوصاً لو اعتبرنا تراضيهما بعد الحكم؛ لأنّ اللعان لا يقع موقوفاً على التراضي؛ لأنّه لازم بتمامه لزوماً شرعيّاً. والأظهر الصحّة ولزوم حكمه من غير أن يعتبر رضاها بعده. والقولان للشيخ في المبسوط^١ والخلاف^٢.

وسياًتي تحقيقه في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى^٣.

١. راجع المبسوط، ج ٤، ص ٢٥٦؛ وج ٥، ص ٥٢٣.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٢٤١، المسألة ٤٠.

٣. يأتي في ج ١١، ص ٢٣.

● وصورة اللعان: أن يشهد الرجل بالله أربع مرّات إنّه لمن الصادقين فيما رماها به، ثمّ يقول: [إنّ] عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين.
ثمّ تشهد المرأة بالله أربعاً: إنّه لمن الكاذبين فيما رماها به، ثمّ تقول: إنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين.
ويشتمل اللعان على واجبٍ وندبٍ.

هذا كلّه في حال حضور الإمام كما ذكرناه. أمّا في حال الغيبة، فينفذ فيه حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى؛ لأنّه منصوب من قبل الإمام على العموم كما يتولّى غيره من الأحكام، ولا يتوقّف على تراضيها بعده؛ لأنّ ذلك مختصّ بقضاء التحكيم.

قوله: «وصورة اللعان: أن يشهد الرجل بالله أربع مرّات إنّه لمن الصادقين فيما رماها به» إلى آخره.

كلمات اللعان خمس. وهي أن يقول الزوج أربع مرّات: أشهد بالله إنّي لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي من الزنى، ويميّزها، ثمّ يقول في الخامسة: إنّ لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى، ويعرّفها كالسابق.

وإذا كان هناك ولد ينفيه يتعرّض إليه في الكلمات الخمس، فيقول: إنّ الولد الذي ولدته - أو هذا الولد إن كان حاضراً - من الزنى، أو: ما هو منّي، ولو جمع بينهما كان أولى، لرفع احتمال الإزادة بكونه ليس منه المشابهة في الخلق والخلق.

وتقول المرأة أربع مرّات: «أشهد بالله إنّه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى»، وفي الخامسة: [إنّ] غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنى.

ولا تحتاج هي إلى ذكر الولد؛ لأنّ لعانها لا يؤثر فيه. ولو تعرّضت له لم يضّر، فتقول:

«وهذا الولد ولده» ليستوي اللعانان ويتقابلا.

● فالواجب التلَفْظُ بالشهادة على الوجه المذكور. وأن يكون الرجل قائماً عند التلَفْظِ وكذا المرأة، وقيل: يكونان جميعاً قائمين بين يدي الحاكم. وأن يبدأ الرجل أولاً بالتلَفْظِ على الترتيب المذكور وبعده المرأة. وأن يعينها بما يزيل الاحتمال، كذكر اسمها واسم أبيها أو صفاتها المميّزة لها عن غيرها. وأن يكون النطق بالعريّة مع القدرة. ويجوز بغيرها مع التعدّر. وإذا كان الحاكم غير عارف بتلك اللغة افتقر إلى حضور مترجمين، ولا يكفي الواحد.

وتجب البداءة بالشهادات ثم باللعن، وفي المرأة تبدأ بالشهادات ثم بقولها: إن غضب الله عليها.

ولو قال أحدهما عوض «أشهد بالله»: «أحلف بالله» أو «أقسم» أو ما شاكله لم يجزئ.

قوله: «فالواجب التلَفْظُ بالشهادة على الوجه المذكور - إلى قوله - أو ما شاكله لم يجزئ». يعتبر في اللعان أمور:

الأول: التلَفْظُ بالشهادة على الوجه الذي ذكرناه، فلو أبدل صيغة الشهادة بغيرها، كقوله: «شهدت بالله» أو «أنا شاهد» أو «أحلف بالله» أو «أقسم» أو «أولى» أو أبدل لفظ الجلالة كقوله: «أشهد بالرحمن» أو «بالخالق» ونحوه لم يقع؛ لأنه خلاف المنقول شرعاً.

وكذا لو أبدل كلمة الصدق والكذب بغيرها وإن كان بمعناها، كقوله: «إني لصادق» أو «من الصادقين» بغير لام التوكيد أو «لبعض الصادقين» أو «أنتها زنت» أو قالت المرأة: «إنه كاذب» أو «لكاذب» أو أبدل اللعن بالإبعاد أو الطرد أو لفظ الغضب بالسخط أو أحدهما بالآخر، وإن كان الغضب أشد من اللعن؛ ولذلك خصّ بجانب المرأة؛ لأنّ جريمة الزنى منها أقبح من جنابة القذف منه، ولأنّ كلّ مفضوبٍ عليه ملعون ولا ينعكس. والوجه في الجميع اتّباع المنصوص^١.

١. النور (٢٤): ٦-٩؛ وراجع وسائل الشريعة، ج ٢٢، ص ٤٠٧ وما بعدها، الباب ١ من كتاب اللعان.

الثاني: قيام كلِّ منهما عند لفظه، على ما اختاره المصنّف وقبله الصدوق^١ والشيخ في المبسوط^٢، ورواه الصدوق قال: سألت البزنطي أبا الحسن الرضا^{عليه السلام} فقال له: أصلحك الله كيف الملاعة؟ قال: «يقعد الإمام ويجعل ظهره إلى القبلة، ويجعل الرجل عن يمينه، والمرأة والصبي عن يساره»^٣.

قال: وفي خبر آخر: «ثم يقوم الرجل فيحلف أربع مرّات - إلى أن قال - ثم تقوم المرأة فتحلف أربع مرّات»^٤.

وذهب الأكثر - ومنهم الشيخ في النهاية^٥ والمفيد^٦ وأتباعهما^٧ وأكثر المتأخّرين - إلى أنّهما يكونان قائمين عند تلفّظ كلِّ منهما؛ لصحيفة عبد الرحمن بن الحجّاج قال: إنَّ عبّاد البصري سألت أبا عبد الله^{عليه السلام} وأنا حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال أبو عبد الله^{عليه السلام} - وحكى قصّة الرجل الذي جاء إلى النبي^{صلى الله عليه وآله} وأخبره عن أهله إلى أن قال - : «فأوقفهما رسول الله^{صلى الله عليه وآله} ثم قال للزوج: اشهد أربع شهادات»^٨. الحديث.

وحسنة محمّد بن مسلم عن الباقر^{عليه السلام} قال: سألته عن الملاعن والملاعة كيف يصنعان؟ قال: «يجلس الإمام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبلاً بحدّائه، ويبدأ بالرجل ثمّ بالمرأة»^٩. وهذا أصحّ.

١. المقنع، ص ٣٥٥.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٢٢٨.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٦، ح ٤٨٥٥.

٤. الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٦، ح ٤٨٥٦.

٥. النهاية، ص ٥٠٢.

٦. المقنعة، ص ٥٤٠.

٧. الكافي في الفقه، ص ٣٠٩: المراسم، ص ١٦٣: المهذب، ج ٢، ص ٣٠٧: الوسيلة، ص ٣٢٨.

٨. الكافي، ج ٦، ص ١٦٣، باب اللعان، ح ٤: الفقيه، ج ٣، ص ٥٤٠، ح ٤٨٦١: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٤.

ح ٦٤٤: الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٠، ح ١٣٢٢.

٩. الكافي، ج ٦، ص ١٦٥، باب اللعان، ح ١٠.

الثالث: أن يبدأ الرجل أولاً بالشهادة، ثم باللعن على الترتيب المذكور، ثم المرأة مقدّمة للشهادة ثم الغضب؛ للاتّباع. فلو بدأت المرأة باللعان لغا؛ ولأنّ لعانها لإسقاط الحدّ، وإنّما يجب الحدّ عليها بلعان الزوج، فلا حاجة بها إلى أن تلاعن قبله، خلافاً لبعض العامّة حيث جوّز تقدّم كلّ منهما^١.

وكذا لو قدّم اللعن على الشهادة أو قدّمت الغضب عليها؛ لما ذكر، ولأنّ المعنى: إن كان من الكاذبين في الشهادات الأربع فاعتبر تقدّمها، خلافاً لبعض العامّة^٢؛ استناداً إلى عدم اختلاف المعنى، وهو ممنوع.

الرابع: أن يعتيها بما يزيل الاحتمال باسمها، رافعاً نسبها قدر ما يحصل به التميّز، إن كان له زوجتان فصاعداً، وإلا اكتفى بقوله: «زوجتي» ولو كانت حاضرة تخيّر بين ذلك وبين الإشارة إليها، ولو جمع بين الإشارة والتسمية كان أولى؛ لأنّ اللعان مبنيّ على التغليب والاحتياط، فتوكّد الإشارة بالتسمية. والقول في تعريفها له غائباً وشاهداً كالعكس.

الخامس: أن يكون النطق في جميع ذلك باللفظ العربي بالعربيّة مع القدرة؛ لأنّ الشرع ورد بها فلا عدول عنها عند القدرة، وبدونها يأتي بالممكن منهما. فإن تعذّر جميع ذلك لاعن بأيّ لسان شاء؛ لحصول الغرض من الشهادة واليمين.

ثمّ إن كان الحاكم يحسن تلك اللغة فلا حاجة إلى المترجم وإلا افتقر إلى مترجمين، ولا يكفي الواحد؛ لأنّها شهادة. ولا يفتقر إلى الزائد، أمّا في جانب المرأة؛ فلأنّها تلاعن لنفي الزنى لا لإثباته، وأمّا في جانب الرجل فلأنّهما ليسا شاهدين بالزنى وإنّما يشهدان على لفظه. السادس: أن يبتدئ بالشهادات ثمّ يعقبها باللعن، ثمّ تبتدئ المرأة بالشهادات ثمّ بالغضب؛ للاتّباع.

١. الحاوي الكبير، ج ١١، ص ٤٥ و ٥٧؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٩، ص ٣٨-٣٩، المسألة ٦٦٦.

٢. راجع الحاوي الكبير، ج ١١، ص ٦٠-٦١؛ وحلية العلماء، ج ٧، ص ٢٣١.

● والندب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة، وأن يقف الرجل عن يمينه، والمرأة عن يمين الرجل، وأن يحضر من يسمع اللعان، وأن يعظه الحاكم ويخوّفه بعد الشهادات قبل ذكر اللعن، وكذا في المرأة قبل ذكر الغضب.

واعلم أنّ قوله «وتجب البداءة بالشهادات» إلى آخره مستدرک؛ للاستغناء عنه بقوله «فالواجب التلقظ بالشهادة على الوجه المذكور» وقوله «وأن يبدأ الرجل بالتلقظ على الترتيب المذكور وبعده المرأة».

وكذا لا وجه لإعادة قوله «ولو قال أحدهما عوض أشهد بالله: أحلف» إلى آخره لدخوله في السابق. ولو أنه عطفه بـ«الفاء» لجاز كونه تفصيلاً بعد الإجمال، أمّا مع عطفه بـ«الواو» فلا وجه لإعادة.

قوله: «والندب أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة، وأن يقف الرجل عن يمينه» إلى آخره. هذه جملة من سنن اللعان وهي أمور:

الأول: أن يجلس الحاكم مستدبراً للقبلة ليكون وجههما إليها، كجلوسه لغيره من مواضع الحكم.

الثاني: أن يقف الرجل مقابل وجهه عن يمينه، وتقف المرأة عن يمين الرجل إن اعتبرنا وقوفهما، وإلا كانت على يمينه إلى أن يفرغ ثم يقوم.

وقد دلّ على هذين رواية أحمد بن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام قال، قلت: أصلحك الله، كيف الملاعنة؟ قال: «يقعد الإمام، ويجعل ظهره إلى القبلة، ويجعل الرجل عن يمينه، والمرأة عن يساره»^١.

وليس في الرواية أنّ الزوجين يستقبلان، وكذلك أطلق المصنّف وجماعة. الثالث: أن يحضر جماعة من أعيان البلد وصلحائه، فإنّ ذلك أعظم للأمر وللاتّباع، فقد حضر اللعان على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله جماعة من الصحابة منهم ابن عباس وابن عمر

١. الكافي، ج ٦، ص ١٦٥، باب اللعان، ح ١١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩١، ح ٦٦٧.

● وقد يغلظ اللعان بالقول والمكان والزمان.
ويجوز اللعان في المساجد والجوامع، إذا لم يكن هناك مانع من الكون في المسجد.

وسهل بن سعد، وهم من أحداث الصحابة^١، فاستدلّ به على أنه حضر جمع كثير، فإن العادة أن الصغار لا يحضرون وحدهم.
وأقلّ ما تتأدّى به الوظيفة أربعة نفر، فإن الزنى يثبت بهذا العدد، فيحضرون لإثباته.
الرابع: أن يعظه الحاكم بعد الشهادات ويخوّفه بالله تعالى، ويخبره أنّ عذاب الآخرة أشدّ من عذاب الدنيا، ويقرأ عليهم: «الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا»^٢.
ويروى أنه ﷺ قال للمتلاعنين: «حسابكما على الله، أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟»^٣.
وعن الصادق عليه السلام أنه ﷺ قال للرجل لما شهد: «أتق الله فإن لعنة الله شديدة، ثم قال له: اشهد الخامسة»^٤.

وكذا يفعل بالمرأة قبل ذكر الغضب، وفي الرواية أنه ﷺ قال لها: «أتقي الله فإن غضب الله شديد، ثم قال لها: اشهدي الخامسة»^٥.

قوله: «وقد يغلظ اللعان بالقول والمكان والزمان» إلى آخره.
تغليظ اللعان بهذه الأمور مشروع في الجملة، أعمّ من كونه واجباً أو مندوباً أو جائزاً بالمعنى الأخصّ، وليس في عبارة المصنّف ما يدلّ على واحد منها بعينه.

١. سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٧٤، ح ٢٢٤٧، وص ٢٧٥، ح ٢٢٥١؛ الحاوي الكبير، ج ١١، ص ٤٥؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٦٣، ح ١٥٣٣٨، وذيل الحديث ١٥٣٣٩؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٩، ص ٦١، المسألة ٦٢٨٥.

٢. آل عمران (٣): ٧٧.

٣. ورد نصّه في روضة الطالبين، ج ٦، ص ٣٣٠، وبدون الذيل في السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٦٣، ح ١٥٣٣٩؛ صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٣١، ح ١٤٩٣/٥؛ صحيح البخاري، ج ٥، ص ٢٠٣٥-٢٠٣٦، ح ٥٠٠٦، ٥٠٠٥، والكافي، ج ٦، ص ١٦٣، باب اللعان، ح ٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٧، ح ٤٨٥٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٤-١٨٥، ح ٦٤٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٠، ح ١٣٢٢.

فإن اتّفتت المرأة حائضاً أنفذ الحاكم إليها من يستوفي الشهادات. وكذا لو كانت غير برزة لم يكلفها الخروج عن منزلها، وجاز استيفاء الشهادات عليها فيه.

وصرح غيره^١ بالاستحباب، وأطلق كثير كما ذكر.

والأظهر أن التغليظ بالمكان والزمان مستحب.

وأما التغليظ بالقول، فإن فسّر بأنه تكرار الشهادات أربع مرّاتٍ - كما فسّره به في التحرير^٢ - فلا ريب في وجوبه، بل هو ركن فيه. وإن فسّر بذكر ما يناسب من أسماء الله تعالى المؤذنة بالانتقام - كما سيأتي في يمين دعاوي^٣ - فهو مستحب، ولا يخلّ بالموالاة؛ لأنّه من متعلقاته.

والمراد بالتغليظ بالمكان أن يجري اللعان في أشرف المواضع من البلد، كبين الركن والمقام إن كان بمكة، وهو المسمّى بالحطيم، وفي الروضة وهي ما بين قبر النبي ﷺ ومنبره إن كان بالمدينة، وفي المسجد الأقصى عند الصخرة إن كان بيت المقدس، وفي سائر البلاد في المسجد الجامع عند المنبر أو المشاهد المشرفة إن اتّفق عندها. ويلاعن بين أهل الذمّة إذا تراعفوا إلينا في الموضع الذي يعظّمونه كالكنيسة لليهود، والبيعة للنصارى.

وهل يلاعن بين المجوس في بيت النار؟ وجهان، من أنه ليس له حرمة وشرف، بخلاف البيعة والكنيسة، ومن أن المقصود تعظيم الواقعة وزجر الكاذب عن القذف، واليمين في الموضع الذي يعظّمه الحالف أغلظ. ويجوز أن يراعى اعتقادهم بشبهة الكتاب، كما روعي في قبول الجزية.

١. كبحي بن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع، ص ٤٨١؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٨٩ - ١٩٠؛ والشهيد في اللمعة الدمشقيّة، ص ٢٥٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٣).

٢. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ١٣٤، الرقم ٥٥١٥.

٣. يأتي في ج ١١، ص ١٣٩ وما بعدها.

● وقال الشيخ (رحمه الله): اللعان أيمان وليست شهادات. ولعلّه نظر إلى اللفظ، فإنه بصورة اليمين.

أما بيت الأصنام فلا عبرة به في لعان الوثنيين مطلقاً؛ لأنّه لا أصل له في الحرمة عند الله تعالى بخلاف السابق، واعتقادهم غير مرعيٍّ بمجرّده، فيلاعن بينهم في مجلس الحكم. ولو كان الزوج مسلماً والمرأة ذميّةً لاعتن كلّ واحد منهما في الموضوع الذي يعظّمه. والتغليظ بالزمان إيقاعه في وقتٍ شريف، كيوم الجمعة وبعد العصر، فإنّ اليمين الآثمة حينئذٍ أغلظ عقوبةً. وفسر قوله تعالى: «تَخْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ»^١ بعد صلاة العصر^٢.

وعن النبي ﷺ أنّه قال: «ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم ولهم عذاب أليم: رجل حلف يميناً على مال مسلمٍ فاقتطعه، ورجل حلف على يمينٍ بعد صلاة العصر فقد أعطى سلعته أكثر ممّا أعطى وهو كاذب، ورجل منع فضل الماء»^٣.

وإنّما يغلّظ في المساجد حيث لا يكون هناك مانع يمنع منها، كما لو كانت المرأة حائضاً أو مريضةً أو غير برزة، فيبعث إليها نائباً ليستوفي منها الشهادات.

ولا يشترط فيه الاجتهاد، كما لا يشترط فيمن يرسله لتحليفها في الدعاوي.

ولو أحضر الحائض إلى باب المسجد ولا عنها كان أقرب إلى التغليظ.

والمراد بغير البرزة من لا تعتاد الخروج إلى مجامع الرجال.

قوله: «وقال الشيخ (رحمه الله): اللعان أيمان وليست شهادات» إلى آخره.

اختلف العلماء في اللعان، هل هو شهادات أو أيمان؟

فذهب ابن الجنيّد إلى الأوّل^٤، وهو الظاهر من مذهب المصنّف؛ لكثرة إطلاقه عليه الشهادة.

١. المائدة (٥): ١٠٦.

٢. التبيان، ج ٤، ص ٤٥؛ مجمع البيان، ج ٣، ص ٢٥٧؛ الكشاف، ج ١، ص ٦٨٧، ذيل الآية ١٠٦ من سورة المائدة (٥).

٣. صحيح البخاري، ج ٢، ص ٨٣٤ - ٨٣٥، ح ٢٢٤٠؛ تلخيص الحبير، ج ٣، ص ٢٢٨، ح ١٦٢٨.

٤. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٤٥، المسألة ٩٤.

ونسبة القول بكونه يمينا إلى الشيخ^١. وهو اختيار العلامة في القواعد^٢.
 وذهب الشيخ^٣، والعلامة في المختلف^٤، وجماعة أخرى^٥ إلى أنه أيمان.
 واستدل للأول بقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا بِأَنفُسِهِمْ أَنَّهُمْ أَرْزَعُ شَهَدَاتٍ﴾^٦ الآيات، فقد أطلق عليه لفظ الشهادة في خمسة مواضع، وكنتى عنها في موضعين.
 وقول النبي ﷺ للرجل الذي لاعن بينه وبين زوجته: «اشهد أربع شهادات بالله إنك لمن الصادقين، إلى أن قال للمرأة: اشهدي أربع شهادات بالله إن زوجك لمن الكاذبين»^٧.
 وقول الصادق عليه السلام: «إن علياً عليه السلام قال: ليس بين خمس نساء وأزواجهن ملاءنة - إلى أن قال - والمجلود في الفرية؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾»^٨.
 وبأنه يعتبر فيه التصريح بلفظ الشهادة.
 وبأنه يدرأ به الحد عنه ويثبت به عليها كالبيّنة، بخلاف اليمين؛ فإنها لا تدخل في الحدود.

وبأنه إذا امتنع من اللعان ثم رغب فيه يُمكن منه، كمن يمتنع من إقامة البيّنة ثم أراد إقامتها، والناكل عن اليمين لا يعود إليها.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٢١٠.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٩٢.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٢١٠؛ الخلاف ج ٥، ص ٧، المسألة ٢.

٤. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٤٥، المسألة ٩٤.

٥. منهم ابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٣١٣؛ وفخر الدين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٤٥؛ والمحقق الكركي في حاشية شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٣٤١ (ضمن: حياة المحقق الكركي وآثاره، ج ١١).

٦. النور (٢٤): ٦.

٧. الكافي، ج ٦، ص ١٦٣، باب اللعان، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٤ - ١٨٥، ح ٦٤٤.

٨. الخصال، ص ٣٠٤، باب الخمسة، ح ٨٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٧، ح ٦٩٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٥، ح ١٣٣٨؛ والآية في سورة النور (٢٤): ٤.

واستدلّ للثاني بقوله تعالى: ﴿بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ و﴿بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾^١ بياء القسم وذكر «الله» المقسم به، ولفظ الشهادة لا يتوقف على جعلها بالله. ويقول النبي ﷺ لهلال بن أمية: «احلف بالله الذي لا إله إلا هو إنك لصادق»^٢. وأنه لما أتت المرأة بالولد على النعت المكروه، قال ﷺ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»^٣.

وبأنه يصحّ من الفاسق والكافر، وشهادتهما غير مقبولة. ويستوي فيه الذكر والأنثى، وليسا في الشهادة مستويين. وبأنّ اللعان يؤتى به في معرض الخصومة، ويلاعن الملاعن لنفسه، وشهادة الإنسان لنفسه غير مقبولة.

وأجاب في المختلف عن تسميته شهادة:

بأنّ الله تعالى قد سمى اليمين شهادة كما في قوله تعالى: ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾^٤. وفيه نظر؛ لأنّ الواقع من المناققين شهادة مؤكّدة باليمين بقرينة اللام الموطّئة للقسم، وذلك لا يخرجها عن الشهادة، والأصل في الاستعمال الحقيقة. والأولى أن يقال: إنّه يمين فيه شائبة الشهادة، بدليل ما ذكرناه من الخواصّ المنافية لكونه شهادة محضّة مع تسميته شهادة. وبهذا يجمع بين الأدلّة.

ويتفرّع على القولين لعان الكافر والمملوك على الوجه الذي لا يقبل فيه شهادته. أمّا المرأة فللعانها مقبول وإن كانت شهادتها في مثل ذلك غير مقبولة. وإن جعلناه أيماناً

١. النور (٢٤): ٦ و ٨.

٢. المستدرک علی الصحیحین، ج ٢، ص ٥٦٦، ح ٢٨٦٧؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٤٨، ح ١٥٢٩٤؛ تلخيص الحبير، ج ٣، ص ٢٢٧، ح ١٦٢٤.

٣. مسند أحمد، ج ١، ص ٣٩٥، ح ٢٣٢؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٧٨، ح ٢٢٥٦؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٤٨، ح ١٥٢٩٢.

٤. مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٤٤، المسألة ٩٣، والآية ١ من سورة المناققين (٦٣).

وأما أحكامه

فتشتمل على مسائل:

الأولى: • يتعلّق بالقذف وجوب الحدّ في حقّ الرجل، وبلعانه سقوط الحدّ في حقّه ووجوب الحدّ في حقّ المرأة.
ومع لعانها ثبوت أحكام أربعة: سقوط الحدّين، وانتفاء الولد عن الرجل دون المرأة، وزوال الفراش، والتحرّيم المؤبّد.

فلا إشكال وإلا كان خارجاً بالنصّ، كما قبلت شهادتها في الوصيّة بالمال ونظائرها به.

قوله: «يتعلّق بالقذف وجوب الحدّ في حقّ الرجل» إلى آخره.

الذي يفتح به أحكام اللعان أنّ الزوج غير محمولٍ على اللعان بعد القذف، بل إذا امتنع حدّاً كأجنبي إذا قذف ولم يقم البيّنة، لكنّه يمكن من اللعان؛ للضرورة الداعية إليه. وكذا المرأة غير محمولةٍ على اللعان بعد لعان الرجل، فإن تركته حدّت؛ لقيام شهادته الأربع مقام أربعة شهودٍ عليها بالزنى، وإن لاعتته سقط عنها الحدّ.

وعند بعض العامة^١ أنّ قذف الزوج لا يوجب الحدّ عليه، لكنّه يوجب اللعان، فإن امتنع حبس حتى يلاعن، واللعان عقوبة القذف دون الحدّ.

وكذلك قال: إذا لاعن الرجل لا تحدّ المرأة، بل تحبس إلى أن تلاعن.

لنا: دخوله في عموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾^٢، وقوله تعالى: ﴿وَيَذَرُوهُنَّ عَنِهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ﴾^٣، ولا عذاب عليها بدون الشهادة سوى الحدّ، والحبس لا يسمّى عذاباً، بل لا دليل

١. في حاشية «و» «هو أبو حنيفة وأحمد. (منه رحمه الله)». راجع الحاوي الكبير، ج ١١، ص ٨٢.

٢. النور (٢٤): ٤.

٣. النور (٢٤): ٨.

عليه بخلاف الحدّ، فإنّ شهادته عليها بمنزلة إقامة الشهود على الزنى، ومن ثمّ اندفع به عنه الحدّ، فكان قرينةً لكون العذاب هو الحدّ.

وقول النبيّ ﷺ لهلال بن أمية لما قذف زوجته: «البيّنة أو حدّ في ظهرك»، فقال هلال: والذي بعثك بالحقّ إنّي لصادق، ولينزلنّ الله ما يبرئ ظهري من الحدّ، فنزلت الآيات، فأرسل إليها، فجاء هلال فشهد والنبيّ ﷺ يقول: «إنّ الله يعلم أنّ أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟» ثمّ قامت فشهدت، فلمّا كان عند الخامسة وقفوها وقالوا: إنّها موجبة، فتلكأت ونكصت حتّى ظننّا أنّها ترجع، ثمّ قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت، الحديث. وفي آخره: فقال النبيّ ﷺ: «لو لا الأيمان لكان لي ولها شأن»^١.

ثمّ يتعلّق بلعانهما معاً أربعة أحكام:

أحدها: سقوط الحدّين كما عرفت^٢.

والثاني: انتفاء الولد عن الرجل دون المرأة إن كان اللعان لثنيه.

وفي حديث ابن عباس: أنّ النبيّ ﷺ لمّا لاعن بين هلال وامرأته فرق بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحدّ^٣. قيل: وكان بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى لأب^٤.

والثالث: زوال الفرائش.

والرابع: التحريم المؤبّد.

١. مسند أحمد، ج ١، ص ٣٩٥، ح ٢٣٢؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٧٦، ح ٢٢٥٤؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٤٨، ح ١٥٢٩٣؛ سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٦٨، ح ٢٠٦٧.

٢. راجع ص ٢٨٤.

٣. مسند أحمد، ج ١، ص ٣٩٤، ح ٢١٣٢؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٤٧-٦٤٨، ح ١٥٢٩٢.

٤. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٤٨، ذيل الحديث ١٥٢٩٢ نقلًا عن عباد بتفاوت.

● ولو أكذب نفسه في أثناء اللعان أو نكل ثبت عليه الحدّ، ولم تثبت عليه الأحكام الباقية.

ولو نكلت هي أو أقرّت رجمت وسقط الحدّ عنه ولم يزل الفراش، ولا يشبث التحريم.

ويدلّ عليهما قول النبي ﷺ في ذلك الحديث: ففرّق رسول الله ﷺ بينهما وقال: «لا يجتمعان أبداً»!

وبعض العامة نفى تأبّد التحريم وقال: لو أكذب نفسه كان له أن يجدّد نكاحها^٢.
والحديث الصحيح حجة عليه.

ولك أن تردّ هذه الأحكام إلى ثلاثة؛ لأنّ زوال الفراش يدخل في التحريم المؤبّد، وإنّما جمع بينهما لأنّ التحريم المؤبّد قد يجامع الفراش كالمفضاة. وهذه الفرقة تحصل ظاهراً وباطناً، سواء كان الزوج صادقاً أم هي صادقة، خلافاً لبعض العامة حيث حكم بأنّه مع صدقها لا يحصل باطناً^٣.

قوله: «ولو أكذب نفسه في أثناء اللعان أو نكل ثبت عليه الحدّ» إلى آخره.
لما كان ثبوت هذه الأحكام مترتباً على اللعان الذي لا يتحقّق إلا بإكماله فبدونه لا يثبت شيئاً منها؛ عملاً بالاستصحاب. فإذا أكذب نفسه أو نكل قبل إكماله ولو بكلمة واحدة ثبت عليه حدّ القذف، وبقيت الزوجيّة والولد. وإن أقرّت هي أو نكلت فكذلك وحدّها الرجم؛ لأنّها محصنة، لكن بشرط أن يكون اللعان لقفدها بالزنى، فلو نفى الولد ولم يقذفها بل جوّز كونه لشبهة لم يلزمها الحدّ إلا أن تقرّ بموجبه.

١. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٧، ص ٦٥٧، ذيل الحديث ١٥٣٦٨، وص ٦٥٨، ح ١٥٣٢٢؛ الحاوي الكبير، ج ١١، ص ٧٥.

٢. الحاوي الكبير، ج ١١، ص ٧٥؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٩، ص ٣٤، المسألة ٦٢٢٢.

٣. العزيز شرح الوجيز، ج ٩، ص ٤٠٦.

● ولو أكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد، لكن يرثه الولد ولا يرثه الأب ولا من يتقرّب به، وترثه الأمّ ومن يتقرّب بها ولم يعد الفراش ولم يزل التحريم. وهل عليه الحدّ؟ فيه روايتان، أظهرهما أنّه لا حدّ.

ويؤيد ما ذكر من الحكم حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام وفيها: «فإن أقرّ على نفسه قبل الملاعنة جلد حدّاً، وهي امرأته»^١.

وفي رواية عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات، ثمّ نكل عن الخامسة، فقال: «إن نكل عن الخامسة فهي امرأته ويجلد، وإن نكلت المرأة عن ذلك إذا كان اليمين عليها فعليها مثل ذلك»^٢.

واعلم أنّه يكفي في ثبوت الحدّ عليه نكوله أو إقراره ولو مرّة واحدة قبل إكمال اللعان؛ لأنّ موجب الحدّ - وهو القذف - متحقّق. أمّا نكولها أو إقرارها، فإن كان بعد لعانه كفى فيه المرّة أيضاً؛ لأنّ لعانه كإقامة البيّنة عليها، فلا يحتاج إلى مجامعة إقرارها، وإنّما لعانها يسقط الحدّ عنها، فبدونه يبقى بحاله. أمّا لو أقرّت قبل لعانه اعتبر كونه أربع مرّات كغيره من الأقارير بالزنى إذا لم يثبت عليها بعد بالشهادة. وسيأتي^٣.

قوله: «ولو أكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد، لكن يرثه الولد ولا يرثه الأب» إلى آخره. إذا تلاعنا وأكذب نفسه بعد اللعان لم يتغيّر الحكم المترتب على اللعان من التحريم المؤيّد وانتفاء الإرث، إلّا أنّه بمقتضى إقراره يرثه الولد من غير عكس، ولا يرث أقرباء الأب ولا يرثونه، إلّا مع تصديقهم في قول: لأنّ الإقرار لا يتعدّى المقرّ. واختلف في الحدّ هل يثبت عليه بذلك أم لا؟ بسبب اختلاف الرواية.

فروى الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل لاعن امرأته وهي حبلى، ثمّ ادّعى ولدها بعد

١. الكافي، ج ٦، ص ١٦٣ - ١٦٤، باب اللعان، ح ٦: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٧، ح ٦٥٠.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٦٥، باب اللعان، ح ١٢ باختلاف يسير؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩١، ح ٦٦٥.

٣. يأتي في ص ٢٩٢.

ما ولدت وزعم أنّه منه، فقال: «يردّ إليه الولد ولا تحلّ له؛ لأنّه قد مضى التلاعن»^١، فلو كان الحدّ باقياً لذكره، وإلّا لتأخّر البيان عن وقت الخطاب.

وعليها عمل الشيخ^٢ والمصنّف والعلامة في أحد قوليّه^٣.

ويؤيدها أنّ الحدّ سقط باللعان بحكم الشارع، ولم يتجدّد كذف، فلا وجه لوجوبه.

وروى محمّد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام أنّه سأل عن رجل لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثمّ أكذب نفسه، هل يردّ عليه ولدها؟ قال: «إذا أكذب نفسه جلد الحدّ، وردّ عليه ابنه، ولا ترجع إليه امرأته أبداً»^٤.

وبها أخذ المفيد^٥ والعلامة في القواعد^٦، وهو الأقوى؛ لأنّه أكّد باللعان الكذف؛ لتكراره إيّاه فيه. والسقوط إنّما يكون مع علم صدقه أو اشتباه الحال، أمّا مع اعترافه بكونه كاذباً فهو كذف محض، فلا تكون زيادته مسقطاً للحدّ. والرواية بثبوتها ناصّة عليه، والأخرى لاتنافيه. مع أنّ في طريق الروایتين من هو مشترك بين الثقة والضعيف، وإنّما نجعلها شاهداً على ما اخترناه بالوجه العامّ.

واعلم أنّ الشيخ في التهذيب حمل الرواية الأخيرة على إكذاب نفسه قبل إتمام اللعان^٧. ولا يخفى ما فيه؛ لأنّه لو كان كذلك لم يزل الفراش ولم يثبت التحريم المؤبد، وقد حكم في الرواية بأنّها لا ترجع إليه أبداً.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٦٤، باب اللعان، ح ٨ بتفاوت يسير؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٨ - ٥٣٩، ح ٤٨٥٨؛ تهذيب

الأحكام، ج ٨، ص ١٩٤ - ١٩٥، ح ٦٨٢.

٢. النهاية، ص ٥٢١.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٣٥، الرقم ٥٥١٨؛ إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٦١.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٤، ح ٦٨١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٧٦، ح ١٣٤٢.

٥. المقننة، ص ٥٤٢.

٦. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٩١.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٤، ذيل الحديث ٦٨١.

● ولو اعترفت بعد اللعان لم يجب عليها الحدّ، إلا أن تقرّ أربع مرّات. وفي وجوبه معها تردّد.

● الثانية: إذا انقطع كلامه بعد القذف وقبل اللعان صار كالأخرس لعانه بالإشارة، وإن لم يحصل اليأس منه.

قوله: «ولو اعترفت بعد اللعان لم يجب عليها الحدّ، إلا أن تقرّ أربع مرّات» إلى آخره. إذا اعترفت بعد اللعان بالزنى لم يجب عليها الحدّ بمجرد الإقرار إجماعاً، لما سيأتي إن شاء الله تعالى من أنّ حدّ الزنى لا يثبت على المقرّ إلا أن يقرّ به أربع مرّات! وعلى تقدير إقرارها به أربعاً، ففي وجوب الحدّ عليها قولان، أشهرهما وجوبه، ذهب إليه الشيخ في النهاية^٢ وأتباعه^٣ وابن إدريس^٤ والعلامة^٥؛ لعموم ما دلّ على وجوب الحدّ على من أقرّ أربعاً مكلفاً حرّاً مختاراً.

والمصنّف تردّد في ذلك؛ نظراً إلى أنها أقرّت بزنى سقط حدّه باللعان، لقوله تعالى: ﴿وَيَذُرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ﴾^٧ فلا يعود. والأوّل أقوى؛ لما ذكر في السابق.

قوله: «إذا انقطع كلامه بعد القذف وقبل اللعان صار كالأخرس» إلى آخره. إذا قذف الناطق ثم اعتقل لسانه وعجز عن الكلام لمرض وغيره نظر إن كان لا يرجى

١. يأتي في ج ١٢، ص ٤٣.

٢. النهاية، ص ٥٢١-٥٢٢.

٣. المهذب، ج ٢، ص ٣٠٨؛ إصباح الشيعة، ص ٤٦٢.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٧٠١.

٥. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٦٢، وفيه: «على رأي»؛ وفي تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٣٥، الرقم ٥٥١٨ على إشكال؛ وكذا في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٩١.

٦. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٨، ص ١٠٣ وما بعدها، الباب ١٦ من أبواب حدّ الزنى.

٧. النور (٢٤): ٨.

الثالثة: ● إذا ادّعت أنه قذفها بما يوجب اللعان فأنكر، فأقامت بيّنة لم يشبث اللعان وتعيّن الحدّ؛ لأنّه يكذب نفسه.

زوال ما به فهو كالأخرس، وقد تقدّم القول فيه^١. وإن كان يرجى ففي انتظار زواله وجهان: أحدهما - وهو الذي قطع به المصنّف - لا، ويلاعن بالإشارة؛ لحصول العجز في الحال، وحدّ القذف مضيق، وربما يموت فيلحق به نسب ليس منه، وذلك ضرر.

والثاني: أنّه ينتظر زواله ولا يغيّر الحكم بالعوارض التي تطرأ وتزول؛ لتسكّن الإتيان بصريح الكلمات المعتمدة في الشهادات واللعن والغضب. والمذهب هو الأوّل.

قوله: «إذا ادّعت أنه قذفها بما يوجب اللعان فأنكر» إلى آخره.

إذا ادّعت المرأة على زوجها أنّه قذفها فله في الجواب أحوال:

أحدها: أن يسكت فتقيم عليه البيّنة، فله أن يلاعن.

وليس السكوت إنكاراً للقذف، ولا تكذيباً للبيّنة في الحقيقة، ولكنّه جعل كالإنكار في قبول البيّنة. وإذا لاعن قال: «أشهد بالله إنّي لمن الصادقين فيما أثبت عليّ من رمسي إياها بالزنى».

وثانيها: أن يقول في الواجب: «لا يلزمني الحدّ»، فأقامت البيّنة على القذف، فله اللعان أيضاً. ويجوز أن يريد بقوله «لا يلزمني الحدّ» أنّي صدقت فيما قلت وسأحقّقه باللعان فلا يكون عليّ حدّ.

وثالثها: أن ينكر القذف فتقيم الشاهدين عليه.

وقد أطلق المصنّف (رحمه الله) فيه أنّه لا يجاب إلى اللعان لو أراه وتعيّن الحدّ؛ لأنّه بلعانه يكذب نفسه في إنكاره القذف؛ لأنّه ينكر نسبتها إلى الزنى فكيف يشهد بالله إنّه لمن الصادقين فيما نسبها إليه؟!

ويحتمل جواز اللعان؛ لأنّه لم ينكر زناها وإنما أنكر القذف والقذف يستعمل في القول

الرابعة: ● إذا قذف امرأته برجلٍ على وجهٍ نسبهما إلى الزنى كان عليه حدّان، وله إسقاط حدّ الزوجة باللعان. ولو كان له بيّنة سقط الحدّان.

الباطل، فيجوز أن يريد أن قولي صادق وليس بقذف باطل، وإن لم يتلفظ بالتأويل، ولأنّ قوله مردود عليه بالبيّنة، فصار كأنه لم ينكر.

والوجه أنّه إنّ أظهر لإنكاره هذا التأويل ونحوه من التأويلات المحتملة قبل، وإلا فلا؛ لأنّه خلاف مدلول اللفظ، فلا يكفي في نفيه مجرد الاحتمال.

وعلى تقدير عدم القبول أو عدم التأويل لو أنشأ قذفاً في الحال فله أن يلاعن لأجله ويسقط به الحدّ وإن كانت هي صادقة في دعواها؛ لأنّ من كرّر قذف امرأته كفاها لعان واحد. ورابعها: أن لا يقتصر في الجواب على إنكار القذف بل قال: «ما قذفت وما زنيت»، فيحدّ ولا لعان هنا قطعاً؛ لأنّه شهد بعفتها وبرائها فكيف تحقّق زناها باللعان وقوله الأوّل يكذّبه؟! وليس له أن يقيم البيّنة والحال هذه؛ لأنّه كذّب الشهود بقوله: «ما زنيت».

وفي هذه الحالة لو أنشأ قذفاً ففي جواز لعانه وجهان، من إطلاق الحكم بثبوته بالقذف، ومن أن إقراره ببراءتها ينافي باللعان. والوجه تقييد جواز اللعان بمضيّ مدة بعد الدعوى يمكن فيها الزنى.

وعلى تقدير جواز اللعان ففي سقوط حدّ القذف الذي قامت البيّنة عليه وجهان، من أن قوله «ما زنيت» يمنع من صرفه إلى الأوّل، ومن إطلاق سقوط الحدّ باللعان الواحد للقذف المتعدّد. والأقوى الأوّل.

قوله: «إذا قذف امرأته برجلٍ على وجهٍ نسبهما إلى الزنى كان عليه حدّان» إلى آخره. إذا قذف زوجته بالزنى برجلٍ معيّن، بأن قال: «زنيت بفلان»، فهو قذف لهما بلفظٍ واحد، فيثبت الحدّ لهما، لكن سيأتي إن شاء الله تعالى في الحدود أنّه مع قذف متعدّد بلفظٍ واحد لهم حدّ واحد إن جاؤوا به مجتمعين، وإن تفرّقوا فلكلّ واحد حدّ، وهذه من أفراد تلك.

الخامسة: • إذا قذفها فأقرت قبل اللعان قال الشيخ: لزوما الحدّ إن أقرت أربعاً، وسقط عن الزوج ولو أقرت مرةً. وإن كان هناك نسب لم ينتف إلا باللعان، وكان للزوج أن يلاعن لئفيه؛ لأنّ تصادق الزوجين على الزنى لا ينفي النسب؛ إذ هو ثابت بالفراش. وفي اللعان تردّد.

وحينئذٍ نقول: إن جاء به متفرّقين فلا إشكال في تعدّد الحدّ. وأنّ له إسقاط حدّها باللعان دون حدّه كما ذكره المصنّف.

وإن جاء به مجتمعين، فإن لاعن الزوجة سقط حدّها وحدّ الرجل كما لو جاء متفرّقين؛ لأنّ الحدّ لهما يتداخل ويجتزئ منه بواحد، ولم يحصل هنا حدّ فكان كما لو لم يطلبه. وإن لم يلاعن وحدّها تداخل الحدّان؛ بناءً على القاعدة المقرّرة، وإن كان إطلاقه وجوب الحدّين هنا لا يخلو من منافرة للقاعدة، لكن طريق الجمع ما قرّناه.

ولا فرق في عدم سقوط حدّه للرجل بين أن يذكره في لعانها، بأن يقول: «أشهد بالله إنّي لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى بفلان»، وعدمه عندنا؛ لأنّ اللعان بالنسبة إلى إسقاط حدّ القذف مختصّ بالزوجة.

خلافاً لبعض العامة، حيث أسقط حدّه مع ذكره في لعانها؛ نظراً إلى أنّ اللعان حجّة في ذلك الزنى في طرف المرأة، فكذا في طرف الرجل؛ لأنّ الواقعة واحدة، وقد قامت فيها حجّة مصدّقة^١. وجوابه: أنّ اللعان إنّما يثبت حجّةً على قذف الزوجة كما تضمّنته الآية^٢، لا على قذف غيرها، فيبقى حكم قذفه على الأصل. ولو فرض تعدّد صيغة القذف بالنسبة إليهما تعدّد الحدّ مطلقاً كما ذكر^٣.

قوله: «إذا قذفها فأقرت قبل اللعان» إلى آخره.

إذا قذفها بالزنى وصادقته عليه قبل اللعان سقط الحدّ عنه؛ لاعترافها بعدم الإحصان،

١. الحاوي الكبير، ج ١١، ص ٦٢؛ الوجيز، ج ٢، ص ٩٤؛ العزيز شرح الوجيز، ج ٩، ص ٣٨٤.

٢. النور (٢٤): ٦.

٣. قبيل هذا.

السادسة: • إذا قذفها فاعترفت ثم أنكرت فأقام شاهدين باعترافها، قال الشيخ: لا يقبل إلا أربعة، ويجب الحدّ. وفيه إشكال ينشأ من كون ذلك شهادة بالإقرار لا بالزنى.

ولم يجب عليها؛ لعدم حصول موجبه إلا أن تقرّ أربعاً. فإن ولدت من الوطاء الذي تصادقا عليه أنه زنى فهو لاحق بهما شرعاً؛ لأنها فراش والولد للفراش، وقولهما في نفيه غير مقبول؛ لأنه إقرار في حق الغير، فإن تلاعنا انتفى عنه حينئذٍ، ذكر جميع ذلك الشيخ في المبسوط^١. وكلّه جيّد في محلّه، إلا قوله بصحّة اللعان لنفيه، فقد تردّد فيه المصنّف.

ووجهه من ثبوت نسب الولد ظاهراً على ما قرّرناه، فإذا نفاه الرجل مع عدم سبق إقراره به دخل تحت عموم اللعان لنفى الولد^٢ الملحق به ظاهراً، ومن أن اللعان هنا غير متصوّر؛ لأنّ الزوجة لا يمكنها أن تقول: «أشهد بالله إنه لمن الكاذبين في نفي الولد عنه» مع تصديقها إياه على الزنى وعلى تولّد الولد من الزنى، فإنّ ذلك فرض المسألة. وإنّما يتّجه اللعان مع تصديقها له على الزنى دون تولّد الولد منه، أمّا مع دعواها كونه من الزوج أو إطلاقها فلا.

والأقوى ثبوته هنا، وانتفاؤه في الأوّل.

قوله: «إذا قذفها فاعترفت ثم أنكرت فأقام شاهدين» إلى آخره.

إذا قذفها وأدعى اعترافها بالزنى فأنكرت، فهل يثبت الزنى بإقرارها بشاهدين أم لا بدّ من أربع؟ قولان، منشؤهما كون الغرض من الإقرار إثبات الزنى الموجب لإقامة الحدّ وهتك العرض، فكان كالشهادة على نفس الزنى فلا بدّ من الأربعة، وهو من باب اتّحاد طريق المسألتين لا القياس. وهو اختيار الشيخ في هذا الباب^٣، وقوّاه في المختلف^٤.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٢٣٢.

٢. راجع وسائل الشريعة، ج ٢٢، ص ٤٢٩، الباب ٩ من أبواب كتاب اللعان.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٢٥٧.

٤. مختلف الشريعة، ج ٨، ص ٥٤٣، المسألة ١٠٣.

السابعة: • إذا قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان وورثها الزوج، وعليه الحدّ للوارث. ولو أراد دفع الحدّ باللعان جاز. وفي رواية أبي بصير: «إن قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له، وإلا أخذ الميراث»، وإليه ذهب في الخلاف. والأصل أنّ الميراث يثبت بالموت، فلا يسقط باللعان المتعقب.

ومن أنّ المشهود عليه إقرار فأشبهه سائر الأقارير. وهو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف في باب الشهادات^١ وابن إدريس^٢، ويظهر من المصنّف الميل إليه هنا. ثمّ على تقدير توقّف ثبوت الزنى على الأربعة هل يكفي الاثنان في سقوط الحدّ عن القاذف، أم لا بدّ من الأربعة كالسابق؟ قال الشيخ في المبسوط بالثاني^٣؛ لأنّها شهادة على الزنى فلا يقبل أقلّ من أربعة.

وقيل: يكفي هنا اثنان^٤؛ لأنّها شهادة على الإقرار بالزنى لا عليه نفسه، وهو لا يستلزم ثبوت الزنى بمجردّه؛ لأنّ الحدّ يسقط عنه بإقرارها مرّة واحدة ولا يثبت عليها الزنى إلا بإقرارها أربعاً، فيثبت الإقرار بشاهدين بالنسبة إلى إسقاط الحدّ، كما يثبت بهما المال وموجب القصاص، بل هنا أولى؛ لأنّ الحدود مبنية على التخفيف. وهذا أقوى.

قوله: «إذا قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان وورثها الزوج» إلى آخره. قد عرفت ممّا سبق أنّ من أحكام اللعان ما يترتب على لعانه خاصّة من غير أن يتوقّف على لعانها^٥، وهو سقوط الحدّ عنه وثبوته عليها، وأنّ منه ما يترتب على لعانها معاً، كالفرقة المؤبّدة الموجبة لنفي التوارث وانتفاء نسب الولد عن الأب. فإذا فرض موتها قبل اللعان

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٣٤؛ الخلاف، ج ٦، ص ٢٥١. المسألة ٣.

٢. السرائر، ج ٢، ص ١١٥-١١٦.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٢٥٧.

٤. إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٥٥.

٥. سبق في ص ٢٨٤.

لم يسقط حكم ما يترتب على لعانه خاصّة؛ لعدم المانع منه، فله أن يلاعن بعد موتها لنفي الحدّ عنه من غير احتياج إلى لعان الوارث، ولكنّه لا ينفي الميراث ولا النسب؛ لترتّبهما على التلاعن من الجانبين وقد فات بموتها، والأصل أن لا يقوم غيرها مقامها فيه.

وقال الشيخ في النهاية: إن قام رجل من أهلها فلاعنه سقط الحدّ عنه، وسقط إرثه^١ وتبعه عليه القاضي^٢ وجماعة^٣.

والمستند رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «إن قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له، وإن أبي أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها»^٤.
ورواية عمرو بن خالد، عن زيد بن عليّ، عن آبائه، عن عليّ عليه السلام في رجل كذب امرأته فخرج فجاء وقد توفيت قال: «يخيّر واحدة من ثنتين، يقال له: إن شئت أُرثت نفسك الذنب فيقام فيك الحدّ وتعطى الميراث، وإن شئت أقررت فلاعنت أدنى قرابتها ولا ميراث لك»^٥.
والروايتان ضعيفتان، الأولى بالإرسال، والثانية برجال الزيدية. والأصل أن لا يقوم غير الزوجة مقامها في اللعان، وأن لا يزول الإرث الذي قد ثبت بالموت.

وأما ما قيل في ردّه من أنّ الوارث لا يمكنه القطع بنفي فعل غيره، ولا يكفي يمينه على نفي العلم، وأنّ الاجتزاء بأيّ وارث كان مع التعدّد ترجيح من غير مرجّح. فلا يصلح للمنع، لإمكان اطلاع الوارث وعلمه بانتفاء الفعل حيث يكون الفعل محصوراً، بأن يدّعي عليها أنّها زنت في ساعة كذا بفلان أو مطلقاً، وقد كان الوارث ملازماً لها أو للمنسوب إليه في تلك الساعة على وجه يعلم انتفاء الفعل، كما في نظائره من الشهادات على النفي المحصور. ولما كان المعتبر لعان واحد من طرف الزوجة اكتفي بلعان وارث واحد؛ لقيامه مقام لعانها.

١. النهاية، ص ٥٢٣.

٢. المهذب، ج ٢، ص ٣١٠.

٣. الوسيلة، ص ٣٢٧-٣٢٨.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٠، ح ٦٦٤.

٥. الفقيه، ج ٣، ص ٥٣٩، ح ٤٨٥٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٩٤، ح ٦٧٩.

الثامنة: ● إذا قذفها ولم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها به، قيل: لا حدّ، وقيل: يحدّ؛ تمسّكاً بحصول الموجب. وهو أشبه. وكذا الخلاف فيما لو تلاعنا ثمّ قذفها به، وهنا سقوط الحدّ أظهر.

ولو قذفها به الأجنبي حدّ. ولو قذفها فأقرّت ثمّ قذفها الزوج أو الأجنبي فلا حدّ.

ولو قذفها ولاعن فنكلت ثمّ قذفها الأجنبي قال الشيخ: لا حدّ كما لو أقام بيّنة. ولو قيل: يحدّ كان حسناً.

ومع التعدّد يتخيّر الوارث أن يبذل الجميع أو يقرع بينهم مع التشاح. فمثل ذلك لا يصلح لإبطال الحكم لو ثبت بنصّ يعتمد عليه، وإنّما الوجه في ردّه ضعف مستنده.

قوله: «إذا قذفها ولم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها به - إلى قوله - ولو قيل: يحدّ كان حسناً».

هنا مسائل خمس:

الأولى: تكرار القذف قبل اللعان من غير أن يتخلّله الحدّ لا يوجب زيادة عن حدّ واحد ولا لعان واحد إجمالاً.

وإن تخلّل الحدّ ثمّ قذف فهل يجب الحدّ ثانياً؟ اختلف كلام الشيخ فيه، فأثبتته في الخلاف^١، ونفاه في المبسوط^٢.

ومبنى القولين على أنّ كلّ واحدٍ من القذف المتعدّد سبب تامّ في إيجاب الحدّ، والأصل مع تعدّد الأسباب أن يتعدّد المسبّب، خرج منه ما إذا لم يتخلّل الحدّ فيبقى الباقي، وأنّ الحدّ في القذف إنّما يثبت مع اشتباه صدق القاذف وكذبه لا مع الحكم بأحدهما، وكذبه هنا معلوم بقوله تعالى: ﴿فَأُولَٰئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكٰذِبُونَ﴾^٣.

١. الخلاف، ج ٥، ص ٤١، المسألة ٥٣.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٢٥٣.

٣. النور (٢٤): ١٣.

ويضعّف الثاني بأنّ المعتربر في سقوط الحدّ ظهور كذبه لا وصفه به بمجرد الذمّ مع تجويز صدقه في نفس الأمر، فلا يزول بذلك ما دلّ على إيجاب الحدّ مع القذف المعلوم الموجب لزيادة الهتك الموهوم لدعوى الصدق في السابق. فما اختاره المصنّف من ثبوت الحدّ ثانياً أقوى. هذا إذا كان القذف الثاني بمتعلّق الأوّل، كما نبّه عليه المصنّف بقوله: «ثمّ قذفها به». أمّا لو قذفها بزنيّة أخرى فلا إشكال في ثبوت الحدّ عليه ثانياً.

الثانية: أن يتخلّل اللعان بين القذفين. وقد اتّفق قولنا الشيخ هنا على سقوط الحدّ؛ لأنّ اللعان مساوٍ للبيّنة والإقرار من المرأة في سقوط الحدّ ثانياً.

وقيل: يحدّ هنا أيضاً^٢؛ لأنّ اللعان إنّما أسقط الحدّ الذي وجب عليها بلعانه، ولم يثبت زناها به ولا أقرّت ولا نكلت، فمع القذف الثاني وجد موجب الحدّ؛ لعموم الآية^٣. واللعان المتقدم لا يصلح لإسقاطه؛ لاستحالة تقدّم المسبّب على السبب. والأوّل أقوى.

الثالثة: أن يقذفها به الأجنبي فيجب عليه الحدّ، سواء كان قبل تلاعنهما أم بعده؛ لوجود المقتضي له وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلّا تلاعن الزوجين وهو مفقود في طرف الأجنبي؛ لأنّه قاذف محض ولم يوجد له مسقط.

وربما احتتمل سقوطه عنه أيضاً؛ نظراً إلى أنّ لعان الزوج كإقامة البيّنة عليها بالزنى، وهي مسقطه لإحصانها المقتضي لسقوط الحدّ عن قاذفها.

وقيام اللعان مقام البيّنة مطلقاً ممنوع، وإنّما قام مقامها في سقوط الحدّ عن الزوج لا مطلقاً.

الرابعة: لو قذفها فأقرّت، ثمّ قذفها الزوج أو الأجنبي فلا حدّ؛ لسقوط إحصانها بإقرارها به كما يسقط بالبيّنة.

١. راجع المبسوط، ج ٤، ص ٢٥٣؛ والخلاف، ج ٥، ص ٤١، المسألة ٥٣.

٢. لم نعر على قائله.

٣. النور (٢٤): ٤.

التاسعة: • لو شهد أربعة والزوج أحدهم، فيه روايتان، إحداهما ترجم المرأة، والأخرى تحدد الشهود ويلاعن الزوج.
ومن فقهاءنا من نزل رد الشهادة على اختلال بعض الشرائط أو سبق الزوج بالقذف. وهو حسن.

ويكفي في سقوط الحد إقرارها به مرة واحدة وإن لم يثبت عليها الحد بدون الأربع؛ لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^١، واختصاص حكم المتعدد بثبوت الزنى والإحصان غيره. ولا فرق في هذه الحالة بين قذفها بالزنية الأولى وبغيرها؛ لاشتراكهما في المقتضي، وهو سقوط إحصانها بالإقرار.

الخامسة: لو قذفها الزوج ولاعن فنكلت، ثم قذفها الأجنبي فهل يجب عليه الحد؟ قولان:

أحدهما - للشيخ في كتابي الفروع^٢ - لا حدّ عليه؛ لأنّ النكول كالبيّنة وهي مسقطه للحدّ؛ لأنّها مزيلة للإحصان.

والثاني - للأكثر ومنهم المصنّف - ثبوت الحدّ؛ لعموم: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ»^٣.
ويمنع زوال الإحصان بنكولها وقيامه مقام البيّنة مطلقاً وإنّ لم يزل به ما نكل عن الحلف عليه ظاهراً؛ لأنّ ذلك لعدم تخلصها عن الدعوى باليمين لا لكونها أقرت، ولأنّ اليمين محذورة فبالنكول عنها كما يحتمل حقيقة المدعي يحتمل قصد السلامة من محذور اليمين، والمزيل للإحصان الأوّل دون الثاني. وهذا أقوى.

قوله: «لو شهد أربعة والزوج أحدهم فيه روايتان» إلى آخره.

١. أوردته العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٥٩، ذيل المسألة ٢٢٦، وص ٣٧٠، ذيل المسألة ٣٣٧، ص ٥٤٣، ذيل المسألة ٢٥٨؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٢٨؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٥، ص ٢٣٣.

٢. الخلاف، ج ٥، ص ٤١، المسألة ٥٤؛ المبسوط، ج ٤، ص ٢٥٣.

٣. النور (٢٤): ٤.

إذا شهد على المرأة بالزنى أربعة رجالٍ أحدهم الزوج، ففي ثبوتها عليها بشهادتهم قولان، منشؤها اختلاف الروایتين، فذهب الأكثر - ومنهم الشيخ^١ وابن إدريس^٢ والمصنف وأكثر المتأخرين - إلى قبول شهادة الزوج وثبوت الحدِّ على المرأة؛ لوجود المقتضي على ثبوت الزنى وهو شهادة أربعة عدولٍ، وانتفاء المانع؛ لأنَّ شهادة الزوج مقبولة لزوجته وعليها، ورواية إبراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنى أحدهم زوجها، قال: «تجوز شهادتهم»^٣، ومعنى الجواز الصَّحَّة، والصحيح ما يترتب أثره عليه وهو ثبوت الحدِّ على المشهود عليه.

وذهب الصدوق^٤ والقاضي ابن البرَّاج^٥ مع آخرين إلى الثاني؛ لرواية زرارة عن أحدهما عليه السلام في أربعة شهدوا على امرأة بالزنى، أحدهم زوجها، قال: «يلاعن، ويجلد الآخرون»^٦. ويؤيدها قوله تعالى: ﴿لَوْلَا جَاءَهُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ﴾^٧ إن جعل الضمير في «جاءوا» راجعاً إلى القاذفين ومنهم الزوج، فإنَّه لا يقال: جاء الإنسان بنفسه بمعنى أتى بها. والأصحُّ الأوَّل.

والرواية الثانية ضعيفة السند بمحمَّد بن عيسى^٨، وإسماعيل بن خراش فإنَّه مجهول^٩.

١. الخلاف، ج ٥، ص ٤٣، المسألة ٥٩: النهاية، ص ٦٩٠.
 ٢. السرائر، ج ٣، ص ٤٣٠.
 ٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨٢، ح ٧٧٦: الاستبصار، ج ٣، ص ٣٥، ح ١١٨.
 ٤. المقنع، ص ٤٤٠.
 ٥. راجع المهذب، ج ٢، ص ٥٢٥. قال فيه: وقد ذكرت في كتابي «الكامل»: أن الأقوى في نفسي في ذلك أنهم يحدِّون، ولا يجب على المرأة حدًّا.
 ٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٨٤، ح ٦٤٣: الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦، ح ١١٩.
 ٧. النور (٢٤): ١٣.
 ٨. الفهرست، ص ٤٠٢، الرقم ٦١٢.
 ٩. راجع معجم رجال الحديث، ج ٤، ص ١١، الرقم ١٢٦٥.
- وفي حاشية «خ» و«و»: «في التهذيب رواها موقوفة على زرارة وهو ضعف آخر. (منه رحمه الله). ولعلَّه سهو من قلمه الشريف (قدَّس سرَّه) فإنَّ الشيخ رواها مسندة عن أحدهما عليه السلام. فراجع.

العاشرة: ● إذا أخلّ بشيء من ألفاظ اللعان الواجبة لم يصحّ. ولو حكم به حاكم لم ينفذ.

والأولى موافقة للأصول، معتضدة بقوله تعالى: «وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ»^١، فإنّ ظاهرها أنّه إذا كان غيره فلا لعان، وبقوله تعالى: «وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفُجْحَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ»^٢، قيل: الخطاب للحكام وهم أعمّ من أن يكونوا غير الزوج أو معه^٣.

والشيخ حمل الرواية الثانية على اختلال بعض شرائط القبول^٤، وابن إدريس على سبق قذف الزوج^٥، وهو من جملة اختلال الشرائط. ولا بأس بالحمل؛ لأنّه طريق الجمع حيث لا تطرح الرواية لضعفها.

ولابن الجنيد قول ثالث بأنّ الزوجة إن كانت مدخولاً بها ردّت الشهادة وحدّوا ولاعن الزوج، وإلا حدّت هي^٦.

وكأنّه قصد الجمع بذلك أيضاً، وخصّ الردّ بحالة الدخول؛ لاشتغال روايته على لعان الزوج وهو مشروط بالدخول، فتعيّن حمل الأخرى على غيره.

ولا وجه لهذا بعد ضعف الرواية عن مقاومة أدلّة القبول.

قوله: «إذا أخلّ بشيء من ألفاظ اللعان الواجبة لم يصحّ» إلى آخره.

نبه بذلك على خلاف أبي حنيفة حيث ذهب إلى أنّ الحاكم إذا حكم بالفرقة بأكثر كلمات اللعان نفذ، وقام الأكثر مقام الجميع، وإن كان الحاكم مخطئاً في الحكم^٧.

١. النور (٢٤): ٦.

٢. النساء (٤): ١٥.

٣. لم نعتز عليه.

٤. النهاية، ص ٦٩٠.

٥. السرائر، ج ٣، ص ٤٣١.

٦. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٩، ص ١٣٨، المسألة ٢.

٧. المبسوط، السرخسي، ج ٧، ص ٥١.

الحادية عشرة: • فرقة اللعان فسخ، وليست طلاقاً.

وضعه ظاهر، فإنّ الحكم حينئذٍ خطأ بالإجماع فلا ينفذ، كسائر الأحكام الباطلة باختلال بعض شروطها وأركانها.

قوله: «فرقة اللعان فسخ، وليست طلاقاً».

خالف في ذلك أبو حنيفة أيضاً، فجعلها فرقة طلاق^١.

لنا: أنها تحصل بغير لفظ فضلاً عن لفظ الطلاق، فكانت كفرقة الرضاع والردّة. وتظهر الفائدة في عدم اشتراط جمعها لشرائط الطلاق، من كون الزوجة طاهراً من الحيض طهراً لم يقربها فيه، إلى غير ذلك من شرائطه، وفيما لو علّق ظهار امرأة أخرى بطلاق هذه فلا عنها. وفي تنصّف المهر لو كان قبل الدخول - حيث نجّوزه قبله - من حيث كونه فسخاً من جهتها؛ إذ لم تحصل الفرقة إلاّ بلعانها، أو لا؛ نظراً إلى اشتراكهما في السبب الموجب؛ إذ هو اللعان من الجانبين نظر. وعلى الثاني يثبت الجميع؛ لأنّ تنصّفه قبل الدخول مشروط بالطلاق أو بدليل خاصّ.



تمّ الجزء الرابع من كتاب مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام.
وفرغ من تسويده مصنّفه الفقير إلى الله تعالى زين الدين بن عليّ بن أحمد أو آخر شهر
جمادى الآخرة سنة ثلاث وستين وتسعمائة حامداً مصلياً مسلماً^٢.

١. المبسوط، السرخسي، ج ٧، ص ٤٧؛ بدائع الصنائع، ج ٣، ص ٣٥٨؛ وحكاه عنه أيضاً الشيخ في الخلاف، ج ٥، ص ٢٥، المسألة ٢٦.

٢. في نسخة «و»: «بسم الله خير الأسماء، وقع المرور وبلغ النظر على هذا المجلّد الشريف وعرضه على أصله المنيف الذي بخطّ شارحه السعيد، وتصحيح الألفاظ وتبيين المعاني، وتعليق الحواشي والرجوع إلى الأصول الأربعة، ومقابلة المدارك الشريفة بقدر الوسع والطاقة البشريّة مع تشتّت الأحوال وتراكم الأحوال، في أوقات مختلفة وأحوال متفرّقة. آخرها عند غروب الشمس من اليوم التاسع عشر من شهر رمضان المبارك سنة ١١١٩. وكتب العبد الأحمق محمّد جعفر عني عنه حامداً مسلماً».

كتاب العتق

● وفضله متَّفَق عليه، حتَّى روي: «من أعتق مؤمناً أعتق الله بكلِّ عضو منه عضواً له من النار».

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

كتاب العتق

هو لغةً: الخلوص^١، ومنه سمِّي البيت الشريف عتيقاً، والخيل الجياد عتاقاً. وشرعاً: خلوص المملوك الآدمي أو بعضه من الرقِّ بالنسبة إلى مطلق العتق، وبالنسبة إلى المباشرة التي هي مقصود الكتاب الذاتي، تخلَّص الآدمي أو بعضه من الرقِّ منجزاً بصيغة مخصوصة.

قوله: «وفضله متَّفَق عليه، حتَّى روي: من أعتق مؤمناً أعتق الله بكلِّ عضو منه عضواً له من النار».

اتَّفَق أهل الإسلام على فضيلة العتق. والرواية التي أشار إليها رواها الخاصَّة والعامة عنه ﷺ لكن بعبارات مختلفة.

فروى زرارة - في الصحيح - عن الباقر عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: من أعتق مسلماً أعتق الله العزيز الجبار بكلِّ عضو منه عضواً من النار»^٢.

١. لسان العرب، ج ١٠، ص ٢٣٥؛ النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٣، ص ١٧٩، «عتق».

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨٠، باب ثواب العتق...، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٦، ح ٧٦٩.

وروى الشيخ بإسناده عن إبراهيم بن أبي البلاد، عن أبيه مرسلًا، عن النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «من أعتق مؤمنًا أعتق الله العزيز الجبار بكلّ عضو له عضوًا منه من النار، فإن كانت أنثى أعتق الله العزيز الجبار بكلّ عضوين منها عضوًا من النار؛ لأنّ المرأة نصف الرجل»^١. وفي الصحيح عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله جعفر بن محمد عليه السلام أَنَّهُ قَالَ فِي الرَّجُلِ يَعْتَقُ الْمَمْلُوكَ قَالَ: «يعتق بكلّ عضو منه عضوًا من النار»^٢.

فهذه جملة ألفاظ الرواية على اختلافها من طرق الأصحاب، وليس فيها اللفظ الذي نقله المصنّف (رحمه الله)، فكأنّه نقلها بالمعنى.

وخصّ المؤمن إمّا لأنّ المراد به المسلم كما في الرواية الصحيحة، أو حمل المطلق على المقيد كما يحمل لفظ المملوك في الرواية الأخرى على المسلم أو المؤمن.

ويجوز إبقاء كلّ واحد من الثلاثة على أصله، وحصول الثواب المذكور على عتق كلّ مملوكٍ مؤمنٍ أو مسلمٍ أو مطلقًا، ذكرًا أو أنثى. وأن يخصّ ذلك بالذكر بقريته تذكير لفظه، وتقييده بما في الرواية الأخرى، إلّا أنّ تقييد الصحيح بالمرسل لا يخلو من نظر.

وروى العامة في الصحيحين أَنَّهُ عليه السلام قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلًا أَعْتَقَ امْرَأَةً مُسْلِمًا اسْتَنْقَذَ اللَّهُ تَعَالَى بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ حَتَّى الْفَرْجَ بِالْفَرْجِ»^٣. وفي هذه الرواية التقييد بالإسلام وكون المعتق رجلاً؛ لأنّ «الامرأ» مذكر «الامرأة» فلا يتناول الأنثى.

وفي بعض ألفاظ رواياتهم عنه عليه السلام: «من أعتق رقبةً أعتق الله بكلّ عضو منها عضوًا منه من النار حتّى فرجها بفرجه»^٤. وهذه شاملة للذكر والأنثى، المسلم وغيره.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٦، ح ٧٧٠؛ ورواه أيضاً الكليني في الكافي، ج ٦، ص ١٨٠، باب ثواب العتق.... ح ٣.
 ٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨٠، باب ثواب العتق.... ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٦، ح ٧٦٨.
 ٣. صحيح البخاري، ج ٢، ص ٨٩١، ح ٢٣٨١؛ صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٤٨، ح ١٥٠٩/٢٤.
 ٤. صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٤٧، ح ٢٢ - ١٥٠٩/٢٣؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٥٩، ح ٢١٣٠٧.
 ٢١٣٠٨.

● ويختصّ الرقّ بأهل الحرب، دون اليهود والنصارى والمجوس القائمين بشرائط الذمّة، ولو أدخلوا دخلوا في قسم أهل الحرب.

واعلم أنّ ممّا يدلّ على فضيلة العتق جعل الله تعالى إياه كفّارةً لقتل المؤمن^١، والوطء في رمضان^٢، وللآثم في مخالفة الله تعالى فيما عاهده عليه ونذره وحلف عليه^٣. وقد جعله النبيّ ﷺ موجِباً للعتق من النار فقال ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ رَجُلًا مُسْلِمًا كَانَ فَكَاهِهِ مِنَ النَّارِ»^٤.

ولأنّه يخلّص الآدمي المعصوم الدم من ضرر الرقّ، ويملّكه منافعه، ويكمل أحكامه. قوله: «ويختصّ الرقّ بأهل الحرب، دون اليهود والنصارى والمجوس» إلى آخره. المراد بأهل الحرب من يجوز قتالهم ومحاربتهم إلى أن يسلموا، سواء انحصرت الغاية في إسلامهم كمن عدا اليهود والنصارى والمجوس من فرق الكفّار، أم كان الإسلام أحد الغايتين كالفرق الثلاث، فإنّهم يقاتلون إلى أن يسلموا أو يلتزموا بشرائط الذمّة من الجزية وغيرها. وإلى شمول أهل الحرب لمن ذكر أشار المصنّف بقوله «ولو أدخلوا دخلوا في قسم أهل الحرب».

وربما أطلق كثير من الفقهاء أهل الحرب على القسم الأوّل خاصّةً، وإن جاز قتال القسم الثاني في الجملة.

والوجه على هذا في التسمية أنّهم ليس لهم ما داموا على الكفر إلاّ الحرب، لا تقبل منهم فدية إلى أن يسلموا بخلاف الفرق الثلاث، فإنّهم قد يحرم حربهم إذا التزموا بشرائط الذمّة، فلم يكونوا أهل حرب من حيث هم كفّار من إحدى الفرق الثلاث، بل من جهة عدم التزامهم بأحد الأمرين.

١. النساء (٤): ٩٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٢٠٨، ح ٦٠٤؛ الاستبصار، ج ٢، ص ٩٧، ح ٣٦٥.

٣. المائدة (٥): ٨٩.

٤. السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٥٩ - ٤٦٠، ح ٢١٣٠٩.

● وكلّ من أقرّ على نفسه بالرقّ مع جهالة حرّيته حكم برقه.

وعلى الاعتبارين، فالمراد بأهل الحرب بالنسبة إلى هذا الحكم - وهو جواز استرقاقهم - معناه الأعمّ، للاتفاق على جواز استرقاق من عدا الفرق الثلاث الملتزمين بشروط الذمّة. ولا فرق في جواز استرقاقهم بين أن ينصبوا الحرب للمسلمين ويستغلّوا بأمرهم أو يكونوا تحت حكم الإسلام وقهره كمن بين المسلمين من عبدة الأوثان والنيران والفلاة وغيرهم، إلّا أن يكونوا مهادين للمسلمين بشروطها المقرّرة في كتاب الجهاد، فيجب حينئذٍ الكفّ عنهم إلى انقضاء المدّة المقرّرة.

قوله: «وكلّ من أقرّ على نفسه بالرقّ مع جهالة حرّيته حكم برقه».

يعتبر في نفوذ إقراره كونه بالغاً عاقلاً كما هو المعتبر في قبول الإقرار مطلقاً، وإنّما أهمل اشتراطه استسلاً لذكره في كتاب البيع^١، ولكونه قاعدة معلومة.

وهل يعتبر مع ذلك رشده؟ الأكثر ومنهم المصنّف على عدم اعتباره؛ لأنّ السفه إنّما يمنع من التصرف المالي والإقرار بالرقية ليس إقراراً بمال؛ لأنّه قبل الإقرار محكوم بحرّيته ظاهراً فيكون إقراره مسموعاً، ولعموم صحیحة عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «كان عليّ عليه السلام يقول: الناس كلّهم أحرار إلّا من أقرّ على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أو أمة»^٢ فاعتبر البلوغ ولم يعتبر الرشد.

وقيل: يعتبر الرشد^٣؛ لأنّ إقراره وإن لم يتعلّق بمال ابتداءً لكنّه كشف عن كونه مالاً قبل الإقرار، فإنّه إخبار عن حقّ سابقٍ عليه لا إنشاء من حينه؛ لإمكان أن يكون بيده مال، فإنّ إقراره على نفسه يستتبع ماله فيكون إقراراً بمالٍ محضٍ ولو بالتبعيّة.

ويضعف الأوّل بأنّ ذلك لو منع قبول الإقرار لأدّى إلى قبوله؛ لأنّه إذا لم يقبل بقي على أصل الحرّية فينفذ إقراره، فيصير مالاً فیردّ، فيصير حرّاً، وذلك دور. والمال جاز دخوله

١. راجع ج ٣، ص ٢٩٦.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٩٥، باب نوادر، ح ٥٥؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٤١، ح ٣٥١٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣٥، ح ٨٤٥.

٣. من القائلين به العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٩٨.

● وكذا الملتقط في دار الحرب.

تبعاً وإن لم يقبل الإقرار به مستقلاً، كما لو استلحق واجب النفقة، فقد قيل: إنه ينفق عليه من ماله باعتبار كونه تابعاً لا أصلاً، أو يقال: يصح في الرقبة دون المال؛ لوجود المانع فيه دونها كما سمع في الإقرار بالزوجة دون المهر.

وحيث يقبل إقراره لا يقبل رجوعه بعد ذلك؛ لاشتماله على تكذيب كلامه السابق، ورفع ما ثبت عليه بغير موجب.

ولو أقام بيّنة لم تسمع؛ لأنه قد كذبها بإقراره السابق، إلا أن يظهر لإقراره تأويلاً يدفع التناقض فيقوى القبول، كما لو قال: لم أعلم بأنّي تولدت بعد إعتاق أحد الأبوين فأقررت بالرق ثم ظهر لي سبق العتق على الإقرار بالبيّنة أو الشيع المفيد لذلك.

ولو أنكر المقر له رقبته بقي على الرقبة المجهولة، ويتجه حينئذٍ جواز رجوعه؛ لأنه مال لا يدعيه أحد، وإقراره السابق قد سقط اعتباره برد المقر له، فإذا لم يصر حرّاً بذلك لا أقل من سماع دعواه الحرّية بعد ذلك.

ووجه عدم قبول الإقرار الثاني مطلقاً استلزام إقراره الأول كونه رقاً، وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز. وتكذيب المقر له لا يرفع صحة الإقرار في نفس الأمر، وإنما ينتفي عنه ظاهراً. ومتى صار رقاً بإقراره لا ينفذ إقراره بعد ذلك؛ لأنه حينئذٍ ممنوع من التصرف المترتب على الحرّية. ولو لم يكن قد عيّن المقر له ابتداءً ثم رجع وأظهر تأويلاً محتملاً فأولى بالقبول.

قوله: «وكذا الملتقط في دار الحرب».

أي يجوز استرقاقه، كما يجوز استرقاق أهل الحرب تبعاً للدار، لا أنه يحكم بكونه رقاً بمجرد وجوده في دار الحرب؛ لأنه لا يقصر عن كونه من جملة ذراريهم وهم لا يملكون إلا بالتملك.

وإنما يجوز استرقاق اللقيط في دار الحرب إذا لم يكن فيها مسلم يمكن تولده منه عادةً، ذكراً كان المسلم أم أنثى، وإلا حكم بإسلامه وحرّيته.

- ولو اشترى إنسان من حربي ولده أو زوجته أو إحدى ذوي أرحامه كان جائزاً وملكه؛ إذ هم فيء في الحقيقة.
- ويستوي سبي المؤمنين والضلال في استباحة الرق.

قوله: «ولو اشترى إنسان من حربي ولده أو زوجته» إلى آخره.

لما كان تملك أهل الحرب جائزاً للمسلم مطلقاً جاز التوصل إليه بكل سبب ومنه شراؤه ممن يعينه على الاستقلال به، سواء كان البائع أباً أم زوجاً أم غيرها من الأرحام، وليس هذا في الحقيقة بيعاً حقيقياً، وإنما هو وسيلة إلى وصول المسلم إلى حقه، فلا تلحقه أحكام البيع، ولا يشترط فيه شرائطه، وإنما السبب المملك له القهر والاستيلاء.

وفي الدروس جواز للمسلم الرد بالعيب وأخذ الأرش^١؛ نظراً إلى أنه وإن لم يكن بيعاً حقيقياً لكنه إنما بذل العوض في مقابلته سليماً.

ويشكل بأن الأرش عوض الجزء الفائت في المبيع ولا مبيع هنا، وبأنه قد ملكه بالاستيلاء فكيف يبطل ملكه بمجرد الرد؟ وليس من الأسباب الناقلة للملك شرعاً في غير المبيع الحقيقي. ويمكن دفع الإشكال بأن قدوم الحربي على البيع التزام بأحكام البيع التي من جملتها الرد بالعيب أو أخذ أرشه، فردّه عليه ينزل منزلة الإعراض عن المال والتمن، غاية أن يكون قد صار ملكاً للحربي، والتوصل إلى أخذه جائز بكل سبب وهذا منه، بل أولى؛ لأنه مقتضى حكم البيع.

وهذا كله يتم إذا لم يكن مال الحربي معصوماً، بأن دخل إلى دار الإسلام بأمان، فلا يجوز أخذ ماله بغير سبب مبيع له شرعاً.

وحينئذ يتجه صحة البيع ولزوم أحكامه التي من جملتها جواز رده معيماً وأخذ أرشه.

قوله: «ويستوي سبي المؤمنين والضلال في استباحة الرق».

أراد بالضلال ما يشمل المسلمين منهم والكافرين، فلو سبي كافر مثله ملكه وجاز

● وإزالة الرقّ تكون بأسباب أربعة: المباشرة، والسراية، والملك، والعوارض.

أما المباشرة فالعتق، والكتابة، والتدبير.

● أما العتق فعبارته الصريحة: «التحرير». وفي «الإعتاق» تردّد. ولا يصحّ بما عدا «التحرير»، صريحاً كان أو كنايةً ولو قصد به العتق، كقوله: «فككت رقبتك» أو «أنت سائبة».

شراؤه منه، وكان الكلام في شرائه منه كالكلام في شراء ولده وزوجته منه. ولو كان كافراً ذميّاً أو مسلماً مبدعاً فلا إشكال في تملكه، وقد أباح الأئمة عليهم السلام شراء ذلك منهم وغيره من ضروب التملّكات^١، وإن كان للإمام كلّه أو بعضه من غير اشتراط إخراج الحصّة المذكورة.

قوله: «وإزالة الرقّ تكون بأسباب أربعة» إلى آخره. أراد بالسبب المزيل للرقّ هنا ما يشمل التامّ والناقص، فإنّ من هذه الأسباب ما يكفي في إزالة الرقّ، كالإعتاق بالصيغة وشراء القريب والتنكيل والجدام والإقعاد. ومنها ما يتوقّف على أمر آخر، كالكتابة؛ لتوقّفها على أداء المال، والتدبير؛ لتوقّفه على موت من علّق عتقه على موته، والاستيلاد؛ لتوقّفه على موت المولى أيضاً، وموت المورث؛ لتوقّفه على دفع القيمة إلى مالكة، وغير ذلك ممّا يفصل في محلّه.

قوله: «أما العتق فعبارته الصريحة: التحرير. وفي الإعتاق تردّد» إلى آخره. لا بدّ لوقوع العتق من صيغة تدلّ عليه، كغيره من الأحكام المتوقّف وقوعها على الصيغ الخاصة.

وقد اتّفق الأصحاب على وقوعه بالتحرير، كأن يقول: «حرّرتك» أو «أنت حرّ» وقد استعملت هذه اللفظة فيه في قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ﴾^٢.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٧٧، ح ٣٢٨ - ٣٣٠: الاستبصار، ج ٣، ص ٨٣، ح ٢٨٠ و ٢٨١.

٢. النساء (٤): ٩٢.

وَاتَّفَقُوا أَيْضاً عَلَى عَدَمِ وَقُوعِهِ بِالْكُنَايَاتِ الْمُحْتَمَلَةِ لَهُ وَلِغَيْرِهِ وَإِنْ قَصَدَهُ بِهَا، كَقَوْلِهِ: «فَكَكَّتْ رَقَبَتَكَ» أَوْ «أَنْتِ سَائِبَةٌ» أَوْ «لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ» وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَاخْتَلَفُوا فِي لَفْظِ الْإِعْتِاقِ ك: «أَعْتَقْتِكَ» أَوْ «أَنْتِ مَعْتَقٌ» أَوْ «عَتِيقٌ» مِنَ الشُّكِّ فِي كَوْنِهِ صَرِيحاً فِيهِ أَوْ كُنَايَةً. وَالْأَصَحُّ الْقَطْعُ بِوَقُوعِهِ بِهِ؛ لِذِلَالَتِهِ عَلَيْهِ لَفْظاً وَعَرَفَافاً وَشَرَعاً، بَلِ اسْتِعْمَالُهُ فِيهِ أَكْثَرَ مِنَ التَّحْرِيرِ كَمَا لَا يَخْفَى عَلَى مَنْ أَطَّلَعَ عَلَى عِبَارَاتِ الْفُقَهَاءِ وَكَلَامِ النَّبِيِّ ﷺ وَالْأَنْثَمَةِ ﷺ وَصَيْفِهِمْ وَمَحَاوِرَاتِهِمْ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْهُ مَا لَوْ قَالَ لِأُمَّتِهِ^١: «أَعْتَقْتِكَ وَتَزَوَّجْتِكَ» وَقَوْلُهُ ﷺ: «لَا عَتَقَ إِلَّا مَا أُرِيدُ بِهِ وَجَهَ اللَّهُ تَعَالَى»^٢، وَغَيْرِ ذَلِكَ^٣ مِمَّا لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَعْدَادٍ لِكَثْرَتِهِ.

وَقَوْلِ الْمَصْنُفِ - بَعْدَ تَرَدُّدِهِ فِي وَقُوعِهِ بِالْإِعْتِاقِ - «وَلَا يَصِحُّ بِمَا عَدَا التَّحْرِيرَ» إِلَى آخِرِهِ إِتِمَّانُ رَجُوعِ عَنِ التَّرَدُّدِ إِلَى الْجُزْمِ بَعْدَمِ وَقُوعِهِ بِلَفْظِ الْعَتَقِ، أَوْ مُتَجَوِّزِ فِي إِرَادَةِ مَا عَدَا الصِّيغَتَيْنِ الْمَذْكُورَتَيْنِ.

وَقَوْلِهِ «صَرِيحاً كَانَ أَوْ كُنَايَةً» يَدُلُّ عَلَى وَجُودِ صِيغَةٍ أُخْرَى صَرِيحَةً فِيهِ وَلَا يَقَعُ بِهَا. وَفَسَّرَهَا الْعَلَّامَةُ بِـ «فَكَ الرِّقَبَةَ، وَإِزَالَةَ قَيْدِ الْمَلِكِ»^٤. وَفِي صِرَاحَتِهَا نَظْرٌ، وَإِنْ اسْتَعْمَلْتَ الْأُولَى فِيهِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: «فَكَ رَقَبَةً»^٥، فَإِنَّ اسْتِعْمَالَ أَعَمٍّ مِنَ الصَّرِيحِ بَلِ مِنَ الْحَقِيقَةِ، كَمَا اسْتَعْمَلَ الطَّلَاقَ بِلَفْظِ «التَّسْرِيحِ» وَ«الفِرَاقِ» بِقَوْلِهِ تَعَالَى: «أَوْ تَسْرِيحُ بِإِخْسَانٍ»^٦

١. تقدّم في ج ٦، ص ٤٨٠ - ٤٨١.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٧٨، باب أنّه لا يكون عتق إلا ما أريد به وجه الله عزّ وجلّ، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ١١٥، ح ٣٤٤٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٧، ح ٧٧٢.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٧٨، باب أنّه لا يكون عتق إلا ما أريد به وجه الله عزّ وجلّ، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٧، ح ٧٧٣ و ٧٧٤.

٤. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٠.

٥. البلد (٩٠): ١٣.

٦. البقرة (٢): ٢٢٩.

● ولو قال لأتمته: «يا حرّة» وقصد العتق، ففي تحريرها تردّد، والأشبه عدم التحرير؛ لبعده عن شبه الإنشاء.

﴿أَوْفَارُ تَوْهُنَ بَمَعْرُوفٍ﴾^١، ولم يجعلوهما صريحين فيه. ولو سلّمنا كونهما صريحين فيه لالتزمنا بوقوعه بهما؛ لعدم المانع منه شرعاً.

والمراد بـ«السائبة» المعتق، يطلق كذلك على الذكر والأنثى.

قال ابن الأثير في النهاية:

قد تكرر في الحديث ذكر السائبة والسوائب، كان الرجل إذا أعتق عبداً فقال: هو سائبة، فلا عقل بينهما ولا ميراث^٢.

قوله: «ولو قال لأتمته: يا حرّة، وقصد العتق ففي تحريرها تردّد» إلى آخره.

إذا قال لأتمته: «يا حرّة» أو قال لعبده: «يا حرّ» أو «يا معتق» فإن قصد النداء باسمه الموضوع قبل ذلك، أو أحدث له ذلك الاسم وناداه به لم يعتق قطعاً، لعدم المقتضي؛ إذ اللفظ غير صريح، والقصد غير حاصل.

وإن قصد به العتق ففي وقوعه وجهان أو قولان^٣، منشؤهما أنّ حرف الإشارة إلى المملوك غير معتبر بخصوصه، وإنّما الغرض به تمييزه وهو حاصل بالنداء، وصيغة التحرير حاصلّة بقوله «حرّ» أو ما في معناه، ومن بُعد النداء عن شبه الإنشاء؛ لأنّ الأصل فيه عرفاً صيغة الإخبار باللفظ الماضي أو الجملة الاسميّة في بعض الموارد كـ«أنت حرّ» وغاية استعمال النداء فيه أن يكون كناية والعتق لا يقع بها عندنا. وهذا أشبه.

ومن أوقعه بالكناية من العمامة^٤ قطع بوقوعه بالنداء بقصد الإعتاق قطعاً، ومع الإطلاق أو قصد النداء بالاسم على خلاف، بمعنى أنّه لا يقبل منه دعوى النداء ظاهر أعلى أحد الوجهين.

١. الطلاق (٦٥): ٢.

٢. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٢، ص ٤٣١، «سبب».

٣. القول بالوقوع للعمامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠١؛ ومن القائلين بعدم الوقوع فخر المحقّقين في إيضاح

الفوائد، ج ٣، ص ٤٧٦.

٤. روضة الطالبين، ج ٨، ص ٣٨١؛ بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٦٨.

● ولو كان اسمها حرّة فقال: «أنت حرّة» فإن قصد الإخبار لم تتعق، وإن قصد الإنشاء صحّ. ولو جهل منه الأمران ولم يمكن الاستعلام لم يحكم بالحرّيّة؛ لعدم اليقين بالقصد.

وفيه تردّد، منشؤه التوقّف بين العمل بحقيقة اللفظ، والتمسك بالاحتمال.

قوله: «ولو كان اسمها حرّة فقال: «أنت حرّة» فإن قصد الإخبار لم تتعق» إلى آخره. إذا كان اسمها حرّة أو اسمه حرّاً أو عتيقاً، فقال: «أنت حرّة» أو «أنت حرّ» أو «عتيق» فإن قصد الإنشاء فلا شبهة في وقوعه؛ لأنّه لفظ صريح فيه وقد انضمّ إليه القصد فكان أكد. وإن قصد الإخبار باسمه دون الإنشاء لم يقع العتق باطناً قطعاً، ويقبل قوله في عدم قصد العتق ظاهراً؛ لأنّ اللفظ مشترك بين المعنيين فيرجع إليه في صرفه إلى أحدهما كما في كلّ مشترك. ومثله ما لو كان اسمها طالق فقال: «أنت طالق».

وإن لم يعلم قصده رجع إليه فيه وقُبل تفسيره. فإن اشتبه الحال بموته أو غيره ففي الحكم بعتقه وجهان، من أنّ اللفظ صريح فيه والصريح لا يحتاج إلى الإخبار عن قصده كما قد علم، ومن خروجه عن الصراحة باحتمال إرادة الإخبار عن الاسم، ومع قيام الاحتمال يستصحب حكم بقاء الرقّ. وهذا أولى إن لم تحصل قرينة خارجية ترجّح جانب الإنشاء، فإنّ ترجيحه بحسب حال اللفظ قريب الأمر، فإن انضمّ إليه قرينة أخرى زاده قوّة، وكان العمل به أقوى.

ولو لم يكن اسمها حرّة فقال: «أنت حرّة» ثمّ قال: أردت أنّها عفيفة، أو بقوله: «أنت حرّ» العفيف أو كريم الأخلاق، ففي قبوله منه وجهان، من احتمال الأمرين فلا يعلم ذلك إلّا من جهته فيقبل قوله في إرادته، وبه قطع في القواعد^١، ومن أنّه خلاف الظاهر.

ولا إشكال هنا في الحكم بالعتق لو لم يدع إرادة خلافه، بخلاف ما لو كان اسم المملوك ذلك، فإنّه لا يحكم بالعتق إلّا مع اعترافه بقصده. والفرق ظهور اللفظ في العتق هنا،

ولا بدّ من التلفّظ بالصريح. • ولا تكفي الإشارة مع القدرة على النطق، ولا الكتابة.

• ولا بدّ من تجريده عن الشرط، فلو علّقه على شرط مترقّب أو صفة لم يصحّ.

واحتماله للأمرين على السواء هناك على ما تقرّر.

ولو ادّعى المملوك في هذه الصورة إرادة العتق فله إحلاف المولى على عدم قصده.

قوله: «ولا تكفي الإشارة مع القدرة على النطق، ولا الكتابة».

لأصالة بقاء الملك إلى أن يثبت المزيل شرعاً، ولم يرد من الشارع هنا وقوع العتق بذلك. هذا مع القدرة، أمّا مع العجز فتكفي الإشارة المفهومة كغيره من العقود اللازمة والإيقاعات، ولصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أن أباه حدّثه: «أنّ أمامة بنت أبي العاص - وأمّها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله، فتزوّجها بعد علي عليه السلام المغيرة بن نوفل - أنّها وجعت وجعاً شديداً حتّى اعتقل لسانها، فأتاها الحسن والحسين عليهما السلام وهي لا تستطيع الكلام، فجعلوا يقولان - والمغيرة كاره لما يقولان - : أعتقت فلاناً وأهله؟ فتشير برأسها: نعم، وكذا وكذا، فتشير برأسها: نعم أم لا. قلت: فأجازا ذلك لها؟ قال: نعم»^١. والكتابة من جملة الإشارة، بل هي من أقواها.

وكذا يعتبر النطق بالعربيّة مع الإمكان، ومع العجز يقع بأيّ لغة اتّفق مع صراحتها فيه في تلك اللغة.

قوله: «ولا بدّ من تجريده عن الشرط، فلو علّقه على شرط مترقّب أو صفة لم يصحّ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، والكلام في دليله كنظائره فيما سبق^٢.

وجوّزه القاضي ابن البرّاج^٣، وابن الجنيّد^٤ من أصحابنا معلقاً على الشرط والصفة،

١. الفقيه، ج ٤، ص ١٩٨ ح ٥٤٥٨: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٥٨ ح ٩٣٦.

٢. سبق في ص ٣١، وج ٥، ص ٦٣؛ وج ٧، ص ٢٧٤ - ٢٧٥ و ٥٥٠.

٣. المهذب، ج ٢، ص ٣٥٩.

٤. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٩، المسألة ٩.

● وكذا لو قال: «يدك حرّة» أو «رجلك» أو «وجهك» أو «رأسك».
 أمّا لو قال: «بدنك» أو «جسدك» فالأشبه وقوع العتق؛ لأنّه هو المعنيّ
 بقوله: «أنت».

وجوزا الرجوع فيه قبل حصولهما كالتدبير. وهو مذهب العامة^١. واستشهدوا عليه بالتدبير،
 فإنّه عتق معلق، وباقي الأصحاب خصّوه بمورده.

وربما منع من كونه عتقاً معلقاً، بل هو وصيّة بالعتق، كما سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى^٢.
 وفي المختلف ادّعى الإجماع على بطلان العتق المعلق على الشرط^٣. وليس بجيد، بل
 الخلاف متحقّق، ومعلوميّة نسب المخالف على هذا الوجه غير قادحة.

وقد تقدّم الفرق بين الشرط والصفة^٤، وأنّ المراد بالشرط ما جاز وقوعه في الحال وعدمه
 كمجيء زيد، والصفة ما لا يحتمل وقوعها في الحال وتعيّن وقوعها عادة كطلوع الشمس.
 قوله: «وكذا لو قال: يدك حرّة أو رجلك» إلى آخره.

المعهود شرعاً تعلق العتق بذات الإنسان المشار إليه بقوله «أنت» أو «هذا» أو «عبدي»
 أو «زيد». سواء جعلنا الإنسان جسماً أم جسمانيّاً.

أمّا إذا قال: «بدنك أو جسدك حرّ» ففي وقوعه وجهان، من أنّه خلاف الذات الإنسانيّة
 عند المحقّقين، ومن دلالته عليه عرفاً عامّاً، وهو مقدّم على العرف الخاصّ الذي لا يعرفه إلّا
 الآحاد، مع وقوع الخلاف فيه، وهو المراد من قول المصنّف «لأنّه هو المعنيّ بقوله: أنت»
 بمعنى أنّهما في العرف بمعنى واحد وإن كانا مختلفين في التحقيق، ولأنّ المملوكيّة

١. الكافي في فقه أحمد بن حنبل، ج ٢، ص ٤١٤؛ المعني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٢٩٥ وما بعدها.
 المسألة ٨٦٤١، و ص ٣٠٠-٣٠١. المسألة ٨٦٤٣؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ٣٨٢؛ بدائع الصنائع، ج ٤،
 ص ٨٧.

٢. يأتي في ص ٤٠٤.

٣. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٠٧. المسألة ٥٨.

٤. تقدّم في ص ٢٣-٣٤.

● وهل يشترط تعيين المعتق؟ الظاهر لا. فلو قال: «أحد عبيدي حرّاً» صحّ، ويرجع إلى تعيينه. فلو عيّن ثم عدل لم يقبل.

والمالكيّة ضدّان يتواردان على الموضوع الواحد، والمملوكيّة تتعلّق بالهيكل المحسوس قطعاً، وكذا المالكيّة المترتبة على الحرّيّة.

والأقوى الوقوع بذلك، إلّا أن يكون القائل معتقداً أنّ الإنسان خلاف ذلك وادّعى قصد شيء فيرجع إليه فيه.

وعلى القولين لا يقع لو علّقه ببعض الأعضاء، كاليد والرجل والوجه والرأس، وإن كان الوجه والرأس قد يطلق على الذات عرفاً؛ لأنّه خلاف المتبادر، ولعدم نقل مثل ذلك شرعاً. واعلم أنّه قد تقدّم وقوع الكفالة المتعلقة بالوجه والرأس^١، معللاً بأنّه قد يعبر بهما عن الجملة عرفاً.

والفرق بين الكفالة والعتق أنّ القصد الذاتي منها إحضار البدن والذات تابعة عرفاً، وهنا بالعكس، فإنّ الحرّيّة المقصودة من العتق متعلّقة بالذات والبدن تابع إذا جعلناه غيره.

وأما الفرق بينهما بأنّ المعتبر في الكفالة العرف، وفي العتق الشرع، فلا يخلو من تحكّم وإن كان العرف منصرفاً في الفرق الأوّل أيضاً.

قوله: «وهل يشترط تعيين المعتق؟ الظاهر لا» إلى آخره.

القول بعدم اشتراط التعيين للشيخ (رحمه الله)^٢ والأكثر؛ لأصالة عدم الاشتراط، ووجود المقتضي للصحة وهو صيغة العتق الصادرة من أهلها، وعدم ظهور المانع؛ إذ ليس إلّا كونه مبهماً وهو لا يصلح للمانع؛ لأنّ الإبهام واقع في الشرع كثيراً.

وقيل: يشترط التعيين^٣؛ لأنّ الحكم المعين لا بدّ له من محلّ معين. وهو ممنوع.

١. تقدم في ج ٤، ص ٩٧.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٤٣٧.

٣. لم نثر على قائله. قال عميد الدين - في كنز الفوائد، ج ٣، ص ٩ - : ولم نقف لأحد منهم على قول باشتراط التعيين. لكنّ الشيخ نجم الدين قال في الشرائع: «وهل يشترط تعيين المعتق؟ الظاهر لا» وهو يؤذن باحتمال اشتراطه عنده.

وقد تقدّم البحث فيه في الطلاق^١، والوجه فيهما واحد، غير أنّ عدم اشتراط التعيين هنا أشهر، وهناك بالعكس، ولا وجه له إلا مراعاة الاحتياط في الفروج وبناء العتق على التغليب. وحيث قلنا بصحّته مبهماً فالمرجع إليه في التعيين.

وقيل: يرجع إلى القرعة؛ لأنّها لكلّ أمر مشكل^٢. وهو ضعيف؛ إذ لا معيّن هنا في نفس الأمر حتّى يستخرج بالقرعة.

وهل يقع العتق بالصيغة، أو هو التزام عتق في الذمّة منحصر في عبيده الذين أطلقه فيهم؟ وجهان، تقدّم مثلهما في الطلاق^٣.

ويتخرّج عليهما ما لو مات أحدهم فعَيّن هل يصحّ؟ إن قلنا بحصول العتق عند التعيين لم يصحّ؛ لأنّ الميّت لا يقبل العتق. وعلى هذا فلو كان الإبهام في عبيدين، وقلنا ببطلان التعيين في الميّت تعيّن الآخر ولا حاجة إلى لفظه. وإن قلنا بالوقوع عند الإبهام صحّ تعيينه. وحيث يعيّن لا يصحّ له العدول عن المعيّن، فلو قال: «عيّنت هذا بل هذا» عتق الأوّل ولغا الثاني؛ لأنّ التعيين حصل بالأوّل فلم يبق للعتق محلّ، بخلاف قوله: «عتقت هذا بل هذا».

وفي وجوب الإنفاق على الجميع قبل التعيين والمنع من استخدامهم وجهان، أجمدهما ذلك. ولو جرى ذلك في أمّتين أو إماء حرم الوطاء، فإن فعل ففي كونه تعييناً لغير الموطوءة وجهان، سبق مثلهما في الطلاق^٤، فإن لم نجعله تعييناً وعيّن العتق في الموطوءة فلا حدّ عليه. وفي وجوب المهر وجهان، مبنيان على وقوع العتق بالتعيين أو بالصيغة، فعلى الثاني يجب دون الأوّل.

١. تقدّم في ج ٧، ص ٢٣٩.

٢. راجع الفقيه، ج ٣، ص ٩٢، ح ٣٣٩٢؛ وتهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٠، ح ٥٩٣؛ وج ٩، ص ٢٥٨، ح ٩٧٠.

٣. تقدّم في ص ٢٤١.

٤. تقدّم في ج ٧، ص ٢٤٢.

● ولو مات قبل التعيين قيل: يعين الوارث، وقيل: يقرع، وهو أشبه؛ لعدم اطلاع الوارث على قصده.

● أما لو أعتق معيّنًا ثم اشتبه أرجئ حتى يذكر. فإن ذكر عمل بقوله. ولو عدل بعد ذلك لم يقبل. فإن لم يذكر لم يقرع ما دام حيًّا؛ لاحتمال التذكّر.

فإن مات وادّعى الوارث العلم رجع إليه. وإن جهل يقرع بين عبيده؛ لتحقق الإشكال واليأس من زواله.

ولو ادّعى أحد ممالিকে أنه هو المراد بالعتق فأنكر فالقول قوله مع يمينه. وكذا حكم الوارث. ولو نكل قضى عليه.

قوله: «ولو مات قبل التعيين قيل: يعين الوارث، وقيل: يقرع» إلى آخره.

وجه تعيين الوارث أنه خيار تعلق بالمال، فيخلف الوارث المورث فيه كما يخلفه في خيار البيع والشفعة.

والقول بالقرعة للشيخ^١؛ لما أشار إليه المصنّف من التعليل بأن الوارث لا يطلع على قصد المورث، فلا يمكنه التعيين.

وفيه: أن معرفة قصده غير شرط؛ لأنّ تعيين المورث مجرد تشبه لا يفتقر إلى شيء آخر، والوارث قائم مقامه، وليس هناك معتق معيّن في نفس الأمر حتى يشتهبه على الوارث تعيينه ومقصود المورث.

ويمكن الجواب بأنّ التعيين وإن كان راجعاً إلى الاختيار إلاّ أنه مختصّ باختيار المبهم وقد فات، ولأنّ في حكم تكميل اللفظ فليؤخذ من المتلفظ، ولا ريب أن القرعة أولى.

قوله: «أما لو أعتق معيّنًا ثم اشتبه أرجئ حتى يذكر. فإن ذكر عمل بقوله» إلى آخره.

إذا أعتق معيّنًا في نفسه أو سمّاه ثم نسيه آخر الأمر رجاء أن يتذكّر؛ لأنّ المعتق هنا معيّن في نفس الأمر بخلاف السابق، فإن ادّعى أنه ذكر عمل بقوله؛ لأنّ ذلك ممّا لا يعلم إلاّ من

● ويعتبر في المعتق البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد إلى العتق، والتقرب إلى الله تعالى، وكونه غير محجور عليه.

وفي عتق الصبي - إذا بلغ عشرًا - وصدقته تردّد. ومستند الجواز رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام.

ولا يصحّ عتق السكران.

قبله، وتعيّن من عتبه المعتق. فإن عدل عنه إلى غيره لم يقبل في حقّ الأوّل، وعتق الثاني أيضاً مؤاخذه له بإقراره، كما لو أقرّ لزيد بمال ثمّ قال: بل لعمرى بخلاف السابق، فإنّ التعيين حصل بالأوّل فلم يبق له محلّ.

وإن استمرّ الاشتباه انتظر التذكّر ما دام حيّاً، ومنع من الوطاء والاستخدام؛ لتحريم ذلك من الحرّ، واشتباهه بمحصور، وعليه الإنفاق على الجميع من باب مقدّمة الواجب؛ لوجوب الإنفاق على المملوك، ولا يتمّ إلاّ بالإنفاق على الجميع.

فإن مات قبل التذكّر قام الوارث مقامه إن ادّعى إطلاعه على المعتق، لأنّه خليفته، وربما ذكر له ذلك وأطلعه عليه. وإن لم يدع العلم فالوجه القرعة؛ لأنّ المعتق هنا معيّن عند الله تعالى ومجهول عندنا فيستخرج بالقرعة.

والقول بالرجوع إلى تعيين الوارث هنا بعيد؛ لأنّ التعيين هنا ليس إنشاءً بل إخباراً عمّا وقع من المورث، فلا مدخل لتعيين الوارث حيث لا يدعي العلم.

ثمّ على تقدير تعيين المعتق أو الوارث، لو ادّعى بعض المالكين الذين لم يعيّنهم أنّه المراد فالقول قول المالك مع يمينه؛ لأنّ ذلك لا يعلم إلاّ من قبله. وإنّما توجهت عليه اليمين لإمكان اطلاع المملوك على الحال من قبله، فتسمع دعواه بحيث يتوجّه بها اليمين. فإن نكل عن اليمين قضي عليه بعتق المدّعي مضافاً إلى ما عتبه إن قضينا بالنكول، وإلاّ أحلف المملوك وعتق. قوله: «ويعتبر في المعتق البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد إلى العتق» إلى آخره. اشتراط كونه غير محجور عليه بعد اشتراط بلوغه وعقله تعميم بعد التخصيص، فإنّ غير المحجور يقتضي البلوغ وكمال العقل.

والقول بجواز عتق من بلغ عشرين في المعروف للشيخ (رحمه الله)؛ استناداً إلى رواية زرارة عن الباقر عليه السلام.^٢

وفي طريق الرواية ضعف بموسى بن بكر، فإنه واقفي غير ثقة^٣، وابن فضال، فإنه فطحي وإن كان ثقة^٤، مع أنه في باب الوصايا من التهذيب أوقفها على زرارة في موضع^٥، وأسندها إلى الباقر عليه السلام في آخر^٦، فكيف مع هذه القوادح تصلح لإثبات حكم مخالف لأصول المذهب، بل لإجماع المسلمين؟! وفي هذا الكتاب وصلها إلى الباقر عليه السلام، وفي نكت النهاية قال: إنها موقوفة على زرارة^٧، وفي النافع جعلها حسنة^٨، ولعله أراد غير الحسن المصطلح عليه بين أهل الحديث، وهو أن يكون رواها إمامية، وفيهم من الممدوح غير المعدل، فإن أمرها ليس كذلك، لما عرفت من حال رواها، فهي ضعيفة السند لا حسنة.

وأما حالها في الوصل والوقف، فإن الراوي أوصلها تارة وقطعها أخرى، وهو علة من علل الحديث يقدر في اعتباره، وعلى كل حال فاطراحها متعين.

ويمكن حملها وحمل ما ورد في معناها من جواز وقفه وصدقته ووصيته على أن ابن العشر محل إمكان البلوغ، كما تقدّم من أن الولد يلحق به في هذه السن^٩؛ لإمكان بلوغه بالمنى، فبسبب أنه في وقت إمكان البلوغ وجواز التصرف أطلقوا جواز تصرفه، والمراد

١. النهاية، ص ٥٤٦.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٢٨، باب وصية الغلام والجارية... ح ١؛ الفقيه، ج ٤، ص ١٩٧، ح ٥٤٥٤؛ تهذيب الأحكام،

ج ٨، ص ٢٤٨، ح ٨٩٨.

٣. رجال الطوسي، ص ٣٤٣، الرقم ٥١٠٨؛ خلاصة الأقوال، ص ٤٠٦، الرقم ١٦٣٩.

٤. رجال النجاشي، ص ٢٥٧-٢٥٨، الرقم ٦٧٦؛ خلاصة الأقوال، ص ٩٣، الرقم ١٥.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٨١، ح ٧٢٩.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٨، ح ٨٩٨.

٧. نكت النهاية، ج ٣، ص ٢٣.

٨. المختصر النافع، ص ٣٣٤.

٩. تقدّم في ج ٣، ص ٥٣٥.

● ويطلب باشتراط نيّة القربة عتق الكافر، لتعذّرها في حقّه. وقال الشيخ في الخلاف: يصحّ.

به إذا انضمّ إليه ما يدلّ على البلوغ، بمعنى أنّه من حيث السنّ لا مانع من جهته وإن توقّف على أمرٍ آخر. وهذا خيرٌ من أطراح الروايات الكثيرة. واعلم أنّ المعتبر من التقرب في العتق أن يقصد به وجه الله تعالى وثوابه، على حدّ ما يعتبر في غيره من العبادات وإن لم يتلفظ به، بخلاف صيغة الإعتاق، فإنّ اللفظ معتبر فيها. وحينئذٍ فيكفي قوله «أنت حرّ» وما في معناه، قاصداً به القربة. قوله: «ويطلب باشتراط نيّة القربة عتق الكافر، لتعذّرها في حقّه» إلى آخره. للأصحاب في اشتراط إسلام المعتق وعدمه أقوال:

أحدها: اشتراطه، ذهب إليه ابن إدريس^١ والمصنّف، والعلامة في أكثر كتبه^٢، وجماعة^٣؛ محتجّين باشتراط نيّة القربة وهي متعذّرة من الكافر، ومن ثمّ أجمعوا على بطلان عباداته المشروطة بالنيّة، ولأنّ العبادة ملزومة للثواب حيث تقع صحيحةً، وهو مشروط بدخول الجنّة ليثاب بها فيها، وذلك ممتنع في حقّ الكافر.

ويدلّ على كونه عبادة مشروطة بنيّة القربة الروايات المتظافرة عنهم عليهم السلام من قولهم: «لا عتق إلّا ما أريد به وجه الله تعالى»^٤، والمراد نفي الصحّة؛ لأنّه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة حيث كانت الحقيقة غير مرادة.

وثانيها: عدم الاشتراط مطلقاً، وهو قول الشيخ في كتابي الفروع^٥؛ محتجّاً بأنّ العتق

١. السرائر، ج ٣، ص ٢٠٤.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٩٨؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٨٩، الرقم ٥٦٢٤؛ إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٦٧، وفيه: «على رأي»؛ مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٦٢، المسألة ٢٠.

٣. منهم السيّد المرتضى في الانتصار، ص ٣٧٢، المسألة ٢١٦؛ وسلار في المراسم، ص ١٩١؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٤١.

٤. تقدّم تخريجه في ص ٣١٠، الهامش ٢.

٥. الخلاف، ج ٦، ص ٣٧١، المسألة ١٢؛ المبسوط، ج ٤، ص ٤٤١.

● ويعتبر في المعتق الإسلام، والملك. فلو كان المملوك كافراً لم يصحّ عتقه. وقيل: يصحّ مطلقاً. وقيل: يصحّ مع النذر.

فكّ ملك وتصرف مالي ونفع للغير، والكافر أهل لذلك، بل ملكه أضعف من ملك المسلم ففكّه أسهل، ولبناء العتق على التغليب.

وجاز حمل الخبر على نفي الكمال، كقوله ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلا فيه»^١، ومن ثمّ وقع الاتفاق على بطلان عبادة الكافر المحضة دون عتقه ونحوه من تصرفاته الماليّة المشتملة على العبادة كالوقف والصدقة؛ ترجيحاً لجانب الماليّة على العبادة.

وثالثها: التفصيل^٢، فإن كان كفره بجحد الإلهيّة أصلاً لم يصحّ؛ لتعدّر قصد القرية ووجه الله تعالى منه حينئذٍ. وإن كان بجحد رسولٍ أو فريضةٍ مع إقراره بالله تعالى - كالكتابي - صحّ؛ لأنّ قوله ﷺ: «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى» يقتضي اشتراط إرادة التقرب المتوقّفة على الإقرار بالمتقرب إليه.

وحمله على نفي الصحة أولى؛ لأنّها أقرب إلى المراد من نفي الكماليّة كما ذكرناه.

ثمّ لا يلزم من اشتراطه بالإرادة المذكورة حصول المراد؛ لأنّ ذلك أمر آخر لا يدلّ عليه الخبر.

وكونه عبادة مطلقاً ممنوع، بل من هذا الوجه، وهو لا يمنع وقوعه من الكافر المقرّ بالله تعالى، وبهذا فارق غيره من العبادات المحضة. وهذا أقوى.

قوله: «ويعتبر في المعتق الإسلام والملك» إلى آخره.

القول باشتراط إسلام المملوك المعتق للأكثر، ومنهم الشيخ في التهذيب^٣ والمفيد^٤

١. تهذيب الأحكام، ج ١، ص ٩٢، ح ٢٤٤؛ وج ٣، ص ٦، ذيل الحديث ١٦؛ سنن الدارقطني، ج ٢، ص ٩٧، ح ٥/١٥٣٦.

٢. هو قول العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٦٢، المسألة ٢٠.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٩، ذيل الحديث ٧٨٣.

٤. المقنعة، ص ٥٤٨.

والمرتضى^١ والأتباع^٢ وابن إدريس^٣ والمصنّف والعلامة^٤؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَيْمَمُوا
الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾^٥ نهى عن قصد الخبيث بالإنفاق، والأصل فيه التحريم المقتضي
فساد العبادة.

وقولهم عليه السلام: «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى»^٦.

ورواية سيف بن عميرة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: أيجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً
مشركاً؟ قال: «لا»^٧.

وفيه نظر، أمّا الآية فإنّما دلّت على النهي عن إنفاق الخبيث، وهو الرديء من المال يعطاه
الفقير على ما ذكره المفسرون^٨، ولا يلزم منه تحريم عتق الكافر؛ لأنّ الإنفاق لماليته لا
لاعتقاده الخبيث، وربما كانت ماليته خيراً من ماليته العبد المسلم، فهو من هذه الجهة ليس
بخبيث.

ولو سلّم تناوله للكافر منعنا من عموم النهي عن إنفاق الرديء مطلقاً، بل في الصدقة
الواجبة؛ للإجماع على جواز الصدقة بالرديء من المال والجيد، والأمر بالصدقة بشقّ تمرّة^٩.
وأما الخبر الأوّل فقد تقدّم أنّ المعتبر فيه إرادة وجه الله تعالى، وهي ممكنة في حقّ
المعتق الكافر المقرّ بالله تعالى لمثله، ومن المسلم إذا رجأ بعقته الخير واستجلابه إلى

١. الانتصار، ص ٣٧٢-٣٧٣، المسألة ٢١٦.

٢. الكافي في الفقه، ص ٣١٨، المراسم، ص ١٩١، الوسيلة، ص ٣٤١.

٣. السرائر، ج ٣، ص ٤.

٤. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٩٧.

٥. البقرة (٢): ٢٦٧.

٦. تقدّم تخريجه في ٣١٠، الهامش ٢.

٧. الفقيه، ج ٣، ص ١٤٢، ح ٣٥٢٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٨، ح ٧٨٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢، ح ١.

٨. مجمع البيان، ج ١، ص ٣٨١؛ الكشاف، ج ١، ص ٣١٤، ذيل الآية ٢٦٧ من سورة البقرة (٢).

٩. الكافي، ج ٤، ص ٤، باب فضل الصدقة، ح ١١.

● ويصحّ عتق ولد الزنى. وقيل: لا يصحّ، بناءً على كفره. ولم يثبت.

الإسلام، ونحو ذلك من المقاصد الجميلة التي يمكن معها إرادة وجه الله تعالى، ويؤيده ما روي أن علياً عليه السلام أعتق عبداً نصرانياً فأسلم حين أعتقه^١.

ورواية سيف - مع ضعف سندها بابن أبي حمزة^٢ - أخصّ من المدعى، فلا يدلّ عليه. والقول بصحّة عتقه مطلقاً للشيخ في كتابي الفروع^٣، وقوّاه الشهيد في الشرح^٤؛ للأصل، وما روي من فعل عليّ عليه السلام، وضعف دليل المشتراط. وهذا أقوى مع تحقّق قصد القرية، وهو غير منافٍ للقول بصحّة عتقه مطلقاً؛ لأنّ عدم القرية ينافي عتق المسلم فضلاً عن الكافر. والقول بالصحّة مع النذر وبطلانه مع التبرّع للشيخ في النهاية^٥ والاستبصار^٦؛ جمعاً بين الخبرين السالفين، بحمل فعل عليّ عليه السلام على أنّه كان قد نذر عتقه؛ لتلّا ينافي النهي عن عتقه مطلقاً في خبر سيف.

وهو جمع بعيد لا إشعار به من الخبر أصلاً، مع ضعف سند الخبرين، وقصورهما عن الدلالة على إثبات الحكم، وإنما يصلحان شاهداً كما ذكرناه.

قوله: «ويصحّ عتق ولد الزنى. وقيل: لا يصحّ، بناءً على كفره. ولم يثبت».

القول بعدم صحّة عتق ولد الزنى للمرئضى^٧ وابن إدريس^٨ بناءً على كفره. وهو ممنوع.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٨٢، باب عتق ولد الزنى.... ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٩، ح ٧٨٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢، ح ٢.

٢. اختيار مسرفة الرجال، ص ٤٠٤، ح ٧٥٦؛ الفهرست، الشيخ الطوسي، ص ٢٨٣، الرقم ٤١٩؛ الرجال، ابن الفضاري، ص ٨٣، الرقم ١٠٧؛ رجال الطوسي، ص ٣٣٩، الرقم ٥٠٤٩؛ خلاصة الأقوال، ص ٣٦٢، الرقم ١٤٢٦.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٤٤١؛ الخلاف، ج ٦، ص ٣٧٠، المسألة ١١.

٤. غاية المراد، ج ٣، ص ٢٤١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).

٥. النهاية، ص ٥٤٤.

٦. الاستبصار، ج ٤، ص ٢، ذيل الحديث ٢.

٧. الانتصار، ص ٣٦٧، المسألة ٢٠٩.

٨. السرائر، ج ٣، ص ١٠.

- ولو أعتق غير المالك لم ينفذ عتقه ولو أجازته المالك.
- ولو قال: «إن ملكتك فأنت حرّ» لم ينعتق مع الملك، إلا أن يجعله نذراً.

والحقّ جواز عتقه مطلقاً. أمّا بعد بلوغه وإسلامه فواضح؛ إذ لو لم يقبل منه لزم تكليف ما لا يطاق. وأمّا قبله؛ فلائنه وإن لم يحكم بإسلامه من حيث عدم تبعيته للمسلم، لكن لا يحكم بكفره؛ لعدم تبعيته للكافر، فيلزم من صحّة عتق الكافر صحّة عتقه بطريق أولى.

وحديث «إنّ ولد الزنى لا ينجب»^١ - مع تسليم سنده - لا يدلّ على كفره؛ لأنّ النجابة المنفيّة مغايرة للإسلام لغةً وعرفاً.

وروي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس بأن يعتق ولد الزنى»^٢.

قوله: «ولو أعتق غير المالك لم ينفذ عتقه ولو أجازته المالك».

المشهور بين الأصحاب أنّ عتق غير المالك لا يقع صحيحاً وإن أجازته المالك؛ لقوله عليه السلام: «لا عتق إلا بعد ملك»^٣، الدالّ على نفي الصحّة؛ لأنّه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة.

وروي ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: «من أعتق ما لا يملك فلا يجوز»^٤.

ولأنّه عبادة أو فيه شائبة العبادة، وهي لا تقبل الفضول.

ولبعض العامّة قول شاذّ بوقوعه عن المعتق الموسر ويقوم عليه^٥.

قوله: «ولو قال: «إن ملكتك فأنت حرّ» لم ينعتق مع الملك، إلا أن يجعله نذراً».

١. لم نظفر عليه بهذا اللفظ في الجوامع الحديثية؛ نعم، ورد ذلك بتفاوت في المحاسن، ج ١، ص ١٩٥ - ١٩٦.

ح ٣٢٧ و ٣٢٨؛ وتواب الأعمال وعقاب الأعمال، ص ٣١١، باب عقاب الزاني والزانية، ح ٩ و ١٠.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨٢، باب عتق ولد الزنى....، ح ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٤٤، ح ٣٥٣١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٨، ح ٧٨٠.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٧٩، باب أنّه لا عتق إلا بعد ملك، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٧، ح ٧٧٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥، ح ١٥.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٩، ح ٩٠٢.

٥. المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٢٣٩، المسألة ٨٥٧٤، وص ٢٦٨ - ٢٦٩، المسألة ٨٦٠٣؛ المجموع شرح المهذب، ج ١٦، ص ٥.

- ولو جعل العتق يميناً لم يقع، كما لو قال: «أنت حرّ إن فعلت» أو «إن فعلت».
- ولو أعتق مملوك ولده الصغير بعد التقويم صحّ. ولو أعتقه ولم يقوّمه على نفسه، أو كان الولد بالغاً رشيداً لم يصحّ.

إذا علّق عتقه على ملكه له، ففساد العتق من وجهين: وقوعه من غير المالك، وتعليقه على الشرط. ويستثنى من ذلك ما لو جعله نذراً أو ما في معناه. كـ «لله عليّ إعتاقه إن ملكته» فيجب عتقه عند حصول الشرط؛ لعموم الأمر بالوفاء بالنذر^١.

ولا ينعق بنفسه عند حصول الشرط؛ لأنّ العتق مشروط بانتقاله إلى ملكه ولو آناً، فلو عتق بمجرد ملكه لزم العتق في غير ملك، كذا استدلّ عليه المصنّف.

وأجيب^٢ بجواز الاكتفاء بالملك الضمني كملك القريب آناً ثمّ يعتق. هذا إذا كانت الصيغة: «لله عليّ أنّه حرّ إن ملكته» ونحوه، أمّا لو كانت: «لله عليّ إعتاقه» فلا إشكال في افتقاره إلى الصيغة.

قوله: «ولو جعل العتق يميناً لم يقع» إلى آخره.

لا فرق بين تعليقه على الشرط وجعله يميناً من حيث الصيغة. وإنّما يفترقان بالنية، فإن كان الغرض من التعليق البعث على الفعل إن كان طاعةً، أو الزجر عنه إن كان معصيةً - كقوله: «إن حججت فأنت حرّ» أو «إن زويت» قصداً للبعث في الأوّل والزجر في الثاني - فهو يمين، وإن كان الغرض مجرد التعليق - كـ «إن قدم زيد» أو «دخلت الدار» أو «طلعت الشمس» - فهو شرط أو صفة، والعتق لا يقع معلقاً في الجميع، وقد تقدّمت الإشارة إلى الفرق فيما سلف^٣.

قوله: «ولو أعتق مملوك ولده الصغير بعد التقويم صحّ» إلى آخره.

لا فرق في اشتراط كونه مملوكاً للعتق في صحّة العتق بين كونه ملكاً لأجنبي أو لولده الصغير والكبير.

١. الحجّ (٢٢): ٢٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣١٠، ح ١١٤٩ و ١١٥١ و ص ٣١١، ح ١١٥٤، وغيرها.

٢. المجيب هو الشهيد الأوّل في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٥٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٣. تقدّمت في ص ٢٣.

● ولو شرط على المعتق شرطاً في نفس العتق لزمه الوفاء به. ولو شرط إعادته في الرقّ إن خالف أُعيد مع المخالفة؛ عملاً بالشرط. وقيل: يبطل العتق؛ لأنّه اشتراط لاسترقاق من ثبتت حرّيته.

نعم، لو كان صغيراً فقوّم مملوكه على نفسه بالبيع مع المصلحة ثمّ أعتقه صحّ؛ لوجود المقتضي للصحة حينئذٍ وهو كونه مملوكاً للمعتق. ولو كان الولد كبيراً لم يصحّ عتق الأب لمملوكه مطلقاً على الأصحّ؛ للعموم.

خلاقاً للشيوخ في النهاية^١ حيث صحّحه؛ استناداً إلى رواية الحسين بن علوان، عن زيد بن عليّ، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام قال: «أتى النبي صلى الله عليه وآله رجل فقال: يا رسول الله، إن أبي عمد إلى مملوك لي فاعتقه كهية المضرة لي، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: أنت ومالك من هبة الله لأبيك، أنت سهم من كنانته، يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور، ويجعل من يشاء عقيماً، جازت عتاقة أبيك، يتناول والدك من مالك وبدنك، وليس لك أن تتناول من ماله ولا من بدنه شيئاً إلاّ بإذنه»^٢.

وهذه الرواية ضعيفة السند برجال الزيدية^٣، والأولى حملها على استحباب إجازة الولد لأبيه ما يفعله في ماله.

قوله: «ولو شرط على المعتق شرطاً في نفس العتق لزمه الوفاء به» إلى آخره. إذا شرط على العبد أمراً سائغاً في نفس صيغة الإعتاق صحّ الشرط والعتق؛ لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»^٤، سواء كان الشرط خدمةً مدّةً معيّنة أم مالاً معيّناً أم غيرهما، ويكون ذلك عتقاً وشرطاً لا عتقاً معلقاً على شرط.

١. النهاية، ص ٥٤٥.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣٥-٢٣٦، ح ٨٤٩.

٣. خلاصة الأقوال، ص ١٠٦، ذيل الحسن بن علوان الكلبي، الرقم ٣٣ وص ٣٢٨، الرقم ٦؛ تنقيح المقال، ج ٢٢،

ص ٢٥٤-٢٦٦، الرقم ٩٧١؛ وراجع الاستبصار، ج ١، ص ٦٦، ذيل الحديث ١٩٦.

٤. تقدّم تخريجه في ص ٣٢، الهامش ٨.

وظاهر العبارة أنه لا يشترط قبول المملوك؛ لأنه حكم بلزوم الوفاء به بمجرد الشرط. وهو أحد الأقوال في المسألة.

ووجهه أنه مالك له مستحق 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؛ لعموم الخبر^١، وأصالة الصحة.

وقيل: يشترط قبوله مطلقاً كالكتابة^٢؛ لاقتضاء التحرير تبعية المنافع، فلا يصح شرطه شيئاً منها إلا بقبول المملوك.

وفصل ثالث، فشرط رضاه إن كان المشروط عليه مالاً، ونفاه إن كان خدمة^٣. والفرق أن الخدمة مستحقة للمولى بالأصالة، فشرطها كاستثناء بعض المملوك عن النقل، بخلاف شرط المال، فإنه غير مملوك للمولى عليه، ولا يجب على المملوك تحصيله بل بذل العمل، سواء ترتب عليه المال أم لا. ونمنع من جواز إزماءه بالضريبة. وقد تقدم الكلام فيه^٤. وهذا أقوى.

إذا تقرّر ذلك، فإن أطلق عليه الشرط لزمه الوفاء به، ومع الإخلال يستقرّ في ذمته - ما لا كان أو خدمة - كالدين. وإن شرط عليه مع ذلك إعادته في الرق إن خالف، ففي صحة العتق والشرط، أو بطلانهما، أو صحة العتق خاصة، أقوال.

اختار أولها الشيخ في النهاية^٥، وأتباعه^٦؛ لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، وخصوص

١. هو خير الحسين بن علوان المتقدم في ص ٣٢٦.

٢. قاله العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٢؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٧٨.

٣. راجع تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٠٢، الرقم ٥٦٥٣، وفيه: هل يشترط في وجوب الخدمة قبول العبد؟ الوجه ذلك.

٤. تقدم في ج ٧، ص ١٩٩.

٥. النهاية، ص ٥٤٢.

٦. المهذب، ج ٢، ص ٣٥٩؛ الوسيلة، ص ٣٤١؛ إصباح الشيعة، ص ٤٧٢.

● ولو شرط خدمةَ زمانٍ معيّنٍ صحَّ. ولو قضى المدّةَ أبقاً لم يعد في الرقِّ. وهل للورثة مطالبته بأجرة مثل الخدمة؟ قيل: لا، والوجه لزوم.

رواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يعتق مملوكه، ويزوجه ابنته، ويشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق، قال: «له شرطه»^١.

وأجاب المصنّف في النكت بشذوذ الرواية، وضعف سندها، ومنافاتها لأصول المذهب، فيجب اطراحها، واختار بطلانها معاً^٢؛ لتضمّنه عود من ثبتت حرّيته رقاً وهو غير جائز ولا معهود.

ولا يرد مثله في المكاتب المشروط؛ لأنّه لم يخرج عن الرقيّة وإن تشبّث بالحرّيّة فلم يعد إليها؛ إذ لم يخرج عنها.

ومعنى قول السيّد له: فإن عجزت فأنت ردّ في الرقِّ المحض الذي ليس بكتابة لا مطلق الرقِّ. والردّ وإن كان مسبقاً بالمفارقة إلاّ أنّها تصدق بالخروج عن محض الرقيّة، وهي أعمّ من مطلقها، فلا يلزم من انتفائها انتفاؤها؛ لأنّ عدم الأخصّ أعمّ من عدم الأعمّ، أو أراد المفارقة مجازاً؛ تسميةً للشيء باسم ما يؤوّل إليه، أو إقامةً للسبب مقام المسبّب.

واختار ابن إدريس صحّة العتق وبطلان الشرط^٣؛ لأنّهما شيان، فلا يلزم من فساد أحدهما - لعارض مخالفته للمشروع - بطلان الآخر. وقوّاه فخر الدين في شرحه؛ محتجاً ببناء العتق على التغليب^٤.

والأصحّ بطلانها معاً؛ لأنّ العتق مجرداً عن الشرط غير مقصود، وبناء العتق على التغليب لا يدلّ على صحّته من دون القصد.

قوله: «ولو شرط خدمةَ زمانٍ معيّنٍ صحَّ» إلى آخره.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٧٩، باب الشرط في العتق، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٢، ح ٧٩٥.

٢. نكت النهاية، ج ٣، ص ١٠.

٣. راجع السرائر، ج ٣، ص ١١.

٤. إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٧٩.

● ومن وجب عليه عتق في كفارة لم يجزئه التدبير.

اشترط خدمة زمان معين من جملة الشروط السائغة التي يصح اشتراطها على المملوك، بل هي أوضح ما يشترط عليه كما عرفته.

ثم إن وفي بالمدة فلا كلام، وإن أخلّ بها فليس للمالك ولا لورثته إلزامه بالخدمة في مثلها من المدة قطعاً؛ لأنّ الزمان المعين للخدمة قد فات، وهي ليست مثليّة. وكذا لا يعاد في الرق بالإخلال؛ لما تقدّم^١. فهل يثبت عليه أجره مثل الخدمة المشروطة للمالك أو ورثته؟ قال الشيخ في النهاية^٢، وأتباعه^٣ وابن الجنيد^٤؛ لا؛ لصحيحة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جارية وشرط عليها أن تخدمه خمسين سنة فأبقت، ثم مات الرجل فوجدها ورثته ألهم أن يستخدموها؟ قال: «لا»^٥.

والمصنّف وقبله ابن إدريس^٦ والمتأخرون ذهبوا إلى لزوم الأجرة؛ لأنّها حقّ متقومّ بالمال فيثبت في الذمة بقيمته وهي أجره المثل.

والرواية الصحيحة غير منافية لذلك؛ لأنّه إنّما نفى استخدامها ونحن نقول به، لأنّ مدة الخدمة المعيّنة قد فاتت، وهي ليست مثليّة حتّى تلزمه الخدمة في مثلها، وإنّما عليه أجره مثلها؛ لأنّها مستحقّة عليه وقد فوّتها عليهم، ونفي الاستخدام لا يقتضي نفي الأجرة الثابتة لهم عوضاً عمّا فوّت عليهم من الحقّ. وهذا حسن.

قوله: «ومن وجب عليه عتق في كفارة لم يجزئه التدبير».

المعتبر في العتق عن الكفارة كونه منجزاً، فلا يجزئ عنه التدبير وإن نوى به التكفير،

١. تقدّم قبيل هذا.

٢. النهاية، ص ٥٤٢.

٣. المهذب، ج ٢، ص ٣٥٩؛ إصباح الشيعة، ص ٤٧٢.

٤. الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة ج ٨، ص ٤٩، المسألة ٩.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٧٩، باب الشرط في العتق، ح ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ١١٧، ح ٣٤٥١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨،

ص ٢٢٢، ح ٧٩٧.

٦. السرائر، ج ٣، ص ١١.

- وإذا أتى على المؤمن سبع سنين استحَبَّ عتقه.
- ويستحَبَّ عتق المؤمن مطلقاً. ويكره عتق المسلم المخالف وعتق من لا يقدر على الاكتساب. ولا بأس بعتق المستضعف.
- ومن أعتق من يعجز عن الاكتساب استحَبَّ إعانته.

ولرواية إبراهيم الكرخي قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن هشام بن أذينة سألني أن أسألك عن رجل جعل لعبده العتق إن حدث لسيده حدث، فمات السيّد وعليه تحرير رقبة واجبة في كفارة، أيجزئ عن الميِّت عتق العبد الذي كان السيّد جعل له العتق بعد موته في تحرير الرقبة التي كانت على الميِّت؟ فقال: «لا»^١.

قوله: «وإذا أتى على المؤمن سبع سنين استحَبَّ عتقه».

مستند الحكم رواية محمد بن عبد الله بن زرارة، عن بعض آل أعين، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من كان مؤمناً فقد عتق بعد سبع سنين أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، ولا تحلّ خدمة من كان مؤمناً بعد سبع سنين»^٢.

وهي محمولة على استحباب عتقه بعد المدّة، للإجماع على أنه لا يعتق بنفسه. والرواية وإن كانت مرسلّة إلا أنّ دليل السنن يتأدّى بمثلها.

قوله: «ويستحَبَّ عتق المؤمن مطلقاً. ويكره عتق المسلم المخالف» إلى آخره.

لا إشكال في استحباب عتق المؤمن مطلقاً؛ لما فيه من الإحسان إليه وتخليصه من نقص الرقّ. وقد تقدّم في صدر الكتاب ما يدلّ على تأكّد الاستحباب^٣.

ويكره عتق المخالف؛ لقول الصادق عليه السلام: «ما أغنى الله عن عتق أحدكم، تعتقون اليوم ويكون علينا غداً، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفاً»^٤. وهو محمول على الكراهة كما سلف.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٩٤، باب نوادر، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣١، ح ٨٢٧.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٩٦، باب نوادر، ح ١٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣٠، ح ٨٣١.

٣. تقدّم في ص ٣٠٣ وما بعدها.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٩٦، باب نوادر، ح ٩.

ويلحق بهذا الفصل مسائل:

الأولى: • لو نذر عتق أول مملوك يملكه فملك جماعة قيل: يُعتق أحدهم بالقرعة، وقيل: يتخيّر ويعتق، وقيل: لا يعتق شيئاً؛ لأنه لم يتحقق شرط النذر. والأول مروى.

وكذا يكره عتق العاجز عن القيام بكفايته، إلا أن يعينه بالإفناق. قال الرضا عليه السلام: «من أعتق مملوكاً لا حيلة له، فإنّ عليه أن يعوله حتى يستغني عنه، وكذلك كان عليّ عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار ومن لا حيلة له»^١.
وروى هشام بن سالم - في الصحيح - قال: سألته عن النسمة، فقال: «أعتق من أغنى نفسه»^٢.

وروى الحلبي - في الصحيح - قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «الرقبة تعتق من المستضعفين؟ قال: نعم»^٣. وقد تقدّم البحث عن حقيقة المستضعف في تضاعيف الكتاب مراراً^٤.
قوله: «لو نذر عتق أول مملوك يملكه فملك جماعة» إلى آخره.
إذا نذر عتق أول مملوك يملكه صحّ النذر وإن كان المنذور مبهماً كما يجوز نذر المعين؛ للأصل والنص^٥.

ثم إن اتفق ملك واحد ببيع أو هبة أو ميراث أو غيرها عتق. وهل يشترط لعتقه أن يملك آخر بعده؟ وجهان، من أن الأوليّة تقتضي أمرين: أحدهما ثبوتيه وهو سبقه لغيره، والآخر عدمي وهو عدم سبق غيره له، ومن الشكّ في اقتضائه الأمر الأول عرفاً. والأظهر عدم الاشتراط.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٨١، باب عتق الصغير، ح ١: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٨، ح ٧٧٨.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨١، باب عتق الصغير، ح ٣: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٨، ح ٧٧٩.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٨٢، باب عتق ولد الزنى، ح ٣.

٤. راجع ج ١، ص ٤٤٠؛ وج ٦، ص ٣٨٦.

٥. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ٩٢، الباب ٥٧ من كتاب العتق.

وإن ملك جماعةً دفعةً ففيه أقوال:

أحدها: لزوم عتق واحدٍ منهم، ويخرج بالقرعة. أمّا لزوم العتق فلوجود شرط النذر فوجب الوفاء به؛ لأنّ الأوليّة موجودة في كلّ واحدٍ منهم، لأنّه بملك الجماعة صدق أنّه ملك واحدًا؛ لأنّه من جملة الجماعة.

وأما إخراجها بالقرعة فلانتفاء الأوليّة عن أحدهم؛ ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل قال: أوّل مملوك أملكه فهو حرّ، فورث سبعةً جميعاً، قال: «يقرع بينهم ويعتق الذي يخرج سهمه»^١. وهذا قول الشيخ في النهاية^٢ والصدوق^٣ وجماعة^٤.

وثانيها: أنّه يصحّ، ويتخيّر الناذر مع بقائه وقدرته عليه، وإلا فالقرعة. وهو قول ابن الجنيد^٥ والشيخ في التهذيب^٦ والمصنّف في النكت^٧ والشهيد في الشرح^٨؛ لرواية الحسن الصيقل أنّه سأل الصادق عليه السلام عن رجل قال: أوّل مملوك أملكه فهو حرّ، فأصاب ستّة، قال: «إنما كانت نيّته على واحد، فليختر أيّهم شاء فليعتقه»^٩.

وحمل القائلون بهذه الرواية رواية القرعة على الاستحباب جمعاً بين الأخبار.

وفيه نظر؛ لأنّ رواية القرعة صحيحة السند، وهذه ضعيفة السند، فإنّ في طريقها

١. الفقيه، ج ٣، ص ٩٢، ح ٣٣٩٨: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٥، ح ٨١١.

٢. النهاية، ص ٥٤٣.

٣. المقنع، ص ٤٦٢-٤٦٣.

٤. المهذب، ج ٢، ص ٣٦٠؛ إصباح الشيعة، ص ٤٧٣؛ مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٠، المسألة ١٠؛ إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٨٠.

٥. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٠، المسألة ١٠.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٦، ذيل الحديث ٨١٢.

٧. نكت النهاية، ج ٣، ص ١٤.

٨. غاية المراد، ج ٣، ص ٢٤٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٩. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٦، ح ٨١٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥، ص ١٧.

الثانية: ● لو نذر تحرير أوّل ما تلده فولدت توأمين كانا معتقين.

إسماعيل بن يسار وهو ضعيف^١، والحسن الصيقل [وهو] مجهول الحال^٢، فالعمل بالأخرى متعيّن؛ لعدم المعارض.

وثالثها: بطلان النذر؛ لفقد صفته المعتبرة فيه وهي وحدة المملوك، ولا أوّل للمملوكين دفعةً إلاّ الجملة وعتقها غير مقصود، ولأصالة البراءة.

وأجيب^٣ بظهور الأوّل بما ذكر، وبالنصّ وهو مخرج بحكم الأصل عنه.

قوله: «لو نذر تحرير أوّل ما تلده فولدت توأمين كانا معتقين».

التوأمين هما الولدان في بطن [واحد]، وإنما عتقا معاً دون المملوك المتعدّد في السابقة؛ لأنّ المنذور هنا - وهو متعلّق «ما» - عامّ فيشمل الجميع، بخلاف المملوك، فإنّه نكرة في سياق الإثبات فلا تكون عامّةً.

ولو أنّ المنذور في الأوّل كان أوّل ما يملكه، والثاني أوّل ولد تلده؛ لانعكس الحكم. وهذا الفرق يتمّ مع إرادته بـ «ما» كونها موصولةً لتعمّ، فلو قصدتها مصدريةً كانت بمعنى مملوك.

ولو أطلق ففي حمله على أيّهما وجهان، من اشتراكها المانع من حملها على أحدهما بغير قرينة والمتيقّن منه هو الواحد، ومن احتمال ظهورها في العامّ كما هو ظاهر حكم الأصحاب، والرواية^٥ مؤيّدة وإن لم تصلح لتأسيس الحكم.

ولو قصد بـ «مملوك» الجنس احتمال مساواته لـ «ما»؛ لصلاحيتها للجميع كما يصلح

١. رجال النجاشي، ص ٢٩، الرقم ٥٨؛ خلاصة الأقوال، ص ٣١٧، الرقم ١٢٤٢.

٢. الفهرست، الشيخ الطوسي، ص ١٣٢، الرقم ١٨٩؛ رجال الطوسي، ص ١٣١، الرقم ١٣٤١، وص ١٣٣، الرقم ١٣٨٢، وص ١٨٠، الرقم ٢١٥٦.

٣. المجيب هو العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥١، المسألة ١٠.

٤. في بعض النسخ: «اشتراكها» بدل «اشتراكها».

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٩٥، باب نوادر، ح ٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣١، ح ٨٣٤.

الثالثة: • لو كان له ممالك فأعتق بعضهم، ثم قيل له: هل أعتقت ممالكك؟ فقال: نعم، انصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصةً.

للوّاحد، والوجه الفرق، فإنّ صلاحية الجنس للواحد والمتعدّد يمنع من حمله على المتعدّد بغير قرينة، والمتيقّن منه هو الواحد.

ويشترط في الحكم بعتقهما معاً على تقديره ولادتهما دفعةً وإن كان نادراً؛ إذ لو سبق خروج أحدهما لكان هو الأوّل. وأطلق الأكثر الحكم من غير تقييد بالدفعة تبعاً لإطلاق الرواية، وهو حسن^١ لو صلحت لإثبات الحكم.

هذا إذا ولدت الأوّل حياً، وإلاّ عتق الثاني؛ لأنّ الميّت لا يصلح للعتق، ونذره صحيحاً يدلّ على حياته التزاماً.

وقيل: يبطل هنا؛ لفوات متعلّقه.

ولو ولدته مستحقّاً للعتق كالمقعد فالوجهان. وأولى بعدم عتق الثاني هنا؛ لصلاحية الأوّل للعتق وغايته اجتماع سببين لعتقه.

قوله: «لو كان له ممالك فأعتق بعضهم» إلى آخره.

هذه المسألة ذكرها الشيخ^٢ والجماعة^٣ بهذا الإطلاق. والأصل فيها رواية سماعة قال: سألته عن رجل قال لثلاثة ممالك له: أنتم أحرار، وكان له أربعة، فقال له رجل من الناس: أعتقت ممالكك؟ قال: نعم، أوجب العتق لأربعة حين أجملهم، أو هو للثلاثة الذين أعتق؟ فقال: «إنما يجب العتق لمن أعتق»^٤.

وفي هذا الحكم بحث، وفيه على إطلاقه إشكال؛ لأنّ الحكم إن كان جارياً على ما في نفس الأمر من دون أن يعتبر لفظه إقراراً بالعتق ظاهراً فالحكم كذلك، ولا فرق عليه بين كون

١. في حاشية «خ» و: «قصورها من حيث السند؛ فإنّها مرسلّة، وفي متنها بحث. (منه رحمه الله)».

٢. النهاية، ص ٥٤٤.

٣. المهذب، ج ٢، ص ٣٦٠؛ السرائر، ج ٣، ص ١٢؛ قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٢.

٤. الفقيه، ج ٣، ص ١١٥، ج ٣٤٤٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٦، ح ٨١٣.

من أعتقهم بالغين حدّ الكثرة وعدمه، فلو كان قد أعتق واحداً منهم وعبرَ بذلك لم يعتق سوى من كان قد أعتقه؛ لأنّ الإقرار ليس من الأسباب الموجبة لإنشاء العتق في الحال، وإنما هو إخبار عما سبق، فلا يصحّ إذا لم يكن مطابقاً لخارج سابق عليه مستند إلى سبب اقتضاه، فما كان قد وقع عليه العتق انصرف إليه، وغيره يبقى على أصل الرقّ قليلاً كان أم كثيراً.

وإن كان جارياً على ظاهر الإقرار فمقتضاه الحكم بانعتاق جميع ممالئك؛ لأنّ «ممالك» جمع مضاف وهو يفيد العموم، و«نعم» يقتضي تقرير السؤال وإعادته، فيكون إقراراً بعتق الجميع.

والرواية قاصرة الدلالة عن إفادة قصر الحكم على ما في نفس الأمر وإطراح الإقرار ظاهراً، من حيث إنها مقطوعة ضعيفة السند، إلّا أنّ الشيخ لا يراعي في عمله تصحيح الرواية خصوصاً في النهاية، وتبعه الجماعة زاعمين انجبار الضعف بالشهرة، فلذلك رتبوا الحكم على ما في نفس الأمر.

ثمّ أنّه يشكل بما لو كان المعتق دون العدد الكثير وقد أجاب به بل بصيغة جمع الكثرة، فكيف ينصرف الإقرار إلى ما أعتقه خاصّةً وتحصل المطابقة بين عتقه لواحد وبين قوله: أعتقت ممالئكي؟ ولأجل ذلك استقرّب العلامة في القواعد اشتراط الكثرة في المعتق^١ لتطابق لفظ الإقرار. والإشكال فيه أقوى من الإطلاق؛ لأنّه لا يجري على الظاهر ولا على ما في نفس الأمر. أمّا الظاهر فلما ذكرناه من استلزام الإقرار عتق الجميع من حيث إنّ «ممالك» جمع مضاف مفيد للعموم وقد أقرّه في الإقرار به. وأمّا في نفس الأمر؛ فلأنّ العتق لم يقع فيه إلّا على من باشر عتقه خاصّةً، وصيغة الإقرار ليست من الأسباب المنشئة لعتق باقي العدد المعتبر في الكثرة تتمةً لما وقع عليه العتق.

واعتذر له ولده فخر الدين (رحمه الله):

بأنه إذا أعتق ثلاثة من مماليكه يصدق قوله: هؤلاء مماليكى حقيقة، فإذا قيل له: أعتقت مماليكك؟ فقال: نعم، وهي تقتضى إعادة السؤال وتقريره، فيكون إقراراً بعتق المماليك الذين انعتقوا، فلا يلزم بغيرهم؛ لأصالة البراءة، ولأن الإقرار إنما نحمله على التحقيق والمتيقن لا على ما فيه احتمال.

ثم قال:

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. فعلى عدم الاشتراط يكتفى بالواحد، وعلى عدمه لا يكتفى بالواحد، ويلزم بعتق ما يصدق عليه الجمع، ويكون في الباقي كالمشبه.

ثم جعل هذا البحث مبنياً على الحكم بمجرد الإقرار ظاهراً، أما البحث عمّا في نفس الأمر فلا ينعقد إلا ما أوقع عليه العتق^١.

وفي هذا الكلام نظر من وجوه:

الأول: ظهور الفرق بين المتنازع وهو قوله: «أعتقت مماليكى» الذي هو مقتضى قوله «نعم» جواباً لمن قال: «أعتقت مماليكك؟»، وبين قوله عن ثلاثة من مماليكه: «هؤلاء مماليكى» وإن اشتركا في صيغة العموم؛ لأن لفظ العموم يستغرق ما يصلح له ويدخل فيه دون غيره، فقوله «أعتقت مماليكى» يصلح لجميع من هو داخل في ملكه وإن بلفوا ألفاً، فيتناولهم العموم، وقوله «هؤلاء مماليكى» إنما يتناول المشار إليهم دون غيرهم، فلا يلزم من صدق قوله عن الثلاثة «هؤلاء مماليكى» اختصاص الحكم بعتق ثلاثة إذا قال «أعتقت مماليكى» الدالّ بلفظه على الجميع.

الثاني: قوله «فيكون إقراراً بعتق المماليك الذين انعتقوا فلا يلزم بغيرهم» لا يتم إلا بحسب نفس الأمر، أما بحسب الظاهر فقد وجد الإقرار بالعتق الدالّ بالوضع على الجميع فلا يختصّ بالعض، وبهذا ينقطع أصل البراءة. وقد اعترف بأن الحكم مبنيّ على الظاهر لا على نفس الأمر.

الثالث: قوله «إنّ الإقرار إنّما نحمله على التحقيق والمتيقّن لا على ما فيه احتمال» إن أراد به المتيقّن بحسب مدلول اللفظ فمسلّم لكن لا ينفعه في الاقتصار على الثلاثة؛ لأنّ مدلول اللفظ والمتيقّن منه متناول لجميع ممالিকে بالنظر إلى عموم لفظ الإقرار.

وإن أراد المتيقّن في نفس الأمر ونفي المحتمل خروجه وإن دلّ عليه لفظ «الإقرار» فظاهر فساده؛ لأنّ الإنسان مؤاخذ بما يدلّ عليه لفظه وإن احتمل في نفس الأمر خلافه، كما لو قال: «لفلان عليّ ألف»، فإنّه يحكم عليه بها؛ لدلالة لفظه على كونها مستحقّةً عليه وإن كان من المحتمل في نفس الأمر براءته منها. وكذا لو قال: «أعتقت عبدي» ولم يكن قد أعتق أحداً منهم، فإنّه يؤخذ بإقراره، ويحكم عليه بعتق الجميع أو البعض على حسب ما قد علم.

الرابع: ترتيب الخلاف في الحكم بعتق واحدٍ خاصّةً أو أقلّ الجمع على الظاهر مع وجود اللفظ الدالّ على الجمع والعموم غير مطابق، بل اللازم من العمل بالظاهر الحكم عليه بعتق الجميع أو الجمع، أمّا الاقتصار على الواحد فلا يقتضيه اللفظ بوجه. ولا يقول أحد بأنّ من أقرّ بشيء بصيغة الجمع فضلاً عن العموم يلزمه واحد خاصّةً، وإنّما الخلاف في حمل الجمع على اثنين أو على ثلاثة فصاعداً، أمّا الواحد فليس محلّ نظر أصلاً.

والحقّ في هذه المسألة العمل بالظاهر، والحكم عليه بعتق الجميع؛ نظراً إلى مدلول لفظه، وأمّا فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحكم عليه إلا بعتق من أعتقه خاصّةً، ولا يزيد عنه إلى أقلّ الجمع لو كان أقلّ منه قطعاً.

نعم، لو دلتّ القرائن على أنّه لا يريد باللفظ مدلوله - كما لو مرّ على عاشر فأراد أن يأخذ

الرابعة: ● لو نذر عتق أمته إن وطئها صحّ. فإن أخرجها من ملكه انحلت اليمين، ولو أعادها بملك مستأنف لم تعد اليمين.

عليهم مظلمة فأقرّ بذلك، مع ظهور إرادته بخلاف مدلول لفظه - أتجه عدم الحكم عليه به ظاهرًا كما لا يحكم به باطنًا. وعليه دلّت رواية الوليد بن هشام قال: قدمت من مصر ومعني رقيق، فمررت بالعاشر فسألني فقلت: هم أحرار كلهم، فقدمت المدينة فدخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي للعاشر فقال: «ليس عليك شيء»^١. فلم يحكم عليه السلام بظاهر إقراره، وأقرّه على ما في نفس الأمر.

وكذلك الرواية السابقة ظاهرة في إرادة ما في نفس الأمر لا الظاهر بقوله عليه السلام: «إنما يجب العتق لمن أعتق»^٢.

قوله: «لو نذر عتق أمته إن وطئها صحّ» إلى آخره.

مستند هذا الحكم صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل تكون له الأمة فيقول: يوم يأتيها فهي حرة، ثم يبيعه من رجل، ثم يشتريها بعد ذلك، قال: «لا بأس أن يأتيها قد خرجت عن ملكه»^٣. وما وقفت على رادّها إلا ما يظهر من ابن إدريس^٤.

وظاهرها يدلّ على صحّة تعليق العتق على شرط مطلقاً، لكنّ الأصحاب لمّا لم يقولوا به حملوها على النذر.

وفي تعدّي حكمها إلى غير الأمة وإلى التعليق بغير الوطاء وجهان، من مخالفتها للأصل حيث إنّ خروجها عن ملكه لا مدخل له في انحلال النذر؛ لأنّ غايته أن تصير أجنبيّة منه والنذر يصحّ تعلّقه بالأجنبيّة، كنذر عتقها إن ملكها وهي في ملك غيره ابتداءً كما تقدّم في

١. الفقيه، ج ٣، ص ١٤٠، ح ٣٥١٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٧، ح ٨١٥.

٢. سبق تخريجه في ص ٣٣٤، الهامش ٤.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ١١٥، ح ٣٤٤٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٦، ح ٨١٤.

٤. السرائر، ج ٣، ص ١٢-١٣.

الخامسة: ● لو نذر عتق كلِّ عبد قديم انصرف إلى من مضى عليه في ملكه ستّة أشهر فصاعداً.

نظائرُه^١، ومن الإيماء في الرواية إلى العلة بقوله: «قد خرجت عن ملكه» وذلك يوجب التعمدّي إلى ما توجد فيه العلة المنصوصة.

وفي الرواية أيضاً - على تقدير حملها على النذر - دلالة على جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط قبل حصول الشرط، وفيه خلاف مشهور. وموضع الحكم بانحلال النذر ما إذا لم يعمّم نذره ولو بالنيّة بما يشمل الملك العائد، وإلا فلا إشكال في بقاء الحكم. قوله: «لو نذر عتق كلِّ عبد قديم انصرف إلى من مضى عليه في ملكه ستّة أشهر فصاعداً». هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية^٢، وتبعه عليها جماعة المتأخّرين^٣ حتّى ابن إدريس^٤.

والأصل فيها رواية داود النهدي عن بعض أصحابنا قال: دخل أبو سعيد المكاربي على أبي الحسن الرضا عليه السلام فقال له: أسألك عن مسألة رجل قال عند موته: كلِّ مملوك لي قديم فهو حرّ لوجه الله، قال: «إن الله عزّ وجلّ يقول في كتابه: ﴿حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ﴾^٥ فما كان من مماليكه أتى له ستّة أشهر فهو قديم حرّ»^٦.

والرواية كما ترى اشتملت على لفظ «المملوك» الشامل للذكر والأنثى، ولكنّ الشيخ عبّر بلفظ «العبد» وتبعه المصنّف والجماعة، وتمادى الأمر إلى أن توقّف العلامة في

١. تقدّم في ص ٣٣١.

٢. النهاية، ص ٥٤٤.

٣. الجامع للشرائع، ص ٤٠١؛ قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٣؛ الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٦٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٤. السرائر، ج ٣، ص ١٣.

٥. يس (٣٦): ٣٩.

٦. الكافي، ج ٦، ص ١٩٥، باب نوادر، ح ٦؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٥٥، ح ٣٥٦٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣١، ح ٨٣٥.

تعدّي الحكم إلى الأمة^١؛ من حيث إنّ هذا الحكم على خلاف الأصل لا دليل عليه من جهة العرف ولا اللغة، وإنّما مستنده الشرع، مع أنّ الرواية ضعيفة السند^٢ مرسلة. واعتذر فخر الدين (رحمه الله) عن ذلك بأنّ المسألة إجماعية، وأنّ الإجماع لم يقع إلّا على العبد^٣؛ فلذلك استشكل والده حكم الأمة.

والإجماع على وجه يكون حجّة ممنوع، بل كثير من العلماء كابن الجنيّد وسلار والصدوق لم يتعرّضوا لها، وإنّما الأصل فيها الشيخ، وطريقته في النهاية الاستناد إلى الروايات من غير مراعاة طريقها كما هو المعلوم من عاداته، ولكن اتّباع ابن إدريس له حملهم على شبهة الإجماع، حيث إنّه لا يعتمد أخبار الآحاد مطلقاً، فعمله بمضمونها يدلّ على فهمه أنّه إجماع.

واعلم أنّ المتأخّرين اختلفوا في تعدّي الحكم إلى نذر الصدقة بالمال القديم والإقرار به وإبراء كلّ غريم قديم ونحو ذلك، بشبهة أنّ القديم قد صار حقيقة شرعيّة في ذلك القدر فيتعدّى؛ معتزداً بتعليل الرواية بقوله: «حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ»^٤، فإنّه يقتضي ثبوت القدم بالمدة المذكورة مطلقاً، ومن معارضة اللغة والعرف، ومنع تحقّقه شرعاً لضعف المستند، وقصر الإجماع المدعى على مورده.

ولو قصر الجميع عن ستّة أشهر، ففي عتق أولهم تملكاً اتّحد أم تعدّد، أو بطلان النذر وجهان. وعلى الصّحة لو اتّفق ملك الجميع دفعةً ففي انتعاق الجميع أو البطلان لفقد الوصف الوجهان. والأقوى الرجوع في غير موضع الوفاق إلى العرف، فإن لم يدلّ على اتّصاف شيء من متعلّق النذر بالقدم بطل.

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٣.

٢. راجع الرجال، ابن الفضايري، ص ٩٦-٩٧، الرقم ١٤٣؛ و خلاصة الأقوال، ص ٢٥٥، الرقم ٨٧١.

٣. إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٨٣.

٤. يس (٣٦): ٣٩.

السادسة: ● من أعتق عبده وله مال فماله لمولاه. وقيل: إن لم يعلم به المولى فهو له، وإن علمه فهو للمعتق إلا أن يستثنيه المولى. والأوّل أشهر.

قوله: «من أعتق عبده وله مال فماله لمولاه» إلى آخره.

هذه المسألة مبنية على أن المملوك هل يصلح لأن يملك شيئاً حال كونه مملوكاً أم لا؟ فالأكثر على العدم؛ عملاً بظاهر الآية^١.

وقيل: يصح أن يملك^٢؛ عملاً بروايات كثيرة دالة عليه، ومنها الصحيح^٤. والأولى حملها على إباحة تصرفه فيما يأذن له فيه من فاضل الضريبة وغيره. فإن أحلنا ملكه وكان بيده مال فهو للمولى، سواء أعتق أم بقي على الرقبة ما لم يعلم أن أصله من جهة خارجة عن المولى. وإن جوزنا ملكه فأعتقه وبيده مال فهو له إن علم به المولى ولم يستثنه، وإلا فهو للمولى؛ لصحيفة زرارة عن الباقر^٥ قال: سألت عن رجل أعتق عبداً له وللعبد مال لمن المال؟ فقال: «إن كان يعلم أن له مالاً تبعه ماله، وإلا فهو له»^٥.

وفي رواية أخرى عن زرارة عن أبي عبد الله^٦ قال: «إذا كاتب الرجل مملوكه أو أعتقه وهو يعلم أن له مالاً، ولم يكن استثنى السيد المال حين أعتقه فهو للعبد»^٦.

وتوقف العلامة في المختلف مع حكمه بعدم ملك العبد؛ نظراً إلى صحة الرواية^٧. وفي الاستدلال بها نظر؛ لأن الأولى وإن كانت صحيحة إلا أنه ليس فيها أنه مع استثناء المولى يكون له، بل أطلق فيها أنه مع علمه بالمال يكون للعبد.

١. النحل (١٦): ٧٥.

٢. المقنع، ص ٤٦٣؛ النهاية، ص ٥٤٢-٥٤٣؛ الكافي في الفقه، ص ٣١٨.

٣. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ٤٧، الباب ٢٤ من أبواب كتاب العتق.

٤. كرواية زرارة في الكافي، ج ٦، ص ١٩٠، باب المملوك يعتق...، ح ٣.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٩٠، باب المملوك يعتق وله مال، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٣، ح ٨٠٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٠، ح ٣٠.

٦. الكافي، ج ٦، ص ١٩٠، باب المملوك يعتق وله مال، ح ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ١١٧، ح ٣٤٥٣؛ تهذيب الأحكام،

ج ٨، ص ٢٢٣، ح ٨٠٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٠، ح ٣٦ بتفاوت.

٧. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٥، المسألة ٥.

والثانية وإن دلت على الحكم المدعى في القول، إلا أن في طريقها ابن بكير وحاله مشهور^١، لكن نقل الكشي إجماع العصابة على تصحيح ما يصح عنه وإن كان فطحياً^٢، فعلى هذا يمكن الاستناد إلى روايته، وتحمل الأولى على ما لو لم يستثنه؛ حملاً للمطلق على المقيد. ثم على تقدير توقف ملك المولى على استثناء المال، لا فرق بين أن يقدم العتق على الاستثناء ويؤخره مع الاتصال؛ لأن الكلام جملة واحدة لا يتم إلا بآخره. واشترط الشيخ تقديم الاستثناء على التحرير^٣؛ لرواية أبي جرير قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه: أنت حرّ ولي مالك، قال: «لا يبدأ بالحرية قبل العتق، يقول لي مالك وأنت حرّ برضى المملوك»^٤. ولأنه إذا قدم التحرير انعتق بقوله: أنت حرّ، فلا يقع الاستثناء موقعه.

وفيه نظر؛ لأن الرواية تضمنت اعتبار رضى المملوك ولا يقولون به. ونمنع حصول التحرير قبل تمام الكلام؛ لأن الشرط من جملة الصيغة. واعلم أن العلامة في المختلف أسند الرواية إلى حرّيز وجعلها صحيحة^٥ وتبعه ولده^٦ والشهيد في الدروس^٧ وجماعة^٨.

١. الفهرست، الشيخ الطوسي، ص ٣٠٤، الرقم ٤٦٤؛ خلاصة الأقوال، ص ١٩٥، الرقم ٦٠٩.

٢. اختيار معرفة الرجال، ص ٣٧٥، ح ٧٠٥.

٣. النهاية، ص ٥٤٣.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٩١، باب المملوك يعتق وله مال، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٤، ح ٨٠٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١١، ح ٣٣، وفيها: «لا يبدأ بالحرية قبل المال»؛ ورواه الصدوق في الفقيه، ج ٣، ص ١٥٣، ح ١ عن حرّيز بتفاوت.

٥. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٤، المسألة ٥.

٦. إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٧٨.

٧. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٦٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٨. وفي حاشية «خ. و»: «تبعهم على وصفها بالصحة وكونه جريراً ابن فهد والمقداد في المهذب والتنقيح. (منه رحمه الله)». المهذب البارع، ج ٤، ص ٥٧؛ التنقيح الرائع، ج ٣، ص ٤٤٦، ولكن نقل الرواية عن أبي جرير.

السابعة: • إذا أعتق ثلث عبيده - وهم ستة - استخرج الثلث بالقرعة. وصورتها: أن يكتب في ثلاث رقاع اسم اثنين في كل رقعة، ثم يخرج على الحرّية أو الرقيّة. فإن أخرج على الحرّية كفت الواحدة، وإن أخرج على الرقيّة افتقر إلى إخراج اثنين.

وإذا تساوا عدداً وقيمةً، أو اختلفت القيمة مع إمكان التعديل أثلاثاً فلا بحث. وإن اختلفت القيمة ولم يمكن التعديل أخرج ثلثهم قيمةً وطرح اعتبار العدد. وفيه تردّد.

وإن تعذرّ التعديل عدداً وقيمةً أخرجنا على الحرّية حتّى يستوفي الثلث قيمةً. ولو قصرت قيمة المخرج أكملنا الثلث ولو بجزء من آخر.

والموجود في الكافي والتهذيب والاستبصار «أبو جرير» بالجمع، وهو الصواب؛ لأنّ حريراً لم يرو عن الكاظم عليه السلام، بخلاف أبي جرير - وهو زكريّا بن إدريس الأشعري - فقد روى عن الصادق والكاظم والرضا عليهم السلام، وهو ممدوح غير موثّق، فيكون من الحسن لا من الصحيح، ففيما نقلوه خللان، لفظي ومعنوي.

قوله: «إذا أعتق ثلث عبيده - وهم ستة - استخرج الثلث بالقرعة. وصورتها: أن يكتب في ثلاث رقاع اسم اثنين في كل رقعة» إلى آخره. إذا أعتق جزءاً من عبيده مشاعاً كالثلث، أو أعتق المريض الجميع فلم ينفذ إلا في الثلث، واحتيج إلى إخراج الجزء المذكور استخرج بالقرعة.

وفي كيفيّتها طرق:

أحدها: أن يكتب أسماء العبيد في رقاع، ثم يخرج على الرق أو الحرّية. والثاني: أن يكتب في الرقاع الرق والحرّية ويخرج على أسماء العبيد.

١. راجع رجال النجاشي، ص ١٧٣، الرقم ٤٥٧؛ ورجال الطوسي، ص ٢١٠، الرقم ٢٧٢٦؛ وخلاصة الأقوال،

والمروي عن النبي ﷺ في ذلك جمع كلِّ ثلث في رقعة، وقد كانوا ستةً فجزأهم ثلاثة أجزاء اثنين اثنين^١. وهو الذي فرضه المصنّف. وهو يتمّ مع تساويهم قيمةً، وقبول العدد للتجزئة أثلاثاً كالسنة.

وعلى هذا، فله كتابة اسم كلِّ اثنين في رقعة من غير أن يتعرّض في الكتابة للحرّية والرقية، ثم تستر وتخرج. فإن أخرج على الحرّية عتق الاثنان الخارجان أوّل مرّة، وصارت الأربعة المتخلّفة أرقاء. وإن أخرج على الرقية استرقّ الخارجان واحتجج إلى إخراج أخرى، ويتخيّر حينئذٍ بين الإخراج على الحرّية والرقية، وعلى أيّهما أخرج حكم للخارج به، وبقي من في الرقعة الأخرى للآخر.

وإن كتب في الرقاع الحرّية والرقية من غير أن يكتب أسماء العبيد بالطريق الثاني فليكتب في رقعة: «حرّية» وفي رقتين: «رقية» على نسبة المطلوب في القلّة والكثرة، ثم يخرج باسم أحد الأجزاء الثلاثة الذين ترتّبوا سابقاً. فإن خرجت رقعة الحرّية انفصل الأمر، وإن خرجت رقعة الرقّ استرقّ المخصوصون بها وأخرجت أخرى كما مرّ.

والطريق الثالث: أن يكتب ستّ رقاع في الفرض المذكور، إمّا بأسماء السنة اسم كلِّ واحد في رقعة، ثم يخرج على الحرّية أو الرقية كما مرّ إلى أن يستوفي المطلوب. أو يكتب في اثنتين «حرّية» وفي أربع «رقية» ثم يخرج على واحد واحد إلى أن يستوفيه.

وهذه الطريق أعدل؛ لأنّ جمع كلِّ اثنين على حكم واحد يمنع من افتراقهما في الرقية والحرّية، ومن الممكن خروج أحدهما حرّاً والآخر رقاً، لكنّ المشهور بين الفقهاء هو الأوّل؛ لوروده في الرواية. والأقوى جواز العمل على الجميع.

١. صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٢٨٨، ح ١٦٦٨/٥٦؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ٢٨، ح ٣٩٥٨ بتفاوت؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٧٣، ح ٢١٣٦٤، و ص ٤٨٥، ح ٢١٤٠٦، و ص ٤٨١، ح ٢١٣٩٠.

هذا كله إذا أمكن تجزيتهم أثلاثاً بالعدد والقيمة، كستة قيمة كل واحد منهم مائة. وكذا لو اختلفت القيمة مع إمكان تعديلهم أثلاثاً بالعدد، كستة قيمة ثلاثة منهم ستمائة، كل واحد مائتان، وثلاثة ثلاثمائة كل واحد مائة، فيضم كل خسيس إلى نفيس ويجعلان ثلثاً. ولو اختلفت القيمة وأمكن التعديل بها دون العدد، كما لو كان قيمة واحد من الستة مائتين، وقيمة اثنين مائتين، وقيمة ثلاثة مائتين، ففي تعديلهم بالقيمة أو العدد وجهان، أظهرهما اعتبار القيمة، فيجعل الواحد ثلثاً والاثنين ثلثاً والثلاثة ثلثاً؛ لأن المقصود الذاتي من العبيد الماليّة دون الأشخاص.

ووجه اعتبار العدد موافقة المروي من فعل النبي ﷺ، مع استبعاد تساوي الستة قيمة بكل وجه، وفي بعض الأخبار أنهم كانوا متساوين قيمة^١.

ولو أمكن التعديل عدداً خاصّةً، كستة قيمة اثنين مائة، واثنين مائة وخمسون، واثنين ثلاثمائة، قسّموا ثلاثة بالعدد، فإن أخرج على الحرّية فخرج اثنان يتساويان في الثلث قيمة فلا كلام، وإن خرجا ناقصين عتقا وأكمل الثلث من الباقيين بالقرعة، وإن خرجا زائدين أُعيدت القرعة بينهما وعتق من تخرجه للحرّية، ومن الآخر تتمّة الثلث.

وإن لم يمكن التعديل عدداً ولا قيمةً، كخمسة قيمة واحد مائة، واثنين مائة، واثنين ثلاثمائة، ففي تجزيتهم وجهان:

أحدهما: تجزيتهم ثلاثة بالعدد، مراعاةً لتقريب القيمة إلى التسوية ما أمكن. وإنما فعل ذلك تقريباً إلى المروي وإن لم يكن مثله.

والثاني - وهو الأصح - الاعتبار بالطريق الثالث خاصّةً، فيكتب خمس رقاع ويخرج كما فصل إلى أن يستوفي الثلث ولو بجزء من واحد. وهذا هو الذي اختاره المصنّف، ولم يذكر غيره.

١. لم نعر على الرواية المفروضة فيها تساوي القيم، نعم، عنون المسألة ابن قدامة في المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٦، ص ٦١٣، المسألة ٤٧٨٩؛ والكافي في فقه أحمد بن حنبل، ج ٢، ص ٤١١.

الثامنة: ● من اشترى أمةً نسيئته ولم ينقد ثمنها، فأعتقها وتزوجها ومات ولم يخلف سواها بطل عتقه ونكاحه، وردت على البائع رقاً. ولو حملت كان ولدها رقاً. وهي رواية هشام بن سالم. وقيل: لا يبطل العتق ولا يرق الولد. وهو أشبه.

ولو كانت قيمة الخمسة متساوية فعلى الأول يجزئهم اثنين واثنين وواحدًا، وعلى الثاني يكتب خمس رقاغ بأسمائهم ويخرج على الحرّية أو الرقبة إلى أن يستوفي الثلث قيمة. والوجه جواز استعمال هذه في جميع الفروض، خصوصاً مع تعذر التعديل كما ذكر. واعلم أنّ اعتبار القرعة بكتابة الرقاغ هو المعروف بين الفقهاء؛ لأنّه موافق للرواية عن النبي ﷺ، وأبعد عن التهمة. وينبغي أن تكون متساوية، وأن تُدرج في بنادق، وتجعل في حجر من لم يحضر عملها وأن تغطى بثوب، ويدخل من يخرجها يده من تحت الثوب، كلّ ذلك ليكون أبعد عن التهمة.

وفي تعيين العمل بالرقاع نظر؛ لعدم دليل مخصّص، وكما روي من فعل النبي ﷺ بالرقاع، كذلك روي أنّه أقرع في بعض الغنائم بالبر، وأنّه أقرع مرّةً أخرى بالنوى^١، فلو قيل بجواز القرعة بذلك كلّه وأشباهه كان وجهاً؛ لحصول الغرض، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى. وهذا البحث آتٍ في جميع أفراد القرعة الواقعة في القسمة وغيرها. قوله: «من اشترى أمةً نسيئته ولم ينقد ثمنها» إلى آخره.

قد تقدّم البحث في هذه المسألة والكلام على الرواية مستوفى في كتاب النكاح^٢، ومحصله أنّها ضعيفة الأسناد^٣ مضطربة، وإن كان قد وصفها بالصحة جماعة^٤، ومخالفة

١. تلخيص الحبير، ج ٤، ص ٢١٢، ذيل الحديث ٢١٤٩.

٢. تقدّم في ج ٦، ص ٤٨٨.

٣. والضعف من جهة أبي بصير، المشترك بين ليث بن البخترى المرادي الثقة ويحيى بن القاسم الأسدي الواقفي، راجع خلاصة الأقوال، ص ٢٣٤، الرقم ٧٩٨، وص ٤١٦، الرقم ١٦٨٧.

٤. منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ٢، ص ١٦٩؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٢٩١، المسألة ٢٠٤؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ١٥٩؛ والشهيد في غاية المراد، ج ٣، ص ٨٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣).

التاسعة: • إذا أوصى بعتق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه، فإن امتنع أعتقه الحاكم. ويحكم بحرّيته حين الإعتاق لا حين الوفاة. وما اكتسبه قبل الإعتاق وبعد الوفاة يكون له؛ لاستقرار سبب العتق بالوفاة. ولو قيل: يكون للوارث؛ لتحقق الرق عند الاكتساب كان حسناً.

لأصول المذهب الدالة على صحّة البيع والعتق - لمصادفتها ملكاً صحيحاً - وانعقاد الولد حرّاً. فلا مقتضى لبطلان ذلك ورجوع الولد إلى الرقيّة. وتكلّف بحملها على ما يوافق الأصول متكلّفون بغير ثمرة، فيراجع تحقيق ذلك ثمّة. وما اختاره المصنّف وجعله أشبه هو المذهب.

قوله: «إذا أوصى بعتق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه» إلى آخره. القول بكون كسبه بين الموت والإعتاق له للشيخ في المبسوط؛ مستنداً بما أشار إليه المصنّف من استقرار سبب العتق بالوفاة^١.

وتتبيحه أنّ السبب المقتضى لانتقال مال الموصي عن ملك الوارث وانصرافه إلى الوصيّة مستند إلى الوصيّة والموت، فكلّ منهما جزء السبب، وبالموت يتمّ السبب، فيكون العبد الموصى بعتقه بعد الموت بمنزلة الحرّ وإن توقّفت حرّيته على الإعتاق، فيتبعه الكسب، لكن لا يملكه إلا بعد العتق؛ لأنّه قبله رقيق لا يملك وإنّما كان أحقّ به. وردّه المصنّف (رحمه الله) بمنع استقرار السبب بالموت، بل هو مركّب من ثلاثة أشياء: الوصيّة والموت وإيقاع صيغة العتق، كما يتوقّف ملك الوصيّة إن كانت لمعيّن على قبوله مضافاً إلى الوصيّة وموت الموصي، فقبل القبول لا يملك وإن حصل الأمران الآخران. ولو كان سبب العتق قد تمّ واستقرّ لزم أن يثبت معلوله وهو العتق، وهو لم يقل به حيث حكم برقه، وإنّما يتحرّر بالإعتاق. ومتى لم يكن تامّاً لم يثبت معلوله، والملك متوقّف عليه. ولما امتنع خلوّ الملك من مالك، ولم يكن العبد مالكاً لنفسه قبل العتق فهو للوارث، إذ لا ثالث.

العاشرة: • إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه وقع العتق عن الأمر وينتقل إلى الأمر عند الأمر بالعتق؛ ليتحقق العتق في الملك. وفي الانتقال تردّد.

ويشكل بأنّ الله تعالى جعل الإرث بعد الوصية النافذة^١، والفرض هنا كذلك وذلك يمنع من ملك الوارث، غايته أن يكون الملك مراعيّ بالإعتاق فيتبعه الكسب ويكشف عن سبق ملكه، كما يكشف قبول الموصى له عن ملك الوصية من حين الموت. وفي حكمه ما لو أوصى بعين توقف في بعض الجهات.

أمّا الموصى على وجه لا يتوقّف على صيغة كقوله: «أخرجوا عني العين الفلانية في حجة» ونحوها، فنماؤها بعد الموت وقبل الإخراج في الجهة تابع لها قطعاً؛ لتعيينها لتلك الجهة وخروجها عن ملك الوارث بالموت.

قوله: «إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه وقع العتق عن الأمر» إلى آخره.

إذا أعتق مملوكه عن غيره بإذنه فالمشهور بين الأصحاب وغيرهم صحة العتق ووقوعه عن الأمر، خلافاً لابن إدريس حيث حكم بوقوعه عن المعتق^٢؛ نظراً إلى أنّ وقوع العتق عن الشخص مترتب على ملكه له؛ لقوله ﷺ: «لا عتق إلا في ملك»^٣، وهو منتفٍ عن الأمر وموجود في المعتق، فيقع عنه لا عن الأمر.

والتزم القائلون بوقوعه عن الأمر بانتقال الملك إليه ليتحقق شرط صحة العتق عنه، واستدلوا على الأمرين بصحيفة بريد بن معاوية العجلي عن الباقر ﷺ قال: سألته عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات قبل أن يعتق، فانطلق ابنه فابتاع رجلاً من كسبه فأعتقه عن أبيه، وأنّ المعتق أصاب بعد ذلك ما لا ثمّ مات وتركه، لمن تكون تركته؟ قال: «إن كانت الرقبة التي كانت على أبيه في ظهار أو شكر أو واجب عليه فإنّ المعتق سائبة لا سبيل

١. النساء (٤): ١١-١٢.

٢. السرائر، ج ٣، ص ٢٠-٢١.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٧٩، باب أنّه لا عتق إلا بعد ملك، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٧، ح ٧٧٤؛

الاستبصار، ج ٤، ص ٥، ح ١٥.

لأحد عليه - إلى قوله - وإن كانت الرقبة على أبيه تطوعاً وقد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمةً فإنَّ ولاء المعتق ميراث لجميع ولد الميِّت من الرجال»، قال: «وإن كان ابنه الذي اشترى الرقبة فأعتقها عن أبيه من ماله بعد موت أبيه تطوعاً منه من غير أن يكون أبوه أمره بذلك فإنَّ ولاءه وميراثه للذي اشتراه من ماله وأعتقه عن أبيه إذالم يكن للمعتق وارث من قرابته»^١. ووجه الدلالة أنَّ ثبوت الولاء للأمر فرع انتقال الملك إليه ووقوع عتقه عنه، وقد أثبتته له فيثبت الملزوم.

وفيه نظر؛ لأنَّه قبل الموت لا يمكن تصوُّر الملك؛ لأنَّ المفروض أنَّ الولد إنَّما اشترى النسمة بعد موته، فكيف يحكم بملكه لها قبل الشراء؟! وبعد الموت لا يعقل ملك الميِّت لما قد تجدد سببه. والولاء حكم شرعي إذا جعله الشارع حقاً لمن أعتق عنه وإن لم يكن مالكاً صحح، وهو هنا كذلك، ولا يقتضي^٢ التزام ملك الميِّت بعد موته لمال الغير.

ويمكن الجواب بأنَّ الميِّت يمكن أن يملك بعد الموت إذا كان قد أحدث سبباً له وإن لم يتم، كما لو نصب شبكةً حيّاً ثم وقع فيها صيدٌ بعد وفاته، وهنا كذلك؛ لأنَّ أمره بالعتق جزء لسبب الملك أو تمام السبب والعتق شرط، فصحَّ أن ينكشف به ملكه قبل موته، والرواية الصحيحة مؤيدة لذلك.

وقد اختلف العلماء في وقت انتقال الملك إلى الأمر على أقوال كثيرة، تقدّم البحث فيها في باب الكفارات^٣، فلترجع منه.

والمصنّف هنا تردّد في وقت الانتقال، من حيث إنَّ اشتراط وقوع العتق في الملك يقتضي سبق الملك عليه فيحصل بالأمر، ومن أنَّه لو لم يعتق عنه لم يملك إجماعاً.

١. الكافي، ج ٧، ص ١٧١، باب ولاء السائبة، ح ٧؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٣٧، ح ٣٥٠٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨،

ص ٢٥٤، ح ٩٢٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٣، ح ٧٦.

٢. في بعض النسخ: «ولا ينبغي» بدل «ولا يقتضي».

٣. تقدّم في ص ١٣١.

الحادية عشرة: ● العتق في مرض الموت يمضي من الثلث. وقيل: من الأصل. والأوّل مروّي.

تفريعان:

الأوّل: ● إذا أعتق ثلاث إماء في مرض الموت ولا مال له سواهنّ أُخرجت واحدة بالقرعة. فإن كان بها حمل تجدد بعد الإعتاق فهو حرّ إجماعاً. وإن كان سابقاً على الإعتاق قيل: هو حرّ أيضاً. وفيه تردّد.

وإن كان قد أمره فدّل على أنّ الأمر بمجردّه لا يكفي في الملك، بل العتق موجب لملك الأمر أو شرط فيه، فلا يكون المشروط والمسبّب متقدّماً، ومن أنّ عدم تقدّمه على العتق يفوت المطلوب منه وهو وقوع العتق في ملك، وقد قال المصنّف فيما تقدّم: «الوجه الاقتصار على الثمرة، وهو صحّة العتق وبراءة ذمّة الأمر، وما عداه تخمين»^١. وهذا وجه حسن.

قوله: «العتق في مرض الموت يمضي من الثلث. وقيل: من الأصل. والأوّل مروّي». هذه المسألة جزئي من جزئيات منجزات المريض المتبرّع بها، وقد تقدّم الخلاف في كونها من الأصل أو من الثلث^٢. وتحقيق القولين في الوصايا. وفي نسبة القول الأوّل إلى الرواية مطلقاً ضرب من التردّد؛ لأنّ مجرد الرواية به لا تدلّ على ترجيحه؛ لجواز كون الرواية مردودة بوجه من الوجوه، وهو هنا كذلك، فإنّها ضعيفة السند كما بيّناه سابقاً^٣، والمصنّف في تلك المسألة أيضاً لم يرجح أحد القولين وعذره واضح، وإن كان القول الأوّل هو الأشهر.

قوله: «إذا أعتق ثلاث إماء في مرض الموت ولا مال له سواهنّ» إلى آخره.

١. تقدّم في ص ١٣١.

٢. تقدّم في ج ٥، ص ٤٤٩.

٣. تقدّم في ج ٥، ص ٤٥١ وما بعدها.

الثاني: ● إذا أعتق ثلاثة في مرض الموت لا يملك غيرهم ثم مات أحدهم، أقرع بين الميِّت والأحياء. ولو خرجت الحرِّيَّة لمن مات حكم له بالحرِّيَّة. ولو خرجت على أحد الحيِّين حكم على الميِّت بكونه مات رقاً، لكن لا يحتسب من التركة. ويقرّع بين الحيِّين، ويحرّر منهما ما يحتمله الثلث من التركة الباقية. ولو عجز أحدهما عن الثلث أكمل الثلث من الآخر. ولو فضل منه كان فاضله رقاً.

القول بتبعية الحمل لأُمَّه في العتق وغيره للشيخ^١ (رحمه الله) وابن الجنيد^٢؛ لأنّه كالجزء منها.

والأكثر على أنّه في حكم المنفصل، فلا يتبعها في العتق ولا في البيع ولا غيرهما ما لم يصرّح بإدخاله.

وفي قول المصنّف «أُخرجت واحدة بالقرعة» تنبيه على أنّ كلّ واحدة منهنّ ثلث التركة، فلو كنّ مختلفات في القيمة أُخرج الثلث خاصّةً ولو من جزء منها أو بجزء من غيرها فما زاد. وعلى تقدير دخوله معها في العتق يعتبر من الثلث كأُمَّه، بمعنى تقويمها به واعتبار قيمتها^٣. وعلى تقدير عدم دخوله لا بدّ من تقويمه أيضاً ليحتسب على الورثة.

ثمّ إن ولد قبل موت المعتق قوّم منفصلاً حين الوفاة على ما تقرّر في الوصية. وإن بقي حملاً إلى أن مات قوّم حملاً وإن انفصل بعد ذلك؛ لأنّ الزيادة بالوضع حصلت في ملك الوارث إن اتّفتت.

قوله: «إذا أعتق ثلاثة في مرض الموت لا يملك غيرهم ثمّ مات أحدهم، أقرع بين الميِّت والأحياء» إلى آخره.

إذا أعتق ثلاثة أعبد في مرض الموت وهو لا يملك غيرهم، فمات أحدهم قبل موت السيّد أو بعده قبل قبض الوارث أقرع بين الميِّت والحيِّين، ولا ينزل الميِّت كالمعدوم وإن

١. النهاية، ص ٥٤٥.

٢. حكاه عنه العلامة في مختلف الشريعة، ج ٨، ص ٥٩. المسألة ١٧.

٣. في بعض النسخ: «قيمتها» بدل «قيمتها».

أبقينا للوارث مثلي ما فات؛ لأنَّ الميِّتَ إنَّما مات بعد العتق، فهو صالح للحرِّيَّةِ والرَّقِيَّةِ. فإذا أقرع بينهم وخرج له سهم العتق بانَّه مات حرّاً موروثاً عنه، ورقَّ الآخِران على تقدير تساويهم قيمةً. فمئونة تجهيزه لو فرضت بعد القرعة على وارثه أو بيت المال، وإن خرج له سهم الرقِّ لم يحتسب على الورثة؛ لأنَّهم يبغون المال ومنفعته، ويحتسب به عن المعتق؛ لأنَّ المعتق يبغي الثواب. وتعاد القرعة بين العبدین كما لو لم يكن إلاَّ عبدان فأعتقهما، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه ورقَّ ثلثه والعبد الآخر. ولو خرج سهم العتق ابتداءً على أحد الحيِّين فكذلك يعتق ثلثاه وتبيَّن موت الآخر رقاً.

ولو كان موته بعد قبض الوارث ففي احتسابه عليه وجهان، أصحَّهما نعم، حتَّى لو خرجت القرعة لأحد الحيِّين عتق كلَّه؛ وذلك لأنَّ الميِّتَ دخل في أيديهم وضمَّانهم. ووجه العدم أنَّهم لا يتسلَّطون على التصرّف وإن ثبتت أيديهم الحسيَّة، فيكون كما لو مات قبل ثبوت أيديهم، وإطلاق المصنّف عدم احتسابه على الورثة يقتضي ذلك.

ولو كانت الصورة بحالها ومات اثنان أقرع بينهم أيضاً، فإن خرج سهم العتق على أحد الميِّتين عتق نصفه خاصَّةً، وحصل للورثة مثلاه وهو العبد الحيّ.

وإن خرج سهم الرقِّ عليه أقرعنا بين الميِّت الآخر وبين الحيّ، فإن خرج سهم الحرِّيَّة على الميِّت الآخر أعتقنا نصفه الآخر، وإن خرج سهم الرقِّ عليه لم يحتسب على الورثة، وأعتقنا ثلث العبد الحيّ.

ولو كان موت الميِّت منهم بالقتل الموجب للقيمة دخل القتل في القرعة مطلقاً؛ لأنَّ قيمته تقوم مقامه على تقدير رقيِّه فلا يفوت الوارث المال.

ثمَّ إن خرج سهم العتق لأحد الحيِّين عتق كلَّه، وللورثة الآخر وقيمة القتل. وإن خرج للقتيل بانَّه قتل حرّاً وعلى قاتله الدية لورثته.

هذا كلَّه مع تساويهم قيمةً كما فرضناه. ولو اختلفت القيمة أعتق ثلث الجميع بالقيمة، فإذا خرجت لأحد وكان بقدر الثلث فذاك، وإن نقص أكمل من الآخر، وإن زاد كان فاضله رقاً.

● وأما السراية

فمن أعتق شقصاً من عبده سرى العتق فيه كله إذا كان المعتق صحيحاً جائز التصرف. وإن كان له فيه شريك قوم عليه إن كان موسراً، وسعى العبد في فك ما بقي منه إن كان المعتق معسراً.

وقيل: إن قصد الإضرار فكّه إن كان موسراً، وبطل إن كان معسراً. وإن قصد القرية عتقت حصته، وسعى العبد في حصّة الشريك، ولم يجب على المعتق فكّه.

قوله: «وأما السراية فمن أعتق شقصاً من عبده سرى العتق فيه كله» إلى آخره. المشهور بين الأصحاب حصول العتق في باقي المملوك بالسراية إليه من الجزء الذي أعتق في الجملة.

والأصل فيه قول النبي ﷺ: «من أعتق شركاً له من عبد وله مال قوم عليه الباقي»^١. ومن طريق الخاصة رواية غياث بن إبراهيم عن الصادق ﷺ: «أن رجلاً أعتق بعض غلامه فقال عليّ ﷺ: هو حرّ ليس لله شريك»^٢.

ورواية طلحة بن زيد عنه ﷺ: «أن رجلاً أعتق بعض غلامه فقال: «هو حرّ كله ليس لله شريك»^٣.

وهي أعمّ من كون العبد المعتق بعضه مشتركاً بينه وبين غيره ومختصاً به. وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله ﷺ في جارية كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه

١. مسند أحمد، ج ١، ص ٩١، ح ٣٩٩؛ صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٢٩، ح ١٥٠١/١؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٤٤، ح ٢٥٢٨؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ٢٤، ح ٣٩٣٨؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٦٤، ح ٢١٣٢٤، بتفاوت.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٨، ح ٨٢٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٦، ح ١٨، وفيهما: عن جعفر عن أبيه ﷺ.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ١٤٢، ح ٣٥٢٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٨، ح ٨٢٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٦، ح ١٩.

فإن عجز العبد أو امتنع من السعي كان له من نفسه ما أعتق، وللشريك ما بقي، وكان كسبه بينه وبين الشريك، ونفقته وفطرته عليهما.

قال: «إن كان موسراً كلف أن يضمن، وإن كان معسراً أخذت بالحصص»^١.

ويظهر من السيّد المحقق جمال الدين أحمد بن طائوس في كتابه ملاذ علماء الإمامية الميل إلى عدم السراية على معتق بعض مملوكه إلى الباقي^٢؛ نظراً إلى ضعف المستند، مع معارضته بروايات تدلّ على عدمه، كرواية حمزة بن حرمان عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الرجل أعتق بعض جاريته ثمّ قذفها - إلى قوله: - «ولا تتزوج حتى تؤدّي ما عليها، ويعتق النصف الآخر»^٣.

وصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام في امرأة أعتقت ثلث خادمها عند موتها أعلى أهلها أن يكاتبوها إن شاؤوا وإن أبوا؟ قال: «لا، ولكن لها من نفسها ثلثها، وللوارث ثلثها يستخدمها بحساب الذي له منها، ويكون لها من نفسها بحساب ما أعتق منها»^٤. ورواية مالك بن عطية عن أبي بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجلٍ أعتق نصف جاريته، ثمّ إنّه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، قال: «فليشترط عليها أنّها إن عجزت عن نجومها تردّ في الرقّ في نصف رقبته»^٥.

وعذر السيّد في ضعف سند الرواية على تقدير ملكه للباقي واضح، وما استدللّ به من الروايات على عدمه أوضح سنداً، لكنّ السراية على الشريك قد ثبتت بالصحيح، وهو يقتضي السراية على ملكه بطريق أولى؛ لاشتراكهما في الدلالة على تشوّق الشرع لتكميل

١. الفقيه، ج ٣، ص ١١٤، ح ٣٤٣٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٩، ح ٧٨٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣، ح ٧.

٢. لم نعثر على كتابه، وحكاه عنه أيضاً الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٦٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ج ١٠).

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٨، ح ٨٢٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٦، ح ٢٠.

٤. الفقيه، ج ٣، ص ١٢٢، ح ٣٤٦٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٢٥، ح ٨٨٢.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٨٨، باب المكاتب، ح ١٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٩، ح ٩٨٠.

العتق، وإذا أكمل والباقي لغيره واحتيج إلى أداء المال إليه فلأن يكمل والباقي له أولى، وتبقى الروايات مؤيِّدة وإن ضعف سندها.

وصحيحة ابن سنان يمكن حملها على ما إذا لم تملك غيرها، فيحجر عليها فيما زاد عن الثلث. والشيخ حمل رواية حمزة على أنه لا يملك نصفها الآخر^١.

إذا تقرّر ذلك فسراية العتق إلى نصيب الشريك مشروطة بيسار المعتق، كما ينبّه عليه قوله ﷺ: «وله مال»، وقول الصادق عليه السلام: «إن كان موسراً كلف أن يضمن».

والقول باختصاص السراية بقصد الإضرار بالشريك مع اليسار وأنه مع قصد القرية لا يقوّم عليه مطلقاً للشيخ (رحمه الله)^٢؛ استناداً إلى حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه فقال: «إن كان مضاراً كلف أن يعتقه كلّه، وإلا استسعى العبد في النصف الآخر»^٣.

وردّه ابن إدريس بأن قصد القرية شرط في صحّة العتق، وقصد المضارّة ينافيها^٤. وأجيب بأن المراد بالإضرار تقويمه على الشريك قهراً وإعتاق نصيبه لله تعالى، ومثل هذا لا ينافي القرية، وإنما ينافيها تمحّض القصد للإضرار^٥.

والأشهر التقويم على الموسر مطلقاً؛ عملاً بصحيحة الحلبي وغيرها من الأخبار^٦. ومع الإعسار يسعى العبد في فكّ باقيه بجميع كسبه، لا بحصّته من الحرّية على الأظهر.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٩، ذيل الحديث ٨٢٦: الاستبصار، ج ٤، ص ٦-٧، ذيل الحديث ٢٠.

٢. النهاية، ص ٥٤٢.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٨٢، باب المملوك بين شركاء...، ح ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ١١٥، ح ٣٤٤٢؛ تهذيب الأحكام،

ج ٨، ص ٢٢٠، ح ٧٨٨؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٤، ح ١٠.

٤. السرائر، ج ٣، ص ١٠.

٥. راجع نكت النهاية، ج ٣، ص ٨.

٦. راجع الكافي، ج ٦، ص ١٨٢-١٨٣، باب المملوك بين شركاء...، ح ٣؛ الفقيه، ج ٣، ص ١١٥، ح ٣٤٤٢؛

تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢١، ح ٧٩١ و٧٩٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٤، ح ٩، و ص ٤-٥، ح ١٣.

● ولو هأياً شريكه في نفسه صحّ، وتناولت المهايأة المعتاد والنادر، كالصيد والالتقاط.

● ولو كان المملوك بين ثلاثة فأعتق اثنان قوّمت حصّة الثالث عليهما بالسويّة، تساوت حصصهما فيه أو اختلفت.

وهو كالكتابة في كونه فكاً للرقبة من الرقيّة بجملة الكسب، واستقرار الملك بعجز المملوك، وعتق ما قابل المدفوع منه كما في المطلقة. ويفترقان في اشتراطه بسبق عتق شيء منه دونها، وعدم اشتراطه بعقد ولا تقدير للعوض ولا للأجل، بل بقيمة المثل دونها.

قوله: «ولو هأياً شريكه في نفسه صحّ» إلى آخره.

المهايأة على تقدير عجزه على وجه الاختيار لا الإيجاب، بخلاف السعي.

والقول بتناولها للكسب مطلقاً وإن كان نادراً هو المذهب؛ لعموم الأدلّة!

وقال بعضهم: لا يتناول النادر^٢؛ استناداً إلى أنّها معاوضة فلو تناولته لجهلت. وهو ضعيف؛ لأنّ المنفعة في المدّة المعلومة مضبوطة على وجه يرفع الجهالة، وخصوصيات الكسب غير مقصودة، ولو اعتبرت لزم الجهل بها مطلقاً.

قوله: «ولو كان المملوك بين ثلاثة فأعتق اثنان قوّمت حصّة الثالث» إلى آخره.

إذا كان المملوك بين ثلاثة - مثلاً - وأعتق اثنان منهم نصيبهما، فإن كان مترتباً قوّم على السابق نصيب الآخرين، ولغا المتأخّر إن جعلنا السراية تحصل بالإعتاق. وسيأتي البحث فيه^٣.

وإن أعتقا نصيبهما معاً - إمّا بأن نطقاً به دفعةً، أو وكلاً رجلاً بالإعتاق عنهما فأعتق نصيبهما معاً، أو وكلّ أحدهما الآخر، أو علّقاء على شرط واحد، وإن كان التعليق مترتباً فوجد الشرط - فإن كان أحدهما موسراً قوّم عليه نصيب الثالث، وإن كانا موسرين قوّم

١. راجع تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢١، ح ٧٩٣، ٧٩٤ - ٧٩٤؛ والاستبصار، ج ٤، ص ٣، ح ١٢ و ٩.

٢. الحاوي الكبير، ج ١٨، ص ٢٣.

٣. يأتي بتأييد هذا بقليل.

● وتعتبر القيمة وقت العتق؛ لأنه وقت الحيلولة.

نصيب الثالث عليهما بالسوية لا على قدر الملكين؛ لأنّ القيمة الواجبة هنا سبيلها سبيل ضمان المتلفات، ولا يفترق الحال فيها بين قلة الأسباب وكثرتها، ألا ترى أنّه لو جرح واحد جراحة والآخر جراحات وسرى فمات المجرع منها تكون الدية عليهما بالسوية. ولبعض العامة وجه أنّ القيمة عليهما على عدد الأنصاء كالشفعة^١، فإذا اعتق صاحب النصف وصاحب السدس غرم صاحب النصف ثلاثة أرباع قيمة الثلث، وصاحب السدس ربعها.

ويضعف بثبوت الفرق، فإنّ الأخذ بالشفعة من فوائد الملك ومرافقة فيكون على قدر الملك كالثمرة والنتاج، بخلاف القيمة الواجبة هنا كما بيّنا من الوجه. ومع هذا الفرق بين الأمرين فقد قيل: إنّ الشفعة على الرؤوس^٢.

قوله: «وتعتبر القيمة وقت العتق؛ لأنه وقت الحيلولة».

ظاهره ثبوت الحكم كذلك سواء قلنا بانعتاقه بالعتق أم بالأداء.

والأمر على الأوّل ظاهر، وأمّا على الثاني فإنّه وإن لم ينعتق بالفعل قبل الأداء لكن قد تعلق به حقّ العتق، واستحقّق الشريك المطالبة بالقيمة، وذلك فرع ثبوتها وإن توقّف العتق بالفعل على أمر آخر. ومعنى كونه وقت الحيلولة أنّه يحجر على الشريك في حصّته وإن لم ينتقل عن ملكه.

والعلامة في كتبه وافق المصنّف على إطلاق اعتبار يوم العتق^٣.

والأقوى ترتّب القيمة على وقت العتق بالفعل، فإن جعلناه بالإعتاق اعتبرت حينئذٍ. وكذا على القول بالمراعاة. وعلى القول باشتراطه بالأداء يعتبر القيمة عنده.

١. الحاوي الكبير، ج ١٨، ص ٢٦؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٢٦٣، المسألة ٨٥٩٩.

٢. المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٥٢٣، المسألة ٤٠٧١.

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٧؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٩٧، الرقم ٥٦٤٣، وفيه: يحتمل بالعتق؛

إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٧٠.

● وتنتعق حصّة الشريك بأداء القيمة لا بالإعتاق. وقال الشيخ: هو مراعى.

وهذا هو الظاهر من كلام المبسوط، فإنّه نقل القول بانعتاقه بالعتق، وفرّع عليه فروعاً منها اعتبار القيمة وقت العتق، ثمّ نقل القول الآخر^١.

وفي الدروس أطلق اعتبار القيمة وقت الأداء بعد أن اختار انعتاقه بالأداء^٢، ولم يذكر اعتبارها يوم العتق. وهو موافق لما ذكرناه.

قوله: «وتنتعق حصّة الشريك بأداء القيمة لا بالإعتاق. وقال الشيخ: هو مراعى».

اختلف في وقت انعتاق نصيب الشريك مع اجتماع شروط السراية، فقال الشيخ في الخلاف^٣، وقبله المفيد^٤ والمصنّف والعلامة^٥ والشهيد^٦: عند أداء القيمة؛ لأنّ للأداء مدخلاً في العليّة، ولهذا لا ينتعق مع الإعسار. ولأنّه لو أُعتق بالإعتاق لزم الإضرار بالشريك بتقدير هرب المعتق أو تلف ماله، ولصحيحة محمّد بن قيس عن الباقر^٧ قال: «من كان شريكاً في عبد أو أمة، قليل أو كثير، فأعتق حصّته وله سعة فليشتر من صاحبه فيعتق كلّهُ»^٧.

والمراد بشرائه منه أداؤه قيمة نصيبه؛ لعدم اعتبار الشراء الحقيقي إجماعاً.

وقال الشيخ في المبسوط: هو مراعى بالأداء، فإن أدّى تبين العتق من حينه وإلاّ تبين الرقّ^٨. وفيه جمع بين الأدلّة، وتحرّز من الإضرار المدعى.

وقال ابن إدريس: ينتعق بالإعتاق^٩، أي باللفظ المقتضي لعتق نصيبه؛ لأنّ ذلك هو

١. المبسوط، ج ٤، ص ٤٢١.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٧٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٣. الخلاف، ج ٦، ص ٣٥٩، المسألة ١.

٤. المقنعة، ص ٥٥٠.

٥. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ١٩٧، الرقم ٥٦٤٣.

٦. الكافي، ج ٦، ص ١٨٣، باب المملوك بين شركاء، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢١، ح ٧٩١؛ الاستبصار،

ج ٤، ص ٤، ح ١٣.

٨. المبسوط، ج ٤، ص ٤٢١.

٩. السرائر، ج ٣، ص ١٦.

مقتضى السراية، ومدلول الأخبار الدالّة عليها، كقول النبي ﷺ: «إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال فقد عتق كلّهُ»^١، ويروى «فهو حرّ كلّهُ»^٢، ويروى «فهو عتق»^٣، وقول عليّ رضي الله عنه: «هو حرّ ليس لله شريك»^٤، وقول الصادق رضي الله عنه في رواية سليمان بن خالد^٥ وغيره^٦، أنّه قال: «قد أفسد على صاحبه» والإفساد إنّما حصل بالعتق. وتوقّف العلامة في كثير من كتبه^٧ وولده^٨ والشهيد في الشرح^٩، مع أنّه رجّح في الدروس اعتبار الأداء^{١٠}؛ لصحیحة ابن قيس^{١١}.

وفيه نظر؛ لأنّ ابن قيس الذي يروي عن الباقر رضي الله عنه مشترك بين الثقة^{١٢} وغيره^{١٣}، فلا تكون الرواية صحیحة مطلقاً، وإنّما صحّتها إضافیة بالنسبة إلى غيره، وذلك غير كافٍ في الحكم بها حيث يعتبر الصحیح أو يعارض غيره. والحق أنّ الأخبار من الجانبين ليست من الصحیح، والأخبار الدالّة على اعتبار وقت العتق أكثر.

١. تلخیص الحبير، ج ٤، ص ٢١٢، ح ٢١٤٨؛ السنن الكبرى، البیهقي، ج ١٠، ص ٤٦٦، ح ٢١٣٣١؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ٢٥، ح ٣٩٤٣؛ الحاوي الكبير، ج ١٨، ص ٩.
٢. أورده السيد في الانتصار، ص ٣٧٥، المسألة ٢١٧.
٣. تلخیص الحبير، ج ٤، ص ٢١٢، ح ٢١٤٨.
٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٨، ح ٨٢٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٦، ح ٨.
٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٠، ح ٧٩٠؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٤، ح ١١.
٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢١، ح ٧٩٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣، ح ٩.
٧. منها قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٦؛ وإرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٧٠.
٨. إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٤٩٩.
٩. غاية المراد، ج ٣، ص ٢٥١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٣).
١٠. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٧٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).
١١. الكافي، ج ٦، ص ١٨٣، باب المملوك بين شركاء...، ح ٣.
١٢. وهو محمّد بن قيس الأسدي. راجع خلاصة الأقوال، ص ٢٥٢، الرقم ٨٦.
١٣. هو محمّد بن قيس بن أحمد. راجع خلاصة الأقوال، ص ٤٠٠، الرقم ١٦١١.

إذا تقرّر ذلك، فيتفرّع على الأقوال فروع:

منها: ما تقدّم من عتق اثنين من الشركاء الثلاثة مترتبين^١، فإن قلنا ينعق بالإعتاق قَوْمَ على المعتق أولاً.

وإن قلنا بالأداء ولم يكن الأوّل أدى قَوْمَ عليهما.

وإن قلنا بالمراعاة احتمل تقويمه عليهما أيضاً؛ لأنّ عتق الثاني صادف ملكاً فوق صحيحاً فاستويا في الحصّة الأخرى، وتقديم الأوّل؛ لأنّه بالأداء تبين انعتاق نصيب الشريك قبل أن يعتق فوق عتقه لغواً. وفي الأوّل قوّة.

ومنها: اعتبار القيمة، فإن قلنا يعتق بالإعتاق اعتبرت من حينه قطعاً. وكذا إذا قلنا بالمراعاة والكشف.

وإن قلنا بالأداء، فوجهان، من أنّ التلف يحصل بالأداء فلا يعتبر قبله، ومن أنّ الحجر على المالك يحصل يوم العتق، وهو الذي اختاره المصنّف فيما تقدّم، وعلّله بالحيلولة^٢.

وفي المسألة وجه ثالث باعتبار أقصى القيم من يوم الإعتاق إلى يوم الأداء؛ لأنّ الإعتاق سبب يدوم أثره إلى التلف، فيكون بمثابة جراحة العبد ثم يموت بعد مدّة، فإنّه يعتبر أقصى قيمة من حين جرحه إلى موته. وقد تقدّم أنّ هذا الضمان بمنزلة ضمان الإلتلاف^٣.

ومنها: إذا أعسر المعتق بعد الإعتاق وقبل أداء القيمة، فإن أثبتنا السراية بنفس الإعتاق فالقيمة في ذمته، وإن قلنا بالآخرين لم يعتق نصيب الشريك. أمّا موته فلا يؤثر على الأقوال. أمّا على التعجيل فظاهر. وأمّا على التوقّف؛ فلأنّ القيمة تؤخذ من تركته كالدين، والإعتاق صار مستحقاً عليه في حال الحياة، وقد يوجد سبب الضمان في الحياة ويتأخّر الوجوب عنها، كمن حفر بئراً في محلّ عدواناً فتردّى فيها بهيمة أو إنسان بعد موته.

١. تقدّم في ص ٣٥٦.

٢. تقدّم في ص ٣٥٧.

٣. تقدّم في ص ٣٥٦-٣٥٧.

ومنها: إذا مات العبد قبل أداء القيمة، فإن قلنا يحصل بالإعتاق مات حرّاً موروثاً منه، ويؤخذ قيمة نصيب الشريك.

وإن قلنا بالتبيين وقف إلى أداء القيمة، فإذا أديت بان أن الأمر كذلك.

وإن قلنا بتأخر السراية إلى وقت الأداء فوجهان:

أظهرهما أنها تسقط؛ لأنّ وجوب القيمة لتحصيل العتق والميت لا يعتق.

والثاني المنع؛ لأنه مال استحقّ في الحياة فلا يسقط بالموت، وعلى هذا فتبين بالأداء أن العتق حصل قبل موته، وبهذا يظهر ضعفه.

ومنها: إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة لم ينفذ إن أثبتنا السراية في الحال. وإن أخرناها إلى أداء القيمة فوجهان:

أحدهما: أنه لا ينفذ أيضاً؛ لأنّ المعتق استحقّ أن يتملكه بالقيمة ليعتق عليه ويكون ولاؤه له، ولا يجوز صرف العتق عن المستحقّ إلى غيره.

والثاني: أنه ينفذ؛ لمصادفته الملك، ولأنّ المقصود تكميل العتق وقد حصل وأغنى عن التكليف بأداء القيمة. وهذا أقوى.

ثم إن قلنا بنفوذ الإعتاق ففي نفوذ البيع والهبة ونحوهما وجهان، من أنه مالك، ومن الحجر عليه في مثل هذه التصرفات، وإنما أجزنا العتق لموافقته لمطلوب الشارع منه. وهذا أقوى.

ومنها: لو وطئ الشريك الجارية قبل أداء القيمة. فعلى القول بتعجيل السراية^١ يكون كوطء الحرّة، فيلزمه حكمه في حالتي الاختيار والإجبار، وإن قلنا بتوقّفه على الأداء وجب نصف المهر بنصفها الحرّ مع الإكراه.

وعلى القول بالمراعاة^٢ يحتمل ذلك أيضاً، لكونها حال الوطء مملوكة له، وثبوت جميعه

١. القائل به ابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ١٥-١٦.

٢. القائل به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٤٢١.

- ولو هرب المعتق صُبِّرَ عليه حتى يعود. وإن أعسر أنظر إلى الإيسار.
- ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المعتق. وقيل: القول قول الشريك لأنه ينتزع نصيبه من يده.

لها بعد الأداء لانكشاف كونها حرّة حينئذٍ. ولا حدّ من جهة الحصّة؛ لحصول الشبهة بالاختلاف في ملكه. وفروع الباب كثيرة تتنبّه ممّا ذكرناه علي غيره.

قوله: «ولو هرب المعتق صُبِّرَ عليه حتى يعود. وإن أعسر أنظر إلى الإيسار».

الحكم في ذلك متفرّع على الخلاف السابق، فإن قلنا بعقده معجلاً بالإعتاق كانت القيمة ديناً عليه، فإن أداها برئ، وإن هرب أو أعسر انتظر وقت الإمكان. وهو واضح.

وإن قلنا بتوقّفه على الأداء - كما اختاره المصنّف - فمقتضى تفرّعه أنّ الحكم كذلك، بمعنى أنّ حقّ المعتق لا يبطل بذلك بل يستمرّ إلى أن يمكن الأداء؛ لوجود السبب الموجب له وهو الإعتاق، وإن توقّف على شرط آخر أو على تمام السبب فلا يكون كالحقّ الفوري يبطل بالتأخير، وحينئذٍ فيبقى بالنسبة إلى الشريك رقيقاً إلى أن يؤدّي إليه القيمة. وهل يرتفع الحجر عنه بذلك؟

يحتمله؛ حذراً من تعطيل ملكه عليه بغير بدل، ومن أنّ عليّة العتق قد ثبتت فيلزم، والفائدة في المنع من نقله عن الملك ببيع ونحوه لا في استخدامه.

قوله: «ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المعتق. وقيل: القول قول الشريك» إلى آخره.

إذا اختلفا في قيمة الشقص - فقال المعتق: قيمته مائة، وقال الشريك: بل مائتان - فإن كان المملوك حاضراً والعهد قريب، أو قلنا: إنّ المعتبر قيمته وقت الأداء، فصل الأمر بمراجعة المقومين. وإن مات العبد أو غاب أو تقادم العهد واعتبرنا قيمته يوم العتق ففي المصدّق منهما باليمين قولان:

أحدهما - وهو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله) - أنّه المعتق؛ لأنّه الغارم، كما إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغضوب بعد تلفه، فإنّ الغاصب مصدّق، ولأصالة البراءة من الزائد.

● ولو ادعى المعتق فيه عيباً فالقول قول الشريك.

● واليسار المعتبر هو أن يكون مالكاً بقدر قيمة نصيب الشريك، فاضلاً عن قوت يومه وليلته.

والثاني: أن المصدّق الشريك؛ لأنّ المعتق يتملّك عليه قهراً، فيصدّق المتملّك عليه، ولا ينتزع من يده إلا بما يرضيه، كما إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن المأخوذ به فإنّ المصدّق المشتري.

وربما بني القولان على الخلاف السابق، فإن قلنا: إنّ السراية تتعجّل بالعتق فالمصدّق المعتق؛ لأنّه غارم. وإن قلنا تتأخّر فالمصدّق الشريك؛ لأنّ ملكه باقٍ، فلا ينتزع إلا بما يقوله، كما في المشتري مع الشفيع.

والمصنّف مع حكمه بتأخّر العتق إلى الأداء قدّم قول المعتق خلاف البناء المذكور. ووجهه أنّه المنكر حقيقةً، حيث إنّ الأصل عدم الزيادة على التقديرين. وهو حسن.

قوله: «ولو ادعى المعتق فيه عيباً فالقول قول الشريك».

إنّما يقدّم قول الشريك مع أنّ العيب يوجب نقص القيمة وقد يقدّم قول الغارم فيها؛ لأنّ الأصل عدم العيب وكون المملوك على الخلقة الأصلية.

ولا فرق بين دعواه العيب في أصل الخلقة بأن قال: كان أكمه أو أخرس، فقال الشريك: بل كان بصيراً ناطقاً، وبين دعواه حدوث العيب بعد السلامة، بأن زعم ذهاب بصره أو كونه آبقاً أو سارقاً، بل الحكم في الثاني أولى؛ لأصالة عدم حدوث العيب مع اتّفاقيهما على عدمه في الابتداء.

قوله: «واليسار المعتبر هو أن يكون مالكاً بقدر قيمة نصيب الشريك» إلى آخره.

ليس المراد من الموسر - في هذا الباب - الذي يعدّ من الأغنياء عرفاً، بل المراد به من يملك من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه وإن لم يملك غيره؛ لظاهر الخبر الذي تقدّم من

● ولو ورث شقصاً ممن ينعق عليه، قال في الخلاف: يقوّم عليه. وهو بعيد.

قوله ﷺ: «وله مال قوم عليه الباقي»^١. فيصرف في هذه الجهة كلّ ما يباع ويصرف في الديون ممّا زاد عن قوت يومه له ولعياله الواجبي النفقة ودست ثوب.

وظاهر العبارة أنّه لا يُستثنى له المسكن والخادم، والأقوى استثناءهما كما يُستثنيان في الدين؛ لأنّ هذا من جملته.

وإطلاق العبارة أيضاً يشمل ما إذا كان عليه دين مثل ما يملكه وأكثر، فلا يمنع الدين السرية. وهو أحد القولين في المسألة^٢؛ لأنّه مالك لما في يده نافذ التصرف فيه، حتّى لو اشترى به عبداً فأعتقه نفذ، فكذلك يجوز أن يقوّم عليه، وعموم الخبر السابق يشمل، والشريك حينئذٍ أسوأ^٣ الغرماء؛ ولأنّه لو طالبه صاحب الدين وجب عليه إيفاؤه وإن كان للباقي ما يستغرق ماله، فلو كان وجود الدين المستغرق يجعله معسراً لحرمت مطالبته على كلّ واحد منهم كما تحرم مطالبة المعسر، والعقّ أولى؛ لأنّه مبنيّ على التغليب.

ووجه القول بكونه معسراً التحاقه بالفقراء؛ ولذلك تحلّ له الزكاة. وفيه: منع الملازمة، فإنّ استحقاق الزكاة لا يستلزم الإعسار بل هو أعمّ، والملك متحقّق. ويفهم من قوله «أن يكون مالاً بقدر قيمة نصيب الشريك» أنّه لو ملك البعض لانفكّ. وهو أحد القولين في المسألة. وأجودهما عتق الميسور منه وإن قلّ، لعموم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»^٤، وخصوص قوله ﷺ: «وله مال قوم عليه الباقي»^٥.

قوله: «ولو ورث شقصاً ممن ينعق عليه، قال في الخلاف: يقوّم عليه. وهو بعيد».

١. تقدّم في ص ٣٥٣ مع تخريجه في الهامش ١.

٢. وهو قول العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٥؛ وراجع التقيح الرائع، ج ٣، ص ٤٥٢.

٣. في بعض النسخ: «أسوء» بدل «أسوأ».

٤. صحيح مسلم، ج ٤، ص ١٨٣٠، ح ١٣٢٧/١٣٠؛ سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٢، ح ٢؛ سنن النسائي، ج ٥،

ص ١١٢، ح ٢٦١٥.

٥. راجع الهامش ١.

● ولو أوصى بعتق بعض عبده أو بعتقه وليس له غيره لم يقوّم على الورثة بآقيه. وكذا لو أعتقه عند موته أعتق من الثلث، ولم يقوّم عليه.

المشهور بين الأصحاب أنّ من شرط السراية وقوع العتق بالاختيار؛ لأنّ قوله ﷺ: «من أعتق»^١ ونحوه يعطي مباشرة العتق، وهو المعنيّ بالاختيار، ولأنّ الأصل عدم وجوب التقويم إلّا ما أخرج الدليل، ولم يدلّ إلّا على المباشرة، فلا يرد أنّ دلالة على نفي السراية فيما عداه من باب مفهوم الخطاب، ولما تقدّم من أنّ التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات^٢، ولم يوجد منه في غير الاختياري صيغ^٣ ولا قصد إتلاف، بخلاف ما لو اشترى ونحو ذلك من الأسباب الصادرة بالاختيار؛ فإنّ فعل السبب كفعل المسبّب.

وقال الشيخ في الخلاف: يسري وإن ملكه بغير اختياره كالإرث؛ محتجّاً بالإجماع والأخبار^٤، مع أنّه في المبسوط ذهب إلى القول الأوّل^٥، وهو المعتمد. قوله: «ولو أوصى بعتق بعض عبده أو بعتقه وليس له غيره» إلى آخره.

أمّا عدم عتقه على الوارث على تقدير إعتاقه له بعد موت المورث؛ فلأنّه لم يعتقه عن نفسه، وإنّما أعتقه عن المورث فلا وجه للسراية عليه، ولا على الميّت وإن كان وقت الوصيّة موسراً؛ لانّ انتقال التركة إلى الوارث بالموت فصار عند الإعتاق معسراً، فلا يقوّم على من لا يملك شيئاً وقت نفوذ العتق، كما لو وكلّ في عتق الشقص وهو موسر فأعتقه الوكيل بعد أن أعسر. وللشيخ قول بالسراية عليه إن وسعه الثلث^٦؛ لرواية أحمد بن زياد^٧، عن أبي الحسن عليه السلام^٨.

١. تقدّم تخريجه في ص ٣٥٣، الهامش ١.

٢. تقدّم في ص ٣٥٦-٣٥٧.

٣. في بعض النسخ: «صنع» وفي بعضها: «الاختيار منع» بدل «الاختياري صيغ».

٤. الخلاف، ج ٦، ص ٣٦٨، المسألة ٧.

٥. المبسوط، ج ٤، ص ٤٣٨.

٦. النهاية، ص ٦١٦-٦١٧.

٧. في حاشية «و»: «أحمد بن زياد مشترك بين الثقة وغيره. (منه رحمه الله)».

٨. الكافي، ج ٧، ص ٢٠، باب من أوصى بعتق أو صدقة، ح ١٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٢٢، ح ٨٧٢.

● والاعتبار بقيمة الموصى به بعد الوفاة، وبالمنجز عند الإعتاق. والاعتبار في قيمة التركة بأقلّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين القبض؛ لأنّ التالف بعد الوفاة غير معتبر، والزيادة مملوكة للوارث.

ومال إليه في الدروس؛ محتجاً بسبق السبب على الموت^١. وفي طريق الرواية ضعف^٢. وأما إذا أعتقه المريض؛ فلائنه محجور عليه فيما زاد على الثلث، فكان في غير الثلث معسراً، فلا يسري عليه وإن باشر العتق.

ولو كان له فيه شريك فأعتق المريض نصيبه نظر إن خرج جميع العبد من الثلث قوّم عليه نصيب الشريك وعتق؛ لأنّ تصرّف المريض في ثلث ماله كتصرّف الصحيح. وإن لم يخرج إلّا نصيبه عتق نصيبه ولا تقويم. وإن خرج نصيبه وبعض نصيب الشريك قوّم عليه ذلك القدر على الخلاف.

وبالجملة فالمريض بالنسبة إلى الثلث كالصحيح في الكلّ، وفيما زاد على الثلث معسر. قوله: «والاعتبار بقيمة الموصى به بعد الوفاة» إلى آخره.

لما كان المريض والميت محجورين عمّا زاد عن الثلث اعتبر يساره عند نفوذ عتق الشقص في ثبوت السراية. فإذا كان قد أوصى بعتق الشقص فالاعتبار بقيمته عند الوفاة؛ لأنّ ذلك هو وقت خروجه عن الوارث وانتقال التركة إليه، فيعتبر وصول مثليه إليه.

وإن كان قد نجّز عتقه في المرض فالعبرة بقيمته عند الإعتاق؛ لأنّه وقت خروجه عن ملكه المعتبر في نفوذه بقاء مقدار ضعفه للوارث. ثمّ لا يعتبر وجود الضعف حينئذٍ؛ لاحتمال أن يتلف قبل موت المريض، بل المعتبر قيمته عند قبضه إيّاه.

فلو فرض أن لم يكن له مال عند العتق ولكن تجدد قبل موته مقدار ذلك نفذ العتق. ولو انعكس فتلف المال قبل الموت، أو بعده قبل قبض الوارث له لم يحتسب عليه.

ولو كان عند الموت بقدر ضعفه ثمّ تجدد له زيادة نماء بحيث يقابل حصّة الشريك

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٦٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. راجع رجال الشيخ الطوسي، ص ٣٢٢، الرقم ٤٩٤٣؛ وخلاصة الأقوال، ص ٣١٩، الرقم ١٢٥١.

وضعتها لم يسر؛ لأنّ الزيادة ملك الوارث؛ لانتقال التركة إليه بالموت. وبهذا ظهر أنّ المعترف في التركة أقلّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين قبض الوارث.

وللعلامة قول بـ:

أنّ العتق المنجز والمؤخّر سواء في اعتبار القيمة عند الموت إن نقصت قيمة المنجز؛ لأنّه لو بقي عبداً لم يتحقّق على الورثة سوى قيمته الناقصة، فلم يتلف عليهم أكثر منها.

وأما إن زادت القيمة كانت بمنزلة الكسب؛ للعلم بعتق شيء منه وقت الإعتاق، فإذا زادت قيمة المعتق لم يحسب من التركة ولا عليه، وأما الرقّ فتحسب زيادته منها. فإن خُلف ضعف قيمته الأولى من غيره فصاعداً عتق كلّه. وإن خُلف أقلّ أو لم يخلف شيئاً حسب نصيب الرقيّة من التركة، فتكثر التركة فيكثر العتق، فيقلّ الرقّ فتنقص التركة، فيقلّ العتق، وذلك دور.

فلو كانت قيمته وقت العتق مائة فصارت عند الوفاة إلى مائتين ولم يخلف سواء قلنا: عتق منه شيء، وله من زيادة القيمة شيء، وللورثة شيان بإزاء العتق. فهو في تقدير أربعة أشياء، فيعتق منه نصفه الذي هو الآن يساوي مائة وقد كان يساوي خمسين، وللورثة نصفه الذي يساوي مائة وهو ضعف ما عتق منه.

ولو بلغت قيمته ثلاثمائة قلنا: عتق منه شيء، وله من زيادة القيمة شيان، وللورثة شيان ضعف ما عتق منه. فيصير في تقدير خمسة أشياء ثلاثة له واثنان للورثة، فيعتق منه مائة وثمانون، وللورثة مائة وعشرون.

ولو صارت قيمته مائتين، وخُلف السيّد مائة غيره قلنا: عتق منه شيء، وله من نفسه باعتبار زيادة القيمة شيء آخر، وللمولى منه ومن المائة شيان ضعف ما انتعتق منه. فالمجموع في تقدير أربعة أشياء شيان للعبد من نفسه، وشيخان للورثة منه ومن المائة. فالشيء خمسة وسبعون، فيعتق منه ثلاثة أرباعه، وتسلم المائة والربع الآخر للورثة. وعلى هذا^١.

● ولو أعتق الحامل تحرّر الحمل وإن استثنى رقه، على رواية السكوني عن أبي جعفر عليه السلام. وفيه إشكال منشؤه عدم القصد إلى عتقه.

ولو فرض نقصان قيمة المنجّر عند الوفاة عنها عند الإعتاق فعلى قول العلامة لا يتغيّر الحكم لو لم يكن غيره، واعتبرت القيمة عند الوفاة، وإن كان له غيره اعتبر ضعف قيمته الآن. وعلى ما ذكره المصنّف يلزم الدور؛ لأنّ التركة معتبرة بالوفاة، فلا يحصل للوارث ضعف ما عتق؛ لأنّ المعتق منه ثلثه، فلو كانت قيمته عند الإعتاق مائة فرجعت إلى خمسين، فثلثه يساوي عند الإعتاق ثلاثة وثلاثين وثلثاً، فيجب أن يكون لهم ضعفها عند الوفاة، وهو متعذر؛ لأنّ الباقي منه نصف ما عتق، فينقص العتق عن الثلث، وكلّ ما فرض عتق كان للوارث ضعفه، فيكثر نصيب الوارث بقلة العتق، ويكثر العتق بكثره النصيب، فيقلّ النصيب. وهكذا. فنقول: عتق منه شيء ثم عاد إلى نصف شيء، فبقي العبد في تقدير خمسين إلّا نصف شيء يعدل ضعف ما عتق، فيكون الخمسون إلّا نصف شيء تعدل شيئين، فإذا جبرت وقابلت صارت خمسين كاملة تعدل شيئين ونصفاً، فالشيء عشرون. ولما حكمنا برجوع الشيء إلى نصف شيء تبيّن أنّ المعتق خمس؛ لأنّ نصف شيء هو خمس شيئين ونصف، وكان قيمة النصف - وهو خمس العبد - عشرين يوم الإعتاق وعاد إلى عشرة، وبقي للورثة أربعة أخماسه، وقيمته يوم الموت أربعون، وهو ضعف قيمة الجزء المعتق منه يوم الإعتاق. قوله: «ولو أعتق الحامل تحرّر الحمل وإن استثنى رقه، على رواية السكوني عن أبي جعفر عليه السلام. وفيه إشكال منشؤه عدم القصد إلى عتقه».

المشهور بين الأصحاب أنّ عتق الحامل لا يسري إلى الحمل وبالعكس؛ لأنّ السراية في الأشخاص لا في الأشخاص.

وذهب الشيخ في النهاية^١، وجماعة^٢ إلى تبعيّة الحمل لها في العتق وإن استثناه؛ استناداً

١. النهاية، ص ٥٤٥.

٢. منهم ابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٤٢؛ وابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٣٦١؛ والكيزري في إصباح الشيعة، ص ٤٧٤.

تفريع

● إذا ادّعى كلّ واحدٍ من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه كان على كلّ واحدٍ منهما اليمين لصاحبه، ثمّ يستقرّ رقّ نصيبهما.

إلى رواية السكوني عن الصادق، عن الباقر عليه السلام في رجل أعتق أمةً وهي حبلى فاستثنى ما في بطنها قال: «الأمة حرّة وما في بطنها حرّ؛ لأنّ ما في بطنها منها»^١.
 وضعف الرواية^٢، وموافقها لمذهب العامة^٣ يمنع من العمل بمضمونها. فالعمل على المشهور؛ لانفصاله عنها، فلا ينعق إلّا مع القصد إلى عتقه كما لو كان منفصلاً.
 قوله: «إذا ادّعى كلّ واحدٍ من الشريكين على صاحبه عتق نصيبه» إلى آخره.
 إذا ادّعى كلّ واحدٍ من الشريكين الموسرين على صاحبه أنّك أعتقت نصيبك، وطالبه بالقيمة وأنكر صاحبه، فكلّ واحدٍ منهما مصدّق بيمينه فيما أنكره. وإذا حلفا فلا مطالبة بالقيمة.

ثمّ إن أوقفنا العتق على الأداء - كما اختاره المصنّف - أو قلنا بالتوقّف والتبيّن فالعبد رقيق كما كان. وهذا هو الذي جزم به المصنّف تفريعاً على مذهبه.
 وإن قلنا بتعجيل السراية عتق جميع العبد؛ لاعتراف كلّ منهما بسراية العتق إلى نصيبه. ولو كان المدّعي أحدهما خاصّةً على الآخر، فأنكر ولا بيّنة فالمصدّق المنكر أيضاً مع يمينه. فإن حلف رقّ نصيبه، وإن نكل حلف المدّعي اليمين المردودة واستحقّ القيمة. وهل يحكم بعتق نصيب المدّعي عليه حينئذٍ؟ وجهان، من أنّ اليمين المردودة إمّا كالبيّنة على المدّعي عليه أو كإقراره وكلاهما يوجب العتق، ومن أنّ الدعوى إنّما توجّهت عليه بسبب القيمة، وإلّا فلا معنى للدعوى على إنسانٍ بأنّه أعتق عبده وإنّما ذلك من وظيفة العبد، وهذا أقوى.

١. الفقيه، ج ٣، ص ١٤٢، ح ٣٥٢٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣٦، ح ٨٥١.

٢. راجع خلاصة الأقوال، ص ٣١٦، الرقم ١٢٣٨.

٣. انظر بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٧٢-٧٣؛ وبداية المجتهد، ج ٢، ص ٣٧٠؛ وروضة الطالبين، ج ١٠، ص ٢٢٣.

ثم لو شهد هذا المدعي مع آخر ثبت العتق بشهادة الحسبة، وأمّا نصيب المدعي فيبني عتقه على أن السراية هل تعجل أو تتوقف على الأداء؟ فعلى الأول يعتق؛ لاعترافه بسراية إعتاق المدعي عليه إلى نصيبه، سواء حلف المدعي عليه أم نكل. وإن قلنا بالتوقف بقي إلى أن يأخذ القيمة.

وإذا أعتق نصيبه لم يسر إلى نصيب المنكر وإن كان المدعي موسراً؛ لأنه لم ينشئ العتق، فأشبهه ما إذا ادعى أحد الشريكين على رجل أنك اشتريت نصيبي وأعتقته، وأنكر المدعي عليه، فإنه يعتق نصيب المدعي ولا يسري؛ ولأن نصيبه عتق لا باختياره بل قضية لقوله: أعتقت نصيبك، فكان كما لو ورث بعض من يعتق عليه.

ولو كان المدعي عليه معسراً، وأنكر وحلف لم يعتق شيء من العبد. فإن اشترى المدعي نصيب شريكه بعد ذلك عتق ما اشتراه؛ لإقراره بأنه أعتقه، ولا يسري إلى الباقي.

ولو كان المتداعيان في الصورة الأولى معسرين لم يعتق أيضاً، إلا أن يشتري أحدهما نصيب الآخر فيحكم بعتق ما اشتراه؛ لاعترافه بأن شريكه أعتقه، ولا يسري؛ لأنه لم ينشئ إعتاقاً. لكن على تقدير إعسارهما يخرج العبد من أيديهما ويستسعى في قيمته لهما؛ لاعتراف كل منهما بأن نصيبه محل لا تستعاء العبد في فكّه بسبب ادعائه عتق الآخر وعدم السراية، بخلاف ما إذا كانا موسرين، فإنه يدعي استحقاق القيمة في ذمة شريكه، فلا يأخذها من المملوك ويحتمله؛ تنزيلاً لتعذر الأداء منزلة الإعسار.

ولو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر خاصة إن قلنا بتعجيل السراية؛ لاتفاقهما عليه، أما من الموسر فبدعوى المباشرة، وأما من المعسر فبدعوى السراية. ولو شرطنا الأداء أو جعلناه كاشفاً لم يعتق نصيب المعسر، أما نصيب الموسر فلا يعتق مطلقاً؛ لإنكاره المباشرة.

ودعواه عتق المعسر لا يقتضي السراية؛ لفقد شرطها. ولا تقبل شهادة المعسر عليه؛ لأنه يجرّ إلى نفسه نفعاً، لكنّه يحلف ويبرأ من القيمة والعتق.

- وإذا دفع المعتق قيمة نصيب شريكه، هل ينعتق عند الدفع أو بعده؟ فيه تردد.
- والأشبه أنه بعد الدفع؛ ليقع العتق عن ملك. ولو قيل: بالاقتران كان حسناً.
- وإذا شهد بعض الورثة بعتق مملوك لهم مضى العتق في نصيبه. فإن شهد آخر وكانا مرضيين نفذ العتق فيه كله، وإلا مضى في نصيبهما، ولا يكلف أحدهما شراء الباقي.

قوله: «وإذا دفع المعتق قيمة نصيب شريكه، هل ينعتق عند الدفع أو بعده؟» إلى آخره. هذا أيضاً من فروع الخلاف في تعجيل السراية وتوقفها، فإن قلنا بتعجيلها ترتبت على العتق بغير فصل. وكذا إن قلنا بالمراعاة مع كون الأداء كاشفاً عن سبقه. أما على ما اختاره المصنف من اشتراطه بالأداء ففي وقت الحكم بالسراية قولان:

أحدهما - وهو الذي اختاره الشيخ في المبسوط^١ - أنها تقع بعد أداء القيمة ليقع العتق عن ملك؛ لعموم قوله ﷺ: «لا عتق إلا في ملك»^٢ أو «بعد ملك»^٣. ولأن الولاء يثبت له وهو يقتضي وقوعه في ملك.

والثاني - وهو الذي مال إليه المصنف - أنهما يقعان معاً ويكون الملك قبل تمام الدفع ضمناً كما في عتق المأمور. وهذا حسن.

ويجوز على القول بتعجيل السراية توجه الحكم بعتقهما معاً أيضاً من غير تأخر السراية عنه؛ لما ذكر، لظاهر قوله ﷺ: «هو حرّ كله ليس لله شريك»^٤.

قوله: «وإذا شهد بعض الورثة بعتق مملوك لهم مضى العتق في نصيبه» إلى آخره. المراد أنه شهد بعتق المورث له، ولذلك لم يسر عليه؛ لأنه لم يعترف بالباشرة التي هي

١. المبسوط، ج ٤، ص ٤٢٤ - ٤٢٥.

٢. أورده ابن فهد الحلبي في المهذب البارع، ج ٤، ص ٣٩؛ وكذا في عوالي اللآلي، ج ٣، ص ٤٢١، ح ٣.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٧٩، باب أنه لا عتق إلا بعد ملك، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٧، ح ٧٧٤؛

الاستبصار، ج ٤، ص ٥، ح ١٥.

٤. تقدّم تخريجه في ص ٣٥٣، الهامش ٣.

وأما الملك: • فإذا ملك الرجل أو المرأة أحد الأبوين وإن علوا، أو أحد الأولاد - ذكراً أو إناثاً - وإن نزلوا انتعق في الحال. وكذا لو ملك الرجل إحدى المحرمات عليه نسباً.
ولا ينتعق على المرأة سوى العمودين.

شرط السراية عليه. وإنما قبل في نصيبه لأنه يستلزم الإقرار به وإن كان بصورة الشهادة؛ لأن الإقرار لا يختص بلفظ بل ما دل عليه، وهو حاصل بالشهادة.
ولو شهد على هذا الوجه شاهدان من الورثة عدلان، ثبت العتق في حقهما وحق باقي الورثة؛ لوجود المقتضي لقبول الشهادة وانتفاء المانع.
ولو لم يكونا مرضيين - أعني مقبولي الشهادة - نفذ الإقرار في نصيبهما خاصةً. وكذا لو كانا أزيد من اثنين. وليس للعبد أن يحلف مع الواحد منهما بناءً على أن العتق لا يثبت بالشاهد واليمين على المشهور. وكذا في المسائل السابقة.
وفي القواعد حكم بثبوتها بحلف العبد مع الشاهد في هذه المسائل^١، ووافق على عدم الصحة في باب الشهادات^٢.

قوله: «فإذا ملك الرجل أو المرأة أحد الأبوين وإن علوا» إلى آخره.
من ملك أحد أصوله أو أحد أولاده وإن نزلوا - ذكراً وإناثاً - عتقوا عليه. ويزيد الرجل أنه يعتق عليه محارمه من النساء.
والأصل فيه قول النبي ﷺ: «لا يجزئ ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتره فيعتقه»^٣.
يعني بالشراء.

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٩ و ٢٣٦.

٢. انظر قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٤٩.

٣. مسند أحمد، ج ٢، ص ٤٥٨، ح ٧١٠٣؛ صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٤٨، ح ١٥١٠/٢٥؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ١٢٠٧، ح ٣٦٥٩؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ٣٣٥، ح ٥١٣٧؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٨٧-٤٨٨، ح ٢١٤١٤ بتفاوت يسير.

● ولو ملك الرجل من جهة الرضاع من يعتق عليه بالنسب، هل يعتق عليه؟

قيل: وفهم من قوله تعالى: ﴿وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا﴾ إلى قوله: ﴿إِلَّا آتَيْهِ الرَّحْمَنُ عِبَادًا﴾^١، ومن قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا أَتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ﴾^٢ أن الولادة والعبودية لا يجتمعان.

وروى محمد بن مسلم - في الصحيح - عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا يملك الرجل والديه ولا ولده ولا عمته ولا خالته، ويملك أخاه وغيره من ذوي قرابته من الرجال»^٣.

وروي عن أبي حمزة الثمالي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة ما تملك من قرابتها؟ قال: «كل أحدٍ إلا خمسة: أبوها وأمتها وابنها، وابنتها، وزوجها»^٤. وغير ذلك من الأخبار^٥. والمراد بالملك المنفي عن المذكورين الملك المستقر، وإلا فأصل الملك متحقق في الجميع، ومن ثم ترتب عليه العتق المشروط بالملك.

ولا فرق بين أن يدخل القريب في ملكه قهراً كالإرث، واختياراً بعقد معاوضة كالشراء، وبغيره كالهبه والوصية.

وفرق بين عتق القريب والسراية - حيث لم تثبت السراية إلا عند الاختيار - بأن العتق صلة وإكرام للقريب فلا يستدعي الاختيار، والسراية توجب التفریم والمواخذه، وإنما يليق ذلك بحالة الاختيار.

قوله: «ولو ملك الرجل من جهة الرضاع من يعتق عليه بالنسب» إلى آخره. اختلف الأصحاب تبعاً لاختلاف الروايات في أن من ملك من الرضاع من يعتق عليه لو

١. مريم (١٩): ٩٢ و٩٣.

٢. الأنبياء (٢١): ٢٦.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٧٧، باب ما لا يجوز ملكه من القرابات، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٠، ح ٨٦٨؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٥، ح ٤٤.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٧٧، باب ما لا يجوز ملكه من القرابات، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٢، ح ٨٧٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٦، ح ٤٩.

٥. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ١٨ وما بعدها، الباب ٧ من أبواب كتاب العتق.

فيه روايتان، أشهرهما العتق.

كان بالنسب هل ينعق أم لا؟ فذهب الشيخ^١ وأتباعه^٢ وأكثر المتأخرين - غير ابن إدريس - إلى الانعتاق؛ لصحيفة عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ترضع غلاماً لها من مملوكة حتى فطمته، هل يحل لها بيعه؟ قال: «لا، حرم عليها ثمنه، أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟ أليس قد صار ابنها؟»^٣.
وصحيفة الحلبي عنه عليه السلام في امرأة أرضعت ابن جاريتها، قال: «تعتقه»^٤.
ورواية أبي بصير عنه عليه السلام: «لا يملك أمه من الرضاعة ولا أخته ولا عمته ولا خالته من الرضاعة، إذا ملكهم عتقوا، وقال: يملك الذكور ما عدا الولد والوالدين، ولا يملك من النساء ذات محرم»، قلت: وكذلك يجري في الرضاع؟ قال: «نعم»^٥.

وقال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^٦. وغير ذلك من الأخبار الكثيرة^٧.
وذهب المفيد^٨ وابن أبي عقيل^٩ وسلار^{١٠} وابن إدريس^{١١} إلى عدم الانعتاق؛ لرواية

١. وفي حاشية «خ، و»: «هذا القول مذهب الشيخ في كتبه الثلاثة الفروعية، ونقله الشهيد في شرح الإرشاد عن النهاية والخلاف خاصة، ولا وجه له؛ لأنه قطع به في المبسوط من غير نقل خلاف. (منه رحمه الله)». راجع المبسوط، ج ٤، ص ٤٣٨؛ والخلاف، ج ٦، ص ٣٦٧. المسألة ٥؛ والنهاية، ص ٥٤٠؛ وغاية المراد، ج ٢، ص ٥١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

٢. الوسيلة، ص ٣٤٠؛ المهذب، ج ٢، ص ٣٥٦؛ إصباح الشيعة، ص ٤٧١ - ٤٧٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٤، ح ٨٨٠؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٨، ح ٥٦.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٧٨، باب ما لا يجوز ملكه من القرابات، ح ٥.

٥. الفقيه، ج ٣، ص ١١٣ - ١١٤، ح ٣٤٣٨؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٧، ح ٥٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٣، ح ٨٧٧.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٤، ذيل الحديث ٨٧٩.

٧. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ٢٢، الباب ٨ من أبواب كتاب العتق.

٨. المقنعة، ص ٥٤٤ - ٥٤٥ - ٥٩٩.

٩. الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٣٦، المسألة ٢٠٧.

١٠. المراسم، ص ١٧٦.

١١. السرائر، ج ٣، ص ٨.

أبي جميلة عن أبي عتيبة قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: غلام بيني وبينه رضاع يحل لي بيعه؟ قال: «إنما هو مملوك إن شئت بعه وإن شئت أمسكته، ولكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حرّان»^١.

ورواية إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت له خادم فولدت جارية، فأرضعت خادمه ابناً له، وأرضعت أم ولده ابنة خادمه، فصار الرجل أبا بنت الخادم من الرضاع، يبيعه؟ قال: «نعم، إن شاء باعها فانتفع بثمنها»^٢ الحديث.

ورواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا اشتري الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حرّ، إلا ما كان من قبل الرضاع»^٣.

ورواية الحلبي عنه عليه السلام في بيع الأم من الرضاعة قال: «لا بأس بذلك إذا احتاج»^٤.
والجواب أنّ الأخبار جميعها مشتركة في ضعف السند^٥، فلا تعارض الصحيح، ومع ذلك فالأولى لا تدلّ على المطلوب؛ لأنّها ظاهرة في أنّ المراد من الغلام الأخ وليس محلّ النزاع.

والشيخ حمل قوله في الرواية الثانية «إن شاء باعها» على المرضعة الخادم دون ابنتها، بقرينة قوله في آخرها: «فبيعه الخادم وقد أرضعت ابناً له؟ - متعجباً من ذلك - فقال: نعم، وما أحبّ له أن يبيعه»^٦. وحمل الثالثة على أنّ «إلا» فيها بمعنى الواو العاطفة، وذلك

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٤، ح ٨٨١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٤ - ٢٤٥، ح ٨٨٤.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٥، ح ٨٨٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٩، ح ٦١.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٥، ح ٨٨٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٨ - ١٩، ح ٦٠.

٥. في حاشية «خ و»: «في طريق الأولى والثانية والثالثة الحسن بن سماعه، وفي الرابعة ابن فضال (منه رحمه

الله)». راجع رجال النجاشي، ص ٤٠ - ٤١، الرقم ٨٤، وص ٣٥، الرقم ٧٢.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٥، ذيل الحديث ٨٤٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٩، ذيل الحديث ٦٠.

● ويثبت العتق حين يتحقق الملك.

معروف في اللغة^١، وقد قيل منه قوله تعالى: ﴿خَسِلِدِينَ فِيهَا مَا دَامَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ إِلَّا مَا شَاءَ رَبُّكَ﴾^٢. فكأنه قال: إذا ملك الرجل أباه فهو حرّ وما كان من جهة الرضاع. وحمل الرابعة على أن يكون إنما أجاز بيع الأمّ من الرضاع لأبي الغلام^٣.

ولا يخفى ما في هذه المحامل من التكلف. والأصحّ الأول؛ لصحة رواياته وكثرتها. قوله: «ويثبت العتق حين يتحقق الملك».

الكلام في تحقّق العتق بعد الملك أو معه كالكلام في عتق السراية وعتق المأمور بعتقه. فقيل: ينعتق بعده ليقع في ملك^٤، وليتحقّق قولهم: من ملك أحد هؤلاء عتق عليه، ولأنّ العقد لو اقتضى زوال الملك عن البائع من غير أن يثبت للمشتري؛ لما قوّم عليه لو اشترى بعضه، ولما تبعه أحكام البيع من وجوب الأرش وغيره، وهذا هو الظاهر من مذهب المصنّف، وصريح العلامة^٥ وجماعة^٦.

وقيل: ينعتق مع تمام البيع لا يتأخّر عنه أصلاً^٧. وهو اختيار ابن إدريس؛ محتجاً بأنّ الإنسان لا يملك من ذكر^٨. وقد تقدّم في الروايات ما يدلّ عليه^٩.

وجوابه: أنّ المراد بالملك المنفويّ الملك المستقرّ لا مطلق الملك، جمعاً بين الأدلّة.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٦، ذيل الحديث ٨٨٦.

٢. هود (١١): ١٠٨؛ وراجع الأمالي، السيّد المرتضى، ج ٢، ص ٨٨؛ والتبيان، ج ٦، ص ٦٩؛ ومجمع البيان، ج ٥، ص ١٩٥، ذيل الآية ١٠٨ من سورة هود (١١).

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٦، ذيل الحديث ٨٨٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٠، ذيل الحديث ٦٢.

٤. قاله الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٤٢٤-٤٢٥.

٥. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٦، المسألة ٦.

٦. منهم ابن الجيند على ما حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٦، المسألة ٦١.

٧. قاله الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥٩٩؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص ٥٤٠.

٨. السرائر، ج ٣، ص ٧.

٩. تقدّم في ص ٣٧٣.

● ومن ينعق كلّه بالملك ينعق بعضه بملك ذلك البعض.
وإذا ملك شقصاً ممّن ينعق عليه لم يقوّم عليه إن كان معسراً. وكذا لو ملكه بغير اختياره. ولو ملكه اختياراً وكان موسراً قال الشيخ: يقوّم عليه. وفيه تردّد.

قوله: «ومن ينعق كلّه بالملك ينعق بعضه بملك ذلك البعض» إلى آخره. لا فرق في انعتاق القريب بملكه بين ملك جميعه وبعضه؛ لاشتراكهما في المعنى المقتضي للعتق.

ثم إن ملك البعض بغير اختياره كالإرث فقد تقدّم الخلاف في السراية على الباقي^١. وإن ملكه باختياره - بأن اشتراه أو أتّهبه - فهل يسري عليه؟ فيه قولان^٢:

أحدهما: نعم، ذهب إليه الشيخ في المبسوط^٣، وجماعة^٤؛ لأنّ ملكه مع العلم بأنّه ينعق عليه بمنزلة مباشرته للعتق؛ لتساويهما في السببية، فيتناولها عموم: «من أعتق شقصاً»^٥ لأنّ فاعل السبب اختياراً كفاعل المسبّب.

والمصنّف تردّد في ذلك، من حيث إنّه إنّما اختار الملك لا العتق، فلا يصدق عليه أنّه أعتق حقيقةً. ونعنع أنّ اختيار السبب يوجب اختيار المسبّب مطلقاً أو فعلة؛ يقتضي فعلة؛ لأنّ المسبّب يترتّب على السبب على وجه الإيجاب لا الاختيار.

١. تقدّم في ص ٣٦٤ - ٣٦٥.

٢. في حاشية «خ، و»: «القولان للشيخ في المبسوط؛ لأنّه قال: إذا ملك بعض من ينعق عليه باختيار - كالهبة والوصية - قوّم عليه، ثم قال: ولو أوصى للصبي أو المجنون ببعض من ينعق عليه بني على قولين هل يقوّم عليه نصيب شريكه أم لا؟ فإن قلنا: يقوّم لم يقبله، ولو قلنا: لا يقوّم فعليه قبوله؛ لأنّه لا ضرر عليه. وهو أقوى عندي. هذا كلامه وهو خلاف الأوّل. (منه رحمه الله)».

٣. المبسوط، ج ٦، ص ٦٨.

٤. منهم ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٣٦٣؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢١٠؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٥٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٥. سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٤٤، ح ٢٥٢٧؛ جامع الأصول، ج ٦، ص ٥٧٨، ح ٥٩٠٧.

فرعان:

الأول: ● إذا أوصى لصبيّ أو مجنون بمن ينعقد عليه فللوليّ أن يقبل إن لم يتوجّه به ضرر على المولى عليه، فإن كان فيه ضرر لم يجزئ القبول؛ لأنّه لا غبطة، كالوصيّة بالمريض الفقير؛ تفصيلاً من وجوب نفقته.

ولو قيل بالفرق بين العالم بالحكم والنسب فيسري عليه، والجاهل بهما أو بأحدهما فلا يسري، كان حسناً؛ إذ لا يتّجه اختيار المسبّب لمختار السبب بدون ذلك. قوله: «إذا أوصى لصبيّ أو مجنون بمن ينعقد عليه فللوليّ أن يقبل» إلى آخره. ليس للوليّ أن يشتري قريب الطفل الذي يعتق عليه له، فإن فعل فالشراء باطل؛ لأنّه إتلاف محض.

أمّا لو وهب الصبيّ أو المجنون قريبه أو أوصي له به نظر إن كان الصبيّ معسراً جاز له قبوله، فإذا قبله عتق عليه؛ لأنّه لا ضرر فيه على الصبيّ بل هو جمال، وربما كان له فيه منفعة، وقد يوسر فينفق على الصبيّ، ولا نظر إلى أنّ الصبيّ قد يوسر فتجب النفقة عليه، وإنّما يعتبر الحال.

وهل يجب على الوليّ القبول؟ وجهان، من ظهور المصلحة للمولى عليه بتخليص قريبه من الرقّ، مع انتفاء الضرر فكان أبلغ من حفظ ماله اليسير والتكسّب به على بعض الوجوه، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^١، ومن أصالة العدم وهو ظاهر المصنّف؛ لاقتصاره على مجرد الجواز، مع أنّه لا ينافي الوجوب.

وإن كان المولى عليه موسراً، فإن كان القريب بحيث تجب نفقته في الحال - بأن يكون زَمِيناً أو غير كسوّب - لم يجزئ للوليّ القبول كيلا يتضرّر الصبيّ بالإففاق عليه من ماله. وإن كان لا تجب نفقته فعلى ما تقرّر في المعسر.

الثاني: • لو أوصى له ببعض من ينعق عليه وكان معسراً جاز القبول. ولو كان المولى عليه موسراً قيل: لا يقبل لأنه يلزمه افتكاكه. والوجه القبول إذ الأشبه أنه لا يقوّم عليه.

وقول المصنّف «كالمرضى الفقير» إمّا مبني على أنّ العبد يملك، أو يريد بالفقير غير الكسوب، لكن عطفه على المريض لا يخلو حينئذٍ من منافرة.

وقد أحسن الشيخ في المبسوط حيث قال:

وإن كان صحيحاً ولا يكون أبداً إلاً فقيراً فإنه مملوك نظرت إن كان مكتسباً لم تجب نفعته على ولده فعلى وليّه أن يقبله^١. إلى آخره.

قوله: «لو أوصى له ببعض من ينعق عليه وكان معسراً جاز القبول» إلى آخره.

ما تقدّم في المسألة السابقة حكم ما إذا ملك الجميع، أمّا إذا أوصى له ببعض أو وهبه، فإن كان المولى عليه معسراً قبله الولي، لما تقدّم من عدم الضرر، بل فيه الجمال والمنفعة بلا مؤونة ولا تقويم عليه. وإن كان موسراً زاد النظر في غرامة السراية وإن لم تجب النفقة، وفيه حينئذٍ قولان:

أحدهما: أنه لا يقبل^٢؛ لأنه لو قبل انعتق على الصبيّ وإذا أعتق سرى ولزمه قيمة الشريك وفيه إضرار بالصبيّ.

والثاني: يقبل ويعتق عليه ولا يسري كيلا يتضرّر الصبيّ. ووجه أيضاً بأنه لا اختيار له في حصول الملك. ولا يخلو من نظر؛ لأنّ اختيار الوليّ كاختياره.

وكيف كان، فالوجه ما اختاره المصنّف والأكثر من عدم السراية، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^٣.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٤٣٩.

٢. راجع المبسوط، ج ٤، ص ٤٣٩.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٤٣٩ - ٤٤٠.

● وأما العوارض فهي العمى والجذام والإقعاد وإسلام المملوك في دار الحرب سابقاً على مولاه ودفعة قيمة الوارث.

قوله: «وأما العوارض فهي العمى والجذام والإقعاد» إلى آخره.

انعتاق العبد بهذه العوارض مذهب الأصحاب. ومستنده رواياتهم به عن أهل البيت عليهم السلام. فأما العمى والجذام فروهما بطريق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا عمي المملوك فلا رقّ عليه، وإذا جذم فلا رقّ عليه»^١.

وروى حمّاد - في الحسن - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا عمي المملوك فقد أعتق»^٢. وفي حديث آخر - في طريقه معلّى بن محمّد وهو ضعيف^٣ - عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا عمي المملوك أعتقه صاحبه، ولم يكن له أن يمسه»^٤.

وأحق ابن حمزة بالجذام البرص^٥. ونحن في عويل من إثبات حكم الجذام؛ لضعف المستند إن لم يكن إجماع فكيف يلحق به البرص؟!

وأما الإقعاد فلم تقف له على شاهد، والمصنّف في النافع نسبه إلى الأصحاب^٦، مؤذناً بعدم وقوفه على دليله، ولكن لا يظهر فيه مخالف حتى ابن إدريس وافق عليه^٧ بشبهة أنه إجماع. وفي الحقيقة الحكمة في انعتاق المملوك بهذه العوارض غير واضحة؛ لأنّ عجزه عن الاكتساب يناسبه استصحاب الرقّ لتجب نفقته على المولى؛ فليقتصر منه على محلّ

١. الكافي، ج ٦، ص ١٨٩، باب المملوك إذا عمي...، ح ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٤١، ح ٣٥٢٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٢، ح ٧٩٨.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨٩، باب المملوك إذا عمي...، ح ٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٤٢، ح ٣٥٢١، فيه: «إذا عمي العبد»؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٢، ح ٧٩٩.

٣. رجال النجاشي، ٤١٨، الرقم ١١١٧؛ خلاصة الأقوال، ص ٤٠٩، الرقم ١٦٥٣.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٨٩، باب المملوك إذا عمي...، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٢ - ٢٢٣، ح ٨٠٠.

٥. الوسيلة، ص ٣٤٠.

٦. المختصر النافع، ص ٣٣٦.

٧. السرائر، ج ٣، ص ٨.

● وفي عتق من مثّل به مولاه تردّد، والمرويّ أنّه ينعقد.

الوافق أو النصّ الصالح لإثبات الحكم.

وأما إسلام المملوك في دار الحرب سابقاً على مولاه، فالمرويّ أنّه من أسباب العتق^١.

واشترط الشيخ خروجه إلينا قبله أيضاً^٢؛ لقوله ﷺ: «أيما عبد خرج قبل مولاه فهو حرّ»^٣.

وهو حسن.

وظاهر المصنّف عدم اشتراط خروجه قبله، وبه صرّح ابن إدريس^٤؛ لحصول الإسلام

المانع من ملك الكافر.

وهو ممنوع؛ لأنّ الإسلام إنّما يمنع من دوام الملك لا مطلقاً. والمصنّف في الجهاد اشترط

خروجه قبله^٥، ولعلّه أجمل الحكم هنا اتكالاً على ما سلف.

وأما دفع قيمة الوارث فظاھر أنّه يوجب العتق بمجردّه، ولكن سيأتي إن شاء الله تعالى

في الميراث أنّه يشتري ويعتق^٦، ولعلّه أطلق على دفع القيمة السببيّة للعتق من حيث إنّهُ

جزء السبب وإن توقّف على أمر آخر كسببيّة التدبير والكتابة.

قوله: «وفي عتق من مثّل به مولاه تردّد، والمرويّ أنّه ينعقد».

جعل التنكيل من أسباب الانعتاق هو المشهور بين الأصحاب، لم يخالف فيه إلّا

ابن إدريس، فإنّه نسبه إلى رواية الشيخ^٧.

ولا وجه لإخراجه عن العوارض السابقة؛ لأنّ مستند غير العمى أضعف منه، وفتوى

الأصحاب مشتركة.

١. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٩، ص ٢٨٣ - ٢٨٤، ح ١٨٨٢٨؛ وج ١٠، ص ٥١٨، ذيل الحديث ٢١٥٣٠.

٢. النهاية، ص ٢٩٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ١٥٢، ح ٢٦٤.

٤. السرائر، ج ٢، ص ١٠.

٥. تقدّم في ج ٢، ص ٤٦٠.

٦. يأتي في ج ١٠، ص ٣٠٧ - ٣٠٨.

٧. السرائر، ج ٣، ص ٨ - ٩.

ومستند الحكم في التنكيل رواية جعفر بن محبوب عن ذكره، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كل عبد مُثَّل به فهو حرٌّ»^١.

ورواية عبد الحميد، عن هشام بن سالم، عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكَل بمملوكه أنه حرٌّ لا سبيل له عليه، سائبة يذهب فيتولَّى من أحبَّ»^٢.

والرواية الأولى في طريقها جهالة، وهي مع ذلك مرسلة. وعبد الحميد في الثانية مشترك بين الثقة والضعيف^٣، بل الظاهر أنه خارج عن القسمين؛ لأنَّ طبقتهما أعلى من طبقتة فيكون مجهولاً، وعلى التقديرين يضعف الطريق. وأبو بصير قد عرفت^٤ مراراً أنه مشترك فتكون ضعيفةً، ومع هذا فقد وصفها في المختلف بالصحة^٥، وليس كذلك.

ومن طريق العامة روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه، أن زنباعاً أبا روح، وجد غلاماً مع جارية له فجدع أنفه وجبته، فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: «من فعل هذا بك؟» قال: زنباع، فدعاه النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: «ما حملك على هذا؟» فقال: كان من أمره كذا وكذا، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «اذهب فأنت حرٌّ»^٦.

وبالإسناد قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم صارخاً فقال له: «ما لك؟» قال: سيدي رأني

١. الكافي، ج ٦، ص ١٨٩، باب المملوك إذا عمي...، ح ١: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٣، ح ٨٠١.
٢. الكافي، ج ٧، ص ١٧٢، باب ولاء السائبة، ح ٩: الفقيه، ج ٣، ص ١٤٢، ح ٣٥٢٢: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٣، ح ٨٠٢. وفيها: «... فيتولَّى إلى من أحبَّ».
٣. فإنه مشترك بين عبد الحميد بن أبي الديلم فإنه ضعيف. راجع خلاصة الأقوال، ص ٣٨٤، الرقم ١٥٤٦، وبين غيره الموثق. راجع خلاصة الأقوال، ص ٢٠٧، الرقم ٦٦٥-٦٦٧.
٤. راجع ص ٨١؛ وج ٦، ص ٤٩١؛ وج ٧، ص ٣٢٠.
٥. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٨، المسألة ٧.
٦. مسند أحمد، ج ٢، ص ٣٧٩، ح ٦٦٧١.

● وقد يكون الاستيلاء سبباً للعتق، فلنذكر الفصول الثلاثة في كتاب واحد؛ لأنّ ثمرتها إزالة الرقّ.

أقبل جارية له فجبّ مذاكيره، فقال له النبي ﷺ: «أذهب فأنت حرّ»^١.
 والمصنّف تردّد في الحكم، من ضعف المستند، واشتهاره بين الأصحاب، وأنسه بالتردّد مخالفة ابن إدريس، وإلا فقد عرفت أنّ حكم ما تقدّم أولى بذلك.
 إذا تفرّر ذلك فالتنكيل لغة: فعل الأمر الفطيع بالغير، يقال: نكّل به تنكيلاً إذا جعله نكالاً وعبرةً لغيره^٢، مثل أن يقطع لسانه أو أنفه أو أذنيه أو شفتيه ونحو ذلك.
 وليس في كلام الأصحاب ما يدلّ على المراد، بل اقتصروا على تعليق الحكم على مجرّد الاسم؛ تبعاً لإطلاق النصّ، وفي الرواية الأخيرة أنّ الجبّ تنكيل. وليس ببعيد.
 ويترتب على هذا أنّ الممالك الخصيان يعتقدون على مواليتهم إذا فعلوا بهم ذلك، فلا يصحّ شراؤهم لمن علم ذلك. ومع اشتباه كون الفعل من مولاه يبنى على أصالة بقاء الملك. وقد يحصل الاشتباه في بعض العقوبات، كقلع العين الواحدة والأذن الواحدة ونحو ذلك، والواجب الرجوع في موضع الاشتباه إلى حكم الأصل، وهو استصحاب حكم الرقّ إلى أن يثبت المزيل.

قوله: «وقد يكون الاستيلاء سبباً للعتق» إلى آخره.

أنى بـ«قد» الدالّة على التقليل في هذا المقام؛ لأنّ الاستيلاء لا يستلزم العتق بذاته حينئذٍ، بل يتوقّف على أمورٍ كثيرة، منها: بقاء الولد إلى أن يموت المولى. ومنها: موت المولى، فلو مات الولد في حياة المولى سقط حكم الاستيلاء. ومع ذلك فسيبئة الاستيلاء ناقصة؛ لما عرفت من أنّ موت المولى تمام السبب^٣.

١. سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٩٤، ح ٢٦٨٠؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ١٧٦، ح ٤٥١٩.

٢. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٥، ص ١١٧، «نكل».

٣. راجع ص ٣٠٩.

ويمكن أن لا يجعل الاستيلاء من الأسباب أصلاً؛ لأنَّ موت المولى مع بقاء الولد يوجب انتقال أمِّ الولد إلى ملكه أو بعضها، فينتقل عليه بالملك لا بالاستيلاء. ويمكن أن يشير بـ«قد» إلى هذا المعنى أيضاً.

وكون موت المولى من فعل الله تعالى دون الاستيلاء لا يقتضي رفع سببته، كما أنَّ عمى العبد وإقاعده من أسباب العتق وإن كان من قبل الله تعالى. واشتراط المباشرة في السبب تحكّم.

وفي الحقيقة هذه الأسباب علامات لحكم الله تعالى بالعتق، سواء كانت بفعل الله تعالى أو فعل المكلف.

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء

● التدبير هو عتق العبد بعد وفاة المولى . وفي صحّة تدبيره بعد وفاة غيره، كزوج المملوكة، ووفاة من يجعل له خدمته تردّد، أظهره الجواز، ومستنده النقل.

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء

التدبير: تفعيل من الدبر، والمراد به تعليق العتق بدبر الحياة.

وقيل: سميّ تدبيراً؛ لأنّه دبر أمر دنياه باستخدامه واسترقاقه وأمر آخرته بإعتاقه ! وهذا راجع إلى الأوّل؛ لأنّ التدبير في الأمر مأخوذ من لفظ «الدبر» أيضاً؛ لأنّه نظر في عواقب الأمور وأدباره.

قوله: «التدبير هو عتق العبد بعد وفاة المولى» إلى آخره.

لا خلاف بين علماء الإسلام في صحّة تعليق عتق المملوك على وفاة مولاه، واقتصر المصنّف على تعريفه بذلك إيثاراً لتعريف الفرد المتّفق عليه لا للحصر، وإن كانت الصيغة تقتضيه من جهة أنّ المبتدأ منحصر في الخبر، فالحصر حينئذٍ إضافي لا مطلق.

واختلف الأصحاب في صحّته معلقاً على وفاة غير المولى في الجملة، فذهب جماعة

منهم المصنّف والعلامة^١ وقبله الشيخ^٢ وأتباعه^٣ إلى الصّحة؛ لصحيحة يعقوب بن شعيب أنّه سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فقال: هي لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهي حرّة، فتأبى الأمة قبل أن يموت بخمس سنين أو ستّ سنين ثمّ يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها بعد ما أبقت؟ فقال: «لا، إذا مات الرجل فقد عتقت»^٤.

وللأصل، وقبول العتق التأخير كقبوله للتنجيز، ولا تفاوت بين الأشخاص، وقد جاز تعليقه بوفاة المالك فيجوز بوفاة غيره.

وفيه نظر؛ لأنّ الرواية دلّت على جواز تعليقه بوفاة المخدم، فتعديته إلى غيره من الزوج وغيره قياس لا يقولون به، بل مورد النصّ الأمة، إلّا أنّ خصوصيّة الذكوريّة والأنوثيّة قد يدعى أنّها ملغاة.

والأصل مدفوع، بأنّ التدبير إن كان عتقاً معلقاً فلا يقولون بجوازه مطلقاً، بل في مورد النصّ أو الوفاق، وإن كان وصيّةً فلا يجوز تعليقها بوفاة غير المولى إجماعاً، وبهذا يحصل الفرق بين تعليقه بوفاة المولى وغيره، فلا يلزم من جوازه معلقاً على بعض الوجوه جوازه مطلقاً.

وذهب ابن إدريس إلى المنع من تعليقه بوفاة غير المولى مطلقاً^٥؛ تمسكاً بموضع الوفاق، وردّاً لخبر الواحد وإن صحّ، ودعوى أنّ التدبير شرعاً تعليق العتق بوفاة المولى فلا يتعدى إلى غيره.

١. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٩٩، المسألة ٤٧.

٢. النهاية، ص ٥٥٣ - ٥٥٤.

٣. كابين البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٣٧٣؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٤٥؛ والكيزري في إصباح الشيعة، ص ٤٧٩.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٤، ح ٩٦٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٢ - ٣٣، ح ١١١.

٥. السرائر، ج ٣، ص ٣٢ - ٣٤.

ورَدَّ بآئِهِ مَصَادِرَةً، وبِآئِهِ لَوْ صَحَّ مَعْلَقاً عَلَى وَفَاةٍ غَيْرِهِ لِبَطْلِ الْإِبَاقِ كَالْمَعْلَقِ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.
وَرَدَّ بِمَنْعِ الْمَلَازِمَةِ، وَالْفَرْقِ مَقَابِلَةَ نِعْمَةِ السَّيِّدِ بِالْكَفْرِ، فَقَوْلِ بِنَقِيضِ ذَلِكَ كَقَاتِلِ الْعَمَدِ فِي
حِرْمَانِهِ الْإِرْثِ، بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ.

ثُمَّ عُدَّ إِلَى عِبَارَةِ الْمَصْنُفِ وَتَنَبَّهَ لِأُمُورٍ:

الْأَوَّلُ: ضَمِيرٌ «وَمُسْتَنْدَهُ النُّقْلُ» يَرْجِعُ إِلَى الْجَوَازِ الْمَحْكُومِ بِهِ فِي تَعْلِيْقِهِ بِوَفَاةِ الزَّوْجِ
وَمَنْ جَعَلَ لَهُ الْخِدْمَةَ، وَمَقْتَضَاهُ وَجُودَ النُّقْلِ عَلَى صِحَّةِ ذَلِكَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا الْمَوْجُودُ
مِنَ النُّقْلِ مَا حَكَمْنَاهُ مِنَ الرَّوَايَةِ، وَهِيَ مَخْتَصَّةٌ بِتَعْلِيْقِهِ عَلَى وَفَاةِ الْمَخْدُومِ، فَتَعْدِيْتُهُ إِلَى غَيْرِهِ
غَيْرُ مُسْتَنْدٍ إِلَى النُّقْلِ. فَإِنَّ رُوعِيَتِ الْمَلَابِسَةِ - وَهِيَ لَا تَخْرُجُ عَنِ رِبْقَةِ الْقِيَاسِ - فَلَا وَجْهَ
لَاخْتِصَاصِهِ بِهَٰذَيْنِ؛ لِأَنَّ وَجْهَ الْمَلَابِسَةِ لَا تَنْحَصِرُ.

وَيَجِيءُ عَلَى هَذَا جَوَازُ تَعْلِيْقِهِ بِوَفَاةِ مُطْلَقِ الْمَلَابِسِ، بَلْ مُطْلَقِ النَّاسِ؛ لِفَقْدِ مَا يَدُلُّ عَلَى
غَيْرِ الْمَخْدُومِ، وَهُوَ قَوْلٌ فِي الْمَسْأَلَةِ^١.

وَرَبْمَا قِيلَ بِجَوَازِ تَعْلِيْقِهِ بِمَوْتِ غَيْرِ الْآدَمِيِّ^٢، لِاشْتِرَاكِ الْجَمِيعِ فِي مَعْنَى التَّدْبِيرِ لَفْغَةً، وَهُوَ
تَعْلِيْقُ الْعَتَقِ عَلَى الْوَفَاةِ.

وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ لَمْ يَتَعَرَّضُوا لِغَيْرِ الْمَرْوِيِّ، وَهُوَ الْأَنْسَبُ، لَكِنْ يَبْقَى فِيهِ أَنَّ الْمَنْصُوصَ
وَأَرَادَ فِي الْأُمَّةِ، فَتَعْدِيْتُهُ إِلَى الْعَبْدِ لَا يَخْلُو مِنْ نَظَرٍ. وَمَا اشْتَهَرَ مِنْ أَنَّ خُصُوصِيَّةَ الذَّكُورِيَّةِ
وَالْأُنُوثِيَّةِ مَلْفَاةٌ، وَأَنَّ الطَّرِيقَ مَتَّحِدٌ لَا يَقْطَعُ الشَّبْهَةَ وَإِنْ كَانَ مَتَّجِهاً.

الثَّانِي: يَظْهَرُ مِنْ قَوْلِهِ «هُوَ عَتَقَ الْعَبْدَ» إِلَى آخِرِهِ أَنَّ التَّدْبِيرَ عَتَقَ بِشَرَطٍ، لَا وَصِيَّةً، وَهُوَ
أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ^٣، وَهِيَ أَسْلُ كَبِيرٌ فِي تَفْرِيعِ مَسَائِلِ الْبَابِ.

وَوَجْهُ كَوْنِهِ عَتَقاً أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِحْدَاثِ صِيغَةٍ بَعْدَ الْمَوْتِ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ.

١ و٢. حكاهاما الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. من القائلين به فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٥٤٣.

والأشهر أنه وصية بعق؛ لأنه تبرع بعد الموت معتبر من الثلث، ويجوز الرجوع فيه حال الحياة، وهي من خواص الوصية. وسيأتي في الأخبار ما يرجع هذا القول^١. وبه قطع المصنف في النافع^٢.

ويتفرع على القولين مسائل كثيرة يأتي بعضها، ومنها هذه المسألة، فإن جعله وصية يقتضي عدم جواز تعليقه بوفاة غير المولى كغيره من الوصايا، وإن ضويقنا جوازها في صورة النص لا غير. وإن جعلناه عتقاً معلقاً أمكن القول بجوازه مطلقاً؛ نظراً إلى اشتراك الجميع في التعليق، ولا يقاس بجوازه في موضع الوفاق، مع عدم دليل صالح على منعه يرفع أصالة الجواز ووجوب وفاء المؤمنين بشرطهم^٣، والمنع من غير موضع النص التفاتاً إلى ما سبق من ظهور اتفاق الأصحاب على عدم جواز تعليق العتق على الشرط والصفة، فيقتصر بالجواز على مورد.

والعامّة لما جوزوا تعليق العتق وقصروا التدبير على تعليقه بوفاة المولى - كقول ابن إدريس^٤ - جعلوا تعليقه بوفاة غيره عتقاً معلقاً لا تدبيراً وإن شاركه في بعض الأحكام. ولو قيل بأن التدبير إيقاع برأسه وإن شابه العتق المعلق والوصية بوجه كان حسناً، وفيه جمع بين الأدلة وسلامة من تناقض الأحكام المترتبة غالباً.

الثالث: تقييده بالعبد في قوله «وهو عتق العبد بعد وفاة المولى» لا وجه له، خصوصاً في مقام التعريف الموجب لانتقاضه في طرده، وكان المناسب إيداله بالملوك أو الاقتصار على العتق كما ذكرناه.

١. يأتي في ص ٤٠٤.

٢. المختصر النافع، ص ٣٢٨.

٣. كما ورد في الخبر. راجع تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣؛ والاستبصار، ج ٣، ص ٢٣٢، ح ٨٣٥.

٤. السرائر، ج ٣، ص ٣٣ - ٣٤.

والعلم به يستدعي ثلاثة مقاصد:

[المقصد] الأول في العبارة وما يحصل به التدبير

● والصريح: «أنت حرّ بعد وفاتي» أو «إذا متّ فأنت حرّ» أو «عتيق» أو «معتق». ولا عبرة باختلاف أدوات الشرط. وكذا لا عبرة باختلاف الألفاظ التي يعبر بها عن المدبر، كقوله: «هذا أو هذه أو أنت أو فلا». وكذا لو قال: «متى متّ»، أو «أيّ وقت» أو «أيّ حين».

● وهو ينقسم إلى مطلق، كقوله: «إذا متّ» وإلى مقيد، كقوله: «إذا متّ في سفري هذا» أو «من مرضي هذا»، أو «في سنتي هذه» أو «شهري» أو «شهر كذا».

قوله: «والصريح: أنت حرّ بعد وفاتي، أو إذا متّ فأنت حرّ، أو عتيق، أو معتق. ولا عبرة باختلاف أدوات الشرط» إلى آخره.

المعتبر في هذا الإيقاع التلفّظ به بلفظ صريح في معناه كغيره، فلا يقع بالكناية عندنا وإن قصده.

وحيث تعدّد الألفاظ الدالّة عليه صريحاً يتخير في تأديتها بأيّها شاء، كأدوات الشرط وأسماء الإشارة وما قام مقامها؛ لاشتراك الجميع في إفادة المعنى صريحاً، وعدم ورود ما يدلّ على اختصاص أحدها شرعاً. ويستفاد من قوله «والصريح: أنت حرّ» إلى آخره. حصر الصريح في هذه الألفاظ بمقتضى انحصار المبتدأ في خبره. والأظهر عدم الانحصار، فلو قال: «أعتقتك بعد موتي أو حرّرتك» كان صريحاً كما لو أوقع بهما العتق المطلق.

قوله: «وهو ينقسم إلى مطلق، كقوله: إذا متّ، وإلى مقيد، كقوله: إذا متّ في سفري هذا» من مرضي هذا» إلى آخره.

كما يصحّ التدبير مطلقاً - وهو أن يعلّق العتق بالموت بلا شرط - يصحّ مقيداً بشرط مثل أن يقول: «إن قتلت» أو «متّ حتف أنفي» أو «متّ في مرضي هذا» أو «في سفري هذا» أو

● ولو قال: «أنت مدبر» واقتصر لم ينعقد. أما لو قال: «فإذا متَّ فأنت حرّ» صحّ، وكان الاعتبار بالصيغة لا بما تقدّمها.

«في هذا الشهر» أو «السنة» أو «البلد» أو «في الليل» أو «النهار فأنت حرّ» فإن مات على الصفة المذكورة عتق وإلا فلا.

وكذا يصحّ تقييده بقيود متعدّدة كـ «إن متَّ في سنة كذا في مكّة حتف أنفي» ونحو ذلك، فيعتبر في عتقه اجتماع الشروط كلّها.

وأحقّ الشيخ في المبسوط التدبير المقيّد بالمعلّق على الشرط، فحكم ببطلاهما^١؛ نظراً إلى اشتراكهما في التعليق. وهو ممنوع.

قوله: «ولو قال: أنت مدبر واقتصر لم ينعقد» إلى آخره.

اختلف الأصحاب في أن قوله: «أنت مدبر» أو «دبرتك» مقتصر على هل هو صريح فيقع به التدبير وإن لم يقصده، أو كناية فيقع مع القصد، أو لا يقع به مطلقاً؟ على أقوال: جزم المصنّف منها بالأخير، وهو قول الشيخ في الخلاف^٢؛ لخلوّه عن لفظ «العتق والحرّيّة» ولا يكاد يستعمل عند استعمال العقد إلاّ مع التعرّض للحرّيّة، ولأنّه إمّا عتق بصفة أو وصيّة به، وكلاهما يفتقر إلى ذكر «العتق». أمّا الأوّل فظاهر. وأمّا الثاني؛ فلأنّ الوصيّة لا بدّ لها من ذكر متعلّقها.

والثاني: أنّه يقع بذلك؛ لأنّه صريح فيه؛ لأنّ التدبير ظاهر في معناه مشهور عند كلّ أحد، كما أنّ البيع وغيره ظاهر في معناه، حتّى أنّ التدبير كان معروفاً في الجاهليّة وقرّره الشرع ولم يستعمل في معنى آخر حتّى يكون كنايةً. وهو اختيار الشيخ في المبسوط^٣ والعلامة^٤.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥٦-٥٥٧.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٤٠٩، المسألة ٢.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٥٤٦.

٤. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٨٨، المسألة ٤٣.

● ولو كان المملوك لشريكين فقالا: «إذا متنا فأنت حرّ» انصرف قول كل واحدٍ منهما إلى نصيبه وصحّ التدبير، ولم يكن معلقاً على شرط، وينعتق بموتهما إن خرج نصيب كل واحد من ثلثه. ولو خرج نصيب أحدهما تحرّر وبقي نصيب الآخر رقاً. ولو مات أحدهما تحرّر نصيبه من ثلثه وبقي نصيب الآخر رقاً حتى يموت.

والثالث: أنه كناية يصحّ مع النية لا بدونها، أي مع إرادة اللفظ به استعماله في العتق بعد الوفاة. وهو اختيار ابن الجنيد^١ وابن البرّاج^٢؛ لأنّ فيه جمعاً بين الدليلين، ولأصالة بقاء الرقبة إلى أن يثبت المزيل.

وفيه: أنه لا يقع بالكنايات عندنا كظائره، والأدلة متعارضة لا يجتمع بذلك، والأصالة عند مجوّزه انقطعت بالصيغة المخرجة عنه. والوسط أوسط.

قوله: «ولو كان المملوك لشريكين فقالا: «إذا متنا فأنت حرّ» انصرف قول كل واحدٍ منهما إلى نصيبه وصحّ التدبير» إلى آخره.

إذا قال الشريكان للعبد المشترك: «إذا متنا فأنت حرّ» فلا يخلو إما أن يقصدا بذلك تدبير كل منهما نصيبه وتعليق عتقه على موته خاصة، أو تعليق كل واحدٍ من النصيبين على موتهما معاً، أو يطلق اللفظ كذلك ولا يقصدا واحداً معيّناً من الأمرين.

وفي الأوّل لا إشكال في صحّة التدبير، ولا يرتبط عتق أحد النصيبين بالآخر، بل يكونان بمنزلة ما لو دبر أحدهما نصيبه بلفظ مختصّ به، ويكون قوله «إذا متنا فأنت حرّ» إتياناً بصيغة التدبير في نصيبه، وتعليقاً له على موته منضمّاً إلى الإخبار بما يطابق الواقع، فإنه على تقدير موتهما يعتق جميعه؛ لوقوع التدبيرين، ولا يقدر هذه الضميمة.

ثم إن ماتا معاً انعتق النصيبان دفعةً. وإن مات أحدهما قبل الآخر عتق نصيب الميت

١. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٨٧-٨٨، المسألة ٤٢ و٤٣.

٢. المهذب، ج ٢، ص ٣٦٦.

بشرطه وبقي نصيب الآخر موقوفاً على موته، والكسب المتخلل بين الموتين مشترك بين المدبر والمالك الحيّ بنسبة الملك.

وإن قصدا تعليق عتقه على موتها معاً بحيث لا يعتق منه شيء مع موت أحدهما بني الحكم بالصحة على أحد أمرين: إما جواز تعليق التدبير على وفاة غير المولى مع الملابس أو مطلقاً، أو جواز تعليق العتق على الشرط كما اختاره القاضي^١ وابن الجنيد^٢، فإن أجزنا ذلك صح أيضاً، وكان التدبير على الأول معلقاً بموتها معاً، فإن ماتا دفعةً انعتق لحصول الشرط، وإن ماتا على الترتيب بقي رقاً إلى أن يموت الآخر، وهو بين الموتين للورثة والحيّ.

وإن لم نُجز الأول وأجزنا الثاني كان عتقاً بشرط، وحكمه كالسابق إلا أنه ليس تدبيراً، بل عتق معلق على شرط لا يتم إلا بموتها، وللورثة بين الموتين التصرف فيه بما لا يزيل الملك كالاستخدام والإجارة، وليس لهم بيعه؛ لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك. وفي جوازه لو جعلناه تدبيراً نظراً، من جواز الرجوع في التدبير وهذا من أفرادهِ. وفي الإرشاد جزم بعدم جوازه^٣ على هذا التقدير.

وإن لم نجوز التدبير معلقاً على موت الغير مطلقاً أو الملابس، إما بأن منعنا من تعليقه على موت غير المولى مطلقاً، أو أجزناه بموت الزوج والمخدوم كما اختاره المصنّف، كان لفظهما لاغياً.

وإن أطلقنا اللفظ فلم يقصدا به أحد الأمرين ففي حمله على أيهما قولان: أحدهما - وهو الذي اختاره المصنّف، وقبله الشيخ في المبسوط^٤ - الحمل على الأول؛

١. المهذب، ج ٢، ص ٣٥٩.

٢. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٩، المسألة ٩.

٣. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٧٣.

٤. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥٨ - ٥٥٩.

ويشترط في الصيغة المذكورة شرطان:

الأول: النيّة. فلا حكم لعبارة الساهي ولا الغالط ولا السكران ولا المكره الذي لا قصد له. • وفي اشتراط نيّة القربة تردّد، والوجه أنّه غير مشترط.

لأنّ اللفظ كما هو صالح لتعليق العتق على شرط فهو صالح أيضاً لتعليق نصيب كلّ منهما على وفاة نفسه، فيحمل على الصحيح؛ صوناً لكلامه عن الهذر، وترجيحاً لجانب الصحّة الموافق لغرض الشارع مع إمكان حمله عليه.

والثاني: حمله على الثاني؛ لظهور معناه فيه؛ لأنّ اللفظ إنشاء ولا يتحقّق بالنسبة إلى موت الآخر إلّا بتعليقه عليه، بخلاف الحمل على السابق، فإنّه يكون إنشاءً بالنسبة إلى تعليق عتق نصيبه على وفاة نفسه، وإخباراً بالنسبة إلى الحكم بعته أجمع على تقدير وفاتهما معاً. وهذا هو الأظهر.

ثمّ على تقدير حمله عليه يترتّب عليه ما يلزم الأصل من الصحّة والبطلان، فعلى المشهور يبطل، وعلى غيره يصحّ، وهو خيرة العلّامة في الإرشاد^٢. وفي التحرير حكم بالبطلان^٣. واختلف كلامه في القواعد، ففي أوّل المسألة حكم بالصحّة والتنزيل على المعنى الأوّل الصحيح^٤، وفي آخرها خصّ الصحّة بما إذا قصد توزيع الأجزاء على الأجزاء^٥. والشهيد في الدروس اقتصر على بيان حكم المسألة على تقدير القصدين^٦، ولم يتعرّض للإطلاق الذي هو موضع البحث.

قوله: «وفي اشتراط نيّة القربة تردّد، والوجه أنّه غير مشترط».

مبنى الحكم على أنّ التدبير هل هو وصيّة أو عتق بشرط؟ فعلى الأوّل لا يشترط فيه نيّة القربة كغيره من الوصايا.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥٨ - ٥٥٩.

٢. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٧٣.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢١٦ - ٢١٧، الرقم ٥٦٨١.

٤ و ٥. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٢٤.

٦. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

الشرط الثاني: • تجريدها عن الشرط والصفة في قول مشهور للأصحاب. فلو قال: «إن قدم المسافر فأنت حرّ بعد وفاتي» أو «إذا أهلّ شهر رمضان» - مثلاً - لم ينعقد. وكذا لو قال: «بعد وفاتي بسنة أو شهر». وكذا لو قال: «إن أديت إليّ» أو «إلى ولدي كذا فأنت حرّ بعد وفاتي» لم يكن تديباً ولا كتابة.

وعلى الثاني يبني على أنّ العتق هل يعتبر فيه نيّة القربة أم لا؟ وقد تقدّم الخلاف فيه^١. والأقوى عدم اشتراطها فيه؛ لما سيأتي من ترجيح كونه وصيّة بالعتق^٢. أو لأنّه حكم مستقلّ برأسه وإن أشبههما، ولا دليل على اشتراطها فيه، والأصل يقتضي العدم وصحّته بدونها.

قوله: «تجريدها عن الشرط والصفة في قول مشهور للأصحاب» إلى آخره. نبّه بقوله «مشهور» على عدم دليل صالح عليه كما تقدّم مراراً في نظائره^٣. وقد صرح بجوازه معلقاً على الشرط والصفة ابن الجنيد - سواء تقدّم على الموت أم تأخّر - فقال: وإذا قال له: أنت حرّ بعد زمان معروف، أو فعل يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، ويتقدّم أو يتأخّر، كان له في جميع ذلك الرجوع وإبطال التديب ما لم يكن ذلك الشيء الذي جعله شرطاً أو أجلاً. وقال أيضاً:

ولو جعل له العتق بعد وقت من موت سيّده كان ذلك وصيّة بعتقه في معنى التديب، ولو قال: «إذا بنيت الدار أو قدم فلان فأنت حرّ متي» كان نذر التديب لا تديباً، فإذا كان ذلك الشيء صار العبد مدبّراً. ولو قال: «إن شئت فأنت حرّ متي» كان تديباً إن شاء العبد ذلك^٤. وذكر في كتابه الأحمدى كثيراً من هذه الفروع.

١. تقدّم في ص ٣٢٠ وما بعدها.

٢. يأتي في ص ٤٠٤.

٣. تقدّم في ج ٥، ص ٦٣ - ٦٤؛ وج ٧، ص ٢٧٤ و ٥٥٠.

٤. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٠٢، المسألة ٥١.

● والمدبرة رق، له وطؤها والتصرف فيها، فإن حملت منه لم يبطل التدبير. ولو مات مولاه عتقت بوفاته من الثلث، وإن عجز الثلث عتق ما يبقى فيها من نصيب الولد.

● ولو حملت بمملوك، سواء كان عن عقد أو زنى أو شبهة، كان مدبراً كأُمّه.

ولو رجع المولى في تدبيرها لم يكن له الرجوع في تدبير ولدها. وقيل: له الرجوع. والأول مروى.

وكذا المدبر إذا أتى بولد مملوك فهو مدبر كأبيه.

وفي المختلف أنكر ذلك كله، وأدعى الإجماع على بطلان العتق المعلق بالشرط^١.

والإجماع ممنوع، والدليل مفقود.

قوله: «والمدبرة رق له وطؤها والتصرف فيها».

المدبر لا يخرج عن ملك مولاه بالتدبير سواء جعلناه وصية أم عتقاً معلقاً؛ لعدم حصول شرطه ما دام حياً فلمولاه التصرف فيه بالاستخدام وغيره، ولو كان أمةً فله وطؤها كما له التصرف بغيره، ولجواز وطء المستولدة وحق العتق فيها أكد لتحريم بيعها في الجملة إجمالاً، بخلاف المدبرة. فإن حملت منه اجتمع لها سببان للعتق: التدبير والاستيلاء، والأول أسبق، والعتق فيهما متوقف على موت المولى. فإذا مات والولد حي عتقت من ثلثه بالسبب السابق، فإن لم يف الثلث بها عتق الباقي بالسبب الآخر، فيحتسب من نصيب ولدها وتعتق إن وفي، وإلا استسعت في الباقي.

وقد دلّ على جواز وطنها رواية أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن الرجل يعتق جاريتَه عن دبر أيطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها في حياته؟ فقال: «نعم، أيّ ذلك شاء فعل»^٢.

قوله: «ولو حملت بمملوك، سواء كان عن عقد أو زنى أو شبهة» إلى آخره.

إذا حملت المدبرة بعد التدبير بولد يدخل في ملك مولاه تبعها في التدبير؛ للأخبار

١. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٠٣، المسألة ٥٦.

٢. الفقيه، ج ٣، ص ١٢١-١٢٢، ح ٣٤٦٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٣، ح ٩٦١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٩، ح ٩٧.

الكثيرة الدالة على ذلك^١، سواء كان الولد من عقد أم شبهة أم زنى. وهو في الأولين ظاهر، لأنه ملحق بها. أما في الأخير فيشكل مع علمها بالتحريم؛ لانتفائه عنها شرعاً، إلا أنه لما صدق عليه كونه ولدها لغةً، وكان جانب المأثية والحيوانية مغلباً فيها - ومن ثم كان الولد لمولاه دون مولى الزاني - أطلق الشيخ^٢، والمصنّف تبعيته لها في التدبير. وفي الأخبار: «فما ولدت فهم بمنزلتها»^٣. ولا شبهة في أنه يصدق على مولودها من الزنى أنها ولده وإن لم يلحق بها في باقي الأحكام.

وكذا القول في ولد المدبر إذا كانوا مملوكين لمولاه، بأن ولدوا من أمته - مدبرة كانت أم لا - أو من غيرها وقد شرط مولاه رقيتهم؛ لصحيفة بريد بن معاوية عن أبي جعفر^٤ في رجل دبر مملوكاً له تاجرأ موسراً فاشترى المدبر جارية فمات قبل سيده فقال: «أرى أن جميع ما ترك المدبر من مال أو متاع فهو للذي دبره، وأرى أن أم ولد له للذي دبره، وأرى أن ولدها مدبرون كهيئة أبيهم، فإذا مات الذي دبر أباهم فهم أحرار»^٥.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إن استمرّ المولى على تدبير الأم أو الأب فلا إشكال في تبعيته الأولاد لهما في التدبير. وإن رجع في تدبير الأم أو الأب جاز أيضاً؛ لعموم الأدلة الدالة على جواز الرجوع في التدبير ما دام حياً^٦، فإذا رجع فيهما فهل له الرجوع في الأولاد، أو له الرجوع في الأولاد منفردين؟ قال الشيخ^٧ وأتباعه^٨ والمصنّف في النافع^٩ - وإن كان هنا قد

١. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ١٢٢، الباب ٥ من أبواب كتاب التدبير.

٢. النهاية، ص ٥٥٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦١، ح ٩٥١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣١، ح ١٠٦.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٨٥، باب المدبر، ح ٨؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٢٣ - ١٢٤، ح ٣٤٧٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص

٢٦٠ - ٢٦١، ح ٩٤٨.

٥. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ١١٨ - ١١٩، الباب ٢ من أبواب كتاب التدبير.

٦. النهاية، ص ٥٥٣.

٧. راجع المهذب، ج ٢، ص ٣٦٧؛ والوسيلة، ص ٣٤٦؛ وإصباح الشيعة، ص ٤٧٩.

٨. المختصر النافع، ص ٢٣٧.

نسبه إلى الرواية - : لا يجوز الرجوع فيهم مطلقاً.

لصحيحة أبان بن تغلب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبر مملوكته ثم زوجهها من رجل آخر فولدت منه أولاداً ثم مات زوجها وترك أولاده منها، فقال: «أولاده منها كهيئتها إذا مات الذي دبر أمهم فهم أحرار»، قلت له: يجوز للذي دبر أمهم أن يرد في تدبيره إذا احتاج؟ قال: «نعم»، قلت: أرأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج وبقي أولادها من الزوج الحر أيجوز لسيدتها أن يبيع أولادها ويرجع عليهم في التدبير؟ قال: «لا، إنما كان له أن يرجع في تدبير أمهم إذا احتاج ورضيت هي بذلك»^١.

ولأنه إنما يرجع فيما دبره وتدبير الأولاد حصل بالسراية لا باختياره فلا يملك الرجوع. وادعى الشيخ في الخلاف على ذلك إجماع الفرقة^٢.

وقال ابن إدريس: يجوز الرجوع^٣ وتبعه العلامة^٤ وولده^٥ والشهيد^٦ وأكثر المتأخرين؛ لعموم الأدلة الدالة على جواز الرجوع في التدبير^٧، ولأن تدبير الولد فرع تدبير الأبوين فلا يزيد الفرع على أصله.

ويمكن القدرح في العموم المدعى، فإن الرواية الصحيحة أخرجت هذا الفرد. وبالفارق بين حكم الفرع والأصل، فإن تدبير الأصل بفعل المالك فجاز له الرجوع في وصيته، بخلاف الولد، فإن حكم تدبيرهم قسري فلا اختيار له فيه.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٨٤، باب المدبر، ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٥٩، ح ٩٤١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٩ - ٣٠، ح ١٠١.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٤١٦، المسألة ١٤.

٣. السرائر، ج ٣، ص ٣٢ - ٣٣.

٤. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٢٦؛ إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٧٤؛ مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٩٦، المسألة ٤٥.

٥. إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٥٤٨.

٦. لم نظفر على قوله بالجواز، راجع الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٧. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ١١٨، الباب ٢ من أبواب كتاب التدبير.

● ولو دبرها ثم رجع في تدبيرها، فأنت بولد لستة أشهر فصاعداً من حين رجوعه لم يكن مدبراً؛ لاحتمال تجددّه، ولو كان لدون ستة أشهر كان مدبراً؛ لتحقق الحمل بعد التدبير.

● ولو دبرها حاملاً قيل: إن علم بالحمل فهو مدبر، وإلا فهو رق. وهي رواية الوشاء. وقيل: لا يكون مدبراً؛ لأنه لم يقصد بالتدبير. وهو أشبه.

نعم، يمكن القدح في الرواية من حيث اشتغالها على كون أبيهم حرّاً وهو يوجب تبعيهم لها فيها، وحملها على اشتراط الرقبة قد تقدّم في النكاح ما يدلّ على ضعفه.^١ قوله: «ولو دبرها ثم رجع في تدبيرها، فأنت بولد لستة أشهر» إلى آخره. إذا دبرها ثم رجع في تدبيرها فأنت بولد لدون ستة أشهر من حين الرجوع ولم يتجاوز أقصى الحمل من حين التدبير فلا إشكال في بقائه على التدبير؛ لتحقق علوقها به في زمن التدبير، كما لا إشكال في انتفاء تدبيره لو ولدته لأقصى الحمل فصاعداً من حين الرجوع.

وأما إذا ولدت فيما بين ذلك فقد أطلق المصنّف والجماعة^٢ أنه لا يكون مدبراً؛ لاحتمال تجددّه بعد الرجوع، ولم يفرّقوا بين ما إذا كانت فراشاً وعدمه.

ووجهه أصالة عدم تقدّمه، وأصالة بقائه على ملك المالك التام وتحت تصرّفه. وقد تقدّم الفرق بين الحالتين في مواضع^٣، وأنه إذا لم يكن لها زوج يمكن تجددّه منه حكم بوجوده إلى أقصى الحمل؛ حملاً لحال المسلم على الصحيح. والفرق بين الأمرين غير واضح.

قوله: «ولو دبرها حاملاً قيل: إن علم بالحمل فهو مدبر» إلى آخره. المشهور بين الأصحاب أنّ الحمل لا يتبع الحامل في شيء من الأحكام - كالبيع والعق

١. تقدّم في ج ٦، ص ٤٥٢ وما بعدها.

٢. منهم الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٥٥٥-٥٥٦؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٢٦.

٣. راجع ج ٧، ص ٨٥-٨٦.

[المقصد] الثاني في المباشر

ولا يصح التدبير إلا من بالغ عاقل قاصد مختار جازئ التصرف.

وغيرهما - إلا مع التصريح بإدخاله، حتى أن الشيخ مع حكمه بإلحاقه بها في البيع^١ والعتق^٢ وافق في المبسوط والخلاف على عدم تبعيته لها هنا^٣.
ولكنه ذهب في النهاية إلى أنه مع العلم به يتبعها وإلا فلا؛ استناداً إلى رواية الوشاء عن الرضا^٤ قال: سألته عن رجل دبر جاريتيه وهي حبلى، فقال: «إن كان علم بحبل الجارية فما في بطنها بمنزلتها، وإن كان لم يعلم فما في بطنها رق»^٥. وعمل بمضمونها كثير من المتقدمين والمتأخرين ونسبوا إلى الصحة، والحق أنها من الحسن، وأن صحتها إضافية كما مر؛ لأن رواية الحسن من الحسن^٦.

وذهب المصنف والعلامة^٧ وقبلهما الشيخ في المبسوط والخلاف، وابن إدريس^٨ إلى عدم تبعيته لها مطلقاً؛ للأصل، وانفصاله عنها حكماً كنظائره، وموثقة عثمان بن عيسى عن الكاظم^٩ قال: سألته عن امرأة دبرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة المولودة مدبرة أو غير مدبرة؟ فقال لي: «متى كان الحمل للمدبرة أقبل أن دبرت أو بعد ما دبرت؟» فقلت: لست أدري ولكن أجبني فيهما جميعاً، فقال: «إن كانت المرأة دبرت

١. راجع الخلاف، ج ٣، ص ١٠٧-١٠٨، المسألة ١٧٥.

٢. راجع المبسوط، ج ٣، ص ٢٦٢؛ وج ٤، ص ٤٣٥.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥٦ و ٥٥٧؛ والخلاف، ج ٦، ص ٤١٦، المسألة ١٥.

٤. النهاية، ص ٥٥٢.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٨٤، باب المدبر، ح ٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٢١، ح ٣٤٦٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦١ -

٢٦٢، ح ٩٥٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣١، ح ١٠٨.

٦. في حاشية «خ و»: «هذه الرواية رواها الشيخ بطريق ضعيف، ورواها الصدوق بطريق صحيح. (منه رحمه الله)».

٧. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٩٥، المسألة ٤٥.

٨. السرائر، ج ٣، ص ٣٢.

• فلو دبر الصبي لم يقع تدبيره. وروي: «إذا كان مميّزاً له عشر سنين صحّ تدبيره». ولا يصحّ تدبير المجنون ولا المكره ولا السكران ولا الساهي. • وهل يصحّ التدبير من الكافر؟ الأشبه نعم، حربياً كان أو ذمياً.

وبها حبل ولم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبرة والولد رق، وإن كان إنّما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير أمه^١.

وفي المسألة قول آخر^٢ بسراية التدبير إلى الولد مطلقاً^٣، والقوة في الوسط.

قوله: «فلو دبر الصبي لم يقع تدبيره. وروي: إذا كان مميّزاً له عشر سنين صحّ تدبيره». الرواية المذكورة هي التي سبقت في جواز وصيته وعتقه^٤، والتدبير منحصر فيهما، لأنّ فيه بخصوصه رواية كذلك. وقد تقدّم الكلام على ذلك^٥. والأظهر عدم الصحة فيه كالأصل. والمصنّف رجّح جواز وصيته؛ عملاً بالأخبار الكثيرة^٦ وتردّد في عتقه^٧ وجزم هنا بعدم صحّة تدبيره، مع أنّه راجع إليهما كما عرفت.

وكذلك صنع العلامة في الإرشاد في الوصية والتدبير^٨. ورجوعه إلى الرجوع أولى من تكلف الفرق بما لا يجدي.

قوله: «وهل يصحّ التدبير من الكافر؟ الأشبه نعم، حربياً كان أو ذمياً».

مبنى الخلاف على أنّ التدبير وصية أو عتق، فعلى الأوّل يصحّ من الكافر مطلقاً؛ لعدم

١. الكافي، ج ٦، ص ١٨٤، باب المدبر، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٠، ح ٩٤٧؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣١-٣٢، ح ١٠٩.

٢. في حاشية «خ، و»: «هو قول ابن البرّاج، وله قول آخر، والتفصيل للشيخ في النهاية. (منه رحمه الله)».

٣. راجع الحاوي الكبير، ج ١٨، ص ١٢٩؛ ومعني المحتاج، ج ٤، ص ٦٥٠.

٤. سبقت في ص ٣١٩.

٥. تقدّم في ج ٥، ص ٢٨ و ٢٧٧.

٦. راجع ج ٥، ص ٢٧٧-٢٧٨؛ ووسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٣٦٠ وما بعدها، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا.

٧. راجع ص ٣١٨.

٨. إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٥٧؛ وج ٢، ص ٧٣.

● ولو دبر المسلم ثم ارتد لم يبطل تدبيره. ولو مات في حال ردّته عتق المدبّر. هذا إذا كان ارتداده لا عن فطرة. ولو كان عن فطرة لم ينعتق المدبّر بوفاة المولى؛ لخروج ملكه عنه. وفيه تردّد.

اشتراط نيّة القربة. وعلى الثاني يبنى على اشتراطها في العتق وعدمه، وعلى أن المراد بها قصد التقرب سواء حصل أم لا. فعلى الأوّل لا يصحّ تدبير الكافر مطلقاً، وهو خيرة ابن إدريس^١ مصرحاً بأنه عتق، وعلى الثاني يصحّ، وعلى الثالث يصحّ ممّن أقرّ بالله تعالى كالكتابي دون غيره.

وأما الفرق بين الحربي والذميّ فلا مدخل له في هذا الحكم إن جعلنا الحربي شاملاً للكتابي الذي لا يلتزم أحكام الذمّة. وقد تقدّم الكلام فيه^٢. والأصحّ صحّة التدبير من الكافر مطلقاً.

قوله: «ولو دبر المسلم ثم ارتد لم يبطل تدبيره» إلى آخره.

إذا دبر المسلم ثم ارتد، فإن كان ارتداده عن غير فطرة لم يبطل التدبير؛ لبقاء الملك. فإن استمرّ على التدبير إلى أن مات عتق المدبّر؛ لوجود المقتضي له وانتفاء المانع.

وإن كان عن فطرة ففي بطلان التدبير وجهان، من زوال ملك المرتدّ عن فطرة، والمدبّر قابل للخروج عن ملكه وقد وجد سببه وهو الارتداد، فيزول شرط استمرار الصحّة؛ لأنّ شرطها بقاء الملك إلى الموت، والمشروط عدم عند عدم شرطه، ومن سبق حقّ المدبّر على حقّ الوارث فلا ينتقل إليه خصوصاً عند من يمنع من بيع المدبّر. فإذا مات السيّد انعتق ثلثه لا غير؛ إذ مال له سواه. وهل يعجّل للورثة الثلثان؟ يحتمله؛ لعدم فائدة حبسه عنهم إن لم نقل بقبول توبته، وإلا فالفائدة محتملة بتجدّد مال آخر له على تقدير التوبة.

وفي المبسوط^٣ أطلق القول ببقاء التدبير مع الارتداد. والأشهر التفصيل، وإن كان ما ذكره

١. السرائر، ج ٣، ص ٣٠.

٢. تقدّم في ص ٣٠٥-٣٠٦.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥٢-٥٥٣.

● ولو ارتدّ لا عن فطرة ثمّ دبّر صحّ على تردّد. ولو كان عن فطرة لم يصحّ. وأطلق الشيخ (رحمه الله) الجواز. وفيه إشكال ينشأ من زوال ملك المرتدّ عن فطرة.

● ولو دبّر الكافر كافراً فأسلم بيع عليه، سواء رجع في تدبيره أم لم يرجع. ولو مات قبل بيعه وقبل الرجوع في التدبير تحرّر من ثلثه. ولو عجز الثلث تحرّر ما احتمله وكان الباقي للوارث. فإن كان مسلماً استقرّ ملكه، وإن كان كافراً بيع عليه.

الشيخ أيضاً متوجّهاً؛ لأمر تذكره إن شاء الله تعالى في أحكام المرتدّ^١.

وربما قيل بانعتاقه بالارتداد عن فطرة، تنزيلاً له منزلة الموت. وهو بعيد.

قوله: «ولو ارتدّ لا عن فطرة ثمّ دبّر صحّ على تردّد» إلى آخره.

المرتدّ بالنسبة إلى التدبير وما في معناه بمنزلة الكافر، فإن اشترطنا نيّة التقرب بطل تدبيره مطلقاً، وإلا صحّ من غير الفطري كالكافر، وفي الفطري إشكال؛ منشؤه ما هو المشهور من انتقال ماله عنه، فلا يتصور منه التدبير المشروط بالملك، مضافاً إلى ما علّل به الملمّي.

وإطلاق الشيخ^٢ جوازه يدلّ على منع انتقال المال عنه، وهو قول ابن الجنيد^٣ ولم يفرّق بين الملمّي والفطري، واستفادة الفرق بينهما وإثبات الأحكام المشهورة من النصوص مشكل. وسيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى^٤.

قوله: «ولو دبّر الكافر كافراً فأسلم بيع عليه» إلى آخره.

إذا دبّر الكافر عبده الكافر ثمّ أسلم العبد، نظر إن رجع السيّد عن التدبير بالقول ببيع

١. يأتي في ج ١٢، ص ٢٢٩ وما بعدها.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥٣.

٣. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٩، ص ١٢١، المسألة ٥٠.

٤. يأتي في ج ١٢، ص ٢٢٩ وما بعدها.

● ويصحّ تدبير الأخرس بالإشارة، وكذا رجوعه. ولو دبرّ صحيحاً ثمّ خرّس، ورجع بالإشارة المعلومة صحّ.

عليه وجوباً قولاً واحداً، وإلاّ ففي بيعه عليه قولان، أظهرهما ذلك؛ لانتفاء السبيل للكافر على المسلم وقوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»^١، وطاعة المولى علوّ منه، وفي ملكه إذلال للمسلم، ولا يؤمن أن يستخدمه فيذله.

وقال ابن البرّاج:

يتخيّر بين الرجوع في التدبير فيباع، وبين الحيلولة بينه وبين كسبه للمولى، وبين استسماعه، وحينئذ فينفق عليه من كسبه، فإن فضل منه شيء فهو للمولى^٢.

وعلى القولين فإذا مات قبل بيعه ورجوعه عتق من ثلثه، فإن بقي منه شيء سعى فيه للورثة إن كانوا مسلمين، وإلاّ يبيع عليهم؛ لبطلان التدبير بالموت.

قوله: «ويصحّ تدبير الأخرس بالإشارة، وكذا رجوعه» إلى آخره.

كما يصحّ تصرّفات الأخرس ومعاملاته بالإشارة المفهومة، كذا يصحّ تدبيره ورجوعه عنه؛ لأنّ إشارته قائمة شرعاً مقام اللفظ، سواء كان خرّسه أصلياً أم عارضياً، وسواء خرّس بعد التدبير فيرجع بالإشارة أم قبله؛ لاشتراك الجميع في المقتضي.

ويشترط فهم إشارته ولو بعدلين؛ ليثبت به حيث يحصل النزاع. ولو فهم المملوك ذلك منه ترتّب عليه حكم التدبير فيما بينه وبين الله تعالى، كما لو وقع التدبير من الصحيح بينهما بغير إشهاد، ولو أنكر بعد ذلك فكأنكار الصحيح.

ونبه بقوله «وكذا رجوعه» على خلاف بعض العامّة حيث منع من رجوعه بالإشارة وإن جوّز تدبيره بها^٣، بناءً على أنّ الرجوع لا يصحّ عنده بالقول بل بالفعل، وغاية إشارته أن تقوم مقام القول فلا يزيد الفرع على أصله.

١. الفقيه، ج ٤، ص ٣٣٤، ح ٥٧٢٢.

٢. المهذب، ج ٢، ص ٣٧١.

٣. لم نعر عليه، وراجع روضة الطالبين، ج ٨، ص ٤٥٤.

[المقصد الثالث في الأحكام]

وهي مسائل:

الأولى: • التدبير بصفة الوصية يجوز الرجوع فيه،

قوله: «التدبير بصفة الوصية يجوز الرجوع فيه».

في جعله بصفة الوصية من غير أن يجعله وصية محضة تنبيه على أنه لا يختار كونه وصية محضة، وفي تعريفه له في صدر الكتاب ما يدل على ذلك كما بيّناه^١، ولكنّه في النافع قطع بكونه وصية^٢.

والأخبار مختلفة، ففي رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «إنما هو بمنزلة رجل أوصى بوصية ثمّ بدا له بعد فغيرها قبل موته، فإن هو تركها ولم يغيرها حتى يموت أخذ بها»^٣. وروى معاوية بن عمّار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبر، فقال: «هو بمنزلة الوصية يرجع فيما يشاء منها»^٤. وهذا موافق لما في الكتاب.

وروى زرارة عنه عليه السلام قال: سألته عن المدبر أ هو من الثلث؟ قال: «نعم، وللموصي أن يرجع في وصيته في صحّة أو مرض»^٥. وهذه أظهر في الدلالة على كونه وصية. 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.

١. تقدّم في ص ٣٨٥.

٢. المختصر النافع، ص ٣٢٨.

٣. الكافي، ج ٦، ص ١٨٤ - ١٨٥، باب المدبر، ح ٧: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٥٩ - ٢٥٨، ح ٩٤٢: الاستبصار، ج ٤، ص ٣٠، ح ١٠٢.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٨٤ - ١٨٣، باب المدبر، ح ٢: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٥٨ - ٢٥٩، ح ٩٣٩: الاستبصار، ج ٤، ص ٣٠، ح ١٠٣.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٨٤، باب المدبر، ح ٣: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٥٨ - ٢٥٩، ح ٩٤٠: الاستبصار، ج ٤، ص ٣٠، ح ١٠٤.

● قولاً، كقوله: «رجعت في هذا التدبير» وفعلاً، كأن يهب أو يعتق أو يقف أو يوصي، سواء كان مطلقاً أو مقيداً. وكذا لو باعه بطل تدبيره.
وقيل: إن رجوع في تدبيره ثم باع صحَّ بيع رقبته. وكذا إن قصد بيعه الرجوع.
وإن لم يقصد مضي البيع في خدمته دون رقبته، وتحرّر بموت مولاه.

بل المراد أنه بمنزلتها في الأحكام المسؤول عنها في الروايات، وهو كونه من الثلث، ويجوز الرجوع فيه ونحو ذلك. وليس يعتق معلق أيضاً - كما قاله ابن إدريس^١ وغيره^٢ - وإلا لما صحَّ الرجوع. فكونه متردداً بينهما في بعض الأحكام ومستقلاً بنفسه - ومن ثمَّ وقع بصيغته الخاصة الخارجة عن الأمرين - أظهر.

قوله: «قولاً، كقوله: رجعت في هذا التدبير، وفعلاً، كأن يهب» إلى آخره.
قد عرفت ممّا سبق أن التدبير من الأمور الجائزة القابلة للفسخ كالوصية^٣.
ثمَّ فسّخه قد يكون بالقول كقوله: «رجعت في هذا التدبير» أو «أبطلته» أو «رفعته» وما أشبه ذلك.

وقد يكون بالفعل كأن يهب المدبّر لغيره وإن لم يقبضه؛ فإنه يبطل لدلالته على الرجوع، وتصحَّ الهبة إذا تمّت شرائطها، خلافاً لابن حمزة حيث اشترط في صحّتها تقديم الرجوع فيه بالقول^٤.
وأولى بالرجوع ما إذا اعتقه؛ لأنه تعجيل لما تشبّث به المدبّر من الحرّية، فقد زاده خيراً.
وكذا يبطل بوقفه وإن لم يقبضه؛ لدلالته على الرجوع كالهبة، والخلاف فيه كالخلاف فيها. ومثله الوصية به.

وأما بيعه فالأظهر أنّه كذلك؛ لما ذكر، ولأنّ الوصية تبطل بإخراج الموصى به عن ملك

١. السرائر، ج ٣، ص ٣٠.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٥٤٦ - ٥٤٧؛ الجامع للشرائع، ص ٤٠٧؛ للমেعة الدمشقية، ص ٢٦٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٣).

٣. سبق في ص ٤٠٤.

٤. الوسيلة، ص ٣٤٦.

الموصي، والبيع ناقل للملك وهو وصية أو بمنزلتها كما مرّ، ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد سأل عن رجل دبر مملوكاً ثم احتاج إلى ثمنه، قال، فقال: «هو مملوكه إن شاء باعه، وإن شاء أعتقه، وإن شاء أمسكه حتى يموت، فإذا مات السيد فهو حرّ من ثلثه»^١.
وقال الشيخ في النهاية:

لا يجوز بيعه قبل أن ينقض تدبيره، إلا أن يعلم المبتاع أنه يبيعه خدمته وأنه متى مات هو كان حرّاً لا سبيل عليه^٢.

وقال الصدوق: لا يجوز بيعه إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته^٣.
وقريب منه قول ابن أبي عقيل^٤.

وقال المفيد: متى مات البائع صار حرّاً لا سبيل عليه وإن لم يشترط^٥. وهو قول الشيخ أيضاً^٦.

ومستند هذه الأقوال ظاهر الروايات المختلفة، وقد تقدّم منها ما يدلّ على جواز الرجوع والبيع^٧.

وروى محمد بن مسلم - في الصحيح - عن أحدهما عليه السلام في الرجل يعتق غلامه وجاريتيه عن دبر منه ثمّ يحتاج إلى ثمنه أيبعه؟ قال: «لا، إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته»^٨. وهذه حجّة الصدوق.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٨٥، باب المدبر، ح ٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٥٩، ح ٩٤٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٧ - ٢٨، ح ٩٠.

٢. النهاية، ص ٥٥٢.

٣. المقنع، ص ٤٦٤.

٤. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٨٩، المسألة ٤٤.

٥. المقنعة، ص ٥٥١.

٦. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥١، وفيه: وينبغي أن يبيعه بهذا الشرط.

٧. تقدم في ص ٤٠٤.

٨. الفقيه، ج ٣، ص ١٢٠، ح ٣٤٦١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٣، ح ٩٥٩؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٨، ح ٩٥.

وروى القاسم بن محمد عن عليّ قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريةً له عن دبر في حياته، قال: «إن أراد بيعها باع خدمتها حياته، فإذا مات أعتقت الجارية، وإن ولدت أولاداً فهم بمنزلتها»^١. وهذه حجة الشيخ.

مضافاً إلى الجمع بين الأخبار التي دلّت بعضها على جواز بيعها مطلقاً^٢، وبعض على النهي عنه^٣، وبعض على الإذن في بيع الخدمة مدة حياته^٤، بحمل الأوّل على بيع الخدمة. وحمل ابن إدريس بيع الخدمة على الصلح مدة حياته^٥، والعلامة على الإجارة مدةً فمدّةً حتى يموت^٦. والمصنّف قطع ببطلان بيع الخدمة؛ لأنّها منفعة مجهولة^٧.

وأجيب^٨ بأنّ الجهالة غير قادحة؛ لجواز استثناء هذا، على أنّ المقصود بالبيع في جميع الأعيان هو الانتفاع ولا تقدير للمدّة، فإذا وردت الأخبار الكثيرة بجوازه لم يبعد القول به. واختاره الشهيد في الدروس^٩. وعلى هذا فيتّجه جواز بيع الرقبة، كما دلّت عليه الأخبار السابقة، وبيع المنفعة منفردة، كما دلّت عليه هذه الأخبار.

وأما حمل الشيخ بيع المدبّر على بيع خدمته وحصره الجواز فيه إذا لم يرجع في التدبير فليس بجيد، لأنّ مقصود المشتري هو الرقبة، فإذا لم يصحّ بيعها وصرّف إلى بيع الخدمة

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٤، ح ٩٦٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٩، ح ٩٩.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨٥، باب المدبّر، ح ١٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٠، ح ٩٤٤.

٣. منها في تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٣ - ٢٦٤، ح ٩٦٢؛ والاستبصار، ج ٤، ص ٢٩، ح ٩٨.

٤. منها في تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٤، ح ٩٦٣.

٥. السرائر، ج ٣، ص ٣٢، وفيه: إن كان التدبير عن واجب.

٦. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٩٣، المسألة ٤٤.

٧. نكت النهاية، ج ٣، ص ٣٣ - ٣٤.

٨. المجيب هو الشهيد الأوّل في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨٥ - ١٨٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠)؛

وراجع أيضاً التنقيح الرائع، ج ٣، ص ٤٦٢.

٩. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨٥ - ١٨٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

- ولو أنكر المولى تدبيره لم يكن رجوعاً.
- ولو ادّعى المملوك التدبير وأنكر المولى فحلف لم يبطل التدبير في نفس الأمر.

في المدّة المخصوصة كان اللازم بطلان البيع، كما لو اشترى شيئاً على أنّه من جنس معيّن فظهر غيره.

وأما تنزيهه على أنّ البيع متناول للرقبة مدّة الحياة كمشروط العتق ففاسد؛ لتصریح الأخبار والفتوى بتناول البيع الخدمة دون الرقبة، ولأنّ اعتاقه بالموت عن البائع لا عن المشتري، فدلّ على عدم انتقال الرقبة إلى المشتري وإلا لكان عتقه عنه إذا لم يشترط عليه عتقه عن البائع بل انتق بالتدبير السابق. والأصحّ صحّة البيع في رقبته وبطلان التدبير. قوله: «ولو أنكر المولى تدبيره لم يكن رجوعاً».

إنّما لم يكن رجوعاً؛ لأنّه أعمّ منه فلا يدلّ عليه، وإمكان استناد إنكاره إلى نسيان التدبير فلم يقصد به الرجوع.

وقيل: يكون رجوعاً؛ لاستلزامه رفعه في سائر الأزمان فكان أبلغ من الرجوع المقتضي لرفعه في الزمن المستقبل خاصّة^١.

والأوّل أقوى إلّا مع قصد الرجوع به، وحينئذٍ فيرجع إليه في ذلك، فإن لم يعترف بالقصد لم يكن رجوعاً. وكذا القول في سائر الأحكام التي يجوز الرجوع فيها، كالوكالة والوصيّة وإنكار البيع الجائر عدا الطلاق؛ لورود النصّ^٢ الصحيح بكونه رجوعاً. وقد تقدّم تحقيقه فيه^٣. قوله: «ولو ادّعى المملوك التدبير وأنكر المولى فحلف لم يبطل التدبير في نفس الأمر». الحكم هنا كما تقدّم مع زيادة الحلف من المولى، وهو لا يفيد الرجوع بذاته وإنّما يؤكّد الإنكار، وهو لا يدلّ على الرجوع كما علم.

١. لم نعث على القائل به من الخاصة، ولعلّ المراد منه بعض العامة، راجع العزيز شرح الوجيز، ج ١٣، ص ٤٢٥، نسب هذا القول إلى الفزالي.

٢. راجع الكافي، ج ٦، ص ٧٤، باب بدون العنوان، ح ١: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٤٢ - ٤٤، ح ١٢٩.

٣. تقدّم في ج ٧، ص ٣٥٦.

الثانية: ● المدبّر ينعق بموت مولاہ من ثلث مال المولى، فإن خرج منه وإلا تحرّر من المدبّر بقدر الثلث. ولو لم يكن سواه عتق ثلثه.
ولو دبّر جماعةً فإن خرجوا من الثلث وإلا عتق من يحتمله الثلث، وبدئ بالأوّل فالأوّل. ولو جهل الترتيب استخرجوا بالقرعة.

ونبه بقوله «لم يبطل التدبير في نفس الأمر» على أنه بإنكاره وحلّفه مع عدم البيّنة يقضى بارتفاعه ظاهراً، وأمّا في نفس الأمر فهو بحاله ما لم يحصل منه ما يدلّ على الرجوع، فلو مات على هذه الحالة انعتق المملوك فيما بينه وبين الله تعالى.

وقد تظهر الفائدة ظاهراً لو اعترف المولى بعد الحلف بكذبه فيه، فإن جعلنا الإنكار رجوعاً لم يعد باعترافه، وإلا بقي بحاله فيثبت ظاهراً أيضاً حيث يعترف به. وقد تظهر فائدتها أيضاً لو كان الحلف لعدم البيّنة ثمّ وجدت بعد ذلك.

قوله: «المدبّر ينعق بموت مولاہ من ثلث مال المولى» إلى آخره.

عتق المدبّر معتبر من الثلث؛ لأنه وصيّة متبرّع بها أو بمنزلتها فيكون بحكمها. ولو جعلناه عتقاً فالعتق المعلق على الموت كذلك، بل المنجز في مرض الموت على ما تقدّم^١، فالمتأخّر عنه أولى وقد تقدّم من الأخبار ما يدلّ عليه^٢، كصحيحة محمد بن مسلم: «هو مملوكه - إلى قوله - فإذا مات السيّد فهو حرّ من ثلثه»^٣.

هذا إذا كان معلقاً بموت المولى متبرّعاً به. فلو علّقه بموت المخدوم ومات في حياة المولى وصحّته لم يعتبر من الثلث؛ إذ لا وجه له، فإنّه كتعجيل العتق في حال الحياة. والأخبار المطلقة في كونه من الثلث^٤ محمولة على الغالب من كونه معلقاً بموت المولى، بل فيها ما يدلّ عليه كقوله «فإذا مات السيّد فهو حرّ من ثلثه». ولو مات المخدوم في مرض

١. تقدّم في ص ٣٥٠؛ وج ٥، ص ٤٤٩.

٢. تقدّم تخريجها في ص ٤٠٤، الهامش ٥.

٣. تقدّم تخريجها في ص ٤٠٦، الهامش ١.

٤. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ١٢٦، الباب ٨ من أبواب التدبير.

● ولو كان على الميِّت دين يستوعب التركة بطل التدبير، وبيع المدبِّرون فيه، وإلّا بيع منهم بقدر الدين، وتحرّر ثلث من بقي، سواء كان الدين سابقاً على التدبير أو لاحقاً، على الأصحّ. وكما يصحّ الرجوع في المدبّر يصحّ الرجوع في بعضه.

موت المولى أو بعده فهو من الثلث كالمعلّق على وفاة المولى.

ولو كان واجباً بنذر وشبهه، فإن كان في مرض الموت لم يتغيّر الحكم. وإن كان في حال الصحة، فإن كان المنذور هو التدبير فالأظهر أنّه من الثلث أيضاً؛ لأنّه لا يصير واجب العتق بذلك بل إنّما يجب تدبيره، فإذا دبّره برئ من النذر ولحقه حكم التدبير.

وإن كان قد نذر عتقه بعد الوفاة فهو من الأصل كغيره من الواجبات الماليّة. ومثله نذر الصدقة ونحوها بمال بعد الوفاة. وفي التحرير ساوى بين الأمرين في خروجه من الأصل^١، ونقله في الدروس عن ظاهر الأصحاب^٢. والأظهر الأوّل.

ولو جوّزنا تعليق العتق على الشرط فقال: «هو حرّ قبل مرض موتي بيوم» مثلاً خرج من الأصل. وكذا لو جعلنا المنجزات من الأصل فعلقه على آخر جزء من حياته. ولو نذر عتقه أو الصدقة بالمال أو صرفه في بعض الوجوه السائغة في آخر يوم من أيام صحّته فكذلك، أو في آخر يوم من حياته على القول الآخر. ولا فرق في اعتبار التدبير المتبرّع به من الثلث بين الواقع في مرض الموت وحال الصحة كالوصيّة.

ولو تعدّد المدبّر فإن اتحدت الصيغة أو تعدّدت وجهل الترتيب عتق الثلث بالقرعة كما سبق في العتق^٣. وإن علم السابق بدئاً بالأوّل فالأوّل إلى أن يستوفي الثلث كالوصيّة.

قوله: «ولو كان على الميِّت دين يستوعب التركة بطل التدبير» إلى آخره.

لمّا كان التدبير كالوصيّة اعتبر في نفوذه كونه فاضلاً من الثلث بعد أداء الدين، وما في

١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٢٢١، الرقم ٥٦٩٤.

٢. الدروس الشرعيّة، ج ٢، ص ١٨٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٣. تقدّم في ص ٣٥٠-٣٥١.

الثالثة: ● إذا دبرّ بعض عبده لم ينعقد عليه الباقي. ولو كان له شريك لم يكلف شراء حصّته، وكذا لو دبرّه بأجمعه ورجع في بعضه.
وكذا لو دبرّ الشريكان، ثمّ أعتق أحدهما لم تقوّم عليه حصّة الآخر. ولو قيل:

معناه من الوصايا الواجبة والعطايا المنجزة والمتقدّمة عليه لفظاً.

ولا فرق في الدين بين المتقدّم منه على إيقاع صيغة التديبير والمتأخّر على الأصحّ؛ للعموم كالوصيّة.

والقول بتقديمه على الدين مع تقدّمه عليه للشيخ في النهاية^٢؛ استناداً إلى صحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام في رجل دبرّ غلامه وعليه دين فراراً من الدين قال: «لا تديبير له، وإن كان دبرّه في صحّة منه وسلامة فلا سبيل للديان عليه»^٣.

وصحيحة الحسين بن عليّ بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن [بيع] المدبرّ قال: «إذا أذن في ذلك فلا بأس، وإن كان على مولى العبد دين فدبرّه فراراً من الدين فلا تديبير له، وإن كان دبرّه في صحّة وسلامة فلا سبيل للديان عليه ويمضي تديبيره»^٤.

وأجيب^٥ بحمله على التديبير الواجب بنذر وشبهه، فإنّه إذا وقع كذلك مع سلامته من الدين فلا سبيل للديان عليه، وإن نذره فراراً من الدين لم ينعقد نذره؛ لأنّه لم يقصد به الطاعة. وهو محمل بعيد.

قوله: «إذا دبرّ بعض عبده لم ينعقد عليه الباقي - إلى قوله - على تردّد».

هنا مسائل:

الأولى: إذا دبرّ بعض عبده لم يسر على الباقي، بمعنى أنّه [لا] ينعقد معجلاً ولا بعد

١. راجع وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٣٢٩ و٣٥٣، الباب ٢٨ و٣٩ من أبواب كتاب الوصايا.

٢. النهاية، ص ٥٥٣.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ١٢٣ ح ٣٤٦٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦١ ح ٩٤٩.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦١ ح ٩٥٠؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٨ ح ٩١.

٥. المجيب هو العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٩٧، المسألة ٤٦.

٦. إضافة يقتضها السياق، كما أُشير في حاشية «و» -«ظ».

يقوّم كان وجهاً.

ولو دبر أحدهما، ثم أعتق وجب عليه فكّ حصّة الآخر.

ولو أعتق صاحب الحصّة القرن لم يجب عليه فكّ الحصّة المدبّرة على تردّد.

عتق الجزء المدبّر؛ لأنّ التدبير ليس يعتق وإنما هو وصيّة به، وعلى تقدير كونه عتقاً معلقاً لم يقع بعد فلا يدخل في عموم قوله ﷺ: «من أعتق شقصاً»^١، وبعد انعاقه لا يبقى المعتق موسراً لانتقال ماله عنه بالموت، بخلاف ما إذا علّق عتق نصيبه بصفة فوجدت الصفة وهو موسر وجوّزناه، فإنّه يعتق النصيب ويسري.

وللمرتضى (رضي الله عنه) قول بالسراية هنا^٢، وهو قول بعض العامة^٣، كالعتق المنجز؛ لأنّه يوجب استحقاق العتق بالموت، فصار كالاستيلاء الموجب لتقويم حصص الشركاء عليه.

وردّ بمنع الاستحقاق أولاً؛ لجواز الرجوع، ومنع الملازمة على تقدير الاستحقاق مع عدم تحقّق العتق بالفعل؛ لعدم المقتضي.

والفرق بين التدبير والاستيلاء أنّ الاستيلاء كالإتلاف، حيث إنّه يمنع التصرف بالبيع ونحوه ولا سبيل إلى دفعه، بخلاف التدبير.

الثانية: لو دبر بعض المملوك المشترك بينه وبين آخر لم يسر على الشريك، ولم يقوّم عليه نصيب الشريك؛ لما تقدّم من الدليل. والمخالف هنا كالسابق^٤، وجوابه جوابه، بل هنا أولى بعدم السراية.

ولبعض العامة هنا قول بتخيير الشريك بين أن يضمّنه القيمة، وبين أن يستسعي العبد،

١. تقدّم تخريجه في ص ٣٥٣، الهامش ١.

٢. قال بذلك في المملوك ولم نجد في غيره، راجع الانتصار، ص ٣٧٨، المسألة ٢٢١.

٣. الحاوي الكبير، ج ١٨، ص ١٠٩؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٢٨٥، المسألة ٨٦٢٦.

٤. راجع حلية العلماء، ج ٦، ص ١٨٣ - ١٨٤؛ وبدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٧٠؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير،

ج ١٢، ص ٣١٣، المسألة ٨٦٦١؛ وروضة الطالبين، ج ٨، ص ٤٥٢.

الرابعة: ● إذا أبق المدبّر بطل تدبيره وكان هو ومن يولد له بعد الإباق رقاً إن ولد له من أمة، وأولاده قبل الإباق على التدبير.

وبين أن يدبّر نصيبه أو يعتقه^١.

الثالثة: لو كان لمالك واحد ودبّره أجمع ثمّ رجع في بعض التدبير، فإنّه صحيح كما تقدّم، كما يجوز الرجوع في بعض الوصيّة دون بعض.

وحيث يرجع في البعض لا يسري ما بقي فيه التدبير على ما رجع إلى محض الرق؛ لما تقدّم من أنّه ليس بعق مطلق^٢. والخلاف والحجّة والجواب فيهما واحد.

الرابعة: لو كان مشتركاً بين اثنين فدبّراه معاً ثمّ عجل أحدهما العتق، فهل يقوّم عليه نصيب الآخر؟ فيه قولان، أحدهما: «لا»، ذهب إليه الشيخ في المبسوط محتجاً بأنّ له جهة يعتق بها - وهو التدبير - فلا يحتاج إلى جهة أخرى^٣. والوجه التقويم؛ لأنّه لم يخرج عن ملكه بالتدبير فيدخل في عموم: «من أعتق شقصاً»^٤ إلى آخره.

الخامسة: الصورة بحالها، لكن دبّر أحد الشريكين حصّته ثمّ عجل عتقها، سرى عليه إلى نصيب الشريك قطعاً؛ للعموم، وتامية الملك، وعدم المانع منه هنا.

السادسة: الصورة بحالها، لكن كان المعتق هو الشريك الذي لم يدبّر، فهل يسري إلى نصيب شريكه المدبّر؟ القولان السابقان، فعند الشيخ لا يسري^٥؛ لأنّ حصّة التدبير لها جهة عتق. والأكثر - وهو الأصحّ - على ثبوت السراية؛ لأنّه لم يخرج عن ملكه بالتدبير.

قوله: «إذا أبق المدبّر بطل تدبيره وكان هو ومن يولد له بعد الإباق رقاً» إلى آخره.

هذا الحكم ذكره الأصحاب، وظاهرهم الإجماع عليه، وفي الخلاف صرح بدعوى

١. راجع بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٧٠؛ والمبسوط، السرخسي، ج ٧، ص ١٩٠.

٢. تقدّم قبيل هذا.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥٩. ولكن نقل فيه قولين بالسراية وعدمها من دون اختيار أحدهما.

٤. تقدّم تخريجه في ص ٣٧٧، الهامش ٥.

٥. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥٩.

إجماعهم عليه أيضاً^١.

ومستنده رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن جارية مدبرة أبتت من سيدها سنيناً، ثم جاءت بعد ما مات سيدها بأولاد ومتاع كثير، وشهد لها شاهدان أن سيدها كان دبرها في حياته من قبل أن تأبق، قال، فقال أبو جعفر عليه السلام: «أرى أنها وجميع ما معها للورثة»، قلت: لا تعتق من ثلث سيدها؟ قال: «لا، إنها أبتت عاصية لله عز وجل وليدها، وأبطل الإباق التدبير»^٢.

وفي معناها رواية العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام^٣. وفي طريق الروايتين ضعف^٤، إلا أنه منجبر بالشهرة أو الإجماع.

وفرقوا بين الإباق والارتداد - حيث لم يكن الارتداد موجباً لبطلان التدبير، مع اشتراكهما في معصية المولى، وكون الثاني أقوى من حيث إن معصية الله تعالى أعظم - أن الإباق يقتضي معصية الموليين معاً، والمولى الآدمي محتاج إلى خدمته، فقبول بنقيض مقصوده حيث فوتها عليه، بخلاف معصيته لله تعالى بالارتداد، فإنه غني عنه ولا تعلق لذلك بالمولى المحتاج. وهو تكلف تعليل مع النص الذي هو الأصل في الحكم. وينتقض بإباقه من عند المخدم الذي علق تدبيره على موته، فإنه لا يبطل بإباقه - كما سلف^٥ وسيأتي^٦ - مع اشتراكهما في الحاجة، وإنما الفارق النص.

١. الخلاف، ج ٦، ص ٤١٣، المسألة ٩.

٢. الكافي، ج ٦، ص ٢٠٠، باب الإباق، ح ٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٤٦، ح ٣٥٤٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٤، ح ٩٦٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٢، ح ١١٠.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٥، ح ٩٦٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٣، ح ١١٢.

٤. والضعف في الرواية الأولى من جهة محمد بن يحيى. راجع خلاصة الأقوال، ص ٣٩٩، الرقم ١٦٠٦؛ وفي الثانية من جهة حسن بن علي بن فضال فإنه فطحي. راجع رجال النجاشي، ص ٣٤-٣٦، الرقم ٧٢.

٥. تقدم في ص ٣٨٥ وما بعدها.

٦. يأتي في ص ٤١٩.

● ولا يبطل تدبير المملوك لو ارتدّ. فإن التحق بدار الحرب بطل؛ لأنّه إباق، ولو مات مولاه قبل فراره تحرّر.

الخامسة: ● ما يكتسبه المدبّر لمولاه؛ لأنّه رقّ.

ولو اختلف المدبّر والوارث فيما في يده بعد موت المولى، فقال المدبّر: اكتسبته بعد الوفاة، فالقول قوله مع يمينه. ولو أقام كلّ منهما بيّنة فالبّيّنة بيّنة الوارث.

قوله: «ولا يبطل تدبير المملوك لو ارتدّ. فإن التحق بدار الحرب بطل» إلى آخره.

ارتداد المملوك لا يبطل تدبيره مطلقاً وإن حكم بقتله؛ للأصل، ما لم ينضمّ إليه الإباق - بأن يلتحق بدار الحرب - فيبطل من حيث الإباق كما تقدّم^١. خلافاً لابن الجنيّد، حيث اكتفى في بطلان تدبيره بأحد الأمرين: ارتداده أو التحاقه بدار الحرب وأسر المسلمين له^٢. وكلاهما ممنوع؛ إذ لا دليل على البطلان بمجرد الارتداد. وإلحاقه بالإباق قياس مع وجود الفارق، كما أشرنا إليه سابقاً من حاجة المولى وغنى الله تعالى. والتحاقه بدار الحرب لا يشترط انضمام الأسر إليه؛ لأنّ الإباق علّة مستقلة بالبطلان. فعلى هذا لو مات مولاه بعد ارتداده وقبل فراره إلى دار الحرب أو إباقه بغيره تحرّر، لوجود المقتضي للعتق. وإن قتل قبل موت مولاه بطل كما لو مات حتف أنفه.

قوله: «ما يكتسبه المدبّر لمولاه؛ لأنّه رقّ» إلى آخره.

المدبّر في حياة مولاه بمنزلة الرقّ، فكسبه ومنافعه للمولى، سواء جعلنا التدبير وصيّة بالعتق أم عتقاً معلقاً؛ لأنّه لم يحصل على التقديرين. فإذا مات المولى وعتق من الثلث أو بعضه، ووجد معه مال فادّعى أنّه اكتسبه بعد الموت، وادّعى الوارث تقدّمه، فالقول قول المدبّر مع يمينه؛ لأصالة عدم التقدّم.

ثمّ لا يلزم من تقديم قوله في تأخّره الحكم بكونه ملكه، بل قد يكون كذلك كما إذا كان خارجاً من الثلث، وقد لا يكون كما لو لم يكن خارجاً منه.

١. تقدّم قبيل هذا.

٢. حكاه عنه العلامة في مختلف الشريعة، ج ٨، ص ١٠٤، المسألة ٥٢.

فلو فرض أنه لم يخلف سواه، وكانت قيمته ثلاثين والكسب المتنازع ستين، فالوارث يدعي انعقاقه أجمع وأن الكسب له؛ لكونه ضعف قيمته، ودعواه تأخره يقتضي أنه لم ينعتق منه إلا ثلثه، ويتبعه ثلث الكسب وأن الثلاثين للورثة، لكن لا يحكم عليهم بعق جزء منه إلا مقدار ما يصل إليهم من التركة ضعفه، فحيث لم يصادقهم على تقدّم الكسب وقدم قوله فيه لزم تصادقهما على استحقاق الوارث لثلي الكسب، فإذا وصل إليهم - وهو في المثال أربعون - كان ذلك مع المدبر مجموع التركة وهو سبعون، فينعتق منه ثلثها وهو ثلاثة وعشرون وثلث، وذلك سبعة أتساع المدبر، ويلحقه عشرون من كسبه هو الثلث الذي ثبت باعترافه، فيدفع إلى الوارث منها ستة وثلثين هي تمام القيمة ويبقى له الباقي.

لا يقال: يلزم على هذا أن يثبت له زيادة على ما يدعيه؛ لأن دعواه التي قد حلف عليها وقدم قوله فيها أنه انعتق ثلثه واستحقّ ثلث الكسب وذلك ثلاثون.

ولازم دعواه أيضاً شرعاً أن مجموع الكسب للورثة وليس له إلا رقبته؛ لأن ما يحصل له من الكسب يجب عليه دفعه في فكاك باقيه، وهو بتمامه تمام الباقي، فكيف يستحقّ الزائد وهو ينفيه؟

لأننا نقول: الزيادة حصلت له من قبل الجزء الحرّ، وهو حقّ لله تعالى يثبت منه ما يقتضيه الشرع، ولا يلتفت فيه إلى إنكاره، بخلاف المال؛ وذلك لأن مقتضى دعواه في المال لما كانت استحقاق عشريين لم نزده عليها. وأما العتق فإنّ الشرع يحكم بعق ثلث ما يتحصّل بيد الوارث من التركة، ولما اعترف له من الكسب بأربعين وقيمته تساوي ثلاثين فقد تحصّل بأيديهم سبعون، فيحكم بعق مقدار ثلثها منه، سواء اعترف به أم أنكره؛ لأنّ العتق حقّ لله تعالى فيحصل له منه مقدار ثلاثة وعشرين [وثلث] فإذا أضيفت إلى ما حكم له به من الكسب زاد عن القيمة، فكان الزائد له لأجل ذلك.

وقس على هذا ما إذا قصر الكسب عن ضعفه، أو خلف شيئاً آخر معه لا يبلغ الضعف. فلو كان كسبه مقدار قيمته كان له ثلثه بدعواه التي قدّم فيها، وضمّ ثلثها - وهو عشرون في المثال

السادسة: • إذا جني على المدبّر بما دون النفس كان الأرش للمولى ولا يبطل التدبير، وإن قتل بطل التدبير، وكانت قيمته للمولى يقوّم مدبّراً.

السابعة: • إذا جنى المدبّر تعلقّ أرش الجناية برقبته، ولسيّدَه فكّه بأرش الجناية، وله بيعه فيها. فإن فكّه فهو على تدبيره، وإن باعه وكانت الجناية تستغرقه فالقيمة لمستحقّ الأرش، وإن لم تستغرقه بيع منه بقدر الجناية، والباقي على التدبير، ولمولاه أن يبيع خدمته، وله أن يرجع في تدبيره ثمّ يبيعه.

– إلى مجموع المدبّر – وقيّمته ثلاثون – فبعثت ثلث الخمسين وهو ستّة عشر وثلثان، وهي خمسة أتساعه، وله ثلث كسبه عشرة، ويجتمع للورثة عشرون من الكسب وثلاثة عشر وثلث من رقبته، وذلك ضعف ما عتق منه.

قوله: «إذا جني على المدبّر بما دون النفس كان الأرش للمولى» إلى آخره.

الجناية على المدبّر كهي على القرن، فإن جني عليه بما دون النفس فللسيّد القصاص أو الأرش، ويبقى التدبير بحاله. وإن قتل فللسيّد القصاص أو القيمة.

ولا يلزمه أن يشتري بها مملوكاً فيدبّره وإن كان التدبير واجباً، بخلاف ما إذا وقف متاعاً فأتلف، فإنّنا قد نقول يشتري بقيمته مثله ويوقف.

والفرق أنّ مقصود الوقف أن ينتفع به الموقوف عليهم وهم باقون، ومقصود التدبير أن ينتفع به العبد ولم يبق.

ثمّ على تقدير الحاجة إلى تقويمه لتؤخذ القيمة أو الأرش يقوّم مدبّراً لا فتناً؛ لأنّ تلك هي صفته التي هو عليها يوم الجناية. ويظهر التفاوت على تقدير القول بالمنع من بيع رقبته، أو كان لازماً بنذر وشبهه بحيث لا يجوز الرجوع فيه، فيكون لذلك قيمته أقلّ من قيمة القرن. أمّا لو كان التدبير متبرّعاً به وجوزنا بيعه مطلقاً كما يجوز الرجوع فيه لم يظهر بين القيمتين تفاوت.

قوله: «إذا جنى المدبّر تعلقّ أرش الجناية برقبته» إلى آخره.

جناية المدبّر على غيره كجناية القرن، فإذا جنى على إنسان تعلقّ برقبته.

وعلى ما قلناه لو باع رقبته ابتداءً صحّ، وكان ذلك نقضاً للتدبير. وعلى رواية إذا لم يقصد نقض التدبير كان التدبير باقياً، وينعتق بموت المولى ولا سبيل عليه. ولو مات المولى قبل افتكاكه انعتق، ولا يثبت أرش الجناية في تركة المولى.

فإن كان موجباً للقصاص فاقتصر منه فات التدبير. وإن عفى عنه أو رضي المولى بالمال أو كانت الجناية توجب المألفداه السيد بأرش الجناية أو بأقلّ الأمرين على الخلاف المقرّر في جناية القنّ بقي على التدبير، وله بيعه فيها أو بعضه، فيبطل فيما بيع منه. وهل يجوز لمولاه الاقتصار على بيع خدمته منفردةً عن الرقبة؟ قولان، أحدهما - وهو الذي قطع به المصنّف هنا، وهو مذهب الشيخ^١ وجماعة^٢ - الجواز؛ لتصريح الروايات الكثيرة به^٣، وأن رسول الله ﷺ باع خدمة المدبّر^٤. لكن في طريق الروايات ضعف^٥، فلا تصلح لإثبات هذا الحكم المخالف للأصول من أنّ البيع إنّما يقع على الأعيان لا على المنافع.

فالقول بعدم الصحة أصحّ، وبه قطع المصنّف في موضع آخر^٦.

فإن جوّزنا بيع الخدمة منفردةً ووفت بالجناية بقي على التدبير. وإن باع الأصل - إمّا بعد نقضه، أو مطلقاً على القول الأصحّ - بطل.

وهذا هو الموجب لذكر حكم بيعه أو بيع خدمته هنا؛ لأنّ هذا الحكم آتٍ على تقدير الجناية وعدمها. والرواية التي أشار إليها المصنّف من أنّ التدبير لا يبطل بالبيع وينصرف إلى الخدمة وينعتق المدبّر بموت المولى قد تقدّم الإشارة إليها والكلام عليها فيما سلف،

١. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥١.

٢. المهذب، ج ٢، ص ٣٦٦؛ الجامع للشرائع، ص ٤٠٨؛ الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨٥ - ١٨٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٣. راجع وسائل الشريعة، ج ٢٣، ص ١١٩ - ١٢٠، الباب ٣ من أبواب كتاب التدبير.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٠ ح ٩٤٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٩ ح ١٠٠.

٥. راجع رجال النجاشي، ص ١٦، الرقم ١٨؛ وخلاصة الأقوال، ص ٧٤، الرقم ١٢١.

٦. نكت النهاية، ج ٣، ص ٣٤.

الثامنة: ● إذا أبق المدبّر بطل التدبير. ولو جعل خدمته لغيره [مدّة] حياة المخدوم، ثمّ هو حرّ بعد موت ذلك الغير لم يبطل تدبيره بإباقه.

وأعادها هنا ليرتب عليها حكم الجنائية، وقد كان يعني عنه ما تقدّم^١.

إذا تقرّر ذلك، فلو مات مولى المدبّر الجاني قبل افتكاكه وقبل بيعه واسترقاقه فيها اجتمع العتق والجنائية، فيقدّم العتق لسبق سببه عليها، وبنائه على التغليب، وتعلّق الأرش برقبته أو ماله لا بتركة المولى ولا على الوارث؛ لخروجه عن الرقبة قبل أخذ الأرش.

وقال الشيخ في المبسوط: يؤخذ الأرش من تركة المولى^٢؛ لأنّه أعتقه بالتدبير السابق، فجرى مجرى إعتاق العبد الجاني إذا قلنا بنفوذه، فإنّه التزام بالفداء، فيؤخذ منها أرش الجنائية أو أقلّ الأمرين على الخلاف؛ لتعدّر تسليمه لاستيفاء حقّ الجنائية.

ولو قلنا بأنّه لا ينعق حينئذٍ تخيّر الوارث بين أن يفديه فيعتق من الثلث، وبين أن يسلمه [للبيع] وإن كان في ثلث المال سعة، فإذا بيع للجنائية أو استرقّ بطل التدبير.

وقال ابن الجنيّد^٣ والقاضي^٤؛ لا يبطل بل يستسعي في قيمته بعد موت المولى. واختاره في الدروس^٥؛ لصحیحة أبي بصير^٦. والأظهر البطلان. قوله: «إذا أبق المدبّر بطل التدبير» إلى آخره.

بطلان التدبير بالإباق على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على مورد النصّ الوارد فيه، وهو إباقه من المولى المعلّق تدبيره بوفاته^٧. أمّا لو جعل خدمته لغيره وعلق تدبيره على وفاة

١. تقدّم تخريجه في ص ٤٠٧، الهامش ١.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥٢.

٣. الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٨٩، المسألة ٤٤.

٤. المهذب، ج ٢، ص ٣٦٦.

٥. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٨٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٦. الفقيه، ج ٣، ص ١٢٢، ح ٣٤٦٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٣ - ٢٦٤، ح ٩٦٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٩،

ح ٩٨.

٧. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ١٢٩ - ١٣٠، الباب ١٠ من أبواب كتاب التدبير.

فروع أربعة:

الأول: • إذا استفاد المدبّر مالاً بعد موت مولاه فإن خرج المدبّر من الثلث فالكلّ له، وإلا كان له من الكسب بقدر ما تحرّر منه، والباقي للورثة.

المخدوم لم يبطل بإبائه؛ للأصل، وصحيحة يعقوب بن شعيب السابقة^١.

وبقي ما لو علّق تدبيره بوفاة الزوج أو غيره حيث نجّوزه فأبق، ومقتضى هاتين القاعدتين أنّ خدمته إن لم تكن مجعولةً لغير المولى تبطل بإبائه وإن لم يكن تدبيره معلّقاً بوفاته؛ لشمول الروايات الدالّة على بطلان تدبيره بإبائه لذلك.

وإن جعل خدمته لغيره وعلّق تدبيره على وفاة غير المخدوم - كالزوج - فأبق ففي بطلان تدبيره بذلك نظر؛ إذ كلّ واحدة من الروايات الواردة من الجانبين لا تتناول هذا الفرد، والأصل يقتضي عدم البطلان.

ولو قيل بقصر عدم البطلان على إباق من جعلت خدمته لغيره وعلّق تدبيره على وفاة المخدوم كان حسناً؛ لأنّ هذا الحكم قد صار على خلاف الأصل، بالنظر إلى قاعدة الأصحاب في المسألة، وظهور اتّفاقهم على أنّ إباق المدبّر مبطل له إلا ما أخرجه الدليل. ومن أسقط التدبير المعلق بوفاة غير المولى والمخدوم نظراً إلى عدم النصّ الدالّ على الصحة ارتفع الإشكال الواقع هنا عنده.

قوله: «إذا استفاد المدبّر مالاً بعد موت مولاه» إلى آخره.

هذا الحكم واضح بعد ما سلف من المقدمات، فإنّ المدبّر مع خروجه من الثلث ينعقد بمجرد موت المولى، فيكون ما يكتسبه بعده واقعاً حال الحرّية. وإن لم يخرج من الثلث وعق منه شيء كان الكسب تابعاً لما فيه الرقيّة والحرّية بالنسبة.

هذا إذا كان عتقه معلّقاً على وفاة المولى. أمّا لو كان معلّقاً على وفاة غيره كالمخدوم

الثاني: • إذا كان له مال غائب بقدر قيمته مرتين تحرّر ثلثه. وكلّما حصل من المال شيء تحرّر من المدبّر بنسبته، وإن تلف استقرّ العتق في ثلثه.

وتأخّر موته عن موت المولى، فإنّه باقٍ على الرقيّة للورثة إلى أن يموت المخدوم، فكسبه لهم مطلقاً؛ لأنّه حينئذٍ باقٍ على التدبير والرقيّة إلى أن يحصل المعلق عليه العتق أو الوصيّة به.

وهل يجوز للوارث الرجوع في تدبيره بين وفاة المولى والمخدوم كما كان ذلك جائزاً للمولى؟ نظر، من إطلاق النصوص^١ والفتاوى بجواز الرجوع في التدبير ما لم يحكم بعقده، ومن إمكان اختصاص ذلك برجوع المولى المدبّر، ومن ثمّ لم يجزئ له الرجوع في تدبير أولاد المدبّرة المتجدّدين بعد التدبير من حيث إنّه لم يدبّرهم، فكان وارثه بالنسبة إلى تدبير المورث بمنزلة المولى في تدبير الأولاد.

ويمكن الفرق بأنّ الوارث قائم مقام المورث ووارث حقّه المالي وما يتعلّق به من الحقوق كحقّ الخيار والشفعة وهذا منها، بخلاف تدبير الأولاد، فإنّه مستند إلى الله تعالى لا إلى المولى؛ فلذلك لم يكن له الرجوع فيه، وللنصّ^٢ الدالّ عليه وهو مفقود هنا، مع أصالة بقاء الملك على مالكة وجواز تصرف المالك في المملوك بأنواع التصرفات إلى أن يثبت المزيل. قوله: «إذا كان له مال غائب بقدر قيمته مرتين تحرّر ثلثه» إلى آخره.

إذا دبّر عبداً ومات وباقي ماله غائب عن الورثة أو دين على معسر لم يعتق جميع المدبّر؛ لأنّ عتقه موقوف على أن يصل إلى الورثة من التركة ضعفه.

وهل يعتق ثلثه معجلاً؟ فيه وجهان، أحدهما - وهو الذي قطع به المصنّف والأكثر، وقوّاه الشيخ في المبسوط^٣ -: «نعم»؛ لأنّ الغيبة لا تزيد على العدم، ولو لم يكن يملك إلا هذا العبد

١. راجع وسائل الشريعة، ج ٢٣، ص ١١٨ - ١١٩، الباب ٢ من أبواب التدبير.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨٤، باب المدبّر، ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٥٩، ح ٩٤١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٩ -

٣٠، ح ١٠١.

٣. المبسوط، ج ٦، ص ١٧٤.

الثالث: ● إذا كوتب ثم دبر صحَّ. فإن أدّى مال الكتابة عتق بالكتابة، وإن تأخر حتى مات المولى عتق بالتدبير إن خرج من الثلث، وإلا عتق منه الثلث، وسقط من مال الكتابة بنسبته، وكان الباقي مكاتباً.
أما لو دبره ثم كاتبه كان نقضاً للتدبير. وفيه إشكال.
أما لو دبره ثم قاطعه على مال ليعجل له العتق، لم يكن إبطالاً للتدبير قطعاً.

لعتق ثلثه فكذلك عند الغيبة. وعلى هذا فنلت اكتسابه بعد موت السيّد له، ويوقف الباقي فإن وصل المال إلى الوارث تبين عتقه أجمع وتبعه كسبه.

والثاني أنه لا يعتق حتى يصل المال إلى الورثة؛ لأنّه في تنجيز العتق تنفيذ التبرّع في الثلث قبل تسلّط الورثة على الثلاثين؛ إذ لا بدّ من التوقّف في الثلاثين إلى أن يتبين حال الغائب. وقد تقدّم مثله في الوصايا فيما إذا أوصى بعينٍ تخرج من الثلث لكن باقي المال غائب، فإنّ في تسلّط الموصى له الوجهين^١ وأصحهما كما هنا.

ويتفرّع على الوجهين ما إذا كان قيمة المدبّر مائة والغائب مائتين فحضرت مائة، فعلى المختار يعتق ثلثاه؛ لأنّ ثلثه عتق في الحال فإذا حضرت مائة عتق بقدر ثلثها أيضاً. وعلى الثاني يعتق نصفه؛ لحصول مثليه للورثة. فإن حضرت مائة وتلفت مائة استقرّ العتق في ثلثيه وتسلّط الورثة على ثلثه وعلى المائة.

وربما يخرج على الوجه الثاني أنّ للوارث التصرف في الثلثين كما يحكم بعتق الثلث مراعاة للحقّين المتلازمين، فإن حضر الغائب نقض تصرفه. والأصحّ خلاف ذلك كلّه. وكما يوقف كسبه في الثلثين قبل وصول المال توقف نفقته، بمعنى أنّه ينفق عليه منه فإن وفي وإلا أكمل الوارث، فإن حضر المال وعتق أجمع رجع الوارث بما غرم منها عليه.

قوله: «إذا كوتب ثم دبر صحَّ. فإن أدّى مال الكتابة عتق بالكتابة» إلى آخره.

هنا ثلاث مسائل:

الأولى: إذا كاتبه ثم دبره صح؛ لعدم المنافاة، فإن الكتابة لازمة لا تبطل بطروّ الجائز، والكتابة وإن اقتضت تملك المكاتب نفسه إلا أنه ليس ملكاً تاماً فلا ينافي التدبير، ومن ثمّ جاز تعجيل عتقه. وحينئذٍ فيجتمع عليه الأمران، فإن أدى مال الكتابة في حياة المولى عتق وبطل التدبير، وإن عجز فعجزه المولى بطلت الكتابة وبقي التدبير.

ولو مات المولى قبل الأداء والتعجيز عتق بالتدبير إن احتمله الثلث ويتبعه ولده، لكن يبقى الكلام في كسبه في حال الحياة بعد الكتابة؛ فإنه لا يتبع المدبّر ويتبع المكاتب. وفي بطلان الكتابة حينئذٍ وجهان، مثلهما ما لو أعتق السيّد مكاتبه قبل الأداء. والوجه أنها لا تبطل؛ للأصل، فإن بقي من الأحكام شيء يتوقّف عليها تأدّى بها. ولو عجز الثلث عن عتقه عتق ما احتمله، وسقط من مال الكتابة بحسبه، وبقي الباقي مكاتباً.

الثانية: أن يدبره ثم يكاتبه. وفي ارتفاع التدبير به قولان، مبنيان على أنّ التدبير وصيّة أو عتق.

فعلى الأوّل يبطل كما تبطل الوصيّة بالعبد لإنسان ثم يكاتبه، ولأنّ العبد يصير بالكتابة مالكاً لنفسه، فكان السيّد أزال ملكه عنه، فيكون الحكم كما لو باعه. وهذا اختيار الشيخ^١ والأكثر.

وعلى الثاني لا يبطل؛ لأنّ مقصود الكتابة العتق أيضاً، فيكون مدبّراً ومكاتباً، خصوصاً على القول بأنّه لا يبطل بالبيع والأصل فيه اللزوم من الطرفين إجماعاً، فعدم بطلانه بما وقع الخلاف في لزومه وعدمه أولى. وهذا اختيار ابن الجنيد^٢ وابن البرّاج^٣.

وعلى هذا يكون مدبّراً مكاتباً كما لو دبر عبده المكاتب. فإن أدى النجوم عتق بالكتابة،

١. الخلاف، ج ٦، ص ٤١٥، المسألة ١٢.

٢. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٠٨، المسألة ٦٠.

٣. المهذب، ج ٢، ص ٣٧٠.

الرابع: • إذا دبر حملًا صحَّ، ولا يسري إلى أمه. ولو رجع في تدبيره صحَّ. فإن أتت به لأقلَّ من ستَّة أشهر من حين التدبير صحَّ التدبير فيه؛ لتحقُّقه وقت التدبير. وإن كان لأكثر لم يحكم بتدبيره؛ لاحتمال تجددِّه وتوهم الحمل.

وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير، فإن لم يخرج من الثلث عتق قدر الثلث وبقيت الكتابة في الباقي، فإن أدَّى قسطه عتق، ويقوى هذا مع تصريحه بعدم إرادة الرجوع. أما مع الإطلاق أو اشتباه الإرادة فالأوَّل أوجه.

الثالثة: أن يدبره ثم يقاطعه على مال يكتسبه ليعجل له العتق. وهذا لا يقتضي إبطال التدبير قطعاً؛ لأنَّ غايته الوعد بتعجيل العتق على تقدير فعل، والمقاطعة غير لازمة لأحدهما، فلا تكون منافية له. والمال الذي يكتسبه للمقاطعة ملك للمولى، فلا يتغيَّر حكم الرق. قوله: «إذا دبر حملًا صحَّ ولا يسري إلى أمه. ولو رجع في تدبيره صحَّ. فإن أتت به لأقلَّ من ستَّة أشهر» إلى آخره.

تدبير الحمل صحيح كما يصحَّ عتقه منفرداً ومنضمّاً؛ لأنَّه آدمي مملوك. ثم لا يسري التدبير إلى أمه كما لا يسري منها إليه على الأصحَّ. ثم يعتبر وقت ولادته، فإن ولدته لوقت يتحقَّق فيه كونه موجوداً حال التدبير فلا إشكال في صحَّته، كما لو ولدته لدون ستَّة أشهر من وقت التدبير. وإن ولدته لأزيد من أكثر الحمل تبين عدم وجوده قطعاً فيبطل التدبير. وإن ولدته فيما بينهما فقد أطلق المصنَّف وقبله الشيخ (رحمه الله) ^١ وجماعة ^٢ عدم الصحَّة؛ لإمكان حدوثه بعد التدبير، والأصل عدم تقدِّمه ذلك الوقت. وينبغي الفرق بين ما إذا كانت خالية من فراش وعدمه كما سبق في نظائره ^٣؛ لأنَّ الأصل المذكور وإن كان واقعاً في الحالين إلا أنَّ الظاهر يعارضه وأصالة عدم وطء متجدِّدٍ وصيانة حال المسلم على تقديره من الحمل على الزنى.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٥٥٧-٥٥٨.

٢. منهم ابن البرَّاج في المهذب، ج ٢، ص ٣٦٧؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٢٥.

٣. سبق في ج ٧، ص ٨٥-٨٦.

وكما يصح الرجوع في تدبير المدبّر بالمباشرة يصح الرجوع في تدبير هذا الحمل قبل وضعه؛ لوجود المقتضي له وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلاّ كونه حملاً وهو لا يصلح للمانعية؛ لدخوله في العموم^١.

وخالف في ذلك بعض العامة حيث لم يجزئ الرجوع في التدبير بالقول مطلقاً بل بالفعل وهو الإخراج عن الملك^٢، والحمل لا يمكن إخراجه بالبيع منفرداً بل بالتبعية لأُمّه، فإذا باعهما كذلك صحّ الرجوع عنده وإلاّ فلا.

ولمّا كان الرجوع جائزاً عندنا بالقول مطلقاً صحّ في الحمل كغيره، وبالفعل منفرداً في موضع يصحّ إفراده بالنقل كالهبة والصلح.

١. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ١١٨، الباب ٢ من أبواب التدبير.

٢. راجع العزيز شرح الوجيز، ج ١٣، ص ٤٣٨.

● وأما المكاتبة:

فتستدعي بيان أركانها وأحكامها ولواحقها.

قوله: «وأما المكاتبة».

المكاتبة والكتابة مصدران مزيدان مشتقان من المجرّد وهو الكتب^١، وأصله الضمّ والجمع، تقول: كتبت البغلة إذا ضمنت بين شفرّيتها بحلقة، وكتبت القرية إذا أوكيت رأسها، ومنه «الكتابة» لما فيها من ضمّ بعض الحروف إلى بعض، و«الكتيبة»: لانضمام بعضهم إلى بعض. فسُمّي هذا العقد كتابةً؛ لانضمام النجم فيها إلى النجم، أو لأنّها توثق بالكتابة من حيث إنّها منجّمة مؤجّلة، وما يدخله الأجل يستوثق بالكتابة؛ ولذلك قال تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^٢.

واعلم أنّ عقد الكتابة خارج عن قياس المعاملات، من جهة أنّها دائرة بين السيّد وعبده، وأنّ العوضين للسيّد، وأنّ المكاتب على رتبة متوسّطة بين الرقّ والحرّيّة، وليس له استقلال الأحرار ولا عجز المماليك. وكذلك تكون تصرّفاته متردّدة بين الاستقلال ونقيضه؛ لأنّ الحاجة داعية إليها، فإنّ السيّد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجاناً، والمملوك لا يتشّرّ للكسب تشرّره إذا علّق عتقه بالتحصيل والأداء، فاحتمل الشرع فيه ما لم يحتمل في غيره، كما احتمل الجهالة في ربح القراض وعمل الجعالة للحاجة.

والأصل فيه الإجماع، وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِنَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ

١. راجع العين، ج ٥، ص ٣٤١؛ والنهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٤، ص ١٤٨، «كتب».

٢. البقرة (٢): ٢٨٢.

أما الأركان: فالصيغة والموجب والمملوك والوعوض.
 ● والكتابة مستحبة ابتداءً مع الأمانة والاكْتساب، وتؤكد بسؤال المملوك. ولو
 عدم الأمان كانت مباحة. وكذا لو عدم أحدهما.

فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا^١، وما روي أنه ﷺ قال: «من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً
 في كتابته أظله الله يوم لا ظلَّ إلا ظله»^٢ وقال ﷺ: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»^٣.
 قوله: «والكتابة مستحبة ابتداءً مع الأمانة والاكْتساب» إلى آخره.
 الكتابة غير واجبة مطلقاً؛ للأصل، كما لا يجب التدبير وشراء القريب ليعتق، ولئلا يبطل
 أثر الملك ويحتكم المملوك على المالك. ولكنها مستحبة مع علم الخير في المملوك؛ للأمر
 بها حينئذ بقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾^٤، والأمر هنا للاستحباب.
 ولبعض العامة قول أنه للوجوب^٥.

وقد اختلف في «الخير» المراد من الآية، فروى الحلبي -في الصحيح- عن أبي عبد الله ﷺ
 أن المراد به الدين والمال^٦، وهما المعبر عنهما في عبارة المصنّف بالأمانة والاكْتساب.
 ووجه اعتبار الأمانة؛ لئلا يضيع ما يحصله ويصرفه إلى السيّد فيعتق، والقدرة على
 الاكْتساب ليتمكن من تحصيل ما يؤدّيه.

ويتأكد الاستحباب مع اجتماع الشرطين بسؤال المملوك الكتابة في المشهور. ومقتضى
 العبارة أنه لو فقد الأمان أو أحدهما لم يتأكد الاستحباب وإن طلب.

١. النور (٢٤): ٣٣.

٢. عوالي اللآلي، ج ٣، ص ٤٣٤، ح ١٠؛ مسند أحمد، ج ٤، ص ٥٣٩ - ٥٤٠، ح ١٥٥٥٦؛ السنن الكبرى، البيهقي،
 ج ١٠، ص ٥٤٠ - ٥٤١، ح ٢١٦٢١، بتفاوت؛ وأورده بعينه الماوردي في الحاوي الكبير، ج ١٨، ص ١٤١.٣. عوالي اللآلي، ج ١، ص ٣١٣، ح ٢٦؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ٢٠، ح ٣٩٢٦؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠،
 ص ٥٤٥، ح ٢١٦٣٨.

٤. النور (٢٤): ٣٣.

٥. الحاوي الكبير، ج ١٨، ص ١٤١؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٣٣٩، المسألة ٨٦٩٢.

٦. الكافي، ج ٦، ص ١٨٧، باب المكاتب، ح ١٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٠، ح ٩٨٤.

وقال في النافع: إن الاستحباب يتأكد بسؤال المملوك^١ وإن كان عاجزاً. ولم نقف على ما يقتضي ترجيح أحد القولين من الأخبار، وإنما الذي دلّت عليه استحبابها مع الوصفين. وفي رواية أخرى صحيحة عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ قال: «كاتبوهم إن علمتم لهم مالاً»^٢، ولم يعتبر الدين. ورجّحه بعضهم بأنّ فيه استعمال المشترك في أحد معنييه، وفي الأوّل استعماله فيهما، وهو مجاز على أشهر القولين لا يصار إليه بدون القرينة^٣. ويضعّف بأنّ القرينة موجودة وهي الرواية الصحيحة، ولا تعارضها الأخرى؛ لاشتمالها على إثبات شرطٍ آخر والمثبت مقدّم.

نعم، يمكن إثبات أصل الاستحباب بوجود المال - أعني القدرة على كسبه - عملاً بالرواية الصحيحة، ويتأكد الاستحباب مع وجود الوصفين؛ نظراً إلى الخبر الآخر، إلّا أنّ قول المصنّف «ولو عُدّ الأمران كانت مباحةً، وكذا لو عُدّ أحدهما» ينافي ذلك. ولو فقد الشرطان معاً لم يستحبّ؛ لعدم المقتضي له حيث إنّ الأمر مخصوص بالخير المفسّر بهما أو بالثاني. ولو اتّصف بالأوّل خاصّةً - وهو الأمانة - لم يستحبّ؛ لعدم المقتضي له.

وربما قيل بالاستحباب أيضاً؛ لاستعمال «الخير» فيه وحده في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾^٥، يعني عملاً صالحاً وهو الدين، وقوله تعالى: ﴿وَأَلْبُدُنْ جَعَلْنَهَا لَكُمْ مِنْ شِعْتِيرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ﴾^٦ أي ثواب. كما أريد بـ «الخير» المال وحده في

١. المختصر النافع، ص ٣٣٨.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨٧، باب المكاتب، ح ٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٨، ح ٩٧٥؛ والآية ٣٣ في سورة النور (٢٤).

٣. راجع التفتيح الرابع، ج ٣، ص ٤٦٩.

٤. لم نظفر على القائل به بعينه، نعم، حكاه في المبسوط، ج ٤، ص ٤٤٥ - ٤٤٦ عن بعضهم.

٥. الزلزلة (٩٩): ٨.

٦. الحج (٢٢): ٣٦.

● وليست عتقاً بصفة، ولا بيعاً للعبد من نفسه، بل هي معاملة مستقلة بعيدة عن شبه البيع. فلو باعه نفسه بثمن مؤجل لم يصح. ولا يثبت مع الكتابة خيار المجلس.

قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لِرَبِّهِ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾^١ وقوله تعالى: ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْرًا﴾^٢.

ويضعف بأن استعمال المشترك في أحد معنیه لا يجوز بدون القرينة كاستعماله في المعنيين، وهي منتفية في جانب الدين وحده بخلاف المال، فقد يترجح جانبه بالرواية الصحيحة.

والتحقيق أن إطلاق اسم «الخير» على المعنيين المرادين هنا مجاز؛ لأنه في الشواهد إنما استعمل في العمل الصالح والثواب ونفس المال، والمراد هنا الأمانة والقدرة على التكسب وهما ليستا عملاً صالحاً ولا ثواباً ولا مالاً حقيقةً، وإنما يكون الكسب 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 - مجاز أيضاً. وحينئذٍ بإطلاقه عليهما أو على أحدهما موقوف على النقل، وهو موجود في إرادتهما وإرادة الثاني منهما دون الأول، فكان العمل به متعيناً. وحيث يُفقد الشرطان أو الأول تكون مباحةً ولا يكره؛ للأصل. وقيل: يكره حينئذٍ^٣. وقواه في المبسوط^٤.

قوله: «وليست عتقاً بصفة ولا بيعاً للعبد من نفسه» إلى آخره.

اختلف العلماء في الكتابة هل هي عتق بعوض أو بيع للعبد من نفسه أو معاملة مستقلة؟ ومنشأ الخلاف وجود خواصّ بعض كلّ من الأمرين، ويشتركان في حصول العتق بالعوض. وتظهر الفائدة في لحوق جميع أحكام ما يجعل منه كالخيار، ووقوعها بلفظ البيع والعتق بالعوض.

١. العاديات (١٠٠): ٨.

٢. البقرة (٢): ١٨٠.

٣. حكاة الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٤٤٥ - ٤٤٦ عن قوم.

٤. المبسوط، ج ٤، ص ٤٤٥ - ٤٤٦.

والأظهر أنها معاملة بين المولى والمملوك مستقلة تتبعها أحكام خاصة، ولا يلزم من مشاركتها لبعض في حكم أن يلحق به مطلقاً.

والقول بكونها بيعاً لأبي الصلاح^١ وابن إدريس^٢، والاستقلال مذهب الأكثر.

ووجه بعدها عن شبه البيع أنه يقتضي المغايرة بين البائع والمشتري والمبيع، وهنا المبيع هو المشتري، ويقتضي قبول المشتري للملك وهو منتف عن المملوك، وكون العوض ملكاً للمشتري والمعوّض ملكاً للبائع وهنا الأمران للمولى، إلى غير ذلك من المخالفات.

وأتى المصنّف بالفاء في قوله «فلو باعه نفسه»: ليفرّع بطلانه على كونها ليست بيعاً.

ووجه التفرّيع أن التعبير بالبيع يستتبع أحكامه، وقد عرفت تخلفها عن هذا العقد فلا يقع به^٣. خلافاً للشيخ فإنه في المبسوط مع اختياره أنها ليست بيعاً^٤ جوّز إيقاعها بلفظ البيع^٥؛ لإفادته المراد منها.

والأصح ما اختاره المصنّف لما تقدّم من أن البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى آخر، فلا بدّ من تحقّق إضافة الملك بين المشتري والمبيع؛ لتوقّف الإضافة على تغيّر المضامين، وهنا ليس كذلك، ولأنّ ملك العبد يتوقّف على حرّيته، وحرّيته موقوفة على تملكه، فيدور، ولأنّ السيّد لا يبيع عبده، ومن ثمّ لا يصحّ بيعه مالاً آخر قولاً واحداً. وعلى القول بصحة البيع يثبت المال في ذمته ويعتق في الحال كما لو أعتقه على مال.

وقوله «ولا يثبت مع الكتابة خيار المجلس» متفرّع أيضاً على كونها ليست بيعاً، فينتفي عنها حكمه، ومن جعلها بيعاً لزمه لحوق الخيار.

١. الكافي في الفقه، ص ٣١٨.

٢. السرائر، ج ٣، ص ٢٦.

٣. تقدّم آنفاً.

٤. المبسوط، ج ٤، ص ٤٤٦.

٥. المبسوط، ج ٤، ص ٤٩٧.

وربما فهم بعضهم من كلام الشيخ في المبسوط أنّ الخيار منتفٍ هنا وإن جعلناها بيعاً، وجعل ذلك وارداً على من جعلها بيعاً^١.

وليس كذلك، وإنما فرّع الشيخ ما ذكره من انتفاء الخيار وغيره على مذهبه فقال:

الكتابة تفارق البيع من وجوه: أحدها: أنّ الكتابة لا بدّ فيها من أجل، والبيع لا يفتقر إليه.

ومنها: أنّ الكتابة يمتدّ فيها خيار العبد، والبيع لا يمتدّ فيه خيار الشرط.

ومنها: أنّ البائع يشترط لنفسه الخيار، والسيد لا يشترط في عقد الكتابة. ويتفقان في أنّ

الأجل فيها لا بدّ أن يكون معلوماً، ولا يصحّ كلّ واحد منهما إلّا بعوض معلوم^٢.

والمراد بقوله «إنّ الكتابة لا بدّ فيها من أجل، والبيع لا يفتقر إليه» أنّ البيع من حيث هو

لا يفتقر إلى الأجل، وإلّا فإنّ السلم منه مفتقر إليه، فلتكن الكتابة كذلك إن اعتبرنا فيها

الأجل، وبينهما مناسبة في ذلك من حيث إنّ السلم يقع على ما يتجدّد ولا يكون موجوداً

حال العقد فناسبه اشتراط الأجل، وذهب بعضهم إلى عدم اشتراطه^٣.

والمكاتبة كذلك من حيث إنّ المملوك عاجز عن الوفاء في الحال بناءً على أنّه لا يملك

شيئاً فناسبه الأجل، وذهب بعضهم إلى عدم اشتراطه^٤، فالفرق بينها وبين البيع بذلك غير جيّد.

وقوله «إنّ الكتابة يمتدّ فيها خيار العبد» مبنيّ على أنّها جائزة من قبله، وسيأتي الكلام

فيه^٥، والبيع يشاركها في ذلك بالنسبة إلى خيار المجلس حيث يمتدّ المجلس بين المتبايعين

من غير تقدير، وفيما لو شرط الخيار لنفسه مدةً يقطع بعدم بقائه إليها فيمتدّ خيار الشرط.

وأما الفرق الثالث فإنّه متفرّع على عدم كونها بيعاً، ومن جعلها بيعاً لا يلزمه ذلك؛ عملاً

بعموم ما دلّ على ثبوت ذلك في البيع^٦.

١. لم نظفر على قائله.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٤٤٦.

٣. قاله العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٢.

٤. قاله ابن إدريس السرائر، ج ٣، ص ٣٠.

٥. يأتي في ص ٤٤٣.

٦. راجع وسائل الشريعة، ج ١٨، ص ١٦ و١٨، الباب ٦ و٧ من أبواب الخيار.

● ولا يصحّ من دون الأجل على الأشبه. ويفتقر ثبوت حكمها إلى الإيجاب والقبول.

قوله: «ولا يصحّ من دون الأجل على الأشبه. ويفتقر ثبوت حكمها إلى الإيجاب والقبول».

اختلف العلماء في اشتراط الأجل في الكتابة، فاعتبره الأكثر منهم الشيخ في المبسوط^١ وأتباعه^٢ والمصنّف وأكثر المتأخّرين؛ لوجهين:

أحدهما: أتباع السلف من عهد النبي ﷺ وبعده؛ فإنهم لا يعقدون الكتابة إلا على عوض مؤجل، فكان إجماعاً.

الثاني: أنّه على تقدير الحلول تتوجّه المطالبة في الحال وهو عاجز عن الأداء حينئذٍ، فيكون كالسلم في شيء لا يوجد عند المحلّ، فلا بدّ من ضرب أجل له؛ لئلا تتطرّق الجهالة الداخلة في الغرر المنهيّ عنه^٣.

وفيها نظر؛ لمنع الإجماع على ذلك، ونقل أفراد خاصّة لا يقتضي كون جميع ما وقع كذلك، سلّمنا لكن لا يلزم من ذلك بطلان غيره، فإنّ الإجماع المعتبر في مثل ذلك أنّفاهم على بطلان المتنازع لا عدم استعمالهم له. ولا يلزم من عدم ملكه في الحال - على تقدير تسليمه - عجزه عن الإيفاء مطلقاً؛ لإمكان ملكه عاجلاً ولو بالاقتران كسراء من لا يملك شيئاً من الأحرار، وقد يوصى له بمال لو قبل الكتابة ويموت الموصي قبل عقد الكتابة، أو يوهب منه عقيب العقد، أو يتبرّع عنه متبرّع، فلا يتحقّق العجز. وقد يفرض جريان العقد على قدر من الملح وهما على مملحة فيمكنه تسليم الملح عقيب عقد الكتابة، فلا يلزم بطلان الحال قطعاً.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٤٤٦.

٢. الوسيلة، ص ٣٤٤؛ إصباح الشيعة، ص ٤٧٦.

٣. عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج ٢، ص ٥٠، الباب ٣، ح ١٦٨؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٥، ص ٥٥٢، ح ١٠٨٤٦.

● ويكفي في المكاتبه أن يقول: «كاتبك» مع تعيين الأجل والعوض. وهل يفترق إلى قوله «فاذا أديت فأنت حر» مع نيّة ذلك؟ قيل: نعم، وقيل: بل يكتفى بالنيّة مع العقد، فاذا أدّى عتق سواء نطق بالضميمة أو أغفلها. وهو أشبه.

وأجيب عنه بأن قبول الوصيّة والهبة لا بدّ وأن يتأخّر عن قبول الكتابة فيكون العوض لازماً قبل القدرة والتمكّن، وقد لا يتيسّر القبول. والملح لا يملك ما لم يأخذه، والأخذ متأخّر عن الكتابة وقد يعوق عنه عائق.

والحقّ أنّ مثل هذا لا يقدر في صحّة العقد، ومن ثمّ ذهب الشيخ في الخلاف^١، وابن إدريس^٢ إلى جوازها حاله؛ للأصل، وعموم قوله تعالى: «فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا»^٣، خصوصاً على القول بكونها بيعاً أو عتقاً بعوض، فإنهما لا يتوقّفان على الأجل، وإنما يجيء القولان على كونها مستقلة. ولو ملك شقصاً من عبد باقيه حرّ فكاتب ما يملكه منه حالاً، ففي صحّتها وجهان يلتفتان على الوجهين السابقين، فعلى الأوّل لا يصحّ؛ اتّباعاً لما جرى عليه الأوّلون، وعلى الثاني يجوز؛ لأنّه قد يملك ببعضه الحرّ ما يؤدّبه، فلا يتحقّق العجز في الحال.

ويصحّ البيع من المعسر؛ لأنّ الحرّيّة مظنّة القدرة، وإن لم يملك شيئاً آخر فإنه يقدر على أداء الثمن من المبيع.

وحيث يعتبر الأجل أو أريد اشترط ضبطه كأجل النسيئة. ولا يشترط زيادته عن أجل عندنا؛ لحصول الغرض منه. ولو قصر الأجل إلى حدّ يتعدّد حصول المال فيه عادةً بطل على الثاني دون الأوّل.

قوله: «ويكفي في المكاتبه أن يقول: «كاتبك» مع تعيين الأجل والعوض» إلى آخره. لا بدّ لهذه المعاملة من عقد مشتمل على لفظ مفيد للمعنى المراد منه كظنّاره من عقود

١. الخلاف، ج ٦، ص ٣٨٣، المسألة ٥.

٢. السرائر، ج ٣، ص ٣٠.

٣. النور (٢٤): ٣٣.

المعاملات. والقدر المتفق على صحته أن يقول له: «كاتبك على ألف درهم - مثلاً - تؤدّيه في نجمين أو أكثر، في كلّ نجم كذا، فإذا أدّيت فأنت حرّ» فيقول: «قبلت».

ولو لم يصرّح بتعليق الحرّية بالأداء ولكن نواه بقلبه ففي صحته قولان:

أحدهما: نعم، وهو قول الشيخ في المبسوط^١ والمصنّف؛ لأنّ الكتابة دالّة على ذلك والتحرير غايتها، فلا يجب ذكرها كغيرها من غايات العقود، خصوصاً لو جعلنا الكتابة بيعاً للعبد من نفسه؛ لأنّه مقتضى للتعق فلا يفتقر إلى لفظٍ آخر. وإنما افتقر إلى النية؛ لأنّ لفظ «الكتابة» مشترك بين المراسلة والمخارجة، فأشبهت الكتابة المشتركة المعنى، فافتقرت إلى انضمام القصد إلى اللفظ، وهذا قصد آخر غير القصد المعتبر في سائر العقود المميّز عن عقد النائم والساهي، كما تقدّم تقريره مراراً^٢.

والثاني - وإليه ذهب في الخلاف^٣، وهو الظاهر من كلام ابن إدريس^٤ - اشتراط التلفّظ بقوله «فإذا أدّيت فأنت حرّ»؛ لما عرفت من اشتراك لفظ «المكاتبة» بين الأمرين وبين الشرعيّة، فلا بدّ من مائز باللفظ يخرجها عن الاشتراك إلى الصريح. وفيه نظر؛ لأنّ مفهومها الشرعي معلوم، والإطلاق منزّل عليه.

ويتخرّج في المسألة قول ثالث، وهو عدم اشتراط القصد الخاصّ إلى اللفظ كغيره من الألفاظ الصريحة في معناها؛ لأنّ اعتبار القصد المدعى في الاكتفاء باللفظ الأوّل يوجب عدم الاكتفاء به عند من لا يسوّغ الكنايات ويعتبر اللفظ الصريح، فإن كان صريحاً لم يفتقر إلى القصد المميّز، وإلّا لم يكف وإن ضمّ إليه.

وقريب من هذا الخلاف ما تقدّم في التدبير من الاكتفاء بقوله: «أنت مدبر»^٥.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٤٤٧.

٢. تقدّم في ج ٣، ص ٦٠.

٣. الخلاف، ج ٦، ص ٣٨٤، المسألة ٧.

٤. السرائر، ج ٣، ص ٢٦.

٥. تقدّم في ص ٣٩٠.

● والكتابة قسماً: مشروطة، ومطلقة.

فالمطلقة: أن يقتصر على العقد وذكر الأجل وال عوض والنية.
والمشروطة: أن يقول مع ذلك: «فإن عجزت فأنت ردّ في الرق» فمتى عجز كان للمولى ردّه رقاً، ولا يعيد عليه ما أخذ.

وتخريج القولين فيهما على أنهما مشتهران في معنيهما اشتهار البيع والهبة وسائر العقود في معانيها، فيكونان صريحين لا يفتقران إلى ضمنية ولا قصد يخصّصهما، ودعوى خفاء معنيهما عند العامة ولا يعرفهما إلاّ الخواصّ فكانا كنايةً.

وبعضهم فرّق بين اللفظين واكتفى في التدبير بلفظه دون الكتابة. وجهة فرقه وجهان: أحدهما: أنّ التدبير ظاهر المعنى مشهور عند كلّ أحد، والكتابة بمعناها لا يعرفها إلاّ الخواصّ.

والثاني: أنّ التدبير كان معروفاً في الجاهليّة في معناه، والشرع قرّره، ولا يستعمل في معنى آخر، والكتابة تقع على العقد المعلوم وعلى المخارجة، وهي أن توظّف على العبد الكسوب كلّ يوم خراجاً ولا يعتق به، فلا بدّ من التمييز باللفظ أو النية.

ومذهب المصنّف في الموضوعين راجع إلى هذا الفرق، إلاّ أنّ فيه ما تقدّم من الاجتزاء بما هو في معنى الكتابة منضماً إلى ما يعتبر فيها من القصد^١، وهو لا يوافق قاعدة الأصحاب، وإنّما اللازم منه عندهم وجوب الضمنية لفظاً ليكون صريحاً.

قوله: «والكتابة قسماً: مشروطة، ومطلقة. فالمطلقة: أن يقتصر على العقد» إلى آخره. مستند الفرق بين القسمين الأخبار الصحيحة الدالّة عليها من طرقنا، كصحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إنّ المكاتب إذا أدّى شيئاً أعتق بقدر ما أدّى، إلاّ أن يشترط مواليه إن عجز فهو مردود فلهم شرطهم»^٢.

١. تقدّم في ص ٤٣٤ - ٤٣٥.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨٦، باب المكاتب، ح ٦: تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٦، ح ٩٧٠.

● وحدّ العجز أن يؤخّر نجماً إلى نجم، أو يعلم من حاله العجز عن فكّ نفسه. وقيل: أن يؤخّر نجماً عن محلّه، وهو مروى.

وعند العامة أنّها قسم واحد^١، وهو المشروطة عندنا، فلا يعتق إلاّ بأداء جميع المال، لقوله ﷺ: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»^٢.

قوله: «وحدّ العجز أن يؤخّر نجماً إلى نجم» إلى آخره.

إذا عجز المكاتب عن مال الكتابة أو بعضه جاز للمولى الفسخ في الجملة، لكن إن كانت مشروطة رجع رقاً بالعجز ولو عن درهم من آخر المال. وإن كانت مطلقة وكان عجزه عن النجم الأوّل فكذلك. وإن كان عن غيره أو عن بعضه بعد أن أدّى شيئاً أفاد الفسخ عود ما بقي منه رقاً، واستقرّ عتق مقدار ما أدّى، فاحتيج إلى معرفة العجز المسوّغ للفسخ في القسمين، وإن كان مقتضى عبارة المصنّف والأكثر أنّ البحث عن عجز المشروط خاصّة.

وقد اختلف الأصحاب في حدّه، فذهب الشيخ في النهاية^٣، وأتباعه^٤ إلى أنّ حدّه تأخير نجم إلى نجم آخر، بمعنى تأخير مال أجل إلى أن يحلّ أجل آخر ويجتمع مالان على الحلول، سواء كان ذلك التأخير بسبب العجز عنه أو بالمطل أو بالغيبة بغير إذن المولى.

وإطلاق اسم العجز على هذا الشقّ مجاز باعتبار قسيمه، ولمشاركته العجز في المعنى. أو يعلم من حاله العجز بعد حلول النجم عن أدائه وإن لم يؤخّر إلى نجم آخر. وذهب جماعة منهم المفيد^٥، والشيخ في الاستبصار^٦ وابن إدريس^٧، وكثير من

١. راجع الحاوي الكبير، ج ١٨، ص ١٤٠ - ١٤١؛ وروضة الطالبين، ج ٨، ص ٤٦٦؛ وحلية العلماء، ج ٦، ص ٢١٧.

٢. تقدّم تخريجه في ص ٤٢٨، الهامش ٣.

٣. النهاية، ص ٥٤٩.

٤. المهذب، ج ٢، ص ٣٧٦؛ إصباح الشيعة، ص ٤٧٧؛ فقه القرآن، ج ٢، ص ٢١٦.

٥. المقنعة، ص ٥٥١.

٦. الاستبصار، ج ٤، ص ٣٥، ذيل الحديث ١١٧.

٧. السرائر، ج ٣، ص ٢٧.

.....

المتأخرين إلى أن حذّه تأخير النجم عن محلّه، سواء بلغ التأخير نجماً آخر أم لا، وسواء علم من حاله العجز أم لا، حتّى لو كان قادراً على الأداء فمطل به جاز الفسخ إذا أخره عن وقت حلوله ولو قليلاً.

وفي المسألة أقوال أخر شاذة أعرضنا عن ذكرها كما أعرض عنها المصنّف.

حجّة الشيخ على القول الأول رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام أن عليّاً عليه السلام كان يقول: «إذا عجز المكاتب لم تردّ مكاتبته في الرقّ ولكن ينتظر عاماً أو عامين، فإن أقام بمكاتبته والآرد مملوكاً»^١.

وجه الدلالة أنّه عليه السلام نفى ردّه قبل العام وهو النجم الآخر، وقوله: «أو عامين» محمول على الندب. ثمّ نقول: إذا علم من حاله العجز كان التأخير عبثاً؛ لأنّه لرجاء القدرة، فإذا علم عدمها انتفت فائدته.

ولا يخفى ضعف هذه الحجّة دلالةً وسنداً. أمّا السند فظاهر. وأمّا الدلالة؛ فلأنّ النجم الثاني لا يلزم أن يكون عاماً، ولا في الكلام إشعار به، بل يجوز كونه أكثر منه فيقتضي جواز الفسخ قبل حلول النجم الآخر، وقد يكون أقلّ منه فلا يجوز بعد حلول الثاني أيضاً. ثمّ لم يفرّق فيها بين أن يعلم من حاله العجز وعدمه. وما ذكر من عدم الفائدة في الصبر على تقديره ممنوع؛ لأنّ المعترف في مثل هذا الظنّ الغالب؛ لتعذّر العلم الحقيقي، ويمكن وقوع خلاف الظنّ ببذل أحد له تبرّعاً أو من الزكاة أو نحو ذلك. ويمكن حمل الرواية على الندب بقرينة التخيير بين العام والعامين وكونهما أعمّ من مقدار نجم.

والمصنّف لم يسند هذا القول إلى الرواية؛ ولعلّه لما ذكرناه، وإتّما أسند القول الثاني إليها، والمراد بها صحيحة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن حدّ العجز فقال: «إنّ قضاتنا يقولون: إنّ عجز المكاتب أن يؤخّر النجم إلى النجم الآخر حتّى يحول عليه الحول»،

قلت: فما تقول أنت؟ فقال: «لا، ولا كرامة، ليس له أن يؤخر نجماً عن أجله إذا كان ذلك في شرطه»^١.

وروى معاوية بن وهب أيضاً - في الصحيح - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مكاتبه أدت ثلثي مكاتبها وقد شرط عليها إن عجزت فهي ردّ في الرق، ونحن في حلّ ممّا أخذنا منها وقد اجتمع عليها نجمان، قال: «تردّ ويطيب لهم ما أخذوا»، وقال: «ليس لها أن تؤخر النجم بعد حلّه شهراً واحداً إلا بإذنهم»^٢.

وهاتان الروايتان ليستا نصّاً في المطلوب بل ظاهرهما ذلك؛ لأنّ قوله في الأولى: «ليس له أن يؤخر نجماً عن محلّه» وفي الثانية مثله، لا يدلّ على جواز الفسخ بذلك، لكنّه هو الظاهر بقريته السابق، والإنكار على قول من حكى عنه خلافه. وأيضاً فقوله في الأولى «إذا كان ذلك من شرطه» يقتضي أنّه شرط عليه التعجيل بتأخير النجم عن محلّه، ولا نزاع في جواز الفسخ مع الشرط إنّما الكلام مع الإطلاق.

ويمكن أن يحتجّ للقول الأوّل بالرواية الثانية حيث دلّت صريحاً على جواز الفسخ بتأخير نجم إلى نجم في قوله: وقد اجتمع عليها نجمان، قال: «تردّ ويطيب لهم ما أخذوا»، ولا دليل صريحاً على جواز الفسخ قبل ذلك، بل على تحريم تأخير الأداء، ولا كلام فيه؛ لأنّ ذلك مقتضى الدين بعد حلوله. ويبقى حكم ما إذا علم من حاله العجز مستفاداً ممّا اعتبره له سابقاً.

وهذا أجود من الاستدلال له برواية إسحاق بن عمّار؛ لصحّة هذه وضعف تلك^٣، وظهور دلالة هذه دونها.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٨٥ - ١٨٦، باب المكاتب، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٥ - ٢٦٦، ح ٩٦٨؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٣ - ٣٤، ح ١١٣.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨٧، باب المكاتب، ح ٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٦، ح ٩٧١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٤، ح ١١٤.

٣. راجع خلاصة الأقوال، ص ٣١٧، الرقم ١٢٤٤.

ولعلّ نسبة المصنّف القول الثاني إلى الرواية وإشعار تصديره بالحكم بالقول الأوّل ناشئ عمّا ذكرناه، وإلّا لم يمكن العدول عن الرواية الصحيحة إلى غيرها.
ثمّ تنبّه في العبارة لأمر:

الأوّل: أنّه قبل حلول النجم لا يصحّ الفسخ - سواء علم من حاله العجز أم لا - إجماعاً، فإطلاقه جواز الفسخ مع العلم المذكور وجعله قسيماً لتأخير النجم عن محلّه مقيدٌ بحلول النجم، وبهذا يظهر أنّه يصلح قسيماً للقول بأنّه تأخير النجم إلى نجم آخر؛ لتحقّق المغايرة بينهما، ولا يجوز جعله قسيماً للقول الثاني وهو تأخير النجم عن محلّه؛ لأنّه على هذا القول إذا أخره عن محلّه ولو لحظةً جاز الفسخ لذلك وإن لم يعلم من حاله العجز وقبله لا يجوز كما ذكرناه؛ فلذلك جعل قسيماً للأوّل دون الثاني.

ولكن اتّفق للعلامة في الإرشاد جعله قسيماً للثاني، ونقله كذلك قولاً فقال: وحدّه تأخير النجم عن محلّه على رأي أو يعلم من حاله العجز^١.

وهو فاسد الوضع من وجوه:

منها: ما ذكرناه من عدم المغايرة بينهما.

ومنها: أنّه ليس قولاً لأحد، وإنما التردد بين الأمرين قول الشيخ في النهاية، وقد جعله فيها قسيماً لتأخير النجم إلى نجم آخر^٢ كما حكاه المصنّف، وكذلك نقله العلامة على الصواب في سائر كتبه^٣ غير الإرشاد.

ومنها: أنّه جعله قسيماً للقول المقرون بالرأي، وعادته أنّه إذا فعل ذلك لا يكون في القسم خلافاً^٤، فيقتضي أن يكون الفسخ مع العلم بالعجز جائزاً بغير خلاف. وليس كذلك،

١. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٧٦.

٢. النهاية، ص ٥٤٩.

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٣٣؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٨٠، الرقم ٥٨٠٤؛ مختلف الشيعة، ج ٨،

ص ١١٤، المسألة ٦٨.

٤. هكذا في النسخ الموجودة، والصحيح: «خلاف».

بل لم يقل به إلا أصحاب القول الأول كما نقلناه.

الثاني: قوله «أو يعلم من حاله العجز عن فك نفسه» ليس بمعتبر في الحكم، بل يكفي العلم بالعجز عن أداء النجم الذي قد حلّ وإن لم يحصل به فك نفسه تماماً، ولكنه تبع معنى كلام الشيخ في النهاية، فإنه عبّر بالعلم بأنه لا يقدر على فك رقبتة، ووجه التعبير بذلك: أنهم فرضوا الحكم في المشروط، وبعبارة عن قليل من المال لا ينفك شيء من رقبتة كما تقرّر، وإنما يختلف الحكم في المطلق، فإنه إذا عجز عن نجم يفسخ فيما قابله وإن كان قد فك أكثر الرقبة. وقد أحسن ابن الجنيّد حيث قال:

إن شرط رقه إن عجز عن شيء من المال استرق متى عجز عن أداء نجم أو بعضه في وقته. ولو قال: إن عجز عن نجم من نجومه، فبقي عليه بعض النجم الأخير لم يرجع رقا. وكذلك إن تأخر عن بعض نجم إلى أن يؤديه مع الذي يليه^١.

الثالث: موضع الخلاف ما إذا لم يشترط عليه التعجيز بشيء بعينه، فلو شرط عند تأخير النجم عن محله، أو عند تأخيره إلى نجم آخر، أو إلى نجمين فصاعداً، أو إلى مدّة معيّنة أتبع شرطه، وإنما الخلاف مع الإطلاق. وكذا لو شرط غير ذلك من الشروط الساتفة.

الرابع: المراد بـ«الحدّ» هنا العلامة والسبب، لا الحدّ المصطلح، وإنما ذكره المصنّف وغيره^٢ تبعاً لوروده في النصوص^٣. وبـ«العلم» في قوله «أو يعلم من حاله العجز» الظنّ الغالب المستند إلى قرائن الأحوال. والمعتبر ظنّ الحاكم عند التنازع، وظنّ المولى بالنسبة إلى ما بينه وبين الله تعالى حيث لا يقع النزاع.

الخامس: يطلق النجم غالباً على الأجل وأصله الوقت، ومنه في الحديث: «هذا إبان نجومه»^٤، يعني النبي ﷺ، أي وقت ظهوره. ويقال: كان العرب لا يعرفون الحساب ويبنون

١. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١١٣، المسألة ٦٨.

٢. كالشيخ في النهاية، ص ٥٤٩، والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٨٠، الرقم ٥٨٤٠.

٣. راجع ص ٤٣٩، الهامش ١ و٢.

٤. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ١، ص ١٧، «أبن».

- ويستحب للمولى مع العجز الصبر عليه.
- والكتابة عقد لازم، مطلقاً كانت أو مشروطةً. وقيل: إن كانت مشروطةً فهي جائزة من جهة العبد؛ لأن له أن يعجز نفسه. والأول أشبه.
- ولا نسلم أن للعبد أن يعجز نفسه، بل يجب عليه السعي، ولو امتنع يجبر. وقال الشيخ (رحمه الله): لا يجبر.
- وفيه إشكال من حيث اقتضاء عقد الكتابة وجوب السعي، فكان الأشبه الإيجابار. لكن لو عجز كان للمولى الفسخ.

أمرهم على طلوع النجوم والمنازل، فيقول أحدهم: إذا طلع نجم الثريا أديت حقك، فسميت الأوقات نجومياً، ثم أطلق على المال المجعول عليه في ذلك الأجل، وهذا هو المراد هنا. قوله: «ويستحب للمولى مع العجز الصبر عليه».

لما فيه من إعانتة على التخلص من الرق، وإنظار المعسر بالدين؛ لأنه عليه بمنزلة الدين، ولرواية جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن المكاتب يشترط عليه إن عجز فهو رد في الرق فعجز قبل أن يؤدّي شيئاً، فقال أبو جعفر عليه السلام: «لا يردّه في الرق حتى يمضي له ثلاث سنين»^١، بحمله على الاستحباب^٢. وغيره من الأخبار^٣.

قوله: «والكتابة عقد لازم، مطلقاً كانت أو مشروطةً» إلى آخره. اختلف الأصحاب في لزوم عقد الكتابة وجوازه على أقوال: أحدها: أنها لازمة مطلقاً، ذهب إليه المصنّف وجملة المتأخرين^٤؛ لأنها عقد، والأصل

١. الفقيه، ج ٣، ص ١٢٥، ح ٣٤٧٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٧، ح ٩٧٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٤، ح ١١٦.

٢. كما حمله الشيخ في ذيل الحديث.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٦-٢٦٧، ح ٩٧٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٤، ح ١١٥.

٤. كالعلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٢٣، المسألة ٧٤؛ والشهيد في اللمعة الدمشقية، ص ٢٦٧ (ضمن

موسوعة الشهيد الأول، ج ١٣)؛ والسيوري في التنقيح الرائع، ج ٣، ص ٤٧٠.

في العقود لزوم؛ لعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^١، ولا يتحقق امتثال الأمر إلا على تقدير اللزوم؛ إذ الجائز لا يجب الوفاء به قطعاً.

وما قيل: من أن الأمر مختصّ بالعقود اللازمة؛ للإجماع على أن مثل عقد الوديعة والعارية والوكالة لا يجب الوفاء به، أو أن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم أو جواز، فلا تصلح الآية للاحتجاج في مواضع النزاع.

فيه: أن المأمور بالوفاء به عام؛ لأنه جمع محلي، فيدلّ على وجوب الوفاء بالجميع، وخروج الجائزة بدليل من خارج يبقي العام حجة في الباقي، وذلك لا يوجب القول بأن المراد من الآية ابتداء العقود اللازمة.

وأما حمله على التزام حكمه من لزوم وجواز فهو خلاف الظاهر، وإنما مقتضى الوفاء به الاستمرار عليه والعمل بموجبه، وذلك يوجب السعي على المكاتب في وفاء مال الكتابة وأدائه إلى المولى حيث يمكن، فليس له أن يعجز نفسه اختياراً؛ لأنه منافٍ للوفاء بالعقد والعمل بمقتضاه.

وثانيها: أنها لازمة من طرف السيد جائزة من طرف العبد مطلقاً. وهو قول الشيخ في الخلاف^٢؛ واحتجّ عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم على أن المكاتب متى عجز كان لمولاه رده في الرق إذا كانت الكتابة مشروطة. ولا يخفى فساد الدليل وعدم إفضائه إلى المطلوب. وربما حمل قوله على أن المراد بالكتابة المشروطة بقريته الدليل.

وفي التحرير ادعى الإجماع على لزوم المطلقة^٣، وهو مبني على تخصيص قول الخلاف. ويمكن الاحتجاج لجوازها في القسمين من طرف المكاتب بأن الحظ في الكتابة للعبد، فلا يتمكن السيد من إسقاط ما أثبتته من الحق والحظ وصاحب الحظ بالخيار في حقه.

١. المائدة (٥): ١.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٣٩٣ - ٣٩٤، المسألة ١٧.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٢٤، الرقم ٥٦٩٩.

وهذا كما أنّ الرهن جائز من جهة المرتهن لازم من جهة الراهن. وبأنّ الكتابة تتضمن تعليق العتق بصفة في العبد، والتعليق يلزم من جهة المعلق، والعبد لا يلزمه الإتيان بالصفة المعلق عليها، وهذان الدليلان شاملان للمطلقة والمشروطة.

وثالثها: لزوم المطلقة من الطرفين والمشروطة من طرف المولى. وهو قول الشيخ في المبسوط، فإنّه بعد أن حكى خلاف قوم أنّها لازمة من جهة المولى وجائزة من جهة العبد وآخرين أنّها لازمة مطلقاً قال:

والذي يقتضيه مذهبنا أنّ الكتابة إن كانت مطلقة فهي لازمة من الطرفين وليس لأحدهما فسخ، وإن كانت مقيدة فهي لازمة من جهة السيّد وجائزة من جهة العبد، فإن عجز لم يجبر على الاكتساب^١.

وإلى هذا ذهب ابن إدريس أيضاً^٢.

ووجهه ما أشار إليه الشيخ في الخلاف من جواز ردّه في الرقّ مع عجزه^٣، فدلّ على أنّ له تعجيز نفسه، وإلّا لوجب عليه التكبّس ولم يجزى ردّه.

ولا يخفى ضعفه، فإنّ جواز ردّه في الرقّ مع عجزه لا يدلّ على جواز تعجيزه نفسه اختياراً، وإنّما يدلّ على أنّه مع العجز حقيقة عن أداء ما عليه يجوز فسخها، وهذا لا نزاع فيه.

وبالجملة فالقول بلزومها يستلزم عدم جواز تعجيز نفسه ووجوب سعيه في وفاء دينه كغيره، والقائل بجوازها يجوّزه، فلا يجوز الاستدلال بالجواز على الجواز ولا باللزوم على اللزوم؛ لأنّه المتنازع.

ويتفرّع عليه إجباره مع الامتناع من السعي وعدمه، فإن قلنا باللزوم أجبر عليه - كما يجبر على التكبّس اللائق بحاله في وفاء الدين - وإن قلنا بالجواز لم يجبر.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٤٦٥.

٢. السرائر، ج ٣، ص ٢٩.

٣. الخلاف، ج ٦، ص ٣٩٤، المسألة ١٧.

● ولو اتفقا على التقايل صحّ.

وقول المصنّف في تحليل الإجماع «إنّ عقد الكتابة اقتضى وجوب السعي» قريب من استدلال الشيخ على الجواز بجواز تعجيزه نفسه؛ فإنّ الشيخ لا يسلمّ اقتضاء عقد الكتابة لوجوب السعي، وإنّما يسلمّه من يقول بلزومه من طرف المكاتب، فالأقتضاء وعدمه متفرّع على اللزوم والجواز؛ لجواز التعجيز وعدمه، وكأنّ المصنّف (رحمه الله) أراد بذلك أنّ الأمر العامّ بالوفاء بالعقد أوجب السعي، فأخذ المدلول وجعله دليلاً.

ورابعها: جواز المشروطة من الطرفين والمطلقة من طرف المكاتب خاصّة. وهو قول ابن حمزة^١.

وهو قول غريب لا شاهد له في الأخبار ولا الاعتبار، ولا يؤثر عن أحد من أصحاب الأقوال، مع مخالفته للأصل من لزوم العقد خصوصاً من طرف من لا حظّ له في العتق. واعلم أنّ المراد بالجواز من طرف المكاتب خاصّة أنّه لا يجب عليه السعي في مال الكتابة، ولا أداؤه على تقدير وجوده معه، بل له أن يعجز نفسه ويمتنع من تحصيل صفة العتق، فلمولى حينئذٍ أن يفسخ العقد وله أن يصبر. وليس المراد بجوازه ما هو المعهود في غيره من العقود من أنّ له فسخ العقد.

وللشيخ في المبسوط قول آخر في تفسير الجواز، وهو:

أنّه لا يلزمه التكبّب له وإن قدر عليه، لكن لو كان معه مال وجب عليه دفعه، وأجبر على أدائه مع الامتناع كمن عليه دين وهو موسر^٢.

ومعنى لزومها من الطرفين أنّه ليس لواحدٍ منهما فسخها بنفسه كغيرها من العقود اللازمة، ومع ذلك قد يجوز فسخها للمولى على تقدير عجز المكاتب عن الاكتساب أو قدرته وتركه له، مع عدم إمكان إجباره عليه إلى أن يحصل الحدّ المجوّز للفسخ كما مرّ^٣.

قوله: «ولو اتفقا على التقايل صحّ».

١. الوسيلة، ص ٣٤٥.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٤٦٥.

٣. مرّ في ص ٤٣٧.

- وكذالو أبرأه من مال الكتابة. وينعتق بالإبراء.
- ولا تبطل بموت المولى. وللوارث المطالبة بالمال، وينعتق بالأداء إلى الوارث.
- ويعتبر في الموجب البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، وجواز التصرف. وهل يعتبر الإسلام؟ فيه تردد، والوجه عدم الاشتراط.

المراد أنّ هذا العقد قابل للتقاييل؛ لأنّه عقد معاوضة من الجانبين وإن كان فيه شائبة العبادة بالعتق الذي لا يقبل التقاييل، فإنّ العتق إنّما جاء في ضمن العقد وحصل بطريق المعاوضة كبيع القريب.

قوله: «وكذالو أبرأه من مال الكتابة. وينعتق بالإبراء».

الإبراء من مال الكتابة بمنزلة قبضة يوجب العتق. وعطف حكمه على حكم التقاييل ليس بجيد؛ لأنّ التقاييل يوجب انفساخ العقد، والإبراء يوجب تماميته بما هو بمنزلة أداء المال، لكنّهما لمّا اشتركا في ارتفاع حكم الكتابة عطفه عليه لذلك.

قوله: «ولا تبطل بموت المولى. وللوارث المطالبة بالمال، وينعتق بالأداء إلى الوارث». من حكم العقد اللازم أن لا يبطل بموت المتعاقدين، وذلك يتمّ في طرف موت المولى مطلقاً. وحينئذٍ فينتقل حقّ الكتابة من المال والتعجيز وما يترتّب عليه من الفسخ إلى الوارث، فإن أدّى إليه المال عتق وإلّا كان حكمه كالمرث. وأمّا موت المكاتب فسيأتي حكمه بخلاف ذلك!

قوله: «يعتبر في الموجب البلوغ وكمال العقل والاختيار» إلى آخره.

لا شبهة في اعتبار كمالية المولى؛ لأنّه تصرف مالي. وأمّا إسلامه ففي اعتباره قول مرتّب على أنّه عتق بعوض، وأنّ العتق لا يقع من الكافر. والمقدّمات ممنوعتان. وقد تقدّم البحث فيهما^٢.

١. يأتي في ص ٤٦٤.

٢. تقدّم في ص ٣٢٠-٣٢١ و٤٣٠.

● فلو كاتب الذمي مملوكه على خمر أو خنزير وتقابضا حكم عليهما بالتزام ذلك. ولو أسلما لم تبطل وإن لم يتقابضا، وكان عليه القيمة.

ثم إن كان المكاتب كافراً أيضاً فلا كلام؛ لأنّ يده تقرّ عليه بدون الكتابة. وإن كان مسلماً ففي صحّة كتابته له قولان، من حيث أنّه يجبر على نقله عن ملكه، والكتابة كما عرفت لا توجب الانتقال التامّ عن الملك؛ لأنّها متردّدة بين الخروج عنه والبقاء، وتتمام الخروج موقوف على أداء المال. ومن استلزامها رفع اليد في الجملة، وتشبّث المكاتب بالحرّيّة، ورفع الحجر عنه في كثير من الأعمال، خصوصاً إذا جعلناها بيعاً ولازمة من جهة المولى.

وربما فرّق بين المطلقة والمشروطة، فاكفي بالأولى دون الثانية؛ لأنّه لا يخرج في المشروطة عن الرقيّة إلاّ بأداء جميع المال، وهو معرض للعجز اختياراً أو اضطراراً. ويتفرّع على هذه الأقوال ما إذا كاتبه كافراً فأسلم قبل الأداء، وأولى بالاكْتفاء هنا؛ لأنّ الاستدامة أقوى من الابتداء. وعلى المنع من الاكْتفاء بها يحتمل هنا الجواز لذلك. والأقوى تساويهما حكماً. وعلى تقدير الاكْتفاء بها فعجز احتمال تسلّط المولى على الفسخ - فيباع عليه بعده - عملاً بمقتضى التعجيز، وعدم تخيّر هنا؛ لاستلزامه تملك المسلم اختياراً.

قوله: «فلو كاتب الذمي مملوكه على خمر أو خنزير وتقابضا» إلى آخره. إذا كاتب الذمي عبده على خمر أو خنزير ثمّ أسلما فإن كان ذلك بعد قبض العوض وقع العتق، ولا رجوع للسيد على العبد بشيء؛ لانفصال الأمر بينهما حال التزامهما به. وإن ترافعا قبل القبض لم يحكم بفسادها. ولا سبيل إلى الرجوع بالعين؛ لتحريمه في شرع الإسلام، فيرجع إلى القيمة؛ لأنّها أقرب شيء إليه، والمحرّم لم يفسد بل صحّ فيما بينهم؛ ولهذا لو قبضه لم يجب له غيره وإنما تعدّر الحكم به شرعاً، فوجب المصير إلى قيمته عند مستحليّه، كما جرى العقد على عين وتعدّر تسليمها.

وإن اتّفق ذلك بعد قبض البعض مضى في المقبوض ولزمه قيمة الباقي.

● ويجوز لوليّ اليتيم أن ي كاتب مملوكه مع اعتبار الغبطة للمولّى عليه. وفيه قول بالمنع.

● ولو ارتدّ ثمّ كاتب لم يصحّ؛ إمّا لزال ملكه عنه، أو لأنّه لا يقرّ المسلم في ملكه.

وقد سبق الكلام على نظيره في المهر وغيره وأنّ فيه قولاً بالسقوط^١؛ لأنّه رضي بالعوض المحرّم فيدّام عليه حكم رضاه، وقد تعذّر قبضه بالإسلام بالنسبة إلى المستحقّ عليه فسقطت المطالبة، لكن لم ينقلوه هنا مع أنّه وارد.

قوله: «ويجوز لوليّ اليتيم أن ي كاتب مملوكه» إلى آخره.

القول بالمنع للشيخ في المبسوط^٢؛ استناداً إلى أنّ الكتابة شبيهة بالتبرّع من حيث إنّها معاملة على ماله بماله، إذ المال المكتسب تابع للمملوك.

والأظهر الصحّة مع الغبطة، وهو قول الشيخ أيضاً في الخلاف^٣؛ لأنّ الوليّ موضوع لعمل مصالحه، وقد لا يحصل المال بدون المكاتب، بل هو الغالب. وكسبه بعد العقد ليس مالاً محضاً للمولى، وقبله ليس بموجود حتّى تكون المعاملة عليه.

ولصحيحة معاوية بن وهب قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّي كاتبت جاريةً لأيتام لنا، واشترطت عليها إن عجزت فهي ردّ في الرقّ وأنا في حلّ ممّا أخذت منك، قال، فقال: «لك شرطك»^٤.

وموضع الجواز ما إذا كان يبيعه جائزاً لحاجة اليتيم إليه ونحوه، وهو المعبرّ عنه بالغبطة، وإلّا لم يجزى كما هو قاعدة بيع مال اليتيم.

قوله: «ولو ارتدّ ثمّ كاتب لم يصحّ؛ إمّا لزال ملكه عنه، أو لأنّه لا يقرّ المسلم في ملكه».

١. تقدّم في ج ٦، ص ٣٦٢-٣٦٣.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٤٧٠.

٣. الخلاف، ج ٦، ص ٣٩٨، المسألة ٢٢.

٤. الكافي، ج ٦، ص ١٨٥-١٨٦، باب المكاتب، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٥، ح ٩٦٨؛ الاستبصار،

ج ٤، ص ٣٣، ح ١١٢.

● ويعتبر في المملوك البلوغ وكمال العقل؛ لأنه ليس لأحدهما أهلية القبول.

المرتد إن كان عن فطرة انتقل ملكه عنه ولم يقبل ملكاً متجدداً، فلا يتصور كتابته لعبد مسلم ولا كافر. وإليه أشار بالعلّة الأولى.

وإن كان عن ملة صار بحكم الكافر، فبياع المسلم عليه قهراً ولا تقرّ يده عليه وإن بقي غيره من أملاكه. وإليه أشار بالعلّة الثانية.

ويفهم من الحكم بعدم صحّة كتابة المملّي للمسلم أنّه لا يكفي في نقل المسلم عن ملك الكافر الكتابة؛ وإلا لصحّت كتابته في موضع البيع.

ولو كان المملوك كافراً صحّت كتابته له؛ لعدم المانع منه. وفي التعليل بعدم قرار يده على المسلم إيماء إليه.

قوله: «ويعتبر في المملوك البلوغ وكمال العقل؛ لأنه ليس لأحدهما أهلية القبول».

قيل على التعليل: إنّه لا يلزم من عدم أهليتهما للقبول عدم صحّة كتابتهما مطلقاً؛ لأنّ للسيد عليهما ولاية فله القبول عنهما^١، خصوصاً مع المصلحة لهما فيها.

وأجيب بأنّ الله تعالى قال: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ﴾^٢، والصبيّ والمجنون لا ابتغاء لهما، ولأنّ مقتضى الكتابة وجوب السعي ولا يجب عليهما شيء^٣.

وفيه نظر؛ لأنّ الابتغاء شرط في الأمر بالكتابة فلا يلزم منه المنع منها مع عدم الأمر وعدم الابتغاء. واقتضاء الكتابة وجوب السعي موضع النزاع، وقد تقدّم^٤.

سألنا، لكنّ الوجوب مشروط بالتكليف، فجاز الحكم بعدم وجوبه على غير المكلف لذلك؛ إذ الدليل على وجوبها ليس منافياً لذلك. وربما قيل إنّه إجماع فيكون هو الحجّة.

١. و٣. راجع غاية المراد، ج ٣، ص ٢٧٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣).

٢. النور (٢٤): ٣٣.

٤. تقدّم في ص ٤٤٤، وما بعدها.

● وفي كتابة الكافر تردّد، أظهره المنع؛ لقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾.

قوله: «وفي كتابة الكافر تردّد أظهره المنع؛ لقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾».

المسألة مبنية على أن الخير المجعول شرطاً في الكتابة هو الدين أو هو والمال أو المال خاصة. فعلى الأولين لا تصحّ كتابة الكافر؛ لعدم الشرط المقتضي لعدم المشروط. وعلى الثالث يصحّ؛ لوجود الشرط.

ويعلم من اختيار المصنّف المنع، وتعليقه بالآية اختيار إرادة أحد القولين الأولين، بل الظاهر الثاني؛ لوروده في الخبر الصحيح^١ كما سلف^٢.

ولمانع أن يمنع من دلالة الآية على المنع على جميع التقادير؛ لأنّ الشرط المذكور إنّما وقع للأمر بها الدالّ على الوجوب أو الندب لا لمطلق الإذن فيها، ولا يلزم من توقّف الأمر بها على شرط توقّف إباحتها عليه، والدليل على تسوية عقد الكتابة غير منحصر في الآية. وأمّا الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَيْنَكُمْ﴾^٣، والكافر لا يستحقّ الزكاة ولا الصلّة؛ لأنّها موادّة له منهية عنها بقوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾^٤.

ففيه: أن الإيتاء من الواجب مشروط بعجزه المقتضي لاستحقاقه له، فهو راجع إلى اشتراطه باستحقاقه، فكما يمنع ويخصّ بالمحتاج لدليل، جاز أن يخصّ بالمسلم كذلك للدليل الدالّ على عدم جواز دفع الزكاة إلى الكافر. وأمّا استلزام إعانته الموادّة مطلقاً فممنوع، وقد حقّقناه في باب الوقف والصدقة^٥، ومن ثمّ قيل بجواز كتابته كما يجوز

١. الكافي، ج ٦، ص ١٨٧، باب المكاتب، ح ١٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٠، ح ٩٨٤.

٢. سبق تخريجه في ص ٤٢٨، الهامش ٦.

٣. النور (٢٤): ٣٣.

٤. المجادلة (٥٨): ٢٢.

٥. تقدّم في ج ٥، ص ٣٦ وما بعدها.

● وأما الأجل ففي اشتراطه خلاف، فمن الأصحاب من أجاز الكتابة حالَّةً ومؤجَّلةً.

● ومنهم من اشترط الأجل، وهو أشبه؛ لأنَّ ما في يد المملوك لسيِّده، فلا تصحَّ المعاملة عليه، وما ليس في ملكه يتوقَّع حصوله فيتعيَّن ضرب الأجل.

● ويكفي أجل واحد. ولا حدَّ في الكثرة إذا كانت معلومة.

عقده^١، ولأنَّها معاوضة يغلب فيها جانب المائيَّة فلا يمنع بين المسلم والكافر.

قوله: «وأما الأجل ففي اشتراطه خلاف» إلى آخره.

هذه المسألة تقدَّمت^٢، وإنَّما أعادها؛ ليرتَّب عليها فروع الأجل التي بعده.

قوله: «ومنهم من اشترط الأجل وهو أشبه» إلى آخره.

توجيه الدليل أنَّ المعاملة إن وقعت على ما في يد العبد من المال فهو للمولى لا تصحَّ المعاملة عليه له، وإن وقعت على غيره فهو متوقَّع الحصول فلا بدَّ من ضرب أجل له؛ لأنَّه تنطرق الجهالة ويفضي إلى التكليف بغير المقدور.

وفيه نظر؛ لأنَّنا إن قلنا بجواز ملكه أمكن على المعين، وإن لم نقل لم يلزم من العجز عن العوض في الحال بطلان معاملته حالاً كما في معاملة المعسر كذلك. والجهالة ممنوعة، لإمكان حصول المال في كلِّ وقت يتعقَّب العقد ولو بالاقتراض ونحوه. وقد أشرنا إلى ذلك فيما سلف^٣.

قوله: «ويكفي أجل واحد ولا حدَّ في الكثرة إذا كانت معلومة».

الاكتفاء بأجل واحد على تقدير اشتراط تأجيلها مذهب الأصحاب وكثير من العامة؛ للأصل، وعموم قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾.

١. القائل به هو الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٥١٢، ولكلامه على صحَّة عقده راجع ص ٤٤١.

٢. تقدَّمت في ص ٤٣٣ وما بعدها.

٣. سبق في ص ٤٣٣.

٤. راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٣٤٧، المسألة ٨٦٩٩؛ وروضة الطالبين، ج ١٠، ص ٢٨٣؛

وحلية العلماء، ج ٦، ص ١٩٧-١٩٨؛ والحاوي الكبير، ج ١٨، ص ١٤٦.

وخالف فيه بعضهم فاشترط كونه نجمين فصاعداً^١؛ لأنه المأثور عن الصحابة وممن بعدهم عملاً وقولاً، حتى نقل عن بعضهم أنه غضب على مملوك له فقال: «لأعاقبتك ولأكاتبتك على نجمين»^٢، مشعراً بأنه غاية التضييق، ولما تقدّم من أنّ الكتابة مأخوذة من ضمّ النجوم بعضها إلى بعض^٣، وأقلّ ما يحصل به الضمّ نجمان، والمعنى فيه أنّ الكتابة عقد إرفاق ومن تتمّته التنجيم.

وجوابه: أنّ ذلك كلّه لا يفيد الحصر، ولا حجة في العمل بدون الإجماع وهو غير واقع، بل الواقع الخلاف في المسألة قديماً وحديثاً، واشتقاق الكتابة جاز بناؤه على الغالب أو من الكتابة الخطيّة كما تقدّم في تعريفها^٤، والأصل وعموم النصّ^٥ يدفع ذلك كلّه.

ودخل في تجويز الكثرة من غير وقوف بها على حدّ - بعد أن تكون معلومة - ما إذا جعلناه إلى مدة لا يعيšan إليها غالباً، فيصحّ؛ للأصل، وينتقل الحكم بعدها إلى الوارث. وهو يتمّ في جانب المولى؛ لأنّها لا تبطل بموته، أمّا جانب المكاتب فيشكل ببطلانها بموته مطلقاً إذا كان مشروطاً، وفي الباقي بالنسبة في المطلق، فيكون اشتراط الزائد منافياً لمقتضى العقد. وقد أطلق الشهيد (رحمه الله) في بعض تحقیقاته جواز التأجيل كذلك مطلقاً، وحكم بانتقال الحكم إلى الوارث بعد الموت^٦. ولا يخلو في جانب المكاتب من إشكال.

وقد اختلفوا في جواز التأجيل في البيع كذلك، واختار في التذكرة جوازه^٧. وهو متّجه؛ لأنّه لا مانع من انتقال الحقّ فيه إلى الوارث، كما في فرض موت المولى هنا.

١. راجع الحاوي الكبير، ج ١٨، ص ١٤٩؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٣٤٨، المسألة ٨٦٩٩؛

وروضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٦٨.

٢. المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٣٤٨، المسألة ٨٦٩٩.

٣. تقدّم في ص ٤٢٧.

٤. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ١٣٧ - ١٤٠، الباب ١ و٤ من أبواب المكاتب.

٥. لم نعر عليه.

٦. تذكرة الفقهاء، ج ١١، ص ٢٧٣، المسألة ٤٣١.

- ولا بد أن يكون وقت الأداء معلوماً، فلو قال: «كاتبتك على أن تؤدّي إليّ كذا في سنة» بمعنى أنها ظرف الأداء لم يصحّ.
- ويجوز أن تتساوى النجوم وأن تختلف. وفي اعتبار اتصال الأجل بالعقد تردّد.
- ولو قال: «كاتبتك على خدمة شهر ودينار بعد الشهر» صحّ إذا كان الدينار معلوم الجنس، ولا يلزم تأخير الدينار إلى أجل آخر.
- ولو مرض العبد شهر الخدمة بطلت الكتابة؛ لتعذّر العوض.

قوله: «ولا بد أن يكون وقت الأداء معلوماً» إلى آخره.

وجه البطلان أن الأجل على هذا التقدير مجهول؛ لأنّ «في» لا يقتضي إلا الظرفيّة، ولم يبيّن أنّه يؤدّيها في دفعة واحدة أو دفعات، ولا أنّه يؤدّيها في أولها أو وسطها أو آخرها. وقال ابن الجنيّد: يجوز ويتخيّر في دفعه في مجموع ذلك الوقت^١.

قوله: «ويجوز أن تتساوى النجوم وأن تختلف» إلى آخره.

منشأ التردّد من أصالة الصحّة ووجود المقتضي لها من العقد المشتمل على الأجل والمال، ومن أصالة بقاء الملك وعدم نقل مثله، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^٢. والأظهر الأوّل، وهو اختيار الأكثر. وقد تقدّم الخلاف في نظائره من الإجارة وغيرها^٣.

قوله: «ولو قال: كاتبتك على خدمة شهر ودينار بعد الشهر» إلى آخره.

مرجع هذه الصورة إلى الجمع في العوض بين المال والخدمة. ثمّ إطلاق شهر الخدمة محمول على المتصل بالعقد كنظائره، وشرط كون الدينار بعده يقتضي تأجيله إلى نجم واحد. وهو صحيح عندنا، وإنّما يتوجّه عليه المنع عند من يشترط تعدّد النجوم.

قوله: «ولو مرض العبد شهر الخدمة بطلت الكتابة؛ لتعذّر العوض».

هذا إذا كانت مشروطة أو جعل خدمة الشهر مجموع العوض، أمّا لو كان قد جمع بينه

١. حكاه عنه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٥٧٨.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٤٤٧.

٣. راجع ج ٤، ص ٤٢٣؛ وج ٦، ص ٤٢١.

• ولو قال: «على خدمة شهر بعد هذا الشهر» قيل: تبطل على القول باشتراط اتصال المدّة بالعقد. وفيه التردد.

• ولو كاتبه ثم حبسه مدّة، قيل: يجب أن يؤجّله مثل تلك المدّة، وقيل: لا يجب بل يلزمه أجرته لمدّة احتباسه. وهو أشبه.

وأما العوض فيعتبر فيه: أن يكون ديناً منجماً، معلوم القدر والوصف، ممّا يصحّ تملكه للمولى.

وبين المال - كالصورة السابقة - وكانت مطلقة لم تبطل، وروعي أداء المال وعتق منه بنسبته. وإطلاق المصنّف البطلان يقتضي أن يكون هذا مقطوعاً عن الفرض السابق وإلا لم يتمّ الإطلاق.

قوله: «ولو قال: «على خدمة شهر بعد هذا الشهر» قيل: تبطل» إلى آخره. هذا من جملة أفراد المسائل المتفرّعة على اشتراط اتصال الأجل بالعقد وعدمه، فلا وجه لإفراده، وإنّما خصّه حملاً للسابق على المال بأن شرط عليه مائة درهم مثلاً يؤدّيها بعد شهر أوّله بعد هذا الشهر، فذكر اشتراط الخدمة كذلك، وهكذا صنع الشيخ في المبسوط^١، وجماعة^٢.

قوله: «ولو كاتبه ثم حبسه مدّة، قيل: يجب أن يؤجّله مثل تلك المدّة» إلى آخره. القولان للشيخ في المبسوط^٣. ووجه الأوّل أنّ القدر الواجب من التأجيل الإمهال في تلك المدّة، ولا قيمة له فيضمنه بمثله.

ووجه الثاني أنّ المكاتب مضمون بالغصب كالقنّ، فيضمن منافعه مدّة الحبس بالقيمة. وهذا أقوى.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٤٤٧-٤٤٨.

٢. منهم العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٣٣٤.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٥١٠.

● فلا تصحّ الكتابة على عين ولا مع جهالة العوض، بل يذكر في وصفه كلّ ما يتفاوت الثمن لأجله بحيث ترتفع الجهالة. فإن كان من الأثمان وصفه كما يصفه في النسيئة، وإن كان عرضاً وصفه كصفته في السلم.

● ويجوز أن يكاتبه بأيّ ثمن شاء. ويكره أن يتجاوز قيمته.

قوله: «فلا تصحّ الكتابة على عين، ولا مع جهالة العوض» إلى آخره.

إنّما لم تصحّ الكتابة على العين؛ لأنّها إن كانت بيد المملوك فهي للمولى فلا يتحقّق المعاوضة بها؛ لأنّها معاوضة على ماله بماله.

والفرق بينها وبين الدين - مع اشتراكهما في هذا المعنى - أنّ عقد الكتابة يخرج المملوك عن محض الرقيّة ويجعله قابلاً للملك، فالكسب المتجدّد ليس للمولى وإن لم يصير إلى محض الحرّيّة، فإنّه واسطة بينهما كما سلف!

وإن كانت العين لمالك خارج قد أذن في المعاوضة عليها لم يصحّ، من حيث إنّ العوض شرطه أن يجعل العوض في مقابلته بحيث يجعل كلّ منهما بدلاً عن الآخر؛ ليصحّ المعاوضة من الجانبين، ولا تتمّ هذه المقابلة والبديّة إلّا مع ملك باذل كلّ من العوضين ما وقع بدله، ولعالم ينتقل المكاتب إلى ملك صاحب العين لم تنتقل العين إلى ملك المولى، لفقد الشرط.

ومثله ما لو باعه عيناً بعين للمشتري على أن يكون الملك للمشتري والثمن من غيره، أو باعه بثمن في ذمّة غيره.

وحيث كان العوض موصوفاً في الذمّة اعتبر وصفه بما يرفع الجهالة في الجنس والوصف الذي يختلف القيمة باختلافه، على الوجه المعتبر في السلم ونحوه من المعاوضات على ما في الذمّة، نقداً كان أم عرضاً.

قوله: «ويجوز أن يكاتبه بأيّ ثمن شاء. ويكره أن يتجاوز قيمته».

لما كانت الأدلّة على جواز الكتابة عامّة أو مطلقة من غير تقييد بقدر من العوض

● وتجاوز المكاتبه على منفعة - كالخدمة والخياطة والبناء - بعد وصفه بما يرفع الجهالة.

جازت على القليل والكثير، ولأنها معاوضة مائية منوطة بالتراضي فلا يستقدر بقدر، وإن كان الأفضل أن لا يتجاوز القيمة، بل إما أن يكون بقدرها أو أنقص. والمعتبر القيمة يوم المكاتبه.

قوله: «وتجاوز المكاتبه على منفعة، كالخدمة والخياطة» إلى آخره.

كما يجوز المكاتبه على مالٍ في الذمة متجددٌ يجوز على الخدمة كذلك؛ لاشتراكهما في المعنى، فإن ما يكتسبه المملوك من المال عوض المنفعة التي يبذلها في مقابلته، فالمقتضي للصحة فيهما واحد.

وتوهم الفرق بينهما، والقدرح في جعل الخدمة عوضاً للكتابة، من حيث إن المنفعة ملك للمولى فلا يعاوض على ماله بماله، بخلاف المال المتجدد، فإنه ليس بموجودٍ ولا داخل تحت قدرته بخلاف الخدمة، فإنها مقدورة له فكانت كالعين الحاضرة، ومن ثم جاز عتقه منجزاً بشرط خدمة معينة بغير رضاه، دون اشتراط مال بغير رضاه.

مندفع بما أسلفناه من أن عقد الكتابة يخرج المملوك عن ملك المولى محضاً وإن كان انتقالاً متزلزلاً، 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 رقبته. ولما كان العتق المنجز يقتضي ملك المعتق منافع نفسه أيضاً وكسبه اعتبر رضاه في اشتراط المال دون الخدمة؛ لأنها تصير كالمستثناة مما يخرج عن ملكه بالتحريم المتبرع به، وهذا لا يلزم منه بطلان جعل الخدمة عوضاً في الكتابة الواقعة برضى المكاتب، مضافاً إلى عموم الأدلة^١.

١. منها ما ورد في الكافي، ج ٦، ص ١٨٧، باب المكاتب، ح ١١؛ والفيح، ج ٣، ص ١٣٢، ح ٣٤٩٤؛ وتهذيب

الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٢-٢٧٣، ح ٩٥٥.

● وإذا جمع بين كتابة وبيع أو إجارة أو غير ذلك من عقود المعاوضات، في عقد واحد صحّ، ويكون مكاتبته بحصّة ثمنه من البذل.

قوله: «وإذا جمع بين كتابة وبيع أو إجارة، أو غير ذلك» إلى آخره.

قد تقدّم في البيع والنكاح جواز الجمع بين عقود متعدّدة صفقةً واحدةً بعوض واحد؛ لأنّ المعتر العلم بمجموع العوض والمعوّض ولا يعتبر العلم بما يخصّ الأجزاء، وإن كان ممّا يحتاج إلى معرفته على بعض الوجوه، كما لو ظهر استحقاق بعض الأعيان أو بطلان بعض الصفقة، فيكتفى حينئذ بمعرفة ما يخصّ كلّ واحد بالحساب ونسبة بعضها إلى بعض، وهذا من ذلك القبيل.

فإذا قال للعبد: «كاتبتك وبعتك هذا الثوب بمائة إلى شهر مثلاً» أو «كاتبتك وأجرتك الدار بكذا» أو جمع بين الثلاثة، فقال: «قبلت الكتابة والبيع» أو «قبلتهما جميعاً» أو «الجميع» صحّ، فإذا أدى المال المعيّن عتق واستقرّ ملكه للمبيع واستجاره الدار وغير ذلك. فإن احتيج إلى معرفة ما يخصّه من مال الكتابة - بأن ظهر المبيع مستحقاً ولم يجزئ المالك - وزّع العوض على قيمة المملوك حين المكاتبة، وعلى قيمة المبيع وأجرة مثل الدار تلك المدّة، وسقط من العوض ما قابل الفاسد.

وقد يتطرّق احتمال البطلان في الصفقة المجتمعة كذلك، من حيث إنّها بمنزلة عقود متعدّدة فيعتبر العلم بعوض كلّ واحد منفرداً، خصوصاً مع اختلاف أحكامها كالبيع والكتابة والإجارة. وتزيد الكتابة شبهة أخرى، وهي أنّ المكاتب لا يستقلّ بالتصرّف إلى أن يتمّ عقد الكتابة، فقد وقع البيع والإجارة قبل ملكه للتصرّف، فوقعا باطلين.

وجوابه: منع كون الصفقة المجتمعة كعقود متعدّدة، بل هي عقد واحد، كما لو باعه ثوبين بشمن واحد، بل ثوباً واحداً، فإنّ احتمال تبعض الصفقة آتٍ، وهو غير قادح إجماعاً. واختلاف الأحكام لا يقدح في الجمع؛ لأنّه يلزم كلّ واحد حكمه، وإنّما الفائدة جمع الكلّ في صيغة واحدة. وأمّا شبهة الاستقلال فمندفعة برضى المولى بذلك، فإنّ الحجر إنّما كان لحقه.

● وكذا يجوز أن يكاتب الاثنان عبداً، سواء اتَّفقت حصصهما أو اختلفت، تساوى العوضان أو اختلفا. ولا يجوز أن يدفع إلى أحد الشريكين دون صاحبه. ولو دفع شيئاً كان لهما. ولو أذن أحدهما لصاحبه جاز.

قوله: «وكذا يجوز أن يكاتب الاثنان عبداً، سواء اتَّفقت حصصهما» إلى آخره.

إذا كاتبا العبد المشترك معاً، أو وكلاً رجلاً فكاتب جميعه، أو وكل أحدهما الآخر فكاتبه صحّت الكتابة، سواء اتَّفقت النجوم جنساً وأجلاً وعدداً أم لا، وسواء شرطاً حصّة كل واحد من النجوم بحسب اشتراكهم في العبد، أم شرطاً تفاوتاً في النجوم مع التساوي أو بالعكس أم أطلقاً؛ عملاً بالعموم^١، وتسلّط كل واحد من الشركاء على مكاتبه حصّته بما شاء منفرداً فكذا مع الاجتماع.

وخالف في ذلك بعضهم فمنع من اختلافهما في القدر مع تساويهما في الملك^٢؛ حذراً من أن ينتفع أحدهما بمال الآخر فيما إذا دفع إلى أحدهما مائة - مثلاً - وإلى الآخر مائتين ثم ارتفعت الكتابة بالعجز، فيحتاج الأوّل إلى أن يرجع على الثاني بخمسين، ويكون الثاني قد انتفع بها مدة بقائها في يده من غير استحقاق.

وجوابه: أن الاستحقاق طار من حين الفسخ وقبله كان ملكاً للقابض متزلزلاً، فلم يلزم انتفاع أحدهما بمال الآخر حين التصرف فيه.

وأما عدم جواز دفعه إلى أحدهما بدون إذن صاحبه وكون ما دفعه لهما فرع من فروع الدين المشترك، وقد تقدّم الكلام فيه في بابه^٣.

وقال ابن الجنيد^٤، وابن البرّاج^٥: يجوز أن يدفع إلى أحدهما دون الآخر ما لم يشترطاً

١. النور (٢٤): ٣٣.

٢. الحاوي الكبير، ج ١٨، ص ٢٠٣؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٤٠٩، المسألة ٨٧٦٤.

٣. تقدّم في ج ٤، ص ١٧٨.

٤. الحاكي عنه هو العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٤٤، المسألة ١٠٦.

٥. المهذب، ج ٢، ص ٣٨٢.

● ولو كاتب ثلاثة في عقد واحد صحّ، وكان كلّ واحد منهم مكاتباً بحصّة ثمنه من المسمّى، وتعتبر القيمة وقت العقد. وأيّهم أدّى حصّته عُتق، ولا يتوقّف على أداء حصّة غيره. وأيّهم عجز رقّ دون غيره.

ولو شرط كفالة كلّ واحد منهم صاحبه وضمان ما عليه كان الشرط والكتابة صحيحين.

عليه أن يكون أداء الكتابة لهما جميعاً؛ لأنّ لمن عليه الحقّ التخيير في جهة القضاء، وتعيين ما شاء فيه من أمواله، فإذا دفع إلى أحدهما حقّه فقد اختار دفع ما يستحقّه المدفوع إليه في المدفوع واختار منع الآخر منه فلا شركة فيه، كما لو منعه من الاستيفاء من بعض أمواله. هذا كلّه إذا اتّحد العقد، أمّا لو تعدّد فلا إشكال في الجواز كما قاله ابن الجنيّد.

واعلم أنّ الكتابة تكون بالنسبة إلى الموليين متعدّدة وإن اتّحد العقد، فإذا أدّى نصيب أحدهما بإذن الآخر انعق، لكن بدون إذنه لا يتحقّق العتق في أحد النصيبين. ولو عجز فعجزه أحدهما وصبر الآخر صحّ كما لو تعدّد.

قوله: «ولو كاتب ثلاثة في عقد واحد صحّ، وكان كلّ واحد منهم مكاتباً بحصّة ثمنه من المسمّى، وتعتبر القيمة وقت العقد» إلى آخره.

إذا كاتب ثلاثة أعبد في صفقة واحدة فقال: «كاتبتم على ألف إلى نجوم معيّنة فإذا أديتم فأنتم أحرار» فقبلوا، صحّت الكتابة عندنا، ووزّع المال على قيمتهم. فلو كانت قيمة أحدهم مائة والثاني مائتين والثالث ثلاثمائة، فعلى الأوّل سدس المسمّى وعلى الثاني ثلثه وعلى الثالث نصفه. والاعتبار بالقيمة يوم المكاتبة؛ لأنّ سلطنة السيّد تزول يومئذ.

وقال بعض العامّة: يوزّع على عدد الرؤوس^١. وقد تقدّم مثله في عوض الخلع والصدّاق المتعدّد^٢.

١. المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٤٧٦-٤٧٧، المسألة ٨٨٣٣.

٢. تقدّم في ج ٦، ص ٦٠٣-٦٠٤؛ وج ٧، ص ٥٤٠ وما بعدها.

ثم كل واحد من العبيد يؤدّي ما عليه، إمّا على التفاضل أو على التساوي، وإذا أدّى ما عليه عتق ولم يتوقّف عتقه على أداء غيره على الأظهر. وإن مات أحدهم أو عجز فهو رقيق، وغيره يعتق بأداء ما عليه، ولا ينظر إلى أنّ السيّد علّق عتقهم بأداء جميعهم حيث قال: «فإذا أدّيتم فأنتم أحرار؛ لأنّ الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة؛ ولذلك إذا أبرأ السيّد المكاتب عتق وإذا مات لم تبطل الكتابة، بخلاف العتق المعلّق».

وقيل: لا يعتق بعضهم بأداء ما عليه، وإنّما يعتقون معاً إذا أدّوا جميع المال. ووجهه قد علّم ممّا قرّناه.

وقال ابن البرّاج:

إذا كاتب إنسان عبيد كتاباً واحدةً فمات أحدهما قيل للثاني: إمّا أن تختار أن تؤدّي باقي الكتابة عنك وعن صاحبك، وإمّا أن تكاتب عن نفسك كتاباً جديدةً، فأيهما اختار كان له ذلك. وإن كان المتروك مالاً فيه وفاء بقسطه من الكتابة أخذه السيّد من الكتابة، وكان على الثاني ما بقي من قسطه منها. وكذلك إذا ارتدّ أحدهما ولحق بدار الحرب. وإن كان ما ترك فيه وفاء بجميع الكتابة، فإنّ السيّد يأخذ من ذلك جميع الكتابة ويعتقان معاً، ويرجع ورتته على الحيّ بحصّته، وبقيّة ذلك ميراث لهم^١.

وهذا يدلّ على توقّف عتق كلّ منهما على أداء المال وزيادة أحكام آخر نادرة.

وسياتي إن شاء الله تعالى أنّ موت المكاتب يبطل الكتابة^٢، سواء كانت مشروطة أم مطلقة ولم يؤدّ شيئاً من المال. وحينئذٍ فيسقط قدر نصيبه من مال الكتابة، ولا ينحصر المال في أحدهما؛ لأنّه عوض بينهما معاً فيقسّم عليهما كالبيع، وإنّما يؤدّي الحيّ قدر نصيبه من مال الكتابة ويعتق.

١. المهذب، ج ٢، ص ٣٨١-٣٨٢.

٢. سياتي في ص ٤٦٤.

إذا تقرّر ذلك فلو شرط عليهم كفالة كلّ منهم لصاحبه في عقد الكتابة صحّ على الأصحّ؛ للأصل، وعموم: «المؤمنون عند شروطهم»^١. فيلزم كلاًّ منهم حكم الكفالة من وجوب إحضار الغريم عند الحلول وأداء ما عليه إلى آخر ما فصلّ وقيل:

لا تصحّ الكفالة بناءً على عدم لزوم مال الكتابة من جهة المكاتب، والشرط كجزء من العوض فيتبعه في الجواز^٢.

وكذا يجوز أن يضمن كلّ منهم ما في ذمّة الآخر. وحينئذ فيعتقون جميعاً؛ لأنّ الضمان يحوّل ما في ذمّة كلّ منهم إلى الآخر فينزّل منزلة الأداء، ويبقى المال ديناً في ذمّتهم لا على وجه المكاتبه. ولو ضمن أحدهم خاصّة تعلقّ المال بذمّته وعتق المضمون. وقال في المختلف: إذا رضي المولى بضمانهم كلّهم فهو كما لو لم يقع ضمان^٣. وهو غريب؛ لما عرفت من ظهور الفرق.

ولو جعلنا الضمان بمعنى ضمّ ذمّة إلى ذمّة تخيّر في الرجوع بالجميع على من شاء. وفي كلام الشيخ^٤ إشعار به، وذكر في المسائل الحائريّات جواز ضمان اثنين مالاً واشتراط رجوعه على من شاء منهما^٥، وهو دليل على ذلك أيضاً، وهو مذهب العامّة لكنّ الأصحاب على خلافه.

١. تقدّم تخريجه في ص ٣٢، الهامش ٨.

٢. نسبة الصمري إلى الشيخ في غاية المرام، ج ٢، ص ٢١٨؛ ولكنّ الشيخ أفتى بخلافه في المبسوط، ج ٤، ص ٤٥٤، قال: وعندني أنّ الشرط صحيح والكتابة صحيحة؛ وقال في الخلاف، ج ٦، ص ٣٨٧، المسألة ١٠: إن وقع بشرط أنّ كلّ واحد منهم كفيل عن صاحبه ضامن، فالشرط صحيح؛ للأصل، ولقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم». ونسب القول إلى عدم صحّة الشرط إلى الشافعي.

٣. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٢٦، المسألة ٧٧.

٤. المبسوط، ج ٤، ص ٤٥٤.

٥. المسائل الحائريّات، ضمن المسائل العشر، ص ٣٠٤.

٦. راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٤٧٨، المسألة ٨٨٣٣.

• ولو دفع المكاتب ما عليه قبل الأجل، كان الخيار لمولاه في القبض والتأخير.

قوله: «ولو دفع المكاتب ما عليه قبل الأجل، كان الخيار لمولاه في القبض والتأخير». لأنه دين مؤجل فلا يجب قبوله قبل الأجل كغيره من الديون، ويجوز أن يتعلّق بالتأخير غرض صحيح لا يتمّ بدونه، فيجب الوفاء له بشرطه؛ للعموم^١.

ويؤيده رواية إسحاق بن عمار، عن الصادق، عن أبيه عليه السلام: «أنّ مكاتباً أتى عليّاً عليه السلام وقال: إنّ سيدي كاتبني وشرط عليّ نجوماً في كلّ سنة، فجنّته بالمال كلّ ضربة فسألته أن يأخذه كلّ ضربة ويجيز عتقي فأبى عليّ، فدعاه عليّ عليه السلام فقال: صدق، فقال له: ما لك لا تأخذ المال وتمضي عتقه؟ قال: ما أخذ إلاّ النجوم التي شرطت وأتعرّض من ذلك إلى ميراثه، فقال عليّ عليه السلام: أنت أحقّ بشرطك»^٢.

وأما صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في مكاتب ينقد نصف مكاتبته ويبقى عليه النصف فيدعو مواليه فيقول: خذوا ما بقي ضربةً واحدةً، قال: «يأخذون ما بقي ويعتق»^٣ فمحمول على جواز الأخذ مع التراضي، ولا دلالة فيه على لزومه، ولو ظهر منه ذلك لزم تنزيله على ما ذكر حذراً من مخالفة غيره ومخالفة القواعد المقرّرة في نظائره.

وابن الجنيّد أوجب على المولى قبوله قبل الأجل في موضع واحد، وهو ما إذا كان المكاتب مريضاً وأوصى بوصايا وأقرّ بديون وبذل لمولاه المال فليس له الامتناع؛ لأنّ في امتناعه إبطال إقراره ووصيته^٤.

ولبعض العامّة قول بإجبار المولى على القبول حيث لا ضرر عليه به^٥؛ لأنّ الأجل حقّ من عليه الدين فإذا أسقطه سقط وهو ممنوع، بل الحقّ مشترك بينهما.

١. أي عموم «المؤمنون عند شروطهم». وتقدّم قُبيّل هذا.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٣ - ٢٧٤، ح ٩٩٨؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٥ - ٣٦، ح ١١٩.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ١٣٠، ح ٣٤٨٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧١، ح ٩٨٩، وفيهما: عن أبي الصباح، والمعبارة فيهما هكذا: «يأخذون ما بقي ثمّ يعتق».

٤. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيمة، ج ٨، ص ١٤١ - ١٤٢، المسألة ١٠٣.

٥. راجع المعنى المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٣٥٩ - ٣٦١، المسألة ٨٧١٤؛ وروضة الطالبيين، ج ٨، ص ٥٠٠.

- ولو عجز المكاتب المطلق كان على الإمام أن يفكّه من سهم الرقاب.
- والمكاتب الفاسدة لا يتعلّق بها حكم، بل تقع لاغيةً.

قوله: «ولو عجز المكاتب المطلق كان على الإمام أن يفكّه من سهم الرقاب». جواز الدفع إلى المكاتب من الزكاة مشترك بين القسمين، لكن وجوب الفكّ مختصّ بالمطلق من سهم الرقاب مع الإمكان، فإن تعذّر كان كالمشروط يجوز فسخ كتابته واسترقاقه أو ما بقي منه إن كان قد أدّى شيئاً.

قوله: «والمكاتب الفاسدة لا يتعلّق بها حكم، بل تقع لاغيةً».

نبه بذلك على خلاف بعض العامة، حيث قسّموا ما لا يصحّ من الكتابة إلى باطلة وفاسدة! فالباطلة هي التي اختلّ بعض أركانها، بأن كان السيّد صبيّاً أو مجنوناً أو مكرهاً على الكتابة أو كان العبد كذلك أو لم يجر ذكر عوض أو ذكر ما لا يقصد ماليته كالدّم والحشرات، أو اختلّت الصيغة.

والفاسدة هي التي امتنعت صحتها بشرط فاسد أو بفوات شرط في العوض، بأن كان خمرأً أو خنزيراً أو مجهولاً أو لم ينجمه.

ثم جعلوا الكتابة الباطلة لاغيةً كما ذكرناه، والفاسدة تساوي الصحيحة في ثلاثة أمور: أحدها: أنه يحصل العتق بالأداء.

والثاني: أنه يستقلّ بالكسب ويستتبع عند العتق ما فضل من كسبه، وكذا ولده من جاريته. والثالث: أنه يستقلّ حتّى يعامل السيّد ويسقط عنه نفقته. ويفارقها في أنها لا تلزم من جانب السيّد فله فسخها، وتبطل بموت السيّد.

وبالجملة فالعتق عندهم يحصل من جهة التعليق لا من جهة الكتابة. وهذا كلّ عندنا لاغٍ؛ لأنّ الفاسد لا يترتب عليه أثر، والإطلاق الشرعي محمول على الصحيح والأحكام مترتبة عليه.

وأما الأحكام

فتشتمل على مسائل:

الأولى: • إذا مات المكاتب وكان مشروطاً بطلت الكتابة وكان ما تركه لمولاه، وأولاده رقاً.

وإن لم يكن مشروطاً تحرّر منه بقدر ما أدّاه وكان الباقي رقاً، ولمولاه من تركته بقدر ما فيه من رق، ولورثته بقدر ما فيه من حرّيته. ويؤدّي الوارث من نصيب الحرّية ما بقي من مال الكتابة. وإن لم يكن له مال سعى الأولاد فيما بقي على أبيهم، ومع الأداء ينعتق الأولاد.

وهل للمولى إجبارهم على الأداء؟ فيه تردّد. وفيه رواية أخرى تقتضي أداء ما تخلف من أصل التركة ويتحرّر الأولاد وما يبقى فلهم. والأوّل أشهر.

قوله: «إذا مات المكاتب وكان مشروطاً بطلت الكتابة» إلى آخره.

إذا مات المكاتب قبل أداء جميع ما عليه بطلت الكتابة؛ لأنّ موضوعها الرقيّة؛ وغايتها العتق، فإذا مات فات الموضوع وتعدّرت الغاية التي شرع لها العقد.

ثم إن كان مشروطاً بطلت من رأس وإن بقي عليه شيء يسير، فيملك المولى ما قبض ويسترقّ أولاده التابعين له فيها، وعليه مؤونة تجهيزه كالقنّ.

وإن كان مطلقاً ولم يؤدّ شيئاً فكذلك. وإن أدّى البعض تحرّر منه بحسابه وبطل بنسبة الباقي، وتحرّر من أولاده التابعين له بقدر حرّيته. وميراثه لو ارثه ومولاه بالنسبة أيضاً. ويستقرّ ملك وارث لم يتبعه على نصيبه من نصيب الحرّية، ونصيب من تبعه يتعلّق به ما بقي من مال الكتابة. ولو لم يخلف مالاً فعليهم أداء ما تخلف، ويعتقون بأدائه. وهل يجبرون على السعي فيه؟ وجهان أصحهما ذلك، كما يجبر من تحرّر بعضه على فكّ باقيه. ووجه العدم بطلان المعاملة وعدم وقوعها معهم فلا يلزمهم أدائها.

والرواية التي أشار إليها - المتضمنة لأداء باقي مال الكتابة ممّا تركه من غير أن يقسّم

بين المولى والوارث ويتحرّر الأولاد، وما فضل منه فلهم - رواها جميل بن درّاج - في الصحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام في مكاتب يموت وقد أدى بعض مكاتبته وله ابن من جارية وترك مالا فقال: «إن كان اشترط عليه أنه إن عجز فهو رقب رجوع ابنه مملوكاً والجارية، وإن لم يشترط عليه صار ابنه حرّاً، وردّ على المولى بقية مال الكتابة، وورث ابنه ما بقي»^١. ومثله روى أبو الصباح^٢ والحلي^٣ وابن سنان^٤ وغيرهم^٥ جميعاً في الصحيح بألفاظ مختلفة محصلها هذا الحكم. وبمضمونها عمل ابن الجنيد^٦.

والأشهر بين الأصحاب هو الأوّل، وتشهد له صحيحة محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب توفى وله مال، قال: يقسم ماله على قدر ما أعتق منه، وما لم يعتق يحسب منه لأربابه الذين كاتبوه»^٧.

وصحيحة بريد العجلي عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن رجل كاتب عبداً له على ألف درهم، ولم يشترط عليه حين كاتبه أنه إن عجز عن مكاتبته فهو ردّ في الرقب، والمكاتب أدى إلى مولاه خمسمائة درهم، ثم مات المكاتب وترك مالا وترك ابناً له مدركاً، فقال: «نصف ما ترك المكاتب من شيء فإنه لمولاه الذي كاتبه، والنصف الباقي لابن المكاتب؛ لأنه مات ونصفه حرّ ونصفه عبد، فإذا أدى الذي كان كاتب أباه وبقي على أبيه فهو حرّاً لا سبيل لأحد عليه من الناس»^٨. وطريق الجمع بين هاتين وما تقدّم بحمل أدائه ما بقي من نصيبه لا من أصل المال، وإرثه لما بقي إن كان في النصيب بقية.

١. الفقيه، ج ٣، ص ١٢٨، ح ٣٤٨٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٢، ح ٩٩٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٨، ح ١٢٦.
٢. الفقيه، ج ٣، ص ١٣٠، ح ٣٤٨٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧١، ح ٩٨٩.
٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧١، ح ٩٩٠.
٤. الفقيه، ج ٣، ص ١٣١، ح ٣٤٨٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٢، ح ٩٩١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٧، ح ١٢٥.
٥. كرواية محمد بن حمران في الكافي، ج ٧، ص ١٥٢، باب ميراث المكاتبين، ح ٦.
٦. حكاية عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١١٧، المسألة ٧٠.
٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٤، ح ٩٩٩؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٧، ح ١٢٤ بتفاوت يسير.
٨. الكافي، ج ٦، ص ١٨٦، باب المكاتب، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٦، ح ١٠٠٦.

● ولو أوصي له بوصية صحّ له منها بقدر ما فيه من حرّية وبطل ما زاد.

وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلاّ أنّه متعين، لمراعاة الجمع بين الأخبار الصحيحة. وفي التحرير توقّف في الحكم^١. وله وجه؛ لأنّ الأوّل أكثر، بل الصحيح من الجانب المشهور مختصّ برواية يزيد، وأما صحّة رواية محمّد بن قيس فإضافيّة كما حقّقناه مراراً، فتعارض الكثرة والشهرة.

قوله: «ولو أوصي له بوصية صحّ له منها بقدر ما فيه من حرّية وبطل ما زاد». المشهور بين الأصحاب أنّ المكاتب المشروط لا تصحّ الوصية له مطلقاً، والمطلق يصحّ له منها بنسبة ما فيه من الحرّية.

والمستند برواية محمّد بن قيس عن أبي جعفر^٢ قال: «قضى أمير المؤمنين^٣ في مكاتب تحته حرّة، فأوصت له عند موتها بوصية، فقال أهل المرأة: لا يجوز وصيتها له؛ لأنّه مكاتب لم يعتق ولا يرث، فقضى أنّه يرث بحساب ما أعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه. وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية. وقضى في رجل حرّ أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أعتق منها. وقضى في وصية مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه»^٤.

وقيل: تصحّ الوصية له مطلقاً؛ لأنّ قبولها نوع اكتساب وهو غير ممنوع منه^٥، وفيه قوة. والرواية ضعيفة باشتراك محمّد بن قيس الذي يروي عن الباقر^٦ بين الثقة^٧ وغيره^٨، فنردّد لذلك.

١. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٦٥، الرقم ٥٧٨١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٥، ح ١٠٠٠.

٣. قاله الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٦٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٤. وهو محمّد بن قيس الأسدي أبو عبد الله، ومحمّد بن قيس الأسدي أبو نصر، ومحمّد بن قيس الجبلي أبو عبد الله.

راجع خلاصة الأقوال، ص ٢٥٢، الأرقام ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١.

٥. وهو محمّد بن قيس أبو أحمد، وهو ضعيف. راجع خلاصة الأقوال، ص ٢٥٢، الرقم ٨٦١.

● ولو وجب عليه حدّ أقيم عليه من حدّ الأحرار بنسبة الحرّيّة، وبنسبة الرقيّة من حدّ العبيد.

هذا إذا كان الموصي غير المولى، أمّا هو فتصحّ وصيّته له مطلقاً بغير إشكال، ويعتق منه بقدر الوصيّة، فإن كانت بقدر النجوم عتق أجمع، وإن زادت فالزائد له. ولا فرق بين كون قيمته بقدر مال الكتابة وأقلّ؛ لأنّ الواجب الآن هو المال. ويحتمل اعتبار القيمة لو نقصت؛ لأنّ ذلك حكم القنّ والمكاتب لا يقصر عنه.

وفيه أنّه خرج عن حكم القنّ بوجه، وصار مال الكتابة في ذمّته، فكان اعتباره أولى. قوله: «ولو وجب عليه حدّ أقيم عليه من حدّ الأحرار بنسبة الحرّيّة» إلى آخره. إذا وجب على المكاتب حدّ، فإن لم يتحرّر منه شيء - بأن كان مطلقاً أو مشروطاً لم يؤدّ شيئاً - حدّ حدّ العبيد وإن كان قد خرج منهم من وجه؛ لأنّه لم يصّر حرّاً محضاً، والحدّ مبنيّ على التخفيف، فيرجّح فيه جانب الأقلّ، وإن كان قد تحرّر من المطلق شيء حدّ من حدّ الأحرار بنسبة ما فيه من الحرّيّة ومن حدّ العبيد بنسبة ما فيه من الرقيّة، فإن انقسمت الأسواط على صحّة وإل قبض من السوط بنسبة الجزء كما سيأتي إن شاء الله تعالى^١. وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في المكاتب: «يجلد الحدّ بقدر ما أعتق منه»^٢. والمراد بالحدّ هنا حدّ الأحرار، وسكت عن الجزء الآخر؛ لظهوره أو لأنّه لا يقصر عن الأقلّ فبيّن الأكثر.

ولو كان الذنب موجباً للحدّ على تقدير الحرّيّة دون الرقيّة كالرجم انتفى رأساً وجلد. ومثله ما لو قذفه قاذف، فإنّه يجب عليه من حدّ الأحرار بنسبة الحرّيّة ويسقط ما قابل الرقيّة؛ إذ لا يجب الحدّ على قاذفه بل التعزير، وهو لا ينتصف بل يناط برأي الحاكم فيعزّره عن جزء الرقيّة بما يراه.

١. انظر ج ١٢، ص ٩٤.

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٤٨، ح ٣٣٠٤، وفيه: «في الحدّ على قدر»؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٦، ح ١٠٠٥.

● ولو زنى المولى بمكاتبتة سقط عنه من الحدّ بقدر ماله فيها من الرقّ، وحدّ بالباقي.

قوله: «ولو زنى المولى بمكاتبتة سقط عنه من الحدّ بقدر ماله فيها من الرقّ، وحدّ بالباقي».

هذا إذا كان ممّا يقبل التجزئة كالجلد، فلو لم يقبلها كالرجم سقط أيضاً ووجب الجلد. ويمكن أن يقال: إنّ الرجم هنا منتفٍ أصلاً؛ لفقد شرطه وهو الإحصان المشروط بزنى الحرّ بالحرّة مع باقي الشرائط، وكذا القول في السابقة، فيجب الجلد ابتداءً لا لتعذّر تبويض الرجم. وهذا أجود.

وخالف بعض العامّة في حدّ المولى الواطئ للمكاتبة^١؛ لمكان ما له فيها من الملك وإن كان ضعيفاً، وأوجب التعزير.

لنا: أنّه وطء محرّم بمن قد صارت أجنبيّةً فيجب الحدّ، ولا يجب كمالاً لما فيها من الملك الموجب لانتفاء الحدّ وإن كان مترزلاً فيجب بالنسبة.

وروى الحسين بن خالد عن الصادق عليه السلام قال: سئل عن رجلٍ كاتبٍ أمةً له فقالت الأمة: ما أدّيت من مكاتبتني فأنا به حرّة على حساب ذلك، فقال لها: نعم، فأدّت بعض مكاتبتتها وجامعها مولاها بعد ذلك، فقال: «إن كان استكرهها على ذلك ضرب من الحدّ بقدر ما أدّت من مكاتبتتها، ودرى عنه من الحدّ بقدر ما بقي له من مكاتبتتها، وإن كانت تابعته كانت شريكته في الحدّ ضربت مثل ما يضرب»^٢.

ولو كانت مشروطةً أو لم تؤدّ شيئاً فلا حدّ لكن يعزّر، لتحريم وطئه لها مطلقاً.

١. حلية العلماء، ج ٦، ص ٢١١؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٣٨٩، المسألة ٨٧٤٦ وفيه مع التفصيل بين المشروطة والمطلقة.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨٦، باب المكاتب، ح ٤؛ الفقيه، ج ٤، ص ٤٥-٤٦، ح ٥٠٥٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٨، ح ٩٧٧؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٦، ح ١٢١.

الثانية: ● ليس للمكاتب التصرف في ماله ببيع ولا هبة ولا عتق ولا إقراض، إلا بإذن مولاه.

قوله: « ليس للمكاتب التصرف في ماله ببيع ولا هبة ولا عتق ولا إقراض، إلا بإذن مولاه».

المكاتب بقسميه ممنوع من التصرف في ماله بما ينافي الاكتساب وما فيه خطر كالبيع بالعين، وبالنسيئة مع عدم الرهن والضمين الموسر. وقيل: لا يجوز مطلقاً؛ لأنَّ الرهن قد يتلف والضمين قد يعسر.

والهبة بغير شرط عوض يزيد عن العين. وفي المساوي وجه بالجواز؛ إذ لا ضرر فيه، لكن بشرط قبض العوض قبل تقبيل العين؛ لأنَّه لا يجوز له البيع بدون القبض ففي الهبة أولى. ومن أطلق المنع من الهبة نظر إلى أنَّ الهبة لا يقتضي العوض وإن شرط إلا مع قبضه فيستلزم الخطر.

والعتق مطلقاً؛ لأنَّه تبرع محض، ومنه شراء من يعتق عليه. وله قبول هبته مع عدم الضرر، بأن يكون مكتسباً قدر مؤنته فصاعداً.

والإقراض مع عدم الغبطة، فلو كان في موضع يخاف فيه تلف المال فأقرضه إلى محل الأمن، أو خاف فساده قبل دفعه إلى المولى ونحو ذلك فلا منع على الظاهر، بل المصلحة فيه واضحة، فهو من ضروب الاكتساب، ولكنَّ المصنّف وغيره^١ أطلقوا المنع من هذه الأشياء، ولا بد من تقيدها بما ذكرناه.

وفي معنى تصرفاته المنافية للاكتساب تبسطه في الملابس والنفقة، ولا يكلف التقدير المفرط، بل يلزم الوسط اللائق بحاله عادةً. هذا كله مع عدم إذن المولى، أما لو أذن جاز؛ لأنَّ الحق لا يعدوهما.

١. راجع الوسيطة، ص ٣٤٤ - ٣٤٥؛ وإرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٧٨؛ واللمعة الدمشقية، ص ٢٦٧ - ٢٦٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٣).

● ولا يجوز للمولى التصرف في مال المكاتب إلا بما يتعلق بالاستيفاء.
ولا يجوز له وطء المكاتبه بالملك ولا بالعقد. ولو طأ وعت حدث. ولا يجوز له وطء أمة المكاتب. ولو وطئ لشبهة كان عليه المهر. وكل ما يكتسبه المكاتب قبل الأداء وبعده فهو له؛ لأن تسلط المولى زال عنه بالكتابة.

ولا تزوج المكاتبه إلا بإذنه. ولو بادرت كان عقدها موقوفاً مشروطةً كانت أو مطلقةً. وكذلك ليس للمكاتب وطء أمة يبتاعها إلا بإذن مولاه ولو كانت كتابته مطلقةً.

قوله: «ولا يجوز للمولى التصرف في مال المكاتب إلا بما يتعلق بالاستيفاء» إلى آخره. قد تقدم أن المكاتب على مرتبة بين العتق والرق^١، فليس له الاستقلال بالتصرف مطلقاً، ولا يبقى سلطنة المولى عليه وتسلطه على ما بيده مطلقاً.

فبالنسبة إلى ماله ينقطع عنه تصرف المولى؛ لأن الغرض منها تحصيله وتحسينه لفق رقبته، فكما أنه ليس للمكاتب صرفه في غير ذلك إلا في القدر الضروري كما مر، كذلك ليس للمولى التصرف فيه بغير الاستيفاء، لا بمعنى أن يأخذه من المكاتب قهراً لأجل الاستيفاء؛ لأن المكاتب كالمديون في تخيره في جهة الوفاء، وتعيين الدين في أعيان ما بيده موكول إليه، بل المراد تصرفه فيه لأجل الاستيفاء في الجملة بحيث يصدر عن إذن المكاتب وتعيينه. وقد يجوز تسلط المولى على الاستيفاء بغير إذنه فيما إذا كان مشروطاً وحلّ النجم فلم يؤدّه وكان بيده مال بقدره، ولو زاد فالتعيين موكول إليه، فإذا امتنع عين الحاكم كما في كل ممتنع.

ومن التصرف الممنوع منه وطء المكاتبه بالعقد والملك؛ لعدم صيرورتها حرّةً تصلح للعقد، وخروجها بعقد المكاتبه عن محض الرق المسوخ للوطء. فإن وطنها عالماً بالتحريم

عزّر إن لم يتحرّر منها شيء، وحدّ بنسبة الحرّية إن تبعّضت كما مرّ^١. ولو طاوَعته هي حدّت حدّ المملوك إن لم تبعّض وإلا فبالنسبة. وإن أكرهها اختصّ بالحكم ولها مهر المثل. وفي تكرّره بتكرّره أوجه، ثالثها: اشتراطه بتخلّل أدائه إليها بين الوطينين. ورابعها: تعدّده مع العلم بتعدّد الوطء، ومع الشبهة المستمرة مهر واحد. وإذا وجب المهر فلها أخذه في الحال، فإن حلّ عليها نجم وهما من جنسٍ واحدٍ جاز إمساكه تهاتراً، وإن عجزت قبل أخذه سقط، وإن عتقت بأداء النجوم فلها المطالبة به. وما يكتسبه المكاتب بعد العقد له وإن حجر عليه فيه على بعض الوجوه؛ لأنّ ذلك هو فائدة الكتابة؛ إذ لولاها لتعدّر عليه الوفاء.

ومّا يحجر عليه فيه تزوّجه بغير إذن المولى ذكراً كان أم أنثى، فإن بادرت بالعقد كان فضولاً؛ لأنّها لم تملك نفسها على وجه تستقلّ به.

وفي رواية أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «المكاتب لا يجوز له عتق ولا هبة ولا نكاح ولا شهادة ولا حجّ حتّى يؤدّي ما عليه»^٢.

وكذا لا يجوز له وطء أمة يبتاعها إلا بإذن مولاه؛ لأنّ ذلك تصرّف بغير الاكتساب، وربما أنقص قيمتها، ويترتب عليها خطر الطلق، ولضعف ملكه على تقدير الأمن من الحبل. ولا فرق في ذلك بين المطلق والمشروط. ولو بادر ووطئ بغير إذنه فلا حدّ مع الشبهة، وإلا عزّر ولا مهر؛ لأنّ مهر جاريته لو ثبت كان له. فإن أولدها فالولد أنسب لشبهة الملك.

ثمّ لا يخلو إمّا أن تأتي بالولد وهو مكاتب بعد فيكون ملكاً له؛ لأنّه ولد جاريته، لكن لا يملك بيعه لأنّه ولده، ولا يعتق عليه لأنّ ملكه ليس بتام، بل يتوقّف على عتقه، فإن عتق عتق وإلّا رقّ للسيد، وهذا معنى تبعيّة ولده له في الكتابة. وثبوت الاستيلاء للأمة موقوف أيضاً على حرّية الولد، فإن عتق استقرّ الاستيلاء، وإن عجز رقت مع الولد، فإن عتق المكاتب بعد ذلك وملكها لم تصرّ مستولدة؛ لأنّ بالعجز تبيّن أنّها علقت برقيق وأنّه لا استيلاء.

١. مرّ في ص ٤٦٧.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨٦، باب المكاتب، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٦٨، ح ٩٧٦.

الثالثة: ● كل ما يشرطه المولى على المكاتب في عقد الكتابة يكون لازماً ما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة.

ويحتمل أن لا تصير مستولدة مطلقاً؛ لأن عتق الولد طار على الاستيلاء، فأشبهت الأمة الموطوءة بالنكاح، وحق الحرية للولد لم يثبت بالاستيلاء في الحال. هذا إذا أتت بالولد وهو مكاتب. أما إذا أتت به بعد العتق، فإن كان لهما دون ستة أشهر من وقت العتق فكذلك؛ لأن العلوق وقع في الرق. وإن كان لما زاد عن ستة إلى أقصى الحمل احتمل أن تصير مستولدة له؛ عملاً بالأصل، وعدمه؛ نظراً إلى الغالب. هذا إذا وطئ بعد الحرية بحيث يمكن استناده إليه، ترجيحاً لجانب الحرية، وأصالة عدم التقدم.

وإن لم يطأها بعد الحرية فالإشكال أقوى. ووجه الحكم به كونها فراشاً يلحق به الولد في الجملة قبل الحرية وهو مستدام بعدها، وإمكان العلوق بعد الحرية قائم، فيكتفى به لثبوت الاستيلاء ظاهراً، وإن انتفى فيما بينه وبين الله تعالى، والأقوى ثبوت الاستيلاء في الأول على تقدير حرّيته، فيسقط عنّا مؤونة هذا الإشكال.

قوله: «كل ما يشرطه المولى على المكاتب في عقد الكتابة يكون لازماً ما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة».

عقد الكتابة قابل للشروط السائغة كظائره من عقود المعاوضات؛ لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»^١، فيلزم الوفاء بما يشترطه ما لم يكن مخالفاً للمشروع.

فلو شرط عليه عملاً مخصوصاً زمن الكتابة أو بعد العتق بالأداء أو الاكتساب على وجه معين أو في مكان معين ونحو ذلك صح.

ولو شرط عليها الوطاء وعدم التكسب أو كون الولد المتجدد رقاً ونحو ذلك بطل الشرط. والأقوى تبعية العقد له، كظائره من الشروط الفاسدة في العقد الصحيح لولاها.

الرابعة: • لا يدخل الحمل في كتابة أمه، لكن لو حملت بمملوك بعد الكتابة كان أولادها كحكمها ينعق منهم بحسابها. ولو تزوجت بحرّ كان أولادها أحراراً. ولو حملت من مولاهم لم تبطل الكتابة. فإن مات وعليها شيء من الكتابة تحرّرت من نصيب ولدها. وإن لم يكن لها ولد سعت في مال الكتابة للوارث.

قوله: «لا يدخل الحمل في كتابة أمه» إلى آخره.

إذا كانت المكاتبه حاملاً حال الكتابة وتيقن ذلك - بأن ينفصل لما دون ستّة أشهر من يوم الكتابة - لم يدخل في كتابة أمه - كالولد المنفصل - وإن قصده؛ لأنّ الصغير لا يكاتب، بخلاف مثله في التدبير، فإنّ الصغير يقبل التدبير؛ لأنّه عتق متبرّع به يشترك فيه الصغير والكبير، بخلاف المعاملة.

ولبعض العامّة قول أنّه يدخل في الكتابة على وجه الاستتباع لا على جهة السراية، كما يتبع الحامل في البيع. وهما ممنوعان.

وإن حدث الولد بعد الكتابة فلا يخلو إمّا أن يكون من زنى أو من نكاح مملوك أو من حرّ أو من مولاهم. فإن كان من حرّ فولدها أحرار لا مدخل لهم في الكتابة. وإن كانوا من مملوك أو من زنى ثبت لهم حكم الكتابة، بمعنى انعتاقهم بعتق الأمّ أو بالأداء أو بالإبراء، لأنّ الولد كسبها فيتوقّف أمره على رفقها وحرّيتها كسائر كسبها. وهذا هو المراد بكونهم بحكمها، لا أنّهم يصيرون مكاتبين إذا لم يجر معهم عقد، وإنّما المراد انعتاقهم بعتقها من جهة الكتابة، حتّى لو فسخت الكتابة ثمّ عتقت الأمّ لم ينعق الولد.

وهل يثبت حقّ ملكهم قبل الانعتاق للأمّ أم للمولى؟ وجهان، من أنّه تابع للأمّ وحقّها له، ومن أنّه من جملة كسبها فيكون لها.

وتظهر الفائدة فيما لو قتله قاتل، فعلى الأوّل تكون القيمة للمولى كما لو قتلت الأمّ، وعلى الثاني تكون للمكاتبة تستعين به في أداء النجوم.

أما كسب الولد وأرش الجناية عليه فيما دون النفس وأرش الوطاء بالشبهة لو كان جاريةً فموقوف على عتقها فيكون له، وإلا فللمولى ككسب الأمّ. ولو عجزت الأمّ وأرادت الاستعانة بكسب ولدها الموقوف ففي إيجابتها وجهان، مبنيان على أنّ الحقّ هل هو للمولى أو لها؟ فعلى الثاني لا إشكال في جواز استعانتها به. وعلى الأوّل يحتمله أيضاً؛ لأنها إذا رقت رقت الولد وأخذ المولى كسبه، وإذا عتقت عتق وقد يفضل شيء من الكسب ففي إيجابتها حظّ للولد، وعدمه؛ لأنّه لا حقّ لها في كسبه؛ لأنّ الكلام على تقديره.

وتظهر الفائدة أيضاً في نفقة الولد، والوجه أنّها في كسبه وما فضل فهو الذي يوقف. فإن لم يكن له كسب أو لم يف بالنفقة ففيه وجهان، أظهرهما أنّها على المولى بناءً على أنّ حقّ الملك له وإن كان مراعى. والثاني أن ينفق عليه من بيت المال؛ لأنّ تكليفه النفقة من غير أن يصرف إليه الكسب في الحال إجحاف به. وفيه وجه ثالث أنّه على الأمّ؛ لأنّ كسبه قد تنتفع به فيكون نفقته عليها لتبعيّة النفقة للكسب.

وإن كان الولد من مولاها فالولد حرّ؛ لأنّها علقت به في ملكه وتصير مستولدة له. وهل عليه قيمة الولد؟ يبني على ما تقدّم من الوجهين، فإن قلنا: حقّ الملك فيه للسيد فلا شيء عليه كما لو قتل ولد المكاتبّة، وإن قلنا: الحقّ لها فعليه القيمة وتستعين المكاتبّة بها. فإن عجزت قبل الأخذ سقطت وإن عتقت أخذتها. وإن ولدت بعد ما عجزت ورقت فلا شيء لها. وكذا لو ولدت بعد ما عتقت؛ لأنّه حين تعذّر تقويمه ليس بكسب مكاتبته.

ثمّ لا ترتفع الكتابة باستيلادها، بل هي مستولدة ومكاتبّة. فإن عجزت ثمّ مات السيد عتقت عن الاستيلاذ، والأولاد الحادثون بعد الاستيلاذ من النكاح أو الزنى يتبعونها، والحادثون قبل الاستيلاذ أرقاءً للسيد. وإن مات السيد قبل عجزها عتقت من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب بقي الباقي مكاتباً وسعت في عوضه للوارث.

الخامسة: • المشروط رقّ وفطرته على مولاه. ولو كان مطلقاً لم يكن عليه فطرته.

وفي رواية عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام: «أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال في رجل وقع على مكاتبته فوطئها: إن عليه مهر مثلها، فإن ولدت منه فهي على مكاتبتها، وإن عجزت فردت في الرقّ فهي من أمّهات الأولاد»^١.

قوله: «المشروط رقّ وفطرته على مولاه. ولو كان مطلقاً لم يكن عليه فطرته». المكاتب مطلقاً قد خرج عن محض الرقيّة ولم يصر إلى حالة الحرّيّة، وهو مرتبة بينهما كما علم مراراً.

ومن سقوط أحكام الرقيّة عنه سقوط نفقته عن مولاه وتعلّقها بكسبه، وقد كان اللازم من ذلك ثبوت فطرته على نفسه أيضاً؛ لأنها تابعة للنفقة، لكن قد أطلق جماعة من الأصحاب^٢ وجوب فطرة المشروط على مولاه والحكم عليه بإطلاق الرقيّة.

مع أن عليّ بن جعفر روى عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن المكاتب هل عليه فطرة رمضان أو على من كاتبه؟ فقال: «الفطرة عليه»^٣ ولم يفرّق بين القسمين.

وفي الدروس اقتصر على نقل وجوب فطرة المشروط على مولاه عن بعض الأصحاب، ثم احتمل عدمه؛ محتجاً بأنها تابعة للنفقة^٤.

وابن البرّاج صرح بعدم وجوبها على المولى^٥، ولا بأس بهذا القول، وإن كان الأشهر خلافه. وأمّا المطلق فلا يجب فطرته على مولاه اتفاقاً، ولا على نفسه إلا أن يتحرّر منه شيء فيجب بنسبة الحرّيّة.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٧، ح ١٠٠٨.

٢. كالشيخ في النهاية، ص ٥٥٢؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ٢٩؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٥٦.

٣. مسائل عليّ بن جعفر، ص ١٣٧؛ الفقيه، ج ٢، ص ١٧٩؛ ح ٢٠٧٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٣٣٢، ح ١٠٤٠؛ وج ٨، ص ٢٧٧، ح ١٠٠٧.

٤. الدروس الشرعيّة، ج ٢، ص ٢٠٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٥. راجع المهذّب، ج ٢، ص ٤٠١؛ وحكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٣، ص ١٤٥، المسألة ١١٠.

● وإذا وجبت عليه كفارة كَفَر بالصوم، ولو كَفَر بالعتق لم يجزئه وكذا لو كَفَر بالإطعام.

ولو كان المولى أذن له، قيل: لم يجزئه؛ لأنَّه كَفَر بما لم يجب عليه.
 السادسة: ● إذا ملك المملوك نصف نفسه كان كسبه بينه وبين مولاه، ولو طلب أحدهما المهايأة أُجبر الممتنع. وقيل: لا يجبر. وهو أشبه.

قوله: «وإذا وجبت عليه كفارة كَفَر بالصوم، ولو كَفَر بالعتق لم يجزئه» إلى آخره.
 التكفير بالعتق شرطه قبول الملك واليسار، والثاني منتفٍ عنه، وفي الأوَّل ما قد عرفت؛ لأنَّ ملكه غير تامٍّ. والتكفير بالإطعام مشروط بالأمر الثاني.
 ولو أذن له المولى في ذلك ففي الأجزاء وجهان، من أنَّ المنع كان حقَّ المولى وقد زال بإذنه، ومن أنَّ التكفير بالأمرين غير واجب عليه فلا يجزئ عن الواجب، وإذن المولى لا يقتضي الوجوب بل غايتها الجواز.
 ويمكن بناؤه على أنَّ التبرُّع على المعسر بالكفارة التي ليست فرضه هل يجزئ عنه أم لا؟ فإن قلنا بإجزائها أجزأ هنا بطريق أولى، وإلَّا فلا.
 وفي المختلف ادَّعى الإجماع على أنَّ التبرُّع عن المعسر بإذنه مجزئ فيجزئ هنا! وهو الوجه.

وفي المبسوط ادَّعى الإجماع على عدم الأجزاء^٢ مع أنَّه في باب الكفارة اختار الأجزاء، وجعله الأظهر في روايات أصحابنا^٣. ووافقه ابن إدريس على عدم الأجزاء^٤.
 وإليه أشار المصنَّف بقوله: «قيل: لم يجزئه».

قوله: «إذا ملك المملوك نصف نفسه كان كسبه بينه وبين مولاه» إلى آخره.

١. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٦٦، المسألة ٩٤.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٥٠٠.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٦٠٣.

٤. السرائر، ج ٣، ص ٢٩.

السابعة: • لو كاتب عبده ومات، فأبرأه أحد الوراث من نصيبه من مال الكتابة أو أعتق نصيبه صحّ ولا يقوّم عليه الباقي.

وجه الإجماع أنّ لكلّ منهما الانتفاع بنصيبه، ولا يمكن الجمع بين الحقيين في وقت واحد، فكانت المهياة طريق الجمع بين الحقيين، ووسيلة إلى قطع النزاع ولا ضرر فيها. ويدلّ عليه ظاهر رواية عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام في مكاتب بين شريكين فيعتق أحدهما نصيبه كيف تصنع الخادم؟ قال: «تخدم الثاني يوماً وتخدم نفسها يوماً»^١. ومن أنّ ذلك قسمة لغير معلوم التساوي فيتوقّف على التراضي. وهذا هو الأصحّ، بل لا يظهر كونها قسمةً. فالرواية مع قطع النظر عن سندها لا تدلّ على تعيين ذلك. وعلى القول بوجوب الإجابة إلى المهياة يكفي المهياة اليومية ولا يجب الأزيد.

قوله: «لو كاتب عبده ومات، فأبرأه أحد الوراث من نصيبه» إلى آخره.

إذا كاتب عبداً ومات وخلف ورثة قاموا مقامه في أنّهم إذا أعتقوه أو أبرؤوه عن النجوم عتق. وكذا لو استوفوا المال. ولو أبرأ أحدهم أو أعتق عتق نصيبه. خلافاً لبعض العامة حيث قال: إنّه لا يعتق بالإبراء حتّى يبرئ الآخر أو يستوفي نصيبه، كما لو كان المورث حياً وأبرأه عن بعض النجوم^٢.

وأجيب بأنّه هناك لم يبرئه عن جميع ماله، فصار كما لو أبرأه أحد الشريكين عن نصيبه من النجوم. والوجهان مطردان في العتق.

ثمّ على تقدير انعتاقه لا يسري عليه نصيب الآخر؛ لانعتقاد سبب حرّيته بالكتابة ولزومها. ومثله ما لو كاتب الشريكان العبد ثمّ أعتقه أحدهما أو كاتب أحدهما نصيبه ثمّ أعتق الآخر، فإنّه لا يسري على الجزء المكاتب؛ لما ذكر من سبق انعقاد سبب الحرّية للنصيب وقد يؤدّي ويعتق، ولأنّ المكاتب قد يتضرّر به من حيث إنّه ينقطع عنه الولد والكسب.

١. الفقيه، ج ٣، ص ١٢٦، ح ٣٤٧٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٥-٢٧٦، ح ١٠٠٣.

٢. روضة الطالبين، ج ٨، ص ٤٩٢.

الثامنة: ● من كاتب عبده وجب أن يعينه من زكاته إن وجبت عليه. ولا حد له قلة ولا كثرة. ويستحب التبرع بالعطية إن لم تجب.

ويحتمل السراية في الجميع؛ لوجود سبب العتق باختياره، وكون المكاتب في حكم الرق بالنسبة إلى قبول العتق.

وعلى الأول إن أدى وعتق خالص. وإن عجز فاسترق في السراية عليه بالعتق السابق وجهان، من وجود السبب المقتضي له، ومن سبق الحكم بعدم السراية فيستصحب، ولأن الواقع بالاختيار هو الكتابة وهي لا تقتضي العتق بذاتها؛ ولهذا لو أعتقه بعد ذلك صح ولو عجز عاد رقاً، وإنما حكم بعتقه بالأداء ولا اختيار للقباض فيه. وعلى هذا يفرق بين الإبراء والقبض؛ لأن الإبراء صدر باختياره وهو سبب العتق، فكان باختيار السبب مختاراً للمسبب. ويمكن بناء الحكم فيه على أن الكتابة هل هي بيع أو عتق بعوض؟ فعلى الأول لا يسري؛ لأن المولى لم يعتق، وإنما يملك العبد نفسه بالشراء وأداء العوض فيعتق. وعلى الثاني يحتمل السراية وعدمها بتقريب ما سبق.

قوله: «من كاتب عبده وجب أن يعينه من زكاته إن وجبت عليه» إلى آخره. الأصل في هذه المسألة قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَيْنٰكُمْ﴾^١. والمراد بالإيتاء أن يحط عنه شيئاً من النجوم أو يبذل شيئاً ويأخذه في النجوم. أما الثاني فظاهر، فإن البذل إيتاء وهو المأمور به في الآية.

وأما الحط فقد روي عن السلف قولاً وفعلاً، وروى العلاء بن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَيْنٰكُمْ﴾ قال: «تضع عنه من نجومه التي لم تكن تريد أن تنقصه منها ولا تزيد فوق ما في نفسك»، فقلت: كم؟ قال: «وضع أبو جعفر عليه السلام لمملوك له ألفاً من ستة آلاف»^٢.

١. النور (٢٤): ٢٣.

٢. الكافي، ج ٦، ص ١٨٩، باب المكاتب، ح ١٧؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٢٤، ح ٣٤٧٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٠، ح ٩٨٢.

والوجه في الثاني - وإن كان خلاف ظاهر الآية - أن المقصود إعانته ليعتق، والإعانة في الحطّ محققة وفي البذل موهومة، فإنه قد ينفق المال في جهة أخرى. وبهذا يظهر أن الحطّ أولى من الإعطاء.

وقد اختلف في هذا الأمر هل هو للوجوب أو الندب؟ وفي أن المراد بـ«مال الله» هو الزكاة الواجبة على المولى أم مطلق المال الذي بيده فإنه من عند الله؟ وفي أن ضمير المأمور هل هو عائد على قوله قبله: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾^١ أو على المكلفين مطلقاً؟ فالشيخ في المبسوط^٢ وجماعة أوجبوا على السيد إعانة المكاتب بالحطّ أو الإيتاء وإن لم تجب عليهم الزكاة، ولا يجب على غيره^٣. وهو مبني على أن الأمر للوجوب وأن المال أعم من الزكاة وأن الخطاب متعلق بالموالي.

وفي المختلف ذهب إلى الاستحباب مطلقاً، وجعل «مال الله» أعم، فلم يوجب عليه الإعانة من الزكاة ولا من غيرها^٤.

والمصنّف (رحمه الله) اختار وجوب الإعانة على المولى إن وجبت عليه الزكاة فيها، والاستحباب إن لم يجب.

أما الأول؛ فلأن أداء الزكاة واجب، ولا شيء من إعانة المديون في وفاء دينه بواجب؛ للأصل، فيختص هذا الأمر بما لو وجبت الزكاة، ولأن المكاتب من أصناف المستحقين، فيكون الدفع إليه واجباً في الجملة.

وأما الثاني فلأصالة عدم الوجوب، مع ما فيه من التعاون على البرّ، وإعانة المحتاجين، وتخليص النفس من ذل الرقيّة وحقوقها.

١. النور (٢٤): ٣٣.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٤٦٨.

٣. راجع لنقل الأقوال إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٦٠١؛ والتنقيح الرائع، ج ٣، ص ٤٧٨، ولم نجد من أوجب الإيتاء مطلقاً غير الشيخ.

٤. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٢٥، المسألة ٧٥.

والأقوى وجوب الإيتاء من الزكاة إن وجبت، أو الحطّ عنه من مال الكتابة إن لم تجب، واختصاص الحكم بالمولى؛ عملاً بظاهر الأمر المطلق المتعلّق بالمأمورين بالكتابة^١. ويتخيّر في الثاني بين أن يعطيه، أو يحطّ عنه من النجوم شيئاً يطلق عليه اسم المال. ويجب على المكاتب القبول إن أعطاه من جنس مال الكتابة لا من غيره؛ عملاً بظاهر الآية^٢. فقد قيل: إن المراد به مال الكتابة^٣. ولو حطّ عنه كان إبراءً لا يعتبر فيه القبول على الأقوى. ولو اعتبرناه وجب كالجنس.

ولو عتق قبل الإيتاء ففي سقوط الوجوب قولان، من فوات محلّه وتعلّق الخطاب بالمكاتبين وقد زال الوصف، ومن كونه كالدين. واختاره في الدروس^٤.

ولو دفع إليه من الزكاة وكان مشروطاً بعجزه ففي وجوب إخراج الزكاة لغيره، أو ردّها إلى دافعها وجهان، من تبيّن عدم الاستحقاق، وكونه طارئاً على الدفع الموجب للملك حال كونه قابلاً له، وبراءة ذمّة الدافع حينئذٍ، وعوده إلى المولى إحداث ملك لا يبطل لما سلف، ومن ثمّ بقيت المعاملة السابقة بحالها وإن لم يرض بها المولى.

ويضعّف بمنع كونه إحداثاً، بل إعادته في الرقّ يقتضي نقض جميع ما سبق، ومن ثمّ عاد كسبه وأولاده ملكاً له. وبقاء المعاملة بسبب الإذن الضمنيّة بها في عقد المكاتب، فإنّها تستلزم الإذن في التصرف بالمعاملة ونحوها.

والوجه وجوب صرفه على المستحقّين إن كانت منه، وإلاّ أعادها على دافعها ليصرفها بنفسه. نعم، لو كان من المندوبة لم تجب الإعادة.

١ و٢. التور (٢٤): ٣٣.

٣. العزيز شرح الوجيز، ج ١٣، ص ٥٠٣: الحاوي الكبير، ج ١٨، ص ١٤٠.

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٩٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠)، ولم نعتز على القائل بعدم الوجوب.

التاسعة: • لو كان له مكاتبان فأدّى أحدهما واشتبه صبر عليه لرجاء التذکر. فإن مات المولى استخرج بالقرعة. ولو ادّعى على المولى العلم كان القول قوله مع يمينه، ثم يقرع بينهما لاستخراج المكاتب.

قوله: «لو كان له مكاتبان فأدّى أحدهما واشتبه صبر عليه لرجاء التذکر» إلى آخره. إذا كاتب اثنين في صفقة أو صفقتين ثم أقرّ بأنه استوفى نجوم أحدهما، أو أنه أبرأ أحدهما عمّا عليه أمر بالبيان، فإن قال نسيت أمر بالتذکر، ولا يقرع بينهما ما دام حياً؛ لأنّ الإنسان قد يتذکر ما نسي ويبين له ما اشتبه عليه، وذلك أقرب إلى الحقّ من القرعة. ولو قيل بالقرعة مع اليأس من التذکر أو طول الزمان جداً كان حسناً؛ لتحقق الاشتباه وهي لكلّ أمر مشتبه.

ولو ادّعى العلم على المولى فالقول قوله في نفيه؛ لأنّ ذلك لا يعلم إلّا من قبله. وإن بين أحدهما وادّعى التذکر قبل قوله بغير يمين إن صدّقه الآخر أو سكت، وإن كذّبه وقال: استوفيت منّي أو أبرأتني فله تحليفه أيضاً. ويحلف هنا على البتّ لدعواه التذکر. فإن حلف بقيت كتابته إلى أن يؤدّي. وإن نكل المولى حلف المكذّب وعتق أيضاً.

ولو نكل عن اليمين - المتوجّهة عليه قبل التذکر - على نفي العلم حلف مدّعي الدفع وعتق. فإن ادّعى كلّ منهما ذلك ففي تحليفهما معاً وعتقهما وجهان، من أنّ ذلك هو مقتضى الدعوى، ومن أنّ المعتق أحدهما خاصّة فأحدهما كاذب في يمينه، لكنّ هذا حكم على ما في نفس الأمر فلا يقدر فيما يثبت بظاهر الحكم.

ولو مات المولى قبل التذکر تعيّن القرعة؛ لليأس منه، ولكن لو ادّعى أحدهما أو هما على الوارث العلم حلف على نفيه كالمورث. وليس له أن يستوفي منهما ولا من أحدهما قبل القرعة وإن بذلا المال؛ لأنّ أحدهما برئ فأخذ المالكين ظلم. وكذا القول في المورث. ولو بذلا مالاً آخر بقدر المتخلف أو الأكثر على تقدير الاختلاف ففي انعاقهما بذلك وجهان، من وصول مال الكتابة إليه بأجمعه، ومن أنّ شرطه أداء المكاتب وجاز في كلّ منهما أن يكون ما أدّى مال الكتابة. ويمكن أن يجعل بذلهما له ولو عيّن غير المؤدّي طريقاً إلى صحّة الأداء كما لو دفع المتبرّع. وهذا أجود.

العاشرة: • يجوز بيع مال الكتابة، فإن أدّى المكاتب مال الكتابة انعتق. وإن كان مشروطاً فعجز وفسخ المولى رجع رقاً لمولاه.

واعلم أنّه يظهر من قول المصنّف «ثمّ يقرع بينهما» بعد قوله «ولو ادّعى على المولى العلم كان القول قوله» أنّه يقرع بينهما في حياة المولى، وهو مخالف لقوله سابقاً «صبر عليه لرجاء التذكّر» إلّا أن يحمل على تصريحه بانتفاء الرجاء، وهو بعيد، ولا إشعار للفظ به. وقد صرح الشيخ^١ والجماعة^٢ بعدم القرعة ما دام حيّاً؛ لأنّ التذكّر مرجوّ. ويمكن أن يحمل المولى في قوله «ولو ادّعى على المولى» ما يشمل الوارث، ويكون قوله «ثمّ يقرع» مختصّاً بما بعد الموت مؤكداً لقوله «استخرج بالقرعة». وعلى التقديرين فالعبارة ليست جيّدة.

قوله: «يجوز بيع مال الكتابة فإن أدّى المكاتب مال الكتابة انعتق» إلى آخره. المشهور بين الأصحاب جواز بيع مال الكتابة ونقله بغير البيع من سائر وجوه النقل؛ للأصل، خلافاً للشيخ في المبسوط حيث منع منه؛ للنهي عن بيع ما لم يقبض^٣، ولأنّ النجوم لم تستقرّ؛ لجواز تعجيز نفسه إمّا مطلقاً أو في المشروط. وهو مذهب جماعة من العامّة^٤.

ويضعّف بأنّ النهي تعلق بما انتقل بالبيع لا بمطلق ما لم يقبض، حتّى أنّ العامّة رويوا ذلك عن النبي ﷺ^٥، وإنّما قاس من عدّاه منهم على البيع، ولما كان القياس عندنا ممتنعاً اختصّ

١. راجع المبسوط، ج ٤، ص ٧١.

٢. راجع المهدّب، ج ٢، ص ٣٧٨؛ وقواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٣٨-٢٣٩؛ وتلخيص الخلاف، ج ٣، ص ٤٢٣-٤٢٤، المسألة ٢٤.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٥٠٣، وسيأتي تخريج الحديث في الهامش ٥.

٤. المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٤٤٨، المسألة ٨٧٩٩؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ٥١٨.

٥. صحيح البخاري، ج ٢، ص ٧٤٧، ح ٢٠١٧، و ص ٧٤٨، ح ٢٠١٩، و ص ٧٥٠، ح ٢٠٢٥ و ٢٠٢٦، و ص ٧٥١، ح ٢٠٢٩؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٤٩، ح ٢٢٢٦-٢٢٢٧؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٥، ص ٥٠٨-٥١٠، ح ١٠٦٧٢-١٠٦٧٩.

النهي بمورده. ونمنع جواز تعجيز نفسه مطلقاً؛ لما تقدّم من اختيار لزومها^١.
وإذا صحّ البيع لزم المكاتب دفع المال إلى المشتري، فإن أذاه إليه عتق كما لو أذاه
إلى المولى.

ولو لم يدفعه أجمع وكان مشروطاً فعجز وفسخ المولى رجع رَقاً لمولاه. وهل يبطل
البيع؟ يحتمله؛ لأنّ الفسخ يوجب رفع أثر الكتابة، ومن ثمّ رجع ولده رَقاً وتبعه كسبه؛
والعدم؛ لمصادفة الملك حال البيع فلا يضرّه الفسخ الطارئ.

وعلى القول بعدم الصحة لا يجوز للمكاتب تسليم النجوم إلى المشتري، ولا للمشتري
مطالبته بها، ويحصل العتق بدفعها إلى السيّد البائع.

وهل يحصل بتسليمها إلى المشتري؟ قيل: نعم؛^٢ لأنّ السيّد سلّطه على القبض، فهو كما
لو وكّل بالقبض وكيلاً. وأصحهما - وهو اختيار الشيخ في المبسوط^٣، والأكثر - المنع؛ لأنّه
يقبض لنفسه حتّى لو تلف في يده يضمنه، بخلاف الوكيل فإنّه يقبض للموكّل.

وفصل ثالث فقال: إن قال بعد البيع: «خذها منه» أو قال للمكاتب: «ادفعها إليه» صار
وكيلاً وحصل العتق بقبضه، وإن اقتصر على البيع فلا؛ لأنّه فاسد فلا عبرة بما يتضمّنه^٤.

وردّ بآته وإن صرّح بالإذن فإنما يأذن بحكم المعاوضة لا أنّه يستتبيّه^٥.

والقولان الأوّلان للعلامة في التحرير في موضعين من الكتابة^٦.

ثمّ إن قلنا بعدم عتقه فالسيّد يطالب المكاتب والمكاتب يستردّ ما دفع إلى المشتري.

١. تقدّم في ص ٤٤٢.

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٣٩، الرقم ٥٧٣٥.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٥٠٣.

٤. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٧٤، الرقم ٥٧٩٤، قال فيه: ويحتمل العتق.

٥. راجع قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٣٧.

٦. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٣٩، الرقم ٥٧٣٥، وص ٢٧٣ - ٢٧٤، الرقم ٥٧٩٦.

● ويجوز بيع المشروط بعد عجزه مع الفسخ. ولا يجوز بيع المطلق.
 الحادية عشرة: ● إذا زوّج بنته من مكاتبه ثم مات فملكته انفسخ النكاح بينهما.

فإن سلّمه المشتري إلى البائع لم يصح؛ لأنّه قبضه بغير إذن المكاتب، فأشبهه ما لو أخذه من ماله بغير إذنه.

ويحتمل الصحة؛ نظراً إلى تعيين المكاتب إياه لمال الكتابة بالدفع، وقد تقدّم إطلاق جواز تصرف المولى في مال المكاتب^١ بما يتعلّق بالاستيفاء فهنا أولى. لكن لما كان الحقّ تقييد ذلك المطلق لم يصحّ هنا وإن عبّته المكاتب؛ لأنّ تعيينه مبنيّ على المعاوضة كتسليمه إلى المشتري.

قوله: «ويجوز بيع المشروط بعد عجزه مع الفسخ ولا يجوز بيع المطلق».

لا إشكال في جواز بيع المشروط بعد العجز؛ لأنّ المولى يتسلّط على الفسخ فكان بيعه فسخاً، كما لو باع ذو الخيار أو باع المدبّر أو الموصى به أو نحو ذلك ممّا اشتمل على العقد الجائز. ولو تقدّم الفسخ البيع فالصحة أوضح.

وأما المطلق فقد أطلق المصنّف والجماعة^٢ عدم صحّة بيعه.

ويجب تقييده بما إذا لم يبلغ حدّاً يجوز للمولى فسخ كتابته، فلو عجز عن الأداء بعد حلول المال ولم يمكن الوفاء عنه من سهم الرقاب جاز بيعه، كما يجوز فسخها حينئذ. وقد تقدّم^٣.

قوله: «إذا زوّج بنته من مكاتبه ثم مات فملكته انفسخ النكاح بينهما».

لا فرق في ذلك بين المكاتب المشروط والمطلق؛ لأنّ الكتابة لم تخرجه عن أصل الرقيّة وإن أخرجته عنها على بعض الوجوه كما عرفته مراراً.

١. تقدّم في ص ٤٧٠.

٢. منهم الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٤٠٤، المسألة ٣٤؛ وابن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٤١١؛ والصيري في تلخيص الخلاف، ج ٣، ص ٤٢٦، المسألة ٣٣.

٣. تقدّم في ص ٤٦٣.

الثانية عشرة: • إذا اختلف السيّد والمكاتب في مال الكتابة أو في المدّة أو في النجوم، فالقول قول السيّد مع يمينه. ولو قيل: القول قول منكر زيادة المال والمدّة كان حسناً.

وخالف في ذلك ابن الجنيّد فقال:

لو مات السيّد وابنته تحت المكاتب الذي شرط عليه الرقّ عند عجزه منع من الوطاء، وإن أذى كانا على النكاح؛ لأنّها لم ترث من رقيّته شيئاً، وإن عجز بطل النكاح، فإن كان من يعتق بما أذى بطل النكاح إذا حصل له أداء بعض الكتابة^١.

هذا كلامه، وما اختاره المصنّف مذهب الشيخ^٢ والأكثر، وهو الأظهر.

واحترز بقوله «فملكته» عمّا لو لم تكن وارثته، بأن تكون قاتلة أو كافرة وهو كافر، فإنّ النكاح بحاله، ولو كان مطلقاً وقد أذى بعض المال فالحكم بحاله؛ لأنّ ملك الزوجة بعضه يوجب بطلان النكاح.

قوله: «إذا اختلف السيّد والمكاتب في مال الكتابة أو في المدّة» إلى آخره.

المراد باختلافهما في المال اختلافهما في قدره، بأن قال: كاتبك على ألفين، فقال: بل على ألف.

وبالمدّة الأجل، بأن قال: إلى سنة، فقال المكاتب: بل إلى سنتين.

وبالنجوم أجزاء المدّة التي قسّط المال عليها وجعل لكلّ قسط أجلاً منها، بأن قال: جعلنا السنة - التي هي الأجل المتفق عليه - ثلاثة نجوم كلّ نجم أربعة أشهر بحيث يحلّ في كلّ نجم ثلث المال، فقال المكاتب: بل جعلناها نجمين بحيث يحلّ في كلّ نصف سنة نصف المال، ونحو ذلك.

أمّا لو كان اختلافهما في عدد النجوم أو قدرها موجباً للاختلاف في أصل المدّة كان

١. حكاه عنه العلامة مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٤٥ - ١٤٦، المسألة ١٠٧.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٤٠٥، المسألة ٣٥.

الثالثة عشرة: • إذا دفع مال الكتابة وحكم بحرّيته فبان العوض معيباً، فإن رضي المولى فلا كلام، وإن ردّه بطل العتق المحكوم به؛ لأنّه مشروط بالعوض. ولو تجدد في العوض عيب لم يمنع من الردّ بالعيب الأوّل مع أرش الحادث. وقال الشيخ: يمنع. وهو بعيد.

راجعاً إلى النزاع في المدّة، بأن اتّفقا على أنّ الأجل نجمان، ولكن ادّعى المولى أنّ كلّ نجم شهر، وادّعى المكاتب أنّ كلّ نجم شهران، أو اتّفقا على أنّ النجم شهر، ولكن اختلفا في قدر النجوم، فقال المولى: إنّها نجمان، وادّعى المكاتب أنّها ثلاثة، فهذا كلّه راجع إلى الاختلاف في المدّة. والحكم في الجميع واحد، وهو تقديم قول السيّد؛ لأصالة عدم الزائد عمّا يعترف به.

وأما وجه تقديم قوله في قدر المال؛ فلأنّ المكاتب يدّعي العتق بما يدّعيه من المقدار، والمولى يُنكره والأصل بقاء الرقّ. وبهذا يحصل الفرق بين الكتابة والبيع إذا اختلفا في مقدار الثمن أو المثل، فإنّ الكتابة ليست معاوضةً حقيقةً؛ لأنّها معاملة على مال المولى بماله، والأصل أن لا يخرج ذلك عن ملكه إلّا برضاه؛ لأنّها أشبه بالتبرّع من شبهها بعقود المعاوضات. والأقوى ما اختاره المصنّف والأكثر، من تقديم قول من يُنكر الزيادة في المال والمدّة؛ التفاتاً إلى الأصل الشهير، ولأنّ المولى باعترافه بأصل الكتابة واستحقاقه العتق خرج عن أصالة بقاء ملكه على المكاتب وعلى ماله. ثمّ هو يدّعي زيادةً في ذمّة المكاتب، وهو ينكرها، فيكون قوله مقدّماً في ذلك.

قوله: «إذا دفع مال الكتابة وحكم بحرّيته فبان العوض معيباً» إلى آخره.

قد تقرر أنّ العوض في الكتابة لا يكون إلّا ديناً. ثمّ مستحقّ الدين في ذمّة الغير إذا استوفاه فلم يجده على الصفة المشروطة فله ردّه وطلب ما يستحقّه، ولا يرتفع العقد. ثمّ إن كان المقبوض من غير جنس حقّه لم يملكه، إلّا أن يعتاض من حيث يجوز الاعتياض. وإن أطلع على عيب نظر، إن رضي به فهل يملكه بالرضى، أو بالقبض وإنّما تأكّد الملك

بالرضى؟ فيه وجهان. وإن ردّه فهل نقول: ملكه بالقبض ثم انتقل الملك بالردّة، أو نقول: إذا ردّ تبين أنه لم يملكه؟ فيه قولان^١.

فهذه قاعدة كليّة حقّقناها في باب الصرف ويبنى عليها مسائل قد سبقت^٢.

منها: أن عقد الصرف إذا ورد على موصوف في الذمّة وجرى التقابض وتفرّقا ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً وردّه، فإن قلنا إنه ملك بالقبض صحّ العقد، وإن قلنا تبين أنه لم يملك فالعقد فاسد؛ لأنّهما تفرّقا قبل التقابض.

ومنها: إذا أسلم في جارية وقبض جاريته فوجد بها عيباً فردّها فهل على المسلم إليه استبرأؤها؟ يبنى على هذا الخلاف، فإن قلنا إنه يملك بالقبض وجب الاستبراء؛ لأنّها رجعت إليه بملك جديد، وإن قلنا بعدم الملك فلا استبراء؛ لبقائها على الملك السابق.

إذا تفرّر ذلك فإذا وجد السيّد ببعض النجوم المقبوضة أو جميعها عيباً فله الخيار بين أن يرضى به، وبين أن يرده ويطلب بدله. ولا فرق بين العيب اليسير والفاحش عندنا. فإن رضي به فالعتق نافذ لا محالة، ويجعل رضاه بالمعيب كالإبراء عن بعض الحقّ. وهل يحصل العتق عند الرضى، أو حصل من وقت القبض؟ وجهان، أشبههما الثاني.

وإن أراد الردّ والاستبدال فإن قلنا تبين بالردّ أن الملك لم يحصل بالقبض فالعتق غير حاصل، فإن أدّى على الصفة المستحقّة بعد ذلك فحينئذٍ حصل العتق.

وإن قلنا يحصل الملك في المقبوض وبالردّ يرتفع فوجهان:

أحدهما: أن العتق كان حاصلًا إلاّ أنه كان بصفة الجواز، فإذا ردّ العوض ارتدّ.

وأصحهما: أنه تبين أن العتق لم يحصل؛ إذ العتق ليس من التصرفات التي يتطرّق النقص إليها، فلو حصل لما ارتفع، ولا يثبت العتق بصفة الزوم إجماعاً.

١. من القائلين بالقول الثاني العلامة في إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٧٩؛ والصميري في غاية المرام، ج ٣، ص ٤١٣ ولم نعر على القائل بالقول الأوّل.

٢. راجع ج ٣، ص ٢٥٨-٢٥٩.

الرابعة عشرة: • إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابة، فإن كان ما في يده يقوم بالجميع فلا بحث. وإن عجز وكان مطلقاً تحاصّ فيه الديان والمولى. وإن كان مشروطاً قدّم الدين؛ لأنّ في تقديمه حفظاً للحقّين. ولو مات وكان مشروطاً بطلت الكتابة ودفع ما في يده في الديون خاصّةً. ولو قصر قسّم بين الديان بالحصص. ولا يضمنه المولى؛ لأنّ الدين تعلقّ بذلك المال فقط.

ولو طلب الأرش مع الرضى بالمعيب فله ذلك، وتبيّن حينئذٍ أنّه لم يقبض كمال النجوم، فإذا أداه حصل كمال العتق حينئذٍ. وإن عجز عنه وكانت مشروطةً فللسيد استرقاقه، كما لو عجز عن بعض النجوم.

ولو فرض تجدد عيب في العوض الذي ظهر معيباً لم يمنع العيب الحادث في يد المولى الردّ بالعيب الأوّل مع أرش الحادث؛ لاستحقاقه الردّ أولاً فيستصحب، والعيب الحادث يجبر بالأرش، ولأنّها ليست معاوضةً حقيقةً؛ لأنّها معاوضة على مال المالك بماله، فليس لها حكم المعاوضات اللازمة؛ ولهذا إذا مات المكاتب أو عجز كان للمالك أخذ الكسب بلا عوض.

وقال الشيخ: يمنع العيب الحادث الردّ؛ لأنّها معاوضة كالبيع. وهو بعيد؛ لما ذكرناه من خروجها عن حكم المعاوضات المحضّة.

قوله: «إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابة - إلى قوله - تعلقّ بذلك المال فقط». إذا اجتمع على المكاتب ديون غير مال الكتابة، فإنّما أن يكون للمولى أو لغيره أو لهما. ثمّ إنّ ما في يده بها أو يقصر. ثمّ إنّ ما أن يكون مطلقاً أو مشروطاً. وباختلاف هذه الصور الاثني عشر تختلف الأحكام. فإن كان الدين للمولى بأن كان له مع النجوم دين معاملة على

المكاتب أو أرش جناية عليه أو على ماله، فإن وفي ما في يده بها فلا بحث، وإلا فإن تراضيا على تقديم الدين الآخر وتأخير النجوم فذاك، وإن تراضيا على تقديم النجوم عتق، ثم لا يسقط الدين الآخر فللسيد مطالبته به.

ولو كان ما في يده وافيًا بالنجوم ولم يف بها وبالدين الآخر، فإن أداها عن النجوم برضى السيد فالحكم ما بيناه. وللسيد أن يمنعه من تقديم النجوم؛ لأنه لا يجد مرجعاً للدين، وإذا تقدّمت النجوم عتق، فيأخذ ما في يده عن الدين الآخر ثم يعجزه. وهل له تعجيزه قبل أخذ ما في يده؟ وجهان، أحدهما: لا؛ لأنه قادر على أداء النجوم، فما لم تخل يده عنها لا يحصل العجز. وأوجهما: نعم؛ لأنه يتمكّن من مطالبته بالدينين معاً وأخذ ما في يده عنهما، وحينئذٍ فيعجز عن قسط من النجوم.

ولو دفع المكاتب ما في يده ولم يتعرّضاً للجهة، ثم قال: قصدت النجوم، وأنكر السيد فالمصدّق المكاتب؛ لأنه أعرف بقصده، كما لو كان عليه دينان بأحدهما رهن وأدى أحدهما وادّعى إرادة دين الرهن.

وإن كانت الديون لغير المولى أو لهما ولم يف ما في يده بها، فإن لم يحجر عليه بعد لعدم التماس الغرماء فله تقديم ما شاء من النجوم وغيرها، كالحجر المعسر يقدّم ما شاء من الديون. ولكنّ الأولى أن يقدّم دين المعاملة، فإن فضل شيء جعله في الأرش، فإن فضل شيء جعله في النجوم. وسيظهر وجه هذا الترتيب.

وإن حجر الحاكم عليه تولّى قسمة ما في يده. وفي كيفية القسمة وجهان:

أحدهما - وهو ظاهر اختيار المصنّف - قسمته على إقدار الديون من غير أن يقدّم بعضها على بعض؛ لأنّ جميع الديون متعلّق بما في يده. والأقوى أنّ ما انفرد منها يقسّمه على إقدار الديون.

وأجودهما: أنّه يقدّم دين المعاملة؛ لأنه يتعلّق بما في يده لا غير، ولأرش الجناية متعلّق

آخر وهو الرقبة، وكذلك حقّ السيّد بتقدير العجز يعود إلى الرقيّة. ثمّ يقدّم أورش الجناية على النجوم؛ لأنّ الأرش مستقرّ والنجوم عرضة للسقوط إمّا باختيار المكاتب أو مع عجزه، ولأنّ حقّ المجنّي عليه مقدّم على حقّ المالك في القنّ فكذا المكاتب. هذا إذا كان مطلقاً. ولو كان مشروطاً قدّم الدين على النجوم؛ لأنّ في تقديمه جمعاً بين الحقيّن.

ولو كان للمولى معهم دين معاملة في مساواته لمال الكتابة أو لدين الأجنبي وجهان، أظهرهما الثاني؛ لأنّه إذا سقط لم يكن له بدل كديون الغرماء، بخلاف دين النجوم، فإنّه إذا سقط عاد المولى إلى الرقبة. ووجه الأوّل أنّ ديون السيّد ضعيفة؛ لأنّها عرضة للسقوط بالتعجيز. ويبقى في التسوية بين الديون أو تقديم دين المعاملة ما سبق.

ولو مات المكاتب قبل أن يقسّم ما في يده وكان مشروطاً انفسخت الكتابة وسقطت النجوم. وفي سقوط دين أورش الجناية وجهان:

أحدهما - وبه قال الشيخ^١ - يسقط أيضاً؛ لأنّه يتعلّق بالرقبة وقد تلفت، وتعلّقها بما في يده بحكم الكتابة، فإذا بطلت الكتابة بطل ذلك التعلّق. وعلى هذا يتعيّن صرف ما خلفه إلى ديون المعاملات.

والثاني: أنّه يتعلّق بالمال؛ استصحاباً لحالة الكتابة، ولفوات المحلّ، مع كونه أقوى من دين المعاملة. وعلى هذا فإنّ سويّنا بينهما في صورة التعجيز فهنا أولى، وإن قلنا بالترتيب احتمل بقاؤه؛ استصحاباً لما كان في حال الحياة. والأظهر التسوية؛ لأنّ الدينين متعلّقان بما خلفه، وتأخّر الأرش في الحياة كان لتوقع توفيره وقد بطل ذلك التوقع. وعلى التقديرين لا يضمن المولى ما فات من الدين؛ لأنّ تعلّقه بمال المكاتب.

الخامسة عشرة: • يجوز أن يكاتب بعض عبده إذا كان الباقي حرّاً أو رقاً له. ومنعه الشيخ. ولو كان الباقي رقاً لغيره فأذن صحّ. وإن لم يأذن بطلت الكتابة؛ لأنّها تتضمّن ضرر الشريك، ولأنّ الكتابة ثمرتها الاكتساب، ومع الشركة لا يتمكّن من التصرف.

واعلم أنّه على تقدير التحاصّ في ماله حياً وبقاء النجوم أو بعضها فللسيد تعجيزه إن كان مشروطاً أو مطلقاً مع اليأس من الوفاء كما مرّ. وإن بقيت الأروش أو بعضها فلمستحقّ الأرش تعجيزه أيضاً لتباعد رقبته في حقّه، ولكن لا يعجزه بنفسه؛ لأنّه لم يعقد حتّى يفسخ، ولكن يرفع أمره إلى الحاكم حتّى يعجزه.

ولو أراد المولى أن يفديه وتبقى الكتابة، ففي وجوب القبول وجهان، من أنّه رقيق المولى في الجملة وله غرض في إتمام اعتاقه وفي استيفائه لنفسه إن لم يتمّ فيمكن من الفداء، ومن أنّ المولى إنّما يفدي إذا تعلقّ الأرش بالرقبة وهذا لا يتحقّق ما دامت الكتابة باقية. وأمّا صاحب دين المعاملة فليس له التعجيز؛ لأنّ حقّه لا يتعلّق بالرقبة.

قوله: «يجوز أن يكاتب بعض عبده إذا كان الباقي حرّاً أو رقاً له. ومنعه الشيخ. ولو كان الباقي رقاً لغيره فأذن صحّ» إلى آخره.

إذا كاتب بعض العبد فإمّا أن يكون باقيه حرّاً، ولا إشكال في صحّة الكتابة؛ لأنّها استغرقت الرقيق منه فأفادته الاستقلال. وإمّا أن يكون باقيه أو بعض الباقي رقيقاً، فالقدر الرقيق إمّا أن يكون له أو لغيره. فإن كان له فالمصنّف (رحمه الله) والأكثر - ومنهم الشيخ في الخلاف^١ - على الجواز؛ للأصل، وعموم قوله ﷺ: «الناس مسلّطون على أموالهم»^٢ ولأنّ

١. الخلاف، ج ٦، ص ٣٩٠، المسألة ١٤.

٢. أورده الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ١٧٦ - ١٧٧، المسألة ٢٩٠؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٤٨.

ذيل المسألة ٢١٨؛ وج ٦، ص ٢٤٠، المسألة ١٠.

بيع نصيبه وعتقه جائزان، والكتابة لا تنفك عنهما.

وقال الشيخ في المبسوط: لا يصح^١؛ لأنّ الكتابة يلزمها رفع الحجر عن المكاتب في جهات الاكتساب وما يتوقّف عليه كالسفر، وينفرد بما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاة، وهو غير ممكن هنا؛ لتوقّف السفر والتكسّب على إذن السيّد، ويشاركه فيما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاة؛ لأنّه كسبه.

وأجيب^٢ بأنّ المنع من السفر والاكتساب يرتفع بالمهاياة كارتفاعه عن الشريكين. ويمنع مشاركته في سهم المكاتبين من الزكاة؛ لأنّه إنّما يدفع لجهة الكتابة، ولأنّه لا يملك النصيب بل يدفعه في كتابته.

وإن كان الباقي لغيره فإن لم يأذن الشريك لم يصحّ؛ لعدم الاستقلال، ولأنّ نصيب الشريك يتبعّض فيتضرّر.

وإن كان بإذنه ففي الصحة قولان:

أحدهما - وهو الذي جزم به المصنّف - الصحة؛ لأنّه يستقلّ في البعض المكاتب عليه، وإذا جاز إفراد البعض بالإعتاق جاز إفراده بالعقد المفضي إلى العتق.

والثاني: العدم؛ لما تقدّم من أنّ الشريك يمنعه من التردّد والمسافرة ولا يمكن صرف سهم المكاتبين إليه.

والأقوى الجواز وإن لم يأذن، بتقريب ما سلف حجّةً وجواباً. والقولان للشيخ في الخلاف^٣ والمبسوط^٤.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٤٧٣ - ٤٧٤.

٢. المجيب هو فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٥٩٤.

٣. الخلاف، ج ٦، ص ٤٠١، المسألة ٢٨.

٤. المبسوط، ج ٤، ص ٤٧٥.

وأما اللواحق

فتشتمل على مقاصد:

[المقصد] الأول في لواحق تصرفاته

وقد بيّنا أنه لا يجوز أن يتصرّف بما ينافي الاكتساب - من هبة أو محاباة أو إقراض أو إعتاق - إلا بإذن مولاه. وكما يصحّ أن يهب من الأجنبي بإذن المولى، فكذا هبته لمولاه.

ونريد أن نلحق هنا مسائل:

الأولى: • المراد من الكتابة تحصيل العتق، وإنّما يتمّ بإطلاق التصرف في وجوه الاكتساب. فيصحّ أن يبيع من مولاه ومن غيره، وأن يشتري منه ومن غيره.

ويتوخّى ما فيه الغبطة في معاوضاته فيبيع بالحال لا بالمؤجل، إلا أن يسمح المشتري بزيادة عن الثمن، فيعجل مقدار الثمن ويؤخر الزيادة. أمّا هو فإذا ابتاع بالدين جاز. وكذا إن استسلف. وليس له أن يرهن؛ لأنّه لا حظّ له، وربما تلف منه. وكذا ليس له أن يدفع قراضاً.

قوله: «المراد من الكتابة تحصيل العتق، وإنّما يتمّ بإطلاق التصرف في وجوه الاكتساب. فيصحّ أن يبيع من مولاه ومن غيره» إلى آخره.

المكاتب كالحرف في معظم التصرفات، فيبيع ويشتري ويؤجر ويستأجر، ويأخذ بالشفعة، ويقبل الهبة والصدقة، ويصطاد ويحتطب، ويؤدّب عبده إصلاحاً للمال، كما يفصدهم ويحتقنهم.

ولا يصحّ منه التصرفات التي فيها تبرّع أو خطر؛ لأنّ المقصود تحصيل العتق فيحتاج له، ولأنّ حقّ السيّد غير منقطع عمّا في يده، فإنّه قد يعجز فيعود إلى الرقّ. هذا هو القول الجملي^١، وفي التفصيل صور قد تقدّم منها حكم بيعه وعتقه وهبته وإقراضه، وما تقرّر من ذلك.

ولا فرق في البيع والشراء بين وقوعهما مع سيّده وأجنبي؛ لاشتراكهما في المقتضي. ولما كان الواجب عليه تحرّي ما فيه الغبطة ومظنّة الاكتساب فعليه أن يبيع بالحال لا بالمؤجل؛ لأنّ إخراج المال عن اليد بلا عوض في الحال تبرّع ومشمّل على خطر، سواء باع بمثل قيمته أم أكثر، وسواء استوثق بالرهن والكفيل أم لا؛ لأنّ الكفيل قد يفلس والرهن قد يتلف. نعم، يجوز أن يبيع ما يساوي مائة بمائة تقدماً وبمائة نسيئةً.

ويجوز أن يشتري نسيئةً بثلث نقد ولا يرهن به، فإنّه قد يتلف. وإن اشتراه بثلث النسيئة ففي جوازه وجهان، من اشتماله على التبرّع، ومن عدم الغبن.

وفرقوا بين المكاتب وبين الوليّ حيث يبيع مال الطفل نسيئةً ويرتهن للحاجة أو المصلحة الظاهرة، فإنّ المراعى هناك مصلحة الطفل والوليّ منصوب لينظر له، وهاهنا المطلوب العتق والمراعى مصلحة السيّد، والمكاتب غير منصوب لينظر له.

وربما قيل بمساواته للوليّ في مراعاة المصلحة، خصوصاً مع دعاء الضرورة إلى البيع والرهن كما في وقت النهب؛ لما فيه من حفظ المال.

ومتى باع أو اشترى لم يسلم ما في يده حتّى يتسلّم العوض؛ لأنّ رفع اليد عن المال بلا عوض لا يخلو عن غرر؛ ولذلك ليس له السلم؛ لأنّ مقتضاه تسليم رأس المال في المجلس وانتظار المسلم فيه، سيّما إذا كان الثمن مؤجلاً. ومثله دفع المال قراضاً. وله أن يأخذه؛ لأنّه نوع تكسّب.

١. في بعض النسخ: «المجمل» بدل «الجملي».

الثانية: ● إذا كان للمكاتب على مولاه مال وحلّ نجم، فإن كان المالان متساويين جنساً ووصفاً تهاترا. ولو فضل لأحدهما رجع صاحب الفضل. وإن كانا مختلفين لم يحصل التقاص إلا برضاهما. وهكذا حكم كلّ غريمين. وإذا تراضيا كفى ذلك ولو لم يقبض الذي له ثمّ يعيده عوضاً، سواء كان المال أثماناً أو أعواضاً. وفيه قول آخر بالتفصيل.

قوله: «إذا كان للمكاتب على مولاه مال وحلّ نجم، فإن كان المالان متساويين جنساً ووصفاً» إلى آخره.

المولى في معاملة المكاتب كالأجنبي مع الأجنبي في الأحكام، فإذا ثبت للمكاتب دين على مولاه عن معاملة، وكان للمولى عليه النجوم أو دين معاملة، ففي التقاص تفصيل واختلاف لا يختص بالمولى والمكاتب.

وجملة القول فيه أنه إذا ثبت لشخص على آخر دين، وللآخر دين على الأول، فإن اتحد الجنس والصفة فالمقاصّة قهرية، سواء كانا نقدين أو عرضين مثليين، وإن اختلف الجنس أو الوصف ولو بالحلول والتأجيل أو اختلاف الأجل أو كانا قيميين اعتبر التراضي، ولا يفتقر معه إلى قبضهما ولا إلى قبض أحدهما. وكذا لو كان أحدهما نقداً والآخر عرضاً.

والتفصيل الذي أشار إليه المصنّف (رحمه الله) للشيخ في المبسوط. ومحصّله:

أنّ الدينين إن كانا نقدين قبض أحدهما ودفعه عن الآخر، وإن كانا عرضين فلا بدّ من قبضهما، وإن كان أحدهما نقداً فقبض العرض ثمّ دفعه عن النقد جاز، دون العكس^١.

وكانّ الشيخ يجعل المقاصّة بيعاً، فيلحقها أحكامه من بيع الدين بالدين، وبيع العرض قبل القبض وغيرها.

الثالثة: • إذا اشترى أباه بغير إذن مولاه لم يصحّ. وإن أذن له صحّ. وكذا لو أوصي له به ولم يكن في قبوله ضرر، بأن يكون مكتسباً يستغني بكسبه. وإذا قبله فإن أدى مال الكتابة عتق المكاتب وعتق الآخر مع عتقه، وإن عجز ففسخ المولى استرقهما. وفي استرقاق الأب تردّد.

قوله: «إذا اشترى أباه بغير إذن مولاه لم يصحّ - إلى قوله - وفي استرقاق الأب تردّد». لما كان تصرّف المكاتب مشروطاً بالغبطة وما فيه الاكتساب لم يصحّ أن يشتري من ينعتق عليه من أب وابن وغيرهما بغير إذن المولى؛ لما فيه من تفويت المال بالعتق.

وربما قيل بالجواز؛ لأنّه اشترى مملوكاً لا ضرر على المولى في شرائه؛ ولهذا كان كسبه له، وإن عاد المكاتب في الرقّ عاد المملوك المشتري كالأجنبي. وهو ضعيف؛ لأنّ صرف المال في ثمنه مع عدم جواز بيعه والتكسّب به غير سائغ له وإن لم يعتق في الحال.

ولو وهب منه أو أوصي له به فإن لم يقدر على التكسّب لصغر أو زمانة وعجز وكان يلزمه نفقته لم يجزئ له قبوله؛ لأنّ نفقته تلزم المكاتب من حيث هو مملوكه وإن لم تجب عليه نفقة القريب. وإن كان كسوباً يقوم بكفاية نفسه جاز قبوله، بل ربما استحَبّ؛ لأنّه لا ضرر عليه في القبول. ثمّ لا يعتق عليه، لأنّ ملكه ضعيف، وإنّما يعتق بعتقه ويرقّ برقّه. وليس له بيعه. وتكون نفقته في كسبه، فإن فضل منه فضل كان للمكاتب [أن] يستعين به في أداء النجوم؛ لأنّه بمنزلة المملوك. فإن مرض أو عجز أنفق المكاتب عليه؛ لأنّه من صلاح ملكه، وليس هذا كالإنفاق على أقاربه الأحرار حيث يمنع منه، لأنّ ذلك مبني على الموساة.

الرابعة: ● إذا جنى عبد المكاتب لم يكن له أن يفتكّه بالأرّش، إلا أن يكون فيه الغبطة له.

ولو كان المملوك أب المكاتب لم يكن له افتكاكه بالأرّش ولو قصر عن قيمة الأب؛ لأنّه يتعجّل بإتلاف مال له التصرف فيه، ويستبقي ما لا ينتفع به؛ لأنّه لا يتصرف في أبيه. وفي هذا تردّد.

والمصنّف (رحمه الله) تردّد في استرقاق القريب إذا استرقّ المكاتب، ووجه التردّد ما ذكرناه، ومن تشبّه بالحرّيّة بجرّيانه في ملك ولده. وهذا وجه ضعيف. ولم يذكر غيره في المسألة احتمالاً. والوجه القطع بتبعيته له في الاسترقاق والانتعاق.

قوله: «إذا جنى عبد المكاتب لم يكن له أن يفتكّه بالأرّش» إلى آخره.

يتحقّق الغبطة بقصور الأرّش عن قيمته فيفضل له ما ينتفع به، وكذا لو استغرقت قيمته، ولكن كانت عينه تشتمل على منفعة تعود على المكاتب في ماليّته بكسب وغيره.

والفرق بين قريبه وعبده حيث جاز فداء العبد دونه أن الرقبة تبقى له فيصرفها في النجوم بخلاف القريب، فإنّ ما يفكّه به محض إتلاف معجّل للمال في مقابلة ما لا ينتفع بماليّته؛ لأنّه لا يجوز له التصرف في رقبته ببيع ولا غيره، بل أمره موقوف كما مرّ.

والمصنّف تردّد في جواز فكّه. ووجه التردّد ممّا ذكرناه، ومن إمكان الاستعانة بضمنه كما مرّ على تقدير شرائه^١.

وبالجملة فالإشكال هنا يرجع إلى الإشكال في جواز شرائه وعدمه، فإن أجزناه فداء وإلا فلا.

المقصد الثاني في جنابة المكاتب والجنابة عليه

وفيه قسمان:

الأول في مسائل المشروط، وهي سبع:

الأولى: • إذا جنى المكاتب على مولاه عمداً فإن كانت نفساً فالقصاص للوارث، فإن اقتصر كان كما لو مات. وإن كانت طرفاً فالقصاص للمولى، فإن اقتصر فالكتابة بحالها.

وإن كانت الجنابة خطأ فهي تتعلق برقبته، وله أن يفدي نفسه بالأرش؛ لأن ذلك يتعلق بمصلحته. فإن كان ما بيده بقدر الحقيين فمع الأداء ينعتق، وإن قصر دفع أرش الجنابة، فإن ظهر عجزه كان لمولاه فسخ الكتابة. وإن لم يكن له مال أصلاً وعجز فإن فسخ المولى سقط الأرش؛ لأنه لا يثبت للمولى في ذمة المملوك مال، وسقط مال الكتابة بالفسخ.

قوله: «إذا جنى المكاتب على مولاه عمداً فإن كانت نفساً فالقصاص للوارث، فإن اقتصر كان كما لو مات» إلى آخره.

إذا جنى المكاتب على مولاه فإما أن يكون متعلق الجنابة نفساً أو ما دونها. وعلى التقديرين إما أن يكون عمداً أو خطأً. فإن كانت على نفسه عمداً فالقصاص للوارث، فإن اقتصر بطلت الكتابة كما لو مات. وإن عفا على مال أو كانت الجنابة توجب المال تتعلق الواجب بما في يده؛ لأن المولى مع المكاتب في المعاملات كالأجنبي مع الأجنبي، فكذلك في الجنابة. وما الذي يلزم المكاتب الأرش بالغاً ما بلغ، أو الأقل منه ومن قيمته؟ قولان، من عموم قوله ﷺ: «لا يجني الجاني على أكثر

من نفسه»^١، فلو طولب بالزيادة لزم جنايته على أكثر من نفسه^٢، ومن أنه كالحرف في المطالبة ما دامت المكاتبة باقية خصوصاً بالنسبة إلى المولى؛ لأن رقه يمنع استحقاق المولى مطالبته بمال الجناية، فلو لم يعتبر فيه مناسبة الحر لم يمكن الحكم باستحقاق المولى الأرش. وهو ظاهر اختيار المصنّف حيث أطلق الأرش^٣. والأقوى الأوّل.

ثم إن وفي ما في يده بالأرش ومال الكتابة وفي الحقيين وعتق. وإن قصر عنهما أو لم يكن في يده شيء وعجزه المولى سقط الأرش؛ إذ لا يثبت للمولى على مملوكه دين، بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي، فإن الأرش يتعلّق برقبته.

ولو أعتق المولى المكاتب بعد جنايته عليه أو أبرأه من النجوم، فإن لم يكن في يده شيء سقط الأرش؛ لأنه أزال الملك عن الرقبة التي كانت متعلّق الأرش باختياره ولا مال غيرها. وفيه وجه آخر أنه لا يسقط؛ لاستقلال المكاتب، وثبوت حقّ المولى في ذمته، ولأنّ العتق يولد^٤ إمكان تعلق دين المولى به، بخلاف الرقبة فإنّها تنافيه، والكتابة المتوسطة بينهما تصحّح ثبوت دين المولى فالحرية أولى.

وإن كان في يده مال ففي تعلق الأرش به وجهان: أحدهما: المنع؛ لأنّ الأرش كان متعلّقاً بالرقبة وقد تلفت. وأظهرهما: التعلّق. والتوجيه المذكور ممنوع، بل الأرش متعلّق بالرقبة وبما في يده.

١. تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ١٨٢، ح ٧١٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٦٧، ح ١٠٠٨، وفيهما عن أبي عبد الله عليه السلام: وعن النبي ﷺ في مسند أحمد، ج ٤، ص ٥٥٧، ح ١٥٦٣٤؛ وسنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٩٠، ح ٢٦٦٩، بتفاوت. ٢. ذهب إليه يحيى بن سعيد الحلبي في الجامع للشرائع، ص ٤١٢؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٤١، الرقم ٥٧٥٠.

٣. ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٥٢٠ - ٥٢١؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٤٩؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٠٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٤. في «م»: «يؤكد» بدل «يولد».

الثانية: ● إذا جنى على أجنبي عمداً فإن عفا فالكتابة بحالها. وإن كانت الجناية نفساً واقتص الوارث كان كما لو مات. وإن كان خطأً كان له فك نفسه بأرش الجناية. ولو لم يكن معه مال فللأجنبي بيعه في أرش الجناية، إلا أن يفديه السيد، فإن فداه فالكتابة بحالها.

ولو أدى النجوم فعتق لم يسقط الأرش قطعاً، كما لو جنى على أجنبي وأدى النجوم وعتق. ولو كانت الجناية على طرف المولى فله القصاص، كما لو جنى على مملوكه. قوله: «إذا جنى على أجنبي عمداً» إلى آخره.

إذا كانت جنايته على أجنبي فحكمها إن أوجبت القصاص واستوفاه المستحق كالسابق؛ لفوات المحل. وإن عفا أو أوجبت مالاً أو كانت دون النفس نظر إن كان في يده مال طولب به ممّا في يده. وفي وجوب أرش الجناية أو الأقل منها ومن القيمة ما تقدّم^١. وأولى بالاكْتفاء بالأقل هنا؛ لأن الأرش يتعلّق برقبته وإن استرقه المولى، بخلاف ما لو كانت على المولى، فمراعاة جانب الحرّية ثم أقوى، ومراعاة جانب القنّ هنا أقوى.

وإن لم يكن في يده مال وطلب مستحقّ الأرش تعجيزه عجزه الحاكم، ثمّ يباع كلّ في الجناية إن استغرق الأرش قيمته، وإلاّ فيباع منه بقدر الأرش، وتبقى الكتابة في الباقي، فإذا أدى حصّته من النجوم عتق ذلك القدر.

ولو أراد المولى أن يفديه من ماله ويستديم الكتابة فله ذلك، وعلى مستحقّ الأرش قبوله إن كانت الجناية خطأً، وإن كانت عمداً فالتخيير للمجنّي عليه كالقنّ.

وعلى تقدير اختياره فداءه لا يلزمه الاستمرار عليه، بل له أن يرجع عن اختياره ويسلّمه للبيع، إلاّ إذا مات العبد بعد الاختيار أو باعه أو أعتقه فيكون التزاماً بالفداء؛ لأنّه فوت بالإعتاق والبيع والتأخير متعلّق حقّ المجنّي عليه.

ولو فرض عتق المكاتب بأداء النجوم فعليه ضمان الجناية، ولا يلزم المولى فداءه وإن كان هو القابض للنجوم؛ لأنّه يجبر على قبولها فالحوالة على المكاتب أولى.

الثالثة: • لو جنى عبد المكاتب خطأً كان للمكاتب فكّه بالأرض، إن كان دون قيمة العبد. وإن كان أكثر لم يكن له ذلك، كما ليس له أن يبتاع بزيادة عن ثمن المثل.

قوله: «لو جنى عبد المكاتب خطأً كان للمكاتب فكّه بالأرض» إلى آخره.

إذا جنى عبد المكاتب، فإمّا أن يجني على أجنبي أو على سيّده وهو المكاتب، أو على سيّد سيّده، فهنا أقسام:

الأوّل: أن يجني على أجنبي، فإن كان عمداً وهو مكافئ فله القصاص، فإن عفا المستحقّ على المال أو كانت الجناية موجبةً للمال تعلق برقبته يباع فيه، إلّا أن يفديه المكاتب. وهل يفديه بالأرض أو بالأقلّ منه ومن قيمته؟ القولان. فإن قلنا بالأوّل^١ - وهو ظاهر اختيار المصنّف - فإن كان الأرض قدر قيمته أو أقلّ فللمكاتب الاستقلال به، وإن كان أكثر لم يستقلّ به كما لا يستقلّ بالتبرّعات.

ثمّ الاعتبار بقيمة العبد يوم الجناية؛ لأنّه يوم تعلق الأرض بالرقبة، وفيه وجه آخر: أنّه يعتبر قيمة يوم الاندمال، بناءً على أنّه وقت المطالبة بالمال. وثالث: وهو اعتبارها يوم الفداء؛ لأنّ المكاتب إمّا يمنع من بيعه ويستديم الملك فيه يومئذٍ. ورابع: وهو اعتبار أقلّ القيمتين من يوم الجناية ويوم الفداء، احتياطاً للمكاتب، وإيفاءً للمال عليه. والأوجه آتية في قيمة المكاتب نفسه إذا اعتبرت قيمته.

هذا في عبد المكاتب الذي لا يتكاتب عليه. فأما من يتكاتب عليه ويتبعه فيها - كولدته من أمته، وكما لو وهب منه ولده أو والده حيث يجوز له القبول - فليس له أن يفديه بغير إذن السيّد؛ لأنّ فداه كشرائه.

الثاني: أن يجني على سيّده فله القصاص ولا يحتاج إلى إذن السيّد، فإن كانت الجناية خطأً أو عفا على مال لم يجب؛ إذ لا يثبت للمولى على عبده مال.

الثالث: أن يجني على سيّد سيّده، فهو كما لو جنى على أجنبي فيباع في الأرض إلّا أن يفديه المكاتب، وبقي من أحكام جنائية عبده أقسام آخر تأتي.

الرابعة: ● إذا جنى على جماعة فإن كان عمداً كان لهم القصاص، وإن كان خطأً كان لهم الأرش متعلقاً برقبته. فإن كان ما في يده يقوم بالأرش فله افتكاك رقبته، وإن لم يكن له مال تساووا في قيمته بالحصص.

الخامسة: ● إذا كان للمكاتب أب وهو رقّه فقتل عبداً له لم يكن له القصاص، كما لا يقتص منه في قتل الولد.

ولو كان للمكاتب عبيد فجنى بعضهم على بعض جاز له الاقتصاص؛ حسماً لمادة التوثب.

قوله: «إذا جنى على جماعة فإن كان عمداً كان لهم القصاص» إلى آخره. هذه من جملة أقسام المسألة الثانية، وهي جناية المكاتب على أجنبي، فإذا كانت جنايته على جماعة، فإن كان عمداً وكانت الجناية عليهم دفعةً، بأن قتل اثنين فصاعداً بضربة واحدة أو هدم عليهم جداراً فلهم القصاص جميعاً، والأرش في الخطأ وما يوجب ملاً. فإن كان ما في يده يفي بالجميع فله الفلك، وإلا تساووا في قيمته بالحصص. هذا إن أوجبنا الأروش بالغة ما بلغت، وإن أوجبنا الأقل من أروش الجنایات كلّها ومن قيمته تحاصوا فيه بالنسبة. ويستوي الأول والأخير في الأروش.

وفي القصاص مع التعاقب قولان أظهرهما مساواته للأرش، فيشترك الجميع فيه ما لم يحكم به لأولياء الأول، فيكون لمن بعده. وسيأتي تحقيقه في محلّه إن شاء الله^١. ولو عفا بعضهم قسم على الباقي. ولو كان بعضها يوجب القصاص استوفى وسقط حق الباقي، فلو عفا على مال شارك. ولو أعتقه المولى أو أبراه من النجوم فعليه أن يفديه كما سبق. وإن أدى النجوم وعق فضمان الجناية عليه. وفي الذي يلزمهما من الأرش والأقل القولان.

قوله: «إذا كان للمكاتب أب وهو رقّه فقتل عبداً له» إلى آخره.

السادسة: • إذا قتل المكاتب فهو كما لو مات، وإن جُنِيَ على طرفه عمداً وكان الجاني هو المولى فلا قصاص وعليه الأرش. وكذا إن كان أجنبياً حرّاً. وإن كان مملوكاً ثبت القصاص.

وكلّ موضع يثبت فيه الأرش فهو للمكاتب؛ لأنّه من كسبه.

هنا مسألتان:

الأولى: إذا كان في جملة عبيده أبوه فقتل عبداً له لم يكن للمكاتب الاقتصاص منه؛ لأنّه لو قتل ولده لم يكن له قصاص، فأولى أن لا يثبت للولد قصاص على الوالد في قتل عبده. ولو كان فيهم ابنه فقتل عبداً له فله أن يقتصّ منه.

وهل له أن يبيع أباه وابنه إذا كانا في ملكه وجنبا على عبد آخر له جنابةً موجبها المال؟ فيه وجهان، أظهرهما العدم؛ لأنّه لا يثبت له على عبده مال، والأصل منع بيع الوالد. ووجه الجواز أنّه يستفيد به حصول أرش الجنابة، ويخالف غير أبيه وابنه من عبيده، فإن تعلّق الأرش به لا يفيد شياً، فإنّه كان لا يملك بيعه قبل الجنابة.

الثانية: إذا جنى بعض عبيده على بعض فله أن يقتصّ فيما يوجب القصاص؛ لأنّه من مصالح الملك ولا يحتاج فيه إلى إذن السيّد. وفيه وجه ضعيف بتوقّفه على إذنه.

ولو كانت جنابة بعض عبيده على بعض خطأ فلا شيء له؛ لأنّه لا يثبت له على ماله مال. ويخالف العبد في ذلك حكم المكاتب، حيث تقدّم أنّ له أن يفدي نفسه من سيّده بالأرش لو كان هو الجاني^٢. والفرق أنّ المكاتب خرج عن محض الرقيّة وصار له ذمّة، بخلاف القنّ المحض، فإنّه لا ذمّة له بالنسبة إلى المولى.

قوله: «إذا قتل المكاتب فهو كما لو مات» إلى آخره.

الجنابة على المكاتب إمّا أن يكون على نفسه أو على ما دونها. ففي الثاني له القصاص إن كانت توجبه وليس للسيّد منعه، كالمريض يقتصّ ولا يعترض عليه الورثة، والمفلس

١. ما أثبتناه من «خ»، وفي سائر النسخ: «كان يملك» بدل «كان لا يملك».

٢. تقدّم في ص ٤٩٨ - ٤٩٩.

يقترض ولا يعترض عليه الغراء. وفيه احتمال بالمنع؛ لأنه قد يعجز نفسه فيعود إلى المولى مقطوع اليد - مثلاً - بلا جابر.

وعلى الأول فإن اقتصر فذاك، وإن عفا على مالٍ ثبت المال، لكن لو كان المال دون أرش الجناية أو عفا مجاناً ففي نفوذه بغير إذن المولى وجهان، أصحهما النفوذ، بناءً على أن موجب العمد القصاص لا المال. وإن كانت الجناية موجبةً للمال لم يصحّ عفوه بدون إذن المولى. وإن عفا بإذنه ففيه القولان السابقان.

وحيث يثبت المال لما دون النفس فهو للمكاتب يستعين به على أداء النجوم؛ لأنه يتعلّق بعضو من أعضائه، فهو كالمهر تستحقّه المكاتبه، ولأنّ كسبه له، وهو عوض ما تعطلّ من كسبه بقطع العوض وما في معناه.

وإن كانت نفساً بطلت الكتابة ويموت رقيقاً.

ثمّ إن كان القاتل المولى فليس عليه إلاّ الكفارة. وإن قتله أجنبي فللمولى القصاص مع المكافأة أو القيمة وله كسبه بطريق الملك لا الإرث.

ولو كان القتل بسراية الجرح، فإن كان قبل أن يعتق وقد أدّى أرش الجرح إلى المكاتب أكمل القيمة للمولى، وإلاّ دفع إليه تمام القيمة. وإن كان الجاني المولى سقط فيه الضمان وأخذ كسبه.

وإن كانت السراية بعد ما اعتق بأداء النجوم، فإن كان الجاني أجنبيّاً فعليه تمام الدية؛ لأنّ الاعتبار في الضمان بحالة الاستقرار، ويكون ذلك لمن يرثه من أقاربه، فإن لم يكونوا فالمولى بالولاء إن ثبت به.

وإن كان الجاني المولى فعليه تمام الدية أيضاً، بخلاف ما لو جرح عبده القنّ ثمّ أعتقه ومات قبل السراية حيث لا ضمان؛ لأنّ ابتداء الجناية غير مضمون هنا وها هنا ابتداؤها مضمون. ولو حصل العتق بالتقاص، بأن كان قد جنى على طرفه ووافق أرش الجناية مال الكتابة جنساً ووصفاً فالحكم كما لو حصل العتق بالأداء. ولا يمنع من التقاص كون الدية إبلاً؛ فإنّ

السابعة: • إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمداً فأراد الاقتصاص فللمولى منعه. ولو كان خطأً فأراد الأرش لم يملك منعه؛ لأنّه بمنزلة الاكتساب. ولو أراد الإبراء توقّف على رضى السيّد.

• وأمّا المطلق فإذا أدّى من مكاتبته شيئاً تحرّر منه بحسابه. فإن جنى هذا المكاتب - وقد تحرّر منه شيء - جناية عمداً على حرّ اقتص منه. ولو جنى على

الواجب في الابتداء نصف القيمة في مثل اليد، والتقاصّ حينئذٍ يحصل، ثمّ إذا سرت الجناية بعد العتق فيجب الفاضل من الإبل. وإذا عفا المكاتب عن المال ولم يصحّ^١ عفوه على ما فضل ثمّ عتق قبل أخذ المال فهل له أخذه؟ وجهان، أصحهما نعم؛ لأنّ عفوه كان لاغياً. ووجه العدم أنّ المانع كان حقّ غيره وقد زال، كما لو باع مال غيره فضولاً ثمّ ملكه، وأولى بالصحة هنا؛ لأنّ الأرش ملكه، فأشبهه تصرف المفلس زمن الحجر. وفي بطلانها أو قوفها وجهان سبقا. ولو كان الجاني على طرف المكاتب عبده فله القصاص. ولو كانت الجناية خطأً لم يثبت له على عبده مال.

قوله: «إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمداً فأراد الاقتصاص فللمولى منعه» إلى آخره. منعه من الاقتصاص من عبد المولى قول الشيخ في المبسوط^٢؛ لبقاء الرقيّة المقتضية للسلطنة، وكونه تصرفاً ليس باكتساب ولا يعين عليه.

ويضعّف بأنّ ذلك لو منع لمنع من الاقتصاص من عبد غير المولى؛ لورود الدليل فيه. والأقوى جوازه؛ لعموم الآية^٣، وانقطاع سلطنة المولى عنه.

قوله: «وأمّا المطلق فإذا أدّى من مكاتبته شيئاً تحرّر منه بحسابه» إلى آخره. الضابط أنّ المبعّض بالنسبة إلى ما فيه من الحرّيّة كالحرّ في الأحكام، ومنها عدم قتل

١. في بعض النسخ: «لم نصحّ» بدل «لم يصحّ».

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٥٢٤.

٣. المائدة (٥): ٤٥.

مملوك لم يقتص منه؛ لما فيه من الحرّية، ولزمه من أرش الجناية بقدر ما فيه من الحرّية، وتعلّق برقبته منها بقدر رقبته.

ولو جنى على مكاتب مساو له اقتص منه. وإن كانت حرّية الجاني أزيد لم يقتص، وإن كانت أقلّ اقتص منه.

ولو كانت الجناية خطأً تعلّق بالعاقلة بقدر الحرّية، وبرقبته بقدر الرقبية. وللمولى أن يفدي نصيب الرقبية بنصيبها من أرش الجناية، سواء كانت الجناية على عبد أو حرّ.

ولو جنى عليه حرّ فلا قصاص وعليه الأرش. وإن كان رقاً اقتص منه.

المقصد الثالث في أحكام المكاتب في الوصايا

وفيه مسائل:

الأولى: • لا تصحّ الوصية برقبة المكاتب، كما لا يصحّ بيعه. نعم، لو أضاف الوصية به إلى عوده في الرقّ جاز، كما لو قال: إن عجز وفسخت كتابته فقد أوصيت لك به.

وتجوز الوصية بمال الكتابة. ولو جمع بين الوصيتين لواحد أو لاثنتين جاز.

المملوك به ومن هو أنقص حرّية، وثبوت خطئه على عاقلته، وتعلّق الجناية الموجبة للمال بذمته وغير ذلك. وبالنسبة إلى ما فيه من الرقبية كالعبد، ويلزمه تعلّق الجناية الموجبة للمال برقبته، وجواز فكّ المولى له، وعدم قتل الحرّ ومن هو أزيد حرّية به، إلى غير ذلك من الأحكام. فيجتمع على المبعوض حكم الجنائتين حيث لا يتنافيان.

قوله: «لا تصحّ الوصية برقبة المكاتب كما لا يصحّ بيعه» إلى آخره.

لما كانت الكتابة لازمة من جهة المولى فليس له التصرف في رقبته ومنفعته، ولم تصحّ وصيته به كما لا يصحّ له بيعه، وكما لا تصحّ الوصية بعبد غيره. نعم، لو قال: «إن عجز مكاتبتي

هذا وعاد إلى الرقّ فقد أوصيت به لفلان» صحّ، كما لو أوصى بشرة نخلته وحمل جاريته المتجدّدين بعد الوصيّة.

ثمّ إن عجز فأراد الوارث إنظاره للموصى له تعجيزه ليأخذه، وإنّما يعجزه بالرفع إلى الحاكم كما في المجنيّ عليه.

ويحتمل تقديم الوارث؛ لأنّ الوصيّة له مشروطة بفسخ كتابته ولم يحصل الشرط. هذا إذا كانت الوصيّة معلّقة على فسخ كتابته مطلقاً. أمّا لو قيدها بكونه هو الفاسخ اعتبر في صحّتها عجزه في حياته. وفي التحرير جعل الإطلاق محمولاً على عجزه في حياته^١، وإنّما يكتفي بها بعد موته لو صرّح به. وهو غير واضح.

وأما الوصيّة بالنجوم على المكاتب، فهي صحيحة وإن لم تكن مستقرّة، كما تصحّ الوصيّة بالحمل وإن لم يكن مملوكاً في الحال. فإن أداها فهي للموصى له، وإن عجز فللوارث تعجيزه وفسخ الكتابة وإن أنظره الموصى له. وهل يملك الموصى له إبراء من النجوم؟ وجهان، أجمدهما ذلك؛ لأنّه يملك الاستيفاء فيملك الإبراء. ووجه العدم أنّه ملكه استيفاء النجوم ولم يملكه تفويت الرقبة على الورثة.

ولو أوصى لواحد برقبته إن عجز ولآخر بالنجوم صحّت الوصيّتان. ثمّ إن أدّى المال أو أبرأه منه بطلت الوصيّة الأولى، وإن رقّ بطلت الثانية. لكن استرقاقه مشروط بفسخ الوارث كتابته. فإن امتنع وأمهلته فالوجهان السابقان.

واستوجه في التحرير عدم جواز استرقاقه للموصى له بدون فسخ الوارث^٢. ولو كان الموصى له بالمال قد قبض منه شيئاً فهو له. ولو اختلف الموصى له بالرقبة وبالمال في الفسخ عند العجز قدّم صاحب الرقبة، كما قدّم صاحب الرقبة على الوارث.

١. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٥٦، الرقم ٥٧٦٨.

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٥٦-٢٥٧، الرقم ٥٧٦٩.

الثانية: ● لو كاتبه مكاتبةً فاسدةً ثم أوصى به جاز. ولو أوصى بما في ذمته لم يصح. ولو قال: «فإن قبضت منه فقد أوصيت به لك» صح.

الثالثة: ● إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه أكثر ما بقي عليه فهو وصيته بالنصف وزيادة، وللورثة المشيئة في تعيين الزيادة.

ولو قال: «ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه ومثله» فهو وصية بما عليه، وبطلت في الزائد.

ولو قال: «ضعوا عنه ما شاء» فإن شاء وأبقى شيئاً صح. وإن شاء الجميع قيل: لا يصح، ويبقى منه شيء بقرينة حال اللفظ.

قوله: «لو كاتبه مكاتبةً فاسدةً ثم أوصى به جاز» إلى آخره.

قد تقدّم أن الكتابة الفاسدة عندنا لا أثر لها البتة^١، فإذا أوصى بما في ذمته لم يصح؛ لأنه لم يثبت له بها شيئاً في ذمته. وإن أوصى برقبته صح كما لو أوصى برقبة عبده القن. ولو أوصى بما يقبضه منه صح؛ لأن الذي يقبضه منه ملكه بواسطة أنه كسب مملوكه لا من حيث إنه مال الكتابة، حتى لو صرح بالوصية بما يقبضه منه من مال الكتابة لم يصح، كما لو أوصى بمال كتابته من دون القبض.

وظاهر إطلاق المصنّف والأصحاب بل صريح بعضهم كالشيخ في المبسوط^٢ عدم الفرق في ذلك بين العالم بفساد الكتابة والجاهل به؛ نظراً إلى حقيقة الحال، وموافقة الوصية ملك الموصي. ويحتمل الفرق؛ لأنّ الجاهل بالفساد إذا أوصى بالرقبة فعنده أن ما يأتي به لغو. وقد تقدّم مثله في مواضع، ذكر منها في كتاب الهبات من باع ما وهبه مع فساد الهبة^٣، أو باع مال مورثه معتقداً بقاءه فظهر موته، أو أوصى برقبة معتقة فظهر فساد عقته، فليُنظر بحثه ثم^٤.

قوله: «إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه أكثر ما بقي عليه» إلى آخره.

١. تقدّم في ص ٤٦٣.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٥٣٨.

٣ و٤. راجع ج ٥، ص ١٨٧ وما بعدها.

الوصية بالوضع عن المكاتب صحيحة معتبرة من الثلث، ويستبع فيها مقتضى اللفظ والقرينة كما في نظائره من المحاورات اللفظية. وقد ذكر هنا من ألفاظ الوصية له ثلاث مسائل:

الأولى: أن يوصي المولى بأن يوضع عن المكاتب أكثر ما بقي عليه أو أكثر ما عليه، فيوضع عنه نصف ما عليه وزيادة يتحقق بها الأكثرية، وتقدير الزيادة إلى اختيار الوارث. والأظهر كون الزائد على النصف من جملة الوصية لا ابتداء عطية، فلا يعتبر فيها ما يعتبر في العطية، بل في الوصية، وغايته أن يكون تعيين الوصية مفوضاً إلى الوارث.

وهل يعتبر في الزيادة عن النصف أن تكون متمولة، أم يكفي التمويل بانضمامها إلى النصف؟ وجهان، أظهرهما الثاني؛ لأن التمويل إنما يعتبر في الوصية وغيرها مع الانفراد، وأما مع انضمام بعض الأجزاء إلى بعض فالمعتبر المجموع، وإلا لزم عدم صحة الجميع؛ لأن أجزاءه تبلغ حداً لا يتمول، والوصية هنا بمجموع النصف والزيادة، لا بالزيادة وحدها.

الثانية: لو قال: «ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه ومثله» فهو وصيته بجميع ما عليه وزيادة؛ لأن ما يزيد عن النصف هو نصف الوصية فيكون مثله زائداً على مجموع المال، فيصح فيه ويلغو في الزائد، ومثله ما لو قال: «ضعوا أكثر مما عليه» أو ما عليه وأكثر ونحو ذلك.

ولو قال: «أكثر ما عليه ونصفه» وضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه وزيادة شيء، ولا يعتبر فيه أن يتمول ويقبل التنصيف إلى ما يتمول إلا على الاحتمال السابق. وأما توهم اعتبار تمويل الزيادة دون نصفها بناءً على أن ما يتمول يصح أن يقال: له نصف معتد به وإن لم يتمول، بخلاف نصف ما لا يتمول. فهو فاسد؛ لما ذكرناه من أن الوصية بالمجموع لا بالزيادة منفردة، سواء نصّفها أم لا.

الثالثة: لو قال: «ضعوا عنه ما شاء» أو: «ما شاء من مال الكتابة» فإن أبقى منه شيئاً

فلا إشكال في الصحة، وإن شاء الجميع قال الشيخ في المبسوط: لا يصح^١. أما في الثاني فظاهر؛ لأنَّ «من» للتبويض، فكأنه قال: ضعوا عنه بعض مال الكتابة. وأما في الأول؛ فلأنَّ المعنى ضعوا من كتابته ما شاء، فـ«من» مقدّرة وإلا لقال: ضعوا عنه النجوم، وإذا كان هذا مضراً كان كالصورة الأخرى.

وفيه نظر؛ لأنَّ تقدير ما شاء من مال الكتابة بمعنى التبويض غير لازم، بل يجوز أن يكون معناه ما يريده، وتقدير «من» للتبويض غير متعين؛ لأنَّه كما يحتمل التبويض يحتمل التبيين، فيصحّ تعلقها بالجميع.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ «من» باشتراكها بين التبيين والتبويض لا يدلّ على أحدهما بدون القرينة كما في كلّ مشترك، وحينئذٍ فالبعض معلوم على التقديرين والجميع مشكوك فيه؛ لقيام الاحتمال، فيرجع الأمر إلى معنى التبويض وإن لم يحمل عليه بخصوصه. ولو دلّت القرينة على إرادة التبيين أو إرادة الجميع من غير اعتبار «من» عمل بها. ولعلّها موجودة في الصورة الأولى على إرادة ما يتناول الجميع.

ويظهر من المصنّف خلاف ذلك، وأنّ ظاهر حال اللفظ يقتضي التبويض. فيمكن أن يريد بحال اللفظ ما ذكرناه من الافتقار إلى تقدير «من» التي لا يتيقّن من معناها إلاّ التبويض، وأن يريد به حال التركيب كما أشرنا إليه من أنّه لو أراد الجميع لقال: ضعوا عنه النجوم. وفيه نظر؛ للفرق بين الإرادتين، فإنّه في الأولى جعل المشيئة إليه في إرادة البعض والجميع، وهذا الغرض لا يتأدّى بقوله «ضعوا عنه النجوم»؛ لأنّ مدلوله وضع الجميع خاصّة لا جعل المشيئة إليه في الجميع والبعض، والأغراض تتفاوت في ذلك، فلا يلزم من إرادة تعليق التقدير على المشيئة أن يريد بعض متعلقات المشيئة - وهو الجميع - كما لا يخفى.

الرابعة: ● إذا قال: «ضعوا عنه أوسط نجومه» فإن كان فيها أوسط عدداً أو قدراً انصرف إليه. وإن اجتمع الأمران كان الورثة بالخيار في أيهما شاؤوا. وقيل: تستعمل القرعة. وهو حسن.

وإن لم يكن أوسط - لا قدراً ولا عدداً - جمع بين نجمين ليحقق الأوسط، فيؤخذ من الأربعة الثاني والثالث، ومن الستة الثالث والرابع.

قوله: «إذا قال: ضعوا عنه أوسط نجومه - إلى قوله - ومن الستة الثالث والرابع».

الأوسط لفظ متواطئ يراد به الشيء بين الشيئين على السواء. والبيئته قد تكون بالزمان كوسط النهار المتوسط بين طرفيه، وبالمقدار بسبب زيادته ونقصانه كالاثنيين المتوسطين بين الواحد والثلاثة. والمقدار هنا قد يكون في مال النجوم، وقد يكون في الآجال.

و«النجم» لفظ مشترك في هذا الباب بين أجل مال الكتابة ونفس المال المفروض في الأجل كما بيّناه سابقاً^١. وقد تقدّم في الوصايا أنه إذا وصى بلفظ يقع على شيئين فصاعداً - سواء كان مشتركاً أو متواطئاً - ووجد في مال الموصي منها أفراد متعدّدة يتخيّر الوارث في تعيين أيها شاء، وأنّ فيه قولاً ضعيفاً بالقرعة^٢. وهذه المسألة من جزئيات تلك.

والمراد بالأوسط عدداً في النجوم ما كان محفوفاً بمتساويين، كالثاني في الثلاثة والثالث في الخمسة والرابع في السبعة. وهو واحد إن كان العدد وترأ كما ذكر، واثنان إن كان زوجاً، كالثاني والثالث في الأربعة، والثالث والرابع في الستة. وبالأوسط قدراً ما كان في جملتها ما هو أكثر منه مالاً وما هو أقلّ، كالدينارين بالنسبة إلى الدينار والثلاثة، سواء تعدّد الوسط والطرفان أم اتحد. فمتعدّد الوسط كما لو كانت الآجال أربعة، منها واحد بدينار وآخر بثلاثة واثنان كلّ واحد بدينارين. ومتعدّد الطرفين أو أحدهما كما لو كان في المثال واحد بدينارين واثنان بدينار واثنان بثلاثة.

١. تقدّم في ص ٤٤١ - ٤٤٢.

٢. تقدّم في ج ٥، ص ٣٤٠ - ٣٤١.

وقد تختلف النجوم قدرأ بحيث يتعدّد الوسط بهذا المعنى مختلفاً، كما لو كان أحد الأربعة بدينارٍ والآخر بدينارين والثالث بثلاثة والرابع بأربعة، فالثاني محفوف بأقلّ منه وهو الأوّل وأكثر وهو الثالث، والثالث كذلك بالنسبة إلى الثاني والرابع. فكلّ منهما وسط بهذا المعنى فيحتمل إلحاقهما بالوسط المتعدّد فيتخيّر الوارث؛ لوجود المعنى في كلّ منهما، والحمل على الأكثر؛ لأنّه حقيقي والآخر إضافي. وبهذا قطع الشهيد في الشرح^١.

والكلام في الأوسط أجلاً كالكلام في الأوسط قدرأ، إلّا أنّ المختلف هنا هو الآجال، بأن كان بعضها شهراً وبعضها شهرين وبعضها ثلاثة، إلى آخر ما فصل في الأوسط المقداري. إذا تقرّر ذلك فنقول: النجوم الموصى بأوسطها إمّا أن يكون لها وسط بالعدد خاصّة، أو بالقدر أو بالأجل أو باثنين منها، فإمّا الأجل والقدر أو أحدهما مع العدد أو تجتمع الثلاثة أو لا يكون له وسط واحد بواحد منها، إمّا لعدمه أصلاً أو لتعدّده. وصور هذه الفروض لا يكاد تنحصر، وأصولها ترجع إلى ثمان - وما يتفرّع عليها يستفاد منها، فلنقتصر عليها :-

الأولى: أن يكون له أوسط بالعدد خاصّة، كثلاثة أنجم أو خمسة متساوية المقادير والآجال، أو متفاوتهما تفاوتاً لا يفرض فيه أوسط. فالأوسط في الثلاثة عدداً هو الثاني، وفي الخمسة الثالث؛ لأنّه محفوف بمتساويين. وإنما حمل على الواحد المذكور دون ما زاد، كالثلاثة الوسطى من الخمسة، فإنّها أيضاً محفوفة بمتساويين؛ لأنّ الوصيّة بنجم واحد فلا يصار إلى المتعدّد مع إمكان المتحد المطابق للوصيّة. ولو فرض إرادته ما هو أعمّ من الواحد، بأن يريد ما صدق عليه الوسط مطلقاً كان من باب المتعدّد، فيتخيّر الوارث.

الثانية: أن يكون لها أوسط بالقدر خاصّة، كأربعة أنجم متساوية الآجال قسط الأوّل دينار، والثاني ديناران، والثالث ثلاثة، والرابع أربعة، فالثالث أوسط حقيقي بحسب المقدار؛ لأنّه أكثر ممّا دونه مطلقاً وأقلّ ممّا فوقه مطلقاً. والثاني أوسط أيضاً بالقدر لكن بالإضافة

١. غاية المراد، ج ٣، ص ٢٨٢ - ٢٨٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٣).

إلى الثالث والأول لا مطلقاً؛ فلذلك حملناه على الثالث خاصةً. والأوسط بالأجل هنا منتفٍ، لتساوي الآجال فيها. وأما الأوسط بالعدد فيوجد في الثاني والثالث، لكنّه متعدّد فلا يحمل عليه الوصية كما مرّ. فليس في المثال أوسط على مقتضى الوصية إلا الثالث.

الثالثة: أن يكون لها أوسط بالأجل خاصةً، كأربعة أنجم متساوية المال لكنّ الأجل الأول منها شهر والثاني شهران والثالث ثلاثة والرابع أربعة.

والتقريب فيه ما ذكر في القدر. ولو فرض أن كلّاً من الثالث والرابع ثلاثة أشهر فالثاني هو الوسط لا غير. ولو فرض اثنان منها كلّ واحد شهران والآخر شهر والرابع ثلاثة فكلّ واحد من المتّفقين يصلح للوسطية، فيحتمل فيه تعدّد الوسط وجعله من قسم الواحد المتعدّد. ومثله يأتي في الوسط المقداري.

الرابعة: أن يجتمع الأوسط بالعدد والقدر خاصةً، إمّا في واحد كثلاثة أنجم متساوية الآجال، قسط الأول دينار والثاني اثنان والثالث ثلاثة، فالثاني وسط بهما فيحمل عليه مؤكّداً. أو متفرّقين كما لو كان قسط الأول دينارين والثاني ديناراً، فالأول أوسط بالقدر والثاني بالعدد.

الخامسة: أن يجتمع العدد والأجل، كثلاثة متساوية المال مختلفة الآجال. فقد يجتمع الأوسطان في واحد أيضاً، كما إذا كان أجل الأول شهراً والثاني شهرين والثالث ثلاثة. وقد يفرقان، كما إذا كان أجل الأول شهرين والثاني شهراً.

السادسة: أن يجتمع القدر والأجل خاصةً مجتمعين، كأربعة أنجم أجل الأول شهر وقسطه دينار، والثاني شهران بدينارين، والثالث ثلاثة بثلاثة، والرابع أربعة بأربعة، فالثالث أوسط بهما. وليس هنا وسط بالعدد متّحد؛ لأنّه به الثاني والثالث وقد تقدّم أنّه ملغى حيث يمكن الحمل على المتّحد. ومتفرّقين، كما لو كان الثاني شهرين بثلاثة دنانير، والثالث ثلاثة أشهر بدينارين، والآخران بحالهما، فالثالث وسط بالأجل، والثاني وسط بالقدر.

السابعة: أن يكون لها وسط بالمفهومات الثلاثة، إمّا مجتمعةً كثلاثة أنجم أجل الأول

الخامسة: ● إذا أعتق مكاتبه في مرضه أو أبرأه من مال الكتابة، فإن برئ فقد لزم العتق والإبراء، وإن مات خرج من ثلثه. وفيه قول آخر: أنه من أصل التركة. فإن كان الثلث بقدر الأكثر من قيمته ومال الكتابة عتق. وإن كان أحدهما أكثر اعتبر الأقل. فإن خرج الأقل من الثلث عتق وألغى الأكثر. وإن قصر الثلث عن الأقل عتق منه ما يحتمله الثلث وبطلت الوصية في الزائد ويسعى في باقي الكتابة. وإن عجز كان للورثة أن يسترقوا منه بقدر ما بقي عليه.

شهر بدينار، والثاني شهران بدينارين، والثالث ثلاثة بثلاثة، فالثاني وسط بالثلاثة. أو مفترقة، كما لو كان الأول شهرين بدينار، والثاني شهراً بثلاثة دنانير، والثالث ثلاثة أشهر بدينارين. فالأول وسط بالأجل، والثاني بالعدد، والثالث بالقدر، وقد يجتمع اثنان منها ويفترق عنهما واحد، وأمثله تظهر بأدنى تأمل.

الثامنة: أن لا يكون لها وسط واحد بحسبها ولا بحسب كل واحد منها، كأربعة أنجم متساوية أموالاً وأجالاً، أو متفاوتة تفاوتاً لا يحصل فيه أوسط فرد. فإن حصل فيه أوسط زوج بأحدها أو بأزيد حمل عليه؛ لتعذر الحقيقة. لكن هل يؤخذ منهما واحد خاصةً يتخير الوارث، أو يؤخذ الاثنان؛ لأن مجموعهما هو الأوسط؟ وجهان، وظاهر الأصحاب القطع بالثاني.

وفيه نظر؛ لأنهم إذا سلموا أن الإطلاق محمول على الواحد والانتقال إلى المجاز لتعذر الحقيقة فالمجاز متعدّد باعتبارين؛ لأن أحدهما مجاز في الوسط باعتبار أنه بعض أجزائه حقيقة في الواحد، والاثنان حقيقة في الأوسط مجاز بعيد في الواحد، فالحمل عليه ليس أولى من الآخر إن لم يكن المرجح في ذلك الجانب؛ لظهور مجازيته في الاستعمال.

واعلم أن فروض هذا القسم كثيرة، وهي أدق وأخفى تصوّراً من السابقة، فعليك بتأملها. وقد لا يكون للنجوم وسط أصلاً، كما لو كانت اثنين خاصةً. وفي بطلان الوصية لفقد الموصى به أو الحمل على واحد - التفاتاً إلى المجاز وبابه المتسع - نظر.

قوله: «إذا أعتق مكاتبه في مرضه أو أبرأه من مال الكتابة» إلى آخره. إذا كاتب عبداً في الصحة ثم أعتقه أو أبرأه من النجوم في المرض فإن برئ من مرضه

فلا كلام، وإن مات كان تصرفه بالعتق والإبراء من جملة التبرعات المنجزة، فإن جعلناها من الأصل فلا كلام أيضاً. وإن قلنا: إنها من الثلث - كما هو المشهور - فإن خرج كل واحد من القيمة والنجوم من الثلث، بمعنى أن الثلث يسع أحدهما مع التساوي أو الأكثر منهما عتق كلفه وسقطت عنه النجوم، وإن تفاوتوا وخرج أقلهما من الثلث دون الآخر اعتبر الأقل، فإن كان له سوى المكاتب مائتان وكانت القيمة مائة وخمسين والنجوم مائة خرجت النجوم من الثلث، فيعتبرها ويحكم بنفوذ العتق. ولو كانت القيمة مائة والنجوم مائة وخمسين فالقيمة خارجة من الثلث فيعتبرها ويحكم بنفوذ العتق.

وإنما كان كذلك؛ لأن ملك السيد إنما يستقر على الأقل منهما، فإن كانت النجوم أقل فالكاتبة 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، والعبء معرض للإسقاط النجوم بأن يعجز نفسه على قول الشيخ^١ أو يعجز.

وإن لم يخرج واحد منهما من الثلث، بأن كان يملك سوى المكاتب خمسين فيضم أقلهما إلى الخمسين وينفذ العتق في ثلثهما من العبد. فإذا كانت القيمة مائة وخمسين والنجوم مائة ضمنا النجوم إلى الخمسين ونفذنا العتق في ثلثهما وهو نصف العبد، وتبقى الكاتبة في نصفه الآخر بنصف النجوم، فإذا أذاه إلى الورثة عتق، وإن عجز فلهم رده إلى الرق، وإن كان يملك سوى المكاتب مائة والقيمة والنجوم كما صورنا عتق ثلثاه، وتبقى الكاتبة في ثلثه بثلث مال الكاتبة. وإن كانت القيمة مائة والنجوم مائة وخمسين فكذلك يعتق ثلثاه، وتبقى الكاتبة في ثلثه بثلث مالها وهو خمسون.

هكذا أطلقه الجماعة^٢. وهو يتم بلا إشكال على القول بجواز الكاتبة من جهة المكاتب؛

١. انظر المبسوط، ج ٤، ص ٤٦٦.

٢. كالشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٥٢٦؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٧٤، الرقم ٥٧٩٧؛ وولده فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٦٢٣.

السادسة: • إذا أوصى بعق المكاتب، فمات وليس له سواه، ولم يحلّ مال الكتابة يعق ثلثه معجلاً - ولا ينتظر بعق الثلث حلول الكتابة؛ لأنه إن أدى حصل للورثة المال، وإن عجز استرقوا ثلثيه - ويبقى ثلثاه مكاتباً يتحرّر عند أداء ما عليه.

لكون مال الكتابة غير مستقرّ، أمّا على القول بلزومها فلا يخلو اعتباره من إشكال إلا أن يتحقّق العجز بالفعل. وأيضاً فإنه إذا أدى الخمسين في المثل زاد مال المولى؛ لأنه يثبت هذا المال بعقده وورث منه، فينبغي أن يزيد ما يعتقه منه فيدخلها الدور، ويستخرج حينئذٍ بالجبر كنظائرها.

قوله: «إذا أوصى بعق المكاتب فمات وليس له سواه» إلى آخره.

هذا الحكم ثابت سواء عجلّ عتقه أو أوصى به، وإنما خصّ الحكم بالوصية بالعتق ليكون مجزوماً بكون المعتق ثلثه؛ للخلاف في الأوّل.

ونبه بقوله «ولا ينتظر بعق الثلث حلول الكتابة» على خلاف بعض الشافعية، حيث اعتبر في عتق الثلث وصول الثلاثين إلى الوارث؛ لأنّ نفوذ الوصية مشروط بكون ضعفها في يد الوارث، ولما لم يرجع هنا إلى الوارث ثلثا العبد ولا مقداره من المال لم يحكم بنفوذ العتق في الثلث.

والمصنّف (رحمه الله) أشار إلى جوابه بقوله «لأنّ إن أدى حصل للورثة المال» إلى آخره.

ومحصّله أنّ الورثة قد حصل لهم ضعفه يقيناً وإنّما الموقوف عين الحاصل؛ وذلك لأنّ المكاتب إن أدى مال الكتابة عن الثلاثين حصل للورثة المال وهو ضعف ما عتق، وإن عجز استرقوا ثلثيه وهو الضعف أيضاً، فضعف الوصية حاصل على التقديرين وإن لم يكن متعيناً في أحد الأمرين.

السابعة: • إذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث؛ لأنّه معامله على ماله بماله، فجرت المكاتبه مجرى الهبة. وفيه قول آخر أنّه من أصل المال، بناءً على القول بأنّ المنجزات من الأصل.

فإن خرج من الثلث نفذت الكتابة فيه أجمع، وينعتق عند أداء المال. وإن لم يكن سواه صحّت في ثلثه وبطلت في الباقي.

وفي الجواب نظر؛ لأنّ الوارث ممنوع من التصرف فيما حصل له قبل استقرار الأمر بتعيين أحد الأمرين، والوصية نافذة بغير مانع فالشبهة غير منحسمة. وقد تقدّم الكلام على نظير المسألة فيما سبق [و] في الوصايا^١.

واعلم أنّ قول المصنّف (رحمه الله) «ويبقى ثلثاه مكاتباً» معطوف على قوله «يعتق ثلثه معجلاً»، وما بينهما معترض بين الحكيمين.

قوله: «إذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث» إلى آخره.

في قوله «لأنّه معامله على ماله بماله» جواب عن سؤال مقدّر، تقديره: أنّ الكتابة معاوضة مالية؛ لأنّها إمّا بيع العبد نفسه أو عتق بعوض، فالعوض حاصل على التقديرين وهو واصل إلى الورثة في مقابلة العبد، فإذا كان بقدر قيمته أو أزيد انتفى التبرّع والمحاباة فلا شيء يعتبر من الثلث؟

وتقرير الجواب: أنّ الكتابة وإن كانت معاوضة إلاّ أنّها بحسب الصورة لا الحقيقة؛ لأنّ العوض والمعوض كليهما من مال المولى؛ إذ الكسب تابع للمملوك، فهي معاوضة على ماله بماله، فكانت في معنى التبرّع المحض فلذلك اعتبرت من الثلث مع عدم الإجازة، بخلاف المعاوضة المشتملة على عوض يدخل في مال المالك من خارج كالبيع بثمن المثل والإجازة؛ إذ ليس فيها تفويت مال وإن اشتملت على تبدل الأعيان؛ لأنّ المعتبر في نظر العقلاء غالباً هو أصل المايّة دون خصوصيّة العين. وبهذا يخالف ما إذا باع نسيئة في مرض

الموت بثمان المثل حيث يصحّ البيع في الجميع؛ لأنّه لو لم يبيع لم يحصل له الثمن، وها هنا لو لم يكتب لحصل له كسبه.

إذا تقرّر ذلك، فإذا كاتب في مرض الموت وقلنا: إنّ منجزّاته من الثلث اعتبرت قيمة العبد من الثلث. فإن لم يملك شيئاً سواه وأدى النجوم في حياة المولى، فإن كان كاتبه على مثلي قيمته عتق كلّهُ؛ لأنّه يبقى للورثة مثلاه. وإن كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه؛ لأنّه إذا أخذ مائة وقيّمته مائة فالجملة مائتان، فينفذ التبرّع في ثلث المائتين وهو ثلثا المائة.

ولو كاتبه على مثل قيمته وقبض نصف النجوم صحّت الكتابة في نصفه. وإن لم يؤدّ حتّى مات السيّد نظر، إن لم تجزئ الورثة ما زاد على الثلث فنلثه مكاتب، فإن أدّى حصّته من النجوم عتق. وهل يزداد في الكتابة بقدر نصف ما أدّى وهو سدس العبد إذا كانت النجوم مثل القيمة؟ فيه وجهان - كما في المسألة السابقة - ووجه العدم أنّ الكتابة قد بطلت في الثلاثين فلا تعود. وهذا هو الذي جزم به المصنّف والجماعة^١.

ووجه الزيادة زيادة ما صار بيد الوارث، فكان كما لو ظهر للميت دفين أو نصب شبكة في الحياة فيعقل فيها صيد بعد الموت، فإنّه يزداد في الكتابة لذلك.

● وأما الاستيلاء

فيستدعي بيان أمرين:

الأول في كيفية الاستيلاء

وهو يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه.

ولو أولد أمة غيره مملوكاً ثم ملكها لم تصر أمٌ ولده.

ولو أولدها حرّاً ثم ملكها، قال الشيخ: تصير أمٌ ولده، وفي رواية ابن مارد:

«لا تصير أمٌ ولده».

قوله: «وأما الاستيلاء... وهو يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه - إلى قوله - لا تصير أمٌ ولده».

يدخل في العلوق إذا ولدته تاماً وناقصاً، بل مضغّة وعلقة، لا نطفة في الأصح؛ لعدم اليقين بكونها مبدأ للنشوء واستعدادها للصورة الإنسانية بخلاف أختيها، واستصحاباً لحكم الأمة. وفائدة غير الحيّ إبطال التصرف المخرج عن الملك الواقع زمن الحمل، وانقضاء العدة به للحرّة والأمة من الزوج والشبهة.

ويشترط في تحقق الاستيلاء كون الولد حرّاً حال العلوق على الأظهر، بل لم ينقل المصنّف فيه خلافاً؛ لأنّ الاستيلاء إنّما يثبت تبعاً لحرّيّة الولد، وإلى ذلك أشار النبي ﷺ بقوله في جارية: «أعتقها ولدها»^١. فلو كان مملوكاً له إمّا لكون الواطئ عبداً حالة الوطء والحمل.

١. سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٤١، ح ٢٥١٦؛ سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٣٦٤ - ٣٦٥، ح ٢١٠٥٩/٢١ - ٢٣/٤١٦١؛ المستدرک علی الصحیحین، ج ٢، ص ٣٦٤، ح ٢٢٣٨؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٥٧٩، ح ٢١٧٨٢.

● ولو وطئ المرهونة فحملت دخلت في حكم أمهات الأولاد.

أو باشرط الرقبة في حال كونه حرّاً وجوزنا الشرط لم تصر أمّ ولد، خلافاً للشيخ^١ وابن حمزة^٢؛ نظراً إلى الوضع اللغوي.

وكذا الخلاف فيما إذا أولد أمة غيره ولدأ حرّاً، بأن تزوجها في حال حرّيته ولم يشترط الرقبة ثمّ ملكها؛ عملاً بالأصل والشكّ في السبب، ولأنّ الاستيلاء لم يثبت في الحال فلا يثبت بعد، مؤيداً برواية ابن مارد عن الصادق عليه السلام في رجل يتزوج الأمة ويولدها ثمّ يملكها ولم تلد عنده بعد قال: «هي أمته إن شاء باعها ما لم يحدث بعد ذلك حمل، وإن شاء أعتق»^٣.

قوله: «ولو وطئ المرهونة فحملت دخلت في حكم أمهات الأولاد».

إذا وطئ الراهن أمته المرهونة فحملت صارت أمّ ولد؛ لوجود المقتضي له وهو علوقها في ملكه، وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلّا كونها مرهونة والرهن لم يخرجها عن ملكه وإن حظر عليه التصرف، فإنّ الاستيلاء يجمع الوطء المحرّم بعارض حيث يكون الملك متحققاً، كالوطء في حالة الحيض والإحرام.

ومقتضى قوله «دخلت في حكم أمهات الأولاد» تحريم بيعها على المرتهن، وذلك في معنى بطلان الرهن. وهو أحد الأقوال في المسألة، وبه صرح المصنّف في كتاب الرهن^٤؛ لعموم النهي عن بيع أمهات الأولاد^٥. وفيه قول آخر أنّه لا يبطل، ويقدم حقّ المرتهن لسبقه. وهذا أقوى.

١. المبسوط، ج ٤، ص ٥٦٨.

٢. الوسيلة، ص ٣٤٢-٣٤٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٨٢، ح ١٩٤٠.

٤. راجع ج ٣، ص ٤٤١.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٩٣، باب أمهات الأولاد، ح ٥؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٣٩-١٤٠، ح ٣٥١٥؛ تهذيب الأحكام،

ج ٨، ص ٢٣٨-٢٣٩، ح ٨٦٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٢، ح ٣٦.

● وكذا لو وطئ الذمي أمته فحملت منه. ولو أسلمت بيعت عليه. وقيل: يحال بينه وبينها وتجعل على يد امرأة ثقة. والأول أشبه.

قوله: «وكذا لو وطئ الذمي أمته فحملت منه، ولو أسلمت بيعت عليه» إلى آخره. الإسلام غير شرط في الاستيلاء؛ للعموم^١، فلو أولد الكافر أمته لحقها حكم أمهات الأولاد، لكن لو أسلمت قبله تعارض عموم تحريم بيع أم الولد^٢ وتحريم بقاء المسلم في ملك الكافر الموجب لوجود السبيل له عليه، المنفي بقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^٣، فيجب إزالة السبيل عن أم الولد المسلمة. وقد اختلف كلام الشيخ وغيره في مزيله، ففي المبسوط تباع^٤، وهو الذي اختاره المصنف (رحمه الله)؛ لأن السبيل لا ينتفي رأساً بدونه، ويكون بيعها مستثنى من عموم النهي لذلك، فإنه مخصوص بمواضع كثيرة. وقال في الخلاف: تجعل عند امرأة مسلمة تتولّى القيام بحالها^٥؛ جمعاً بين الحقيين؛ لأن الاستيلاء مانع من البيع ولا سبيل إلى بقاء السبيل فيجمع بينهما بذلك. وللعلامة قول ثالث: أنها تستسمى^٦؛ لأن العتق والحيلولة إضرار بالملك، والبيع منهى عنه، والسبيل واجب الإزالة، فوجب الاستسعاء. وهذا يوجب الاكتفاء بالكتابة بطريق أولى؛ لأنها تقطع تصرف المولى بخلاف الاستسعاء. والأصح الأول. والحق فيه لله تعالى لا للمملوك، فلو رضي ببقائه في ملك الكافر لم يجب إليه.

١. راجع وسائل الشريعة، ج ٢٣، ص ١٧٥ وما بعدها، الباب ٦ من أبواب الاستيلاء.

٢. راجع الهامش ٥ من الصفحة السالفة.

٣. النساء (٤): ١٤١.

٤. المبسوط، ج ٤، ص ٥٧٠.

٥. الخلاف، ج ٦، ص ٤٢٥، المسألة ٢، وفي النسخ: «... القيام بها» وصححنا النقل على المصدر.

٦. مختلف الشريعة، ج ٨، ص ١٥٤، المسألة ١١٨.

الثاني في الأحكام المتعلقة بأمّ الولد

وفيه مسائل:

الأولى: • أمّ الولد مملوكة لا تتحرّر بموت المولى، بل من نصيب ولدها. لكن لا يجوز للمولى بيعها ما دام ولدها حيّاً، إلّا في ثمن رقبته إذا كان ديناً على المولى، ولا وجه لأدائه إلّا منها. ولو مات ولدها رجعت مطلقاً، وجاز التصرف فيها بالبيع وغيره من التصرفات.

الثانية: • إذا مات مولاها وولدها حيّ جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه. ولو لم يكن سواها عتق نصيب ولدها منها، وسعت في الباقي. وفي رواية: «تقوم على ولدها إن كان موسراً» وهي مهجورة.

قوله: «أمّ الولد مملوكة لا تتحرّر بموت المولى، بل من نصيب ولدها» إلى آخره. لا خلاف في كون أمّ الولد مملوكة ما دام المولى حيّاً، فيلحقها أحكام المماليك من جواز إجارتها وتزويجها وتحليلها للغير ووجوب نفقتها وغير ذلك من الأحكام، سوى البيع ونحوه من وجوه النقل عن ملكه، إلّا في مواضع مخصوصة أشهرها في ثمن رقبته إذا كان ديناً على المولى ولا وجه له إلى أدائه سواها، سواء كان حيّاً أم ميتاً على ما يقتضيه إطلاق العبارة، والأمر فيه كذلك.

وقد تقدّم البحث فيه في النكاح^١ والبيع^٢ فلا وجه لإعادته.

قوله: «إذا مات مولاها وولدها حيّ جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه» إلى آخره. لا شبهة في انعقاد نصيب ولدها منها بمقتضى الملك وعتق القريب به. وأمّا جعلها بأجمعها في نصيب ولدها مع ترك مولاها مالاً غيرها فمستنده النص^٣، وإلّا فهو حكم

١. تقدّم في ج ٦، ص ٤٨٦-٤٨٧.

٢. تقدّم في ج ٣، ص ٧٦.

٣. راجع وسائل الشريعة، ج ٢٣، ص ١٧٥، الباب ٦ من أبواب الاستيلاء.

الثالثة: • إذا أوصى لأُمّ ولده، قيل: تنعتق من نصيب ولدها وتعطى الوصية. وقيل: تنعتق من الوصية، فإن فضل منها شيء عتق من نصيب ولدها. وهو أشبه.

على خلاف الأصل؛ حيث إنَّ الملك قهري فلا يسري. ولو لم يكن سواها عتق نصيبه منها وسعت في الباقي، كما في كلِّ من أعتق بعضه ولم يسر الباقي على أحد.

والرواية بتقويمها على ولدها هي موثقة وهيب بن حفص عن أبي بصير، عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولدًا فمات قال: «إن شاء يبيعها باعها، وإن مات مولاه وعلية دين قومت على ابنها، فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتّى يكبر ثمَّ يجبر على قيمتها، فإن مات ابنها قبل أمه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة»^١.

وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية^٢. وفي سندها ما لا يخفى، وهي مع ذلك مهجورة العمل عند غير الشيخ في النهاية، وقد رجح عنه في غيرها^٣، فالمذهب عدم التقويم.

قوله: «إذا أوصى لأُمّ ولده قيل: تنعتق من نصيب ولدها وتعطى الوصية» إلى آخره. وجه الأوّل: أن التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث، وإن منع من التصرف فيها قبل أداء الدين والوصية، فينعتق عليه نصيبه ويحتسب عليه الباقي كما مرّ. وفي صحيحة أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام^٤ ما يدلُّ عليه أيضاً.

ووجه الثاني: أن الإرث متوقف على أداء الدين والوصية؛ لقوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنَ﴾^٥، فلا يحكم لإبنتها بشيء حتّى يحكم لها بالوصية، فيعتق منها إن وفّت بقيمتها، ويكمل من نصيب ولدها إن قصر كما لو لم يكن هناك وصية.

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣٩، ح ٨٦٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٤، ح ٤١.

٢. النهاية، ص ٥٤٧.

٣. راجع المبسوط، ج ٤، ص ٤٣٨ - ٤٣٩.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٢٩، باب الوصية لأُمَّهات الأولاد، ح ٤؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢١٦، ح ٥٥١٠؛ تهذيب الأحكام،

ج ٩، ص ٢٢٤، ح ٨٨٠، وفيه: عن جميل بن صالح.

٥. النساء (٤): ١١.

الرابعة: ● إذا جنت أم الولد خطأ تعلقت الجناية برقبته والمولى فكها. وبكم يفكها؟ قيل: بأقلّ الأمرين من أرش الجناية وقيمتها. وقيل: بأرش الجناية. وهو الأشبه. وإن شاء دفعها إلى المجني عليه. وفي رواية مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام: «جنايتها في حقوق الناس على سيدها».

ولو جنت على جماعة فالخيار للمولى أيضاً بين فديتها، وتسليمها إلى المجني عليهم أو ورثتهم على قدر الجنایات.

والمصنّف (رحمه الله) اختار هنا الثاني، وفي النكت اختار الأوّل^١. والمسألة لا تخلو من إشكال، والرواية لا تخلو من اضطراب. وقد تقدّم البحث فيها مستوفى في الوصايا^٢.

قوله: «إذا جنت أم الولد خطأ تعلقت الجناية برقبته والمولى فكها» إلى آخره.

وجه تخييره بين فداها ودفعها أنّها مملوكة له والمولى لا يعقل عبداً.

ثم إن اختار فداها ففي مقداره قولان للشيخ، ففي المبسوط: يفديها بأقلّ الأمرين من قيمتها وأرش الجناية^٣؛ لأنّ الأقلّ إن كان هو الأرش فظاهر، وإن كان القيمة فهي بدل العين فيقوم مقامها، والجاني لا يجني على أكثر من نفسه والمولى لا يعقل مملوكة فلا يلزم الزائد.

وفي الخلاف: يفديها بأرش الجناية بالغاً ما بلغ إن لم يسلمها^٤؛ لتعلقه برقبته، وربما رغب فيها راغب بالزيادة لو دفعها، وهذا هو الذي اختاره المصنّف. وفي الأوّل قوّة.

وليس الحكم مختصاً بأمّ الولد، بل بكلّ مملوك.

وللشيخ في المبسوط قول ثالث: أن أرش جنايتها على سيدها^٥؛ لمنعه بيعها بالاستيلاء، فأشبهه عتق الجاني.

١. نكت النهاية، ج ٣، ص ١٥١.

٢. راجع ج ٥، ص ٣٧٠ - ٣٧١.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ١٨٣.

٤. الخلاف، ج ٥، ص ٢٧١ - ٢٧٢، المسألة ٨٨.

٥. المبسوط، ج ٥، ص ١٨٣.

الخامسة: ● روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في وليدة نصرانية أسلمت عند رجل، وولدت منه غلاماً ومات، فأعتقت وتزوجت نصرانياً وتنصرت وولدت، فقال عليه السلام: «ولدها لابنها من سيدها، وتحبس حتى تضع، فإذا ولدت فاقتلها». وفي النهاية: يفعل بها ما يفعل بالمرتدة، والرواية شاذة.

وتدل عليه رواية مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام أنه قال: «أم الولد جنايتها في حقوق الناس على سيدها، ومتى كان من حقوق الله تعالى في الحدود فإن ذلك على بدنها، ويقاص منها للمماليك»^١.

قوله: «روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام» إلى آخره.

هذه الرواية - مع ضعف سندها باشتراك محمد بن قيس بين الثقة^٢ والضعيف^٣ وغيرهما^٤، وباب فضال^٥ - مخالفة للأصل من استرقاق ولدها الحر المتولد من نصراني محترم، وقتل المرأة المرتدة خصوصاً عن ملّة. والمختار ما ذكره في النهاية من إجراء أحكام المرأة المرتدة عليها^٦، وبقاء ولدها على الحرّية.

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٠٦، باب الرجل الحرّ يقتل مملوك غيره... ح ١٧، تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ١٩٦ - ١٩٧ ح ٧٧٩.

٢. رجال النجاشي، ص ٣٢٣، الرقم ٨٨١: خلاصة الأقوال، ص ٢٣٦، الرقم ٨٠٥، وص ٢٥٢، الرقم ٨٦٠ و٨٦١.

٣. رجال النجاشي، ص ٣٢٢-٣٢٣، الرقم ٨٨٠: خلاصة الأقوال، ص ٢٥٢، الرقم ٨٦١.

٤. رجال النجاشي، ص ٣٢٣، الرقم ٨٨٠: خلاصة الأقوال، ص ٢٥٢، الرقم ٨٥٩ و٨٦١.

٥. رجال النجاشي، ص ٢٥٧-٢٥٨، الرقم ٦٧٦.

٦. النهاية، ص ٤٤٩ - ٥٠٠.

كتاب الإقرار

والنظر في الأركان واللواحق.
وأركانه أربعة:

الأول في الصيغة

وفيها مقاصد:

كتاب الإقرار

هو لغة الإثبات، من قولك: قرّ الشيء يقرّ، وأقرّته وقرّرتَه: إذا أفدته القرار^١. ولم يسمّ ما يشرع فيه إقراراً من حيث إنّه افتتاح إثبات، بل لأنّه إخبار عن ثبوت ووجوب حقّ سابق. والأصل فيه من الكتاب قوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوْمِينَ بِالْأَيْمَانِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾^٢، فتر شهادة المرء على نفسه بالإقرار^٣. ومن الأخبار قوله ﷺ: «قولوا الحقّ ولو على أنفسكم»^٤.

١. راجع الصحاح، ج ٢، ص ٧٩٠ - ٧٩١؛ ولسان العرب، ج ٥، ص ٨٤ و ٨٨؛ والمصباح المنير، ص ٤٩٦، «قرر».
٢. النساء (٤): ١٣٥.

٣. راجع التبيان، ج ٣، ص ٣٥٥؛ ومجمع البيان، ج ٣، ص ١٢٤؛ والكشاف، ج ١، ص ٥٧٥؛ والجامع لأحكام القرآن، ج ٥، ص ٤١٢، ذيل الآية ١٣٥ من سورة النساء (٤).

٤. راجع تلخيص الحبير، ج ٣، ص ٥٢، ح ١٢٦٥ بتفاوت؛ ومعاني الأخبار، ص ١٩١، باب معنى مكارم الأخلاق، ح ١؛ والألمالي، الصدوق، ص ٢٣١، ح ١٠، وفيهما: «وقول الحقّ ولو على نفسك»؛ وراجع أيضاً كنز الفوائد، الكراجكي، ج ٢، ص ٣١، وفيه: «وقل الحقّ ولو على نفسك».

الأول • في الصيغة الصريحة

وهي اللفظ المتضمن للإخبار عن حقّ واجب،

قوله: «في الصيغة الصريحة. وهي اللفظ المتضمن للإخبار عن حقّ واجب».

الإقرار عبارة عن الصيغة المخصوصة، فتعريفها يقتضي تعريفه، فكان قوله «وهي اللفظ» إلى آخره تعريفاً له كما صرح به غيره^١.

و«اللفظ» بمنزلة الجنس يتناول المفيد وغيره، كما أن المفيد يتناول الإخبار والإنشاء. وقوله «المتضمن للإخبار» بمنزلة الفصل يخرج به سائر العقود والإيقاعات المتضمنة للإنشاء، كما يخرج باقي الألفاظ التي لا تتضمن إخباراً. ودخل في «الحقّ» المال عيناً ومنفعة، وتوابعها من الشفعة والخيار وألويّة التحجير والنفس والحدود والتعزيرات لله تعالى وللآدمي.

وأراد بـ«الواجب» معناه اللغوي وهو الثابت، فيخرج به الإخبار عن حقّ مستقبل، فإنه ليس بإقرار، وإنما هو وعد أو ما في معناه. وبهذا يستغنى عما عبّر به غيره بقوله: «عن حقّ سابق»^٢. وتناوله للحقّ المؤجلّ أظهر من تناول السابق له؛ لأنه أمر ثابت الآن وإن كان استحقاق المطالبة به مستقبلاً. ويمكن اندراجه في السابق أيضاً، من حيث إن أصل الحقّ سابق، وإنما المستقبل المطالبة به، وتأخّر استحقاق المطالبة أمر خارج عن الإقرار؛ لأنه عبارة عن التأجيل، وذكره في الإقرار بالحقّ ليس إقراراً، وإنما هو دفع لما لزم من الإخبار بأصل الحقّ، ومن ثمّ يقبل الإقرار بالحقّ لا بالأجل، كما سيأتي^٣.

وينتقض في طرده بالشهادة، فإنها إخبار عن حقّ واجب على غير المخبر، وإطلاق الحقّ الواجب يشمل ما هو واجب عليه وعلى غيره، ومن ثمّ زاد بعضهم في التعريف: لازم للمخبر^٤.

١. ٢. انظر قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١١؛ وإرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٠٨.

٣. يأتي في ص ٥٤٢.

٤. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

- كقوله: «لك عليّ» أو «عندي» أو «في ذمّتي» وما أشبهه.
- ويصحّ الإقرار بغير العربيّة اضطراراً واختياراً.

وأما نحو «نعم» في جواب من قال: «لي عليك كذا؟» فإنّه وإن كان مفرداً إلّا أنّه متضمّن للإخبار كالمركّب، فهو داخل في التعريف ولا يحتاج إلى زيادة أو ما هو في قوّة الإخبار.

قوله: «كقوله: «لك عليّ» أو «عندي» أو «في ذمّتي» وما أشبهه».

الألفاظ الدالّة على الإقرار صريحاً، منها: ما يفيد الإقرار بالدين صريحاً، كقوله: «في ذمّتي كذا»، ومنها: ما يفيد ظاهراً، كقوله: «عليّ كذا». ومنها: ما يفيد الإقرار بالعين صريحاً، كقوله: «له في يدي كذا»، ومنها: ما يفيد ظاهراً كقوله: «عندي كذا»، ومنها: ما هو صالح لهما كقوله: «لدي».

وتظهر الفائدة فيما لو ادّعى خلاف مدلول اللفظ فإنّه لا يقبل، وإن ادّعى ما يوافقه قبل. فلو عبّر بما يفيد الدين، ثمّ قال: «هو ودعيّة» لم يقبل. وإذا ادّعى التلف لم ينفعه، بل يلزمه الضمان، بخلاف ما لو أتى باللفظ المفيد لها كقوله: «له عندني ألف» أو الصالح لهما كقوله: «قبلي» ثمّ فسّر بالودعيّة وادّعى التلف في وقت إمكانه، فإنّه يقبل. وسيأتي تنمّة البحث في ذلك^١، فهذه فائدة الألفاظ، وقس عليها ما أشبهها.

قوله: «ويصحّ الإقرار بغير العربيّة اضطراراً واختياراً».

لما كان الغرض من الإقرار الإخبار عمّا في الذمّة أو في العهدة، ولا يختصّ بلفظ معيّن، بل ما دلّ على المراد لم ينحصر في لغة، بل يصحّ إقرار أهل كلّ لغة بلغتهم وغير لغتهم إذا عرفوها؛ لحصول المراد منها، وهو الدلالة باللفظ على المعنى الذهني الذي يراد إثباته، ولم يرد من قبل الشارع ما يفيد الاختصاص بلغة خاصّة.

ثمّ إن علم أنّ المقرّ عارف بمعنى ما أقرّ به^٢ لم تقبل دعواه خلافه. وإن احتمل الأمرين

١. يأتي في ص ٥٦٤.

٢. في «خ»: «ما التزمه» بدل «ما أقرّ به».

- ولو قال: «لك عليّ كذا إن شئت أو إن شئت» لم يكن إقراراً. وكذا لو قال: «إن قدم زيد». وكذا: «إن رضي فلان» أو «إن شهد».
- ولو قال: «إن شهد لك فلان فهو صادق» لزمه الإقرار في الحال؛ لأنّه إذا صدق وجب الحقّ وإن لم يشهد.

وقال: لم أفهم معنى ما قلت بل لئن فتلقنت، صدقّ بيمينه؛ لقيام الاحتمال، وأصالة عدم العلم بغير لغته. وكذا القول في جميع العقود والإيقاعات.

قوله: «ولو قال: لك عليّ كذا إن شئت أو إن شئت لم يكن إقراراً» إلى آخره.

لما كان الإقرار إخباراً اقتضى أمراً خارجاً عن اللفظ واقعاً، سواء طابقه في النفي والإثبات أم لا. ويلزم من ذلك أن لا يجوز تعليقه على شرط ولا صفة؛ لأنّ وقوع المعلّق مشروط بوجود المعلّق عليه، وذلك ينافي مقتضى الخبر. ولا فرق في ذلك بين ما يقع باختيار المخبر كقوله: «إن شئت» بالضمّ، أو بغير اختياره كقوله: «إن شئت» بالفتح، أو: «إن قدم زيد أو رضي أو شهد» ونحو ذلك.

قوله: «ولو قال: إن شهد لك فلان فهو صادق لزمه الإقرار في الحال» إلى آخره.

هذا الحكم ذكره الشيخ في المبسوط^١، وتبعه عليه جماعة^٢ منهم المصنّف (رحمه الله) ووجهه بما أشار إليه من أنّ صدقه يوجب ثبوت الحقّ في الحال وإن لم يشهد^٣.
وتقريره أنّه قد حكم بصدقه على تقدير الشهادة، والشهادة لا دخل لها في تحقّق الصدق وعدمه، وإنّما الصدق يقتضي مطابقتها خبره للواقع وقت الإقرار، ولا يكون كذلك إلّا على تقدير ثبوت الحقّ في ذمّته حال الإقرار، فيكون إقراراً وإن لم يشهد، بل وإن أنكر الشهادة. ومثله ما لو قال: «إن شهد بكذا فهو حقّ» أو «صحيح». وكذا لو لم يعبّر الشاهد فقال: «إن

١. المبسوط، ج ٢، ص ٤٢٦.

٢. منهم ابن البرّاج في جواهر الفقه، ص ٩١، المسألة ٣٣٤، ويحيى بن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع، ص ٣٤٠؛ والعلامة في إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٠٨؛ وقواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١١.

٣. المبسوط، ج ٢، ص ٤٢٦؛ جواهر الفقه، ص ٩١، المسألة ٣٣٤.

شهد عليّ شاهد بكذا فهو صادق» أو شهد عليه بالفعل فقال: «هو صادق». أمّا لو قال: «إن شهد صدّقت» أو «فهو عدل» لم يكن مقررّاً؛ لأنّ الكاذب قد يصدق، والشهادة مبنية على الظاهر، فلا ينافي عدم مطابقتها في نفس الأمر العدالة.

وقيل في توجيه الأوّل أيضاً:

إنّه يصدق كلّما لم يكن المال ثابتاً في ذمّته لم يكن صادقاً على تقدير الشهادة، وينعكس بعكس النقيض إلى قولنا: كلّما كان صادقاً على تقدير الشهادة كان المال ثابتاً في ذمّته، لكنّ المقدّم حقّ لإقراره، فإنّه حكم بصدقه على تقدير الشهادة، فالتالي مثله^١.

وفي الدليل^٢ نظر من وجهين:

أحدهما: أنّه لم يحكم بصدقه مطلقاً وإنّما حكم به على تقدير الشهادة، وشهادته وإن كانت ممكنة في ذاتها لكنّها قد تكون ممتنعة في اعتقاد المقرّ، فيكون قد علّق صدقه على المحال عنده، فلا يلزم منه الإقرار في الحال ولا على تقدير الشهادة، وجاز أن يريد أنّه لا تصدر منه الشهادة؛ لكونه ليس في ذمّته له شيء وهو في اعتقاده لا يكذب، وهذا استعمال شائع في العرف، يقول الناس في محاوراتهم: إن شهد فلان أنّي لست لأبي صدّقت، ولا يريد سوى أنّه لا يشهد بذلك؛ للقطع بأنّه لا يصدّقه لو قال ذلك. وإن لم يكن هذا غالباً فلا أقلّ من أنّه محتمل احتمالاً ظاهراً، فلا يكون اللفظ صريحاً في الإقرار مع أصالة براءة الذمّة.

والثاني: أنّه لا يخرج بذلك عن التعليق، بل هو أدنى مرتبة منه، فإنّه إذا قال: «له عليّ كذا إن شهد به فلان» لا يكون إقراراً اتفاقاً مع أنّه صريح في الاعتراف بالحقّ على تقدير الشهادة، والإقرار في مسألة النزاع إنّما جاء من قبل الالتزام فلأن لا يكون إقراراً أولى. وما ذكر في توجيه الإقرار وارد في جميع التعليقات، فإنّه يقال: ثبوت الحقّ على تقدير وجود

١. قاله المحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ٩، ص ١٨٩.

٢. في «خ م»: «الدليلين بدل «الدليل».

● وإطلاق الإقرار بالموزون ينصرف إلى ميزان البلد، وكذا المكييل. وكذا إطلاق الذهب أو الفضة ينصرف إلى النقد الغالب في بلد الإقرار. ولو كان نقدان غالبان أو وزنان مختلفان وهما في الاستعمال سواء رجع في التعيين إلى المقرّر.

الشرط يستلزم ثبوته الآن؛ إذ لا مدخل للشرط في ثبوته في نفس الأمر، إلى آخر ما قيل في الدليل، والقول بعدم اللزوم في الجميع قوي^١. وهو اختيار أكثر المتأخرين^٢. قوله: «وإطلاق الإقرار بالموزون ينصرف إلى ميزان البلد، وكذا المكييل» إلى آخره. ألفاظ الإقرار محمولة على المتفاهم منها عرفاً، فإن انتفى العرف فاللغة، وذلك يقتضي حمل الإقرار بالوزن والكييل على المتعارف في البلد منهما، وكذا إطلاق النقد من الذهب والفضة يحمل على نقد البلد.

أما غير الدراهم والدنانير كقوله: «له عندي وزن درهم فضة» أو «مقال ذهب» فلا يجب حمله على النقد الغالب وهو المسكوك، بل يعتبر فيهما حقيقتهما ولو من غير المضروب. ويفارق النقد الغالب أيضاً في أنه يعتبر خلوصه من الغش بخلاف النقد، فإنه يحمل على المتعارف وإن كان مغشوشاً؛ لأن ذلك هو المفهوم منهما.

هذا كله مع اتحاد الكيل والوزن والنقد في البلد، أو مع تعدده وغلبة بعضه في الاستعمال. أما مع تساوي المتعدّد فلا يحمل على أحدها؛ لاستحالة الترجيح من غير مرجح، بل يرجع إليه في التعيين ويقبل منه وإن فسّر بالناقص. وكذا يقبل منه لو فسّر به مع الاتصال مطلقاً. ولو تعدّر الرجوع إليه في التعيين بموت ونحوه فالمتيقن الأقل، والباقي مشكوك فيه.

١. في بعض النسخ: «أقوى» بدل «قوي».

٢. منهم الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٣؛ واللعة الدمشقية، ص ٢٦٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١ و١٣).

● ولو قال: «له عليّ درهم ودرهم» لزمه اثنان، وكذا: «ثمّ درهم». أو قال: «درهم فدرهم».

أما لو قال: «فوق درهم» أو «مع درهم» أو «قبل درهم» أو «بعده» لزمه درهم واحد؛ لاحتمال أن يكون أراد مع درهم لي، فيقتصر على المتيقّن.

قوله: «ولو قال: «له عليّ درهم ودرهم» لزمه اثنان» إلى آخره.

هنا صور:

الأولى: إذا قال: «له عليّ درهم ودرهم» لزمه اثنان؛ لأنّ العطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه، ولا يعطف الشيء على نفسه وإن جاز عطفه على ما هو بمعناه كمرادفه؛ لتحقق المغايرة ولو لفظاً. ومثله ما لو قال: «درهم ثمّ درهم» لأنّ «ثمّ» حرف عطف أيضاً، واقتضاؤها التراخي لا يقدح؛ لجواز تجدد سبب أحد الدرهمين بعد الآخر. وظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم، وإن كان خلاف ذلك محتملاً، بأن يريد ودرهم آخر لزيد ونحوه؛ لتبادر المعنى الأول إلى الذهن، فلا يلتفت إلى الاحتمال البعيد.

الثانية: لو قال: «له درهم فدرهم» قطع المصنّف (رحمه الله) بمساواته للأولين في لزوم الدرهمين؛ لمشاركته لهما في العطف، واحتمال غيره بعيد أيضاً.

وقيل: يلزمه هنا درهم خاصّة^١؛ لاحتمال أن يريد فدرهم لازم لي، والأصل براءة الذمّة من الزائد.

ويضعف بأنّ المتبادر الأول، وغيره وإن كان محتملاً إلاّ أنّه خلاف الظاهر، ويحتاج إلى إضمار وهو خلاف الأصل؛ ولأنّ الاحتمال لو أثر لأثر في الأولين، والقائل بهذا القول لا يقول به فيهما فما اختاره المصنّف أقوى. نعم، لو قال: «أردت فدرهم لازم لي» أتجه قبول قوله بيمينه لو خالفه المقرّ له.

الثالثة: لو قال: «درهم فوق درهم» أو «تحتة درهم» أو «مع درهم» أو «معه درهم» أو

«قبل درهم» أو «قبله درهم» أو «بعد درهم» أو «بعده درهم» لزمه واحد في الجميع؛ لأنّه كما يحتمل أن يكون مراده فوق درهم للمقرّر له ومعه وقبله وبعده، يحتمل أن يريد فوق درهم لي أو معه أو قبله أو بعده، وإذا احتمل اللفظ الأمرين اقتصر على المتيقّن وهو الدرهم. وفرّق جماعة^١ منهم العلامة بين الفوقية والتحتية والمعينة وبين القبلية والبعديّة، فأوجب في الأخيرين الدرهمين، فارقاً بين الأمرين بأنّ الفوقية والتحتية يرجعان إلى المكان، ولا يتّصف بهما نفس الدرهم، ولا بدّ من أمر يرجع إليه التقدّم والتأخّر، وليس ذلك إلّا الوجوب عليه^٢.

وأجاب المصنّف (رحمه الله) ومن وافقه^٣ على لزوم درهم في الجميع بأنّ القبلية والبعديّة كما يكونان بالزمان يكونان بالرتبة وغيرها. ثمّ هب أنّهما زمانيان وأنّ نفس الدرهم لا يتّصف بهما لكن يجوز رجوعهما إلى غير الواجب، بأن يريد: درهم مضروب قبل درهم وما أشبهه. ثمّ هب أنّهما راجعان إلى الوجوب لكن يجوز أن يريد: لزيد درهم قبل وجوب درهم لعمره.

واعترض العلامة في التذكرة على ذلك بأنّه لو سمع مثل هذا الاحتمال لسمع في مثل «له عندي درهم ودرهم» مع اتّفاقهم على لزوم درهمين^٤.

وجوابه: ما تقدّم من أنّ الاحتمال في ذلك بعيد خلاف الظاهر بخلافه في هذه الأمثلة، فإنّه احتمال ظاهر. والظروف الواقعة بعد التكرات تكون صفات من غير فرق بين ظرف الزمان والمكان، فالاحتمال فيهما على حدّ سواء. والقول بلزوم درهم في الجميع كما اختاره المصنّف أقوى.

١. منهم الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٤٣١؛ وراجع الجامع للشرائع، ص ٣٤٠.

٢. قواعد الأحكام ج ٣، ص ٤٢٦.

٣. كالشهيد في الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٣١ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١١)؛ والمحقّق الكركي في

جامع المقاصد، ج ٩، ص ٢٨٣.

٤. تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٣٥٧، المسألة ٩٢٧.

- وكذا لو قال: «درهم في عشرة» ولم يرد الضرب.
- ولو قال: «غصبتُه ثوباً في منديل» أو «حنطةً في سفينة» أو «ثياباً في عيبة» لم يدخل الظرف في الإقرار.

قوله: «وكذا لو قال: درهم في عشرة ولم يرد الضرب».

لا إشكال في لزوم درهم واحد لو قال: «له درهم في عشرة» مع تصريحه بإرادة درهم واحد للمقر له وأن العشرة ظرف له، كما أنه لو صرح بإرادة الضرب لزمه عشرة. وإنما الكلام مع الإطلاق، ومقتضى عبارة المصنّف (رحمه الله) لزوم درهم أيضاً؛ لأنه جعل اللازم درهماً متى لم يرد الضرب فيشمل ما لو أطلق. ووجه احتمال اللفظ للمعنيين فيحمل على المتيقّن منهما وهو الأقل، معتضداً بأصالة البراءة من الزائد.

وبقي قسم آخر وهو ما إذا ادّعى إرادة «مع» من «في» فيلزمه أحد عشر، لوروده لغةً كما في قوله تعالى: ﴿أَدْخُلُوا فِي أُمَمٍ﴾^٢ فصار اللفظ مشتركاً، فيرجع إليه في إرادة أحد معانيه، ويقبل قوله فيه بغير يمين. ومع الشك يؤخذ بالأقل؛ لأنه المتيقّن. ولو ادّعى المقر له إرادة بعض هذه المعاني وأنكره المقر فالقول قوله مع يمينه.

قوله: «ولو قال: غصبتُه ثوباً في منديل أو حنطةً في سفينة» إلى آخره.

الأصل في هذا الباب أن الإقرار بالمظروف لا يقتضي الإقرار بالظرف وبالعكس؛ أخذاً بالمتيقّن. فإذا قال: «لفلان عندي» أو «غصبتُه ثوباً في منديل» أو «زيتاً في جرة» أو «تمراً في جراب» أو «حنطةً في سفينة» أو «ثياباً في عيبة» - بفتح العين، وهو شيء يحفظ فيه الثياب^٣ - لم يكن إقراراً بالظرف؛ لاحتمال أن يكون مراده: في منديل وجرّة وسفينة لي، وغير ذلك.

١. لسان العرب، ج ١٥، ص ١٦٧، «فيا».

٢. الأعراف (٧): ٣٨.

٣. الصحاح، ج ١، ص ١٩٠، «عيب».

● ولو قال: «له عبد عليه عمامة» كان إقراراً بهما؛ لأنَّ له أهليّة الإمساك. وليس كذلك لو قال: «دابة عليها سرج».

وكذا لو قال: «له عندي غمد فيه سيف» أو «جرّة فيها زيت» أو «جراب فيه تمر» أو «سفينة فيها طعام» فهو إقرار بالظرف دون المظروف.

وعلى هذا القياس ما إذا قال: «فرس في إصطبل» أو «عليها سرج» أو «حمار على ظهره أكاف»^١، أو «له زمام» أو «دابة مسرّجة» أو «دار مفروشة» لا شترتاك الجميع في المعنى المقتضي، بخلاف ما لو قال: «دار بفرشها» أو «دابة بسرجها»؛ لأنَّ «الباء» تعلق الثاني على الأوّل، أو «ثوب مطرّز»؛ لأنَّ الطراز جزء من الثوب، مع احتمال خروج الطراز إن كان ممّا يركّب بعد النسج.

وكالأوّل ما لو قال: «فصّ في خاتم»؛ لأنّه يقتضي الإقرار بالفصّ دون الخاتم. ولو قال: «خاتم فيه فصّ» ففي كونه إقراراً بالفصّ وجهان، أظهرهما أنّه كأوّل؛ لاحتمال أن يريد فيه فصّ لي، ووجه الدخول أنّ الفصّ كالجزم من الخاتم حتّى لو باعه دخل فيه، بخلاف تلك الصور.

وخالف أبو حنيفة في جميع ذلك وحكم بدخول كلّ من الظرف والمظروف في الآخر^٢. وكذا البواقي.

قوله: «ولو قال: له عبد عليه عمامة، كان إقراراً بهما؛ لأنَّ له أهليّة الإمساك. وليس كذلك لو قال: دابة عليها سرج».

أشار بقوله «لأنَّ له أهليّة الإمساك» إلى الفرق بين العبد والدابة. وتقريره: أنّ للعبد يداً على ملبوسه، وما في يد العبد فهو في يد سيّدة، فإذا أقرّ بالعبد للغير كان ما في يده لذلك الغير، بخلاف المنسوب إلى الدابة، فإنّه لا يدلّها على ما هو عليها؛ ولهذا لو جاء بعبد وعليه

١. الإكاف والأكاف من المراكب: شبه الرحال والأقتاب. لسان العرب، ج ٩، ص ٨. «أكف».

٢. الكتاب المطبوع مع اللباب، ج ٢، ص ٨٠؛ بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٣٢٧؛ المبسوط، السرخسي، ج ١٧،

● ولو قال: «له قفيز حنطة، بل قفيز شعير» لزمه القفيزان. وكذا لو قال: «له هذا الثوب، بل هذا الثوب».

أما لو قال: «له قفيز، بل قفيزان» لزمه القفيزان حسب. ولو قال: «له درهم، بل درهم» لزمه واحد.

عمامة وقال: «هذا العبد لزيد» كانت العمامة له أيضاً، ولو جاء بدابة وعليها سرج وقال: «هذه الدابة لزيد» لم يكن السرج له.

وفيه: أن دخول ما على العبد حينئذٍ من جهة اليد لا من جهة الإقرار ومع ذلك فالسيد المقر له لا يد له على العبد وإنما اليد عليه للمقر، فإذا أقرَّ ببعض ما تحت يده لا يسري الإقرار إلى غيره، وهذا أوجه. ولبعض الأصحاب قول بدخول السرج في الدابة أيضاً، وهو بعيد.

وفي القواعد تردّد في دخول السرج والفرش لو قال: «له دابة مسرجة» أو «دار مفروشة» كما لو قال: «عبد عليه عمامة»^٢، من حيث إن المتبادر دخول ذلك، ولأنه وصف الدابة بكونها مسرجة والدار بأنها مفروشة والعبد بكونه ذا عمامة، فإذا سلّمها بغير الوصف لم تكن المقرّ بها.

وجوابه: أن وصفها بذلك لا يقتضي استحقاقها على هذا الوصف؛ لعدم المنافاة بين ذلك وبين أن يقول: «عليها سرج لي» أو «مفروشة بفراش لي» ونحو ذلك، ومع قيام الاحتمال لا يظهر الإقرار بالمحتمل.

قوله: «ولو قال: «له قفيز حنطة، بل قفيز شعير» لزمه القفيزان» إلى آخره.

اعلم أن «بل» حرف إضراب بما بعدها عمّا قبلها وعدول عنه. ثم إن تقدّمها إيجاب وتلاها مفرد جعلت ما قبلها كالمسكوت عنه فلا يحكم عليه بشيء، وأثبتت الحكم

١. كابن الجنيدي، على ما حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٣٩، المسألة ٢٤٧.

٢. قواعد الأحكام ج ٢، ص ٤٢٤ - ٤٢٥.

لما بعدها. وحيث كان الأول إقراراً صحيحاً استقرَّ حكمه بالإضراب عنه، وثبت ما بعده أيضاً.

ثم إن كانا مختلفين أو معيّنين^١ لم يقبل إضرابه؛ لأنّه إنكار للإقرار الأول وهو غير مسموع. وإن كانا مطلقين أو أحدهما لزمه واحد إن اتحد مقدار ما قبل «بل» وما بعدها، وإن اختلفا كمّيّة لزمه الأكثر.

وإن تقدّما نفي فهي لتقرير ما قبلها على حكمه، وجعل ضده لما بعدها. وعلى هذا يتفرّع ما ذكره المصنّف من المسائل وغيرها. فإذا قال: «له قفيز حنطة بل قفيز شعير» فقد أقرّ بالحنطة، ولا يقبل إضرابه عنه وإنكاره له بقوله: «بل قفيز شعير» ويلزمه الشعير أيضاً، لإقراره به؛ لأنّهما مطلقان ومختلفان.

ولو قال: «له هذا الثوب بل هذا الثوب» فكذلك؛ لأنّ اختلافهما من جهة التعيين، فإنّ أحد المعيّنين غير الآخر.

ولو كان أحدهما معيّناً والآخر مطلقاً، فإن اتحد قدرأً وصنفاً حمل المطلق على المعين، سواء تقدّم أو تأخّر، كـ«له درهم بل هذا الدرهم» أو «هذا الدرهم بل درهم» وإتّما جمع بينهما لصدق المغايرة، مع عدم المنافاة بين الجميع؛ إذ يصحّ أن يقال: له درهم يحتمل كونه هذا وغيره بل هو هذا الدرهم، لكن يتعيّن هذا الوصف الزائد في أحدهما - وهو التعيين - فيتعيّن المعين.

ولو كانا مطلقين متّحدي المقدار كـ«له درهم بل درهم» لزمه درهم؛ لأنّهما مطلقان فلا يمتنع أن يكون أحدهما هو الآخر. وفائدة الإضراب جاز أن يكون قد أراد استدراك الزيادة أو التعيين أو غيرهما فذكر أن لا حاجة إليه^٢، مؤيداً بأصالة براءة الذمّة من غيره.

١. في بعض النسخ: «متّقين» بدل «معيّنين».

٢. في بعض النسخ والحجريّة: «إلهما» بدل «إليه».

● ولو أقرّ لميِّت بمال وقال: «لا وارث له غير هذا» ألزم التسليم إليه.

وربما قيل: يلزمه درهمان؛ لاستدعاء الإضراب المغايرة. ومثله القول في المطلق والمعين المتحدّين مقداراً.

ولو اختلفا بالكميّة كـ «له قفيز بل قفيزان» لزمه الأكثر؛ لدخول الأقلّ في الأكثر، كدخول المطلق في المعين ولو بالاحتمال؛ لعدم التنافي بين قوله: «له قفيز بل زائد عليه» فيتمسك بأصالة براءة الذمّة من الزائد على الأكثر وإن كان الجميع محتملاً. ولو عكس فقال: «قفيزان بل قفيز» لزمه القفيزان؛ لأنّ الرجوع عن الأكثر لا يقبل^١، ويدخل فيه الأقلّ.

ولو قال: «دينار بل ديناران بل ثلاثة» لزمه ثلاثة. ولو قال: «دينار بل ديناران بل قفيز بل قفيزان» لزمه ديناران وقفيزان. ولو قال: «دينار وديناران بل قفيز وقفيزان» لزمه ثلاثة دنانير وثلاثة أفقزة، وقس على هذا.

ولو كان أحدهما معيّناً دخل المطلق أو قدره فيه، كـ «له هذا القفيز بل قفيزان» فيتعيّن المعين ويلزمه إكماله بآخر، ولو عكس دخل المطلق ولم يتغيّر حكم الأكثر. ولو جمع بين المختلفين كميّةً وتعييناً، كـ «له هذا القفيز الحنطة بل هذا القفيزان الشعير» فأولى بعدم التداخل ويلزمه الثلاثة.

ومع تقدّم النفي على حرف الإضراب كـ «ما له عليّ درهم بل درهمان» أو «ما له هذا الدرهم بل هذا أو بل هذان» أو «ما له درهم بل درهم» ونحو ذلك، فالمتقدّم منفيّ على أصله، والثابت ما بعد «بل» كيف كان. وقس على هذا ما يرد عليك من نظائره.

قوله: «ولو أقرّ لميِّت بمال وقال: «لا وارث له غير هذا» ألزم التسليم إليه». إذا أقرّ لميِّت بمال وقال: «لا وارث له غير هذا» فهو في قوّة الإقرار للوارث المشار إليه، إلا أنّ إقراره له وقع بعد إقراره بالمال لغيره وهو الميِّت، فقد يحصل بين الإقرارين تناف، وقد يتحقّق عدم المنافاة، وقد يحتمل الأمرين.

١. في بعض النسخ: «لا يفيد» بدل «لا يقبل».

وتحرير الحال أنّ الميّت إمّا أن يكون معلوم النسب ووارثه منحصرأ في المعين يقيناً أو
 يحتمل كون الوارث غير المعين أو هو مع غيره. ثم لا يخلو إمّا أن يكون المال عيناً أو ديناً.
 ومقتضى كلام المصنّف وجماعة^١ قبول الإقرار للمعين ووجوب التسليم إليه مطلقاً.
 ووجهه أنّ الإقرار وقع جملة واحدة لازمها أنّ المال لهذا المعين المشار إليه، فيلزم بالتسليم
 إليه ولا يلتفت إلى الاحتمال، كما لا يجب علينا البحث عن سبب الملك مع احتمال كونه
 غير صحيح.

ويضعّف بأنّه مع العلم بوجود وارث للميّت غيره أو معه يكون تعيينه الثاني منافياً
 لإقراره به للميّت المسموع فلا يسمع، بل يحكم به لوارثه كيف كان.

وأما مع الجهل بالحال واحتمال انحصار الإرث في المعين فلا يخلو إمّا أن يكون المال
 المقرّ به ديناً أو عيناً. فإن كان ديناً ألزم بتسليمه إليه؛ لاعترافه بأنّه يستحقّ في ذمّته ذلك
 القدر فيؤاخذ به. ثم لا يحصل على غيره من الوراث ضرر بذلك؛ لأنّه على تقدير ظهور وارث
 أولى أو مشارك يلزم المقرّ بالتخلّص من حقّه؛ لأنّ المدفوع إلى المقرّ له الأوّل نفس مال المقرّ
 وحقّ الوارث باقي في ذمّته؛ لأنّ الدين لا يتعين إلّا بقبض مالكة أو وكيله، وهما منتفیان هنا.
 وإن كان المقرّ به عيناً لم يؤمر بالدفع إليه إلّا بعد بحث الحاكم عن الوارث على وجه لو
 كان لظهر غالباً؛ لأنّ إقراره الأوّل للميّت مقبول فيكون لوارثه، وقوله «لا وارث له إلّا هذا»
 إقرار في حقّ الغير فلا يسمع بحيث يلزم بالتسليم إليه؛ لما فيه من التفرير بالمال المعين
 بإعطائه من لا يتيقن كونه المالك بخلاف الدين؛ لأنّ الإقرار به إقرار على نفسه خاصّة؛ لأنّه
 على تقدير ظهور وارث لا يفوت حقّه من الذمّة بخلاف العين، فإنّ خصوصيّة نفوت وإن
 بقي بدلها.

نعم، لو سلّم العين إليه لم يمنع منه؛ لعدم المنازع الآن، فإن ظهر وارث آخر فله المطالبة

١. منهم الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٤٣٤؛ وابن البرزج في المهذب، ج ١، ص ٤١٣؛ والعلامة في إرشاد
 الأذهان، ج ١، ص ٤٠٧.

● ولو قال: «له عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر» لزمه الألف. وكذا لو قال: «إذا جاء رأس الشهر فله عليّ ألف» ومنهم من فرّق وليس شيئاً.

بحقّه، فإن وجد العين باقية رجع إليها، وإن وجدها تالفّة تخيّر في مطالبة من شاء منهم بالبدل، مثلاً أو قيمة. وقد تقدّم البحث على نظير المسألة في كتاب الوكالة^١.

قوله: «ولو قال: «له عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر» لزمه الألف» إلى آخره.

إذا قال: «له عليّ كذا إذا جاء رأس الشهر» ونحوه من التعليقات على الأجل، فإن علم من قصده إرادة التعليق فلا شبهة في بطلان الإقرار؛ لما تقدّم من أنّ الإقرار يلزمه التنجيز^٢؛ لأنّه إخبار عن أمر واقع فلا يجمع اشتراط وقوعه بأمر مستقبل؛ لأنّ الواقع لا يعلّق بشرط. وإن قصد التأجيل صحّ إقراره، وإن أطلق ولم يعلم منه إرادة أحد الأمرين فظاهر المصنّف (رحمه الله) وجماعة حملته على المعنى الثاني^٣؛ لأنّه ظاهر فيه، وحاملاً للكلام على الوجه الصحيح ما أمكن حمله عليه.

ويحتمل قوياً الرجوع إليه في قصده وقبول قوله فيه مطلقاً أو مع اليمين إن ادّعى المقرّ له خلاف ما ادّعى قصده؛ لاحتمال اللفظ للمعنيين، وكما أنّ حمله على التأجيل يفيد حكماً شرعياً فكذا حمله على التعليق؛ لأنّ البطلان أيضاً حكم شرعي، والأصل براءة الذمّة من التزام شيء بدون اليقين أو الظهور، وهو منتفٍ هنا؛ لاشتراك اللفظ بين المعنيين.

وفصّل بعضهم فقال:

إن قدّم الشرط فقال: «إن جاء رأس الشهر فعليّ كذا» كان إقراراً معلقاً فيبطل، وإن أخره

كان إقراراً بموجّل^٤.

والفرق أنّه إذا بدأ بالشرط لم يكن مقرّراً بالحقّ وإنّما علّقه بالشرط، بخلاف ما إذا أخره،

١. تقدّم في ج ٤، ص ٥١٤ وما بعدها.

٢. تقدّم في ص ٥٣٠.

٣. راجع تبصرة المتعلّمين، ص ١٢٢.

٤. كالعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٤١٥-٤١٦، ذيل الرقم ٦٠٠١.

فإنه يكون قد أقرّ بالألف أولاً، فإذا قال: «إذا جاء رأس الشهر» احتمل أن يريد به محلّها ووجوب تسليمها وأن يريد الآخر، فلا يحمل على الثاني حذراً من تعقيب الإقرار بالمنافي، بل على الأول؛ لعدم المنافاة.

ورده المصنّف وغيره من المحققين بأنه لا فرق من حيث اللغة والعرف بين تقديم الشرط وتأخيره^١، وأن الشرط وإن تأخر لفظاً فهو متقدّم معنئٍ وله صدر الكلام.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا حملناه على الصحة أو فسرّ بإرادة التأجيل قبل منه الإقرار بأصل المال، لكن هل يقبل منه الإقرار بالأجل؟ فيه قولان:

أحدهما: عدم القبول^٢؛ لثبوت أصل المال بإقراره، والأجل دعوى زائدة على أصل الإقرار فلا تسمع، كما لو أقرّ بالمال ثم ادعى قضاءه؛ ولأنّ الأصل الحلول، فدعوى التأجيل خلاف الأصل، فيكون مدعيه مدعيّاً.

والثاني: القبول^٣؛ لأنّ الإقرار التزام المقرّ بما أقرّ به دون غيره، وإنما أقرّ بالحقّ المؤجّل فلا يلزمه غيره.

ولأنّ قوله: «له ألف إلى شهر» في قوّة قوله: «ألف» موصوفة بالتأجيل المعين، فيكون ذلك كقوله: «له ألف درهم من النقد الفلاني» أو بوصف كذا.

ولأنّ الكلام الواقع منه جملة واحدة لا يتمّ إلاّ بآخره وإنما يحكم عليه بعد كماله، كما لو عقّبه باستثناء أو وصف أو شرط.

ولأنّّه لو لا قبول ذلك منه لأدّى إلى انسداد باب الإقرار بالحقّ المؤجّل، فإذا كان على الإنسان دين مؤجّل وأراد التخلص منه بالإقرار فإن لم يسمع منه لزم الإضرار به، وربما كان

١. راجع جامع المقاصد، ج ٩، ص ١٩١.

٢. هو قول الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ٣٧٧، المسألة ٢٨؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥١٣؛ وابن الجنيّد على ما حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٣٣، المسألة ٢٣٣.

٣. هو قول الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٤٤٢؛ وابن البرّاج في المهذّب، ج ١، ص ٤١٤.

● ولو قال المالك: «بعتك أباك» فإذا حلف الولد انعتق المملوك ولم يلزم الثمن.

الأجل طويلاً بحيث إذا علم عدم قبوله منه لا يقرّ بأصل الحقّ خوفاً من إزامه به حالاً والإضرار به، فيؤدّي تركه إلى الإضرار بصاحب الحقّ، وهذا غير موافق لحكمة الشارع. وحينئذٍ فالقبول قويّ.

والمصنّف (رحمه الله) اقتصر على مجرد الحكم بلزوم الألف ولم يتعرّض لإثبات الأجل ولا لنفيه، لكنّه إلى لزومه حالاً أقرب، ولأنّه مذهب الأكثر.

واعلم أنّ العبارة المقتضية للإقرار بالحقّ المؤخّر قد تكون صريحةً في التعليق، كما إذا علّقه بشرط لا يطابق الأجل الشرعي، كقوله: «إذا قدم زيد» ونحوه. وهذا لا إشكال في فساده وقد تكون صريحةً في التأجيل، كقوله: «له ألف مؤجلة إلى شهر» ولا إشكال في لزوم أصل المال، وإنّما الإشكال في قبول الأجل، وقد تكون محتملةً للتعليق والتأجيل كقوله: «له ألف إذا جاء رأس الشهر». والخلاف فيه في موضعين: أحدهما في أصل الصحة، والثاني على تقدير الصحة في ثبوت الأجل وعدمه.

قوله: «ولو قال المالك: بعتك أباك، فإذا حلف الولد انعتق المملوك ولم يلزم الثمن».

إذا قال مالك العبد لولده: «بعتك أباك» فأنكر الشراء، فدعوى المالك تضمّنت أمرين: أحدهما: لزوم الثمن للمشتري.

والثاني: انعتاق العبد. فأما ما تضمّنه من لزوم الثمن للمشتري المترتب على البيع فهو مجرد دعوى، والقول قول الولد في عدم الشراء؛ لأنّه منكر فينتفي عنه الثمن كما ينتفي عنه أصل الشراء.

وأما تضمّنها لانعتاق العبد فهو إقرار بعقد عبده الذي هو تحت يده؛ لأنّ دعواه شراء ابنه أباه يستلزم ذلك فيؤاخذ بإقراره، ويحكم بعقد العبد من غير عوض. وينتفي ولاؤه عن الابن لإنكاره الشراء، وعن المقرّ؛ لاعترافه بأنّه لم يعتقه، فيبقى سائبة^١.

١. في «م»: «فيبقى سائبة وولاؤه موقوفاً» وفي الحجرية: «فولاؤه يبقى موقوفاً».

● ولو قال: «ملكتم هذه الدار من فلان» أو «غصبتها منه» أو «قبضتها منه» كان إقراراً له بالدار، وليس كذلك لو قال: «تملكتها على يده» لأنه يحتمل المعونة.

● ولو قال: «كان لفلان عليّ ألف» لزمه الإقرار؛ لأنه إخبار عن تقدم الاستحقاق، فلا تقبل دعواه في السقوط.

قوله: «ولو قال: ملكتم هذه الدار من فلان، أو غصبتها منه، أو قبضتها منه كان إقراراً له بالدار» إلى آخره.

وجه كونه إقراراً في الأوّل أنّ «ملكتمها منه» أو «غصبتها» أو «قبضتها» يقتضي الإقرار له باليد، وهي ظاهرة في الملك إلى أن يثبت خلافه، وإن أمكن كونها بيده على جهة العارية أو الوكالة، بخلاف قوله: «تملكتها على يده» فإنه لا يقتضي إلاّ جريان سبب الملك على يده، وهو أعمّ من صدوره منه، فلا يدلّ على كونه مالكاً؛ لجواز كونه وكيلاً أو دلالاً، أو نحو ذلك.

قوله: «ولو قال: كان لفلان عليّ ألف، لزمه الإقرار» إلى آخره.

إطلاق قوله «كان له عليّ كذا» يقتضي ثبوته في الزمن الماضي، ولا يدلّ على الزوال؛ لاستعماله لغةً في المستمر^١، كقوله تعالى: «وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا»^٢ وغير ذلك من الاستعمالات الكثيرة في القرآن وغيره، لكنها تشعر بذلك بحسب العرف، ولا تبلغ حدّ العلم به بحيث يستقرّ الاستعمال فيه، فيحكم بالاستصحاب. ولو صرح بعده بدعوى سقوطه لم تسمع؛ لأنه إقرار بالمنافي؛ لأصالة البقاء.

وخالف في ذلك بعض العامة، فحكم بكونه ليس إقراراً في الحال^٣؛ لأصالة براءة الذمّة، ولأنّه لم يذكر عليه شيئاً في الحال وإنّما أخبر بذلك في زمن ماضٍ كما لو شهدت البيّنة به كذلك.

١. راجع لسان العرب، ج ١٣، ص ٣٦٧، «كون».

٢. النساء (٤): ١٧.

٣. انظر المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٢٨٦، المسألة ٣٨٣٠، وروضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٢ - ٢٣.

المقصد • الثاني في المبهمة

وفيها مسائل:

الأولى: • إذا قال: «له عليّ مال» ألزم التفسير، فإن فسّر بما يتموّل قبل ولو كان قليلاً.

ولو فسّر بما لم تجر العادة بتموّله، كقشر الجوزة واللوزة لم يقبل. وكذا لو فسّر المسلم بما لا يملكه ولا ينتفع به، كالخمر والخنزير وجلد الميتة؛ لأنّه لا يعدّ مالاً.

قوله: «الثاني في المبهمة، وفيها مسائل».

المقرّ به قد يكون معيّناً مفصلاً، وقد يكون مبهماً مجهول الحال. وإنّما احتمل فيه الإبهام لأنّه إخبار عن سابق، والشيء يخبر عنه مفصلاً تارةً ومجماً أخرى، وربما كان في ذمّة الإنسان شيء لا يعلم قدره فلا بدّ له من الإخبار عنه، فيتواطئان هو وصاحبه على الصلح بما يتفقان عليه، فدعت الحاجة واقتضت الحكمة إلى سماع الإقرار المجمل كما يسمع المفصل. ويخالف الإنشاءات حيث لا تحتتمل الجهالة والإجمال غالباً؛ احتياطاً لابتداء الثبوت، وتحرزاً عن الغرر، وهذا لا يجري في الإخبار.

ولا فرق في الأقارير المجملة بين أن تقع ابتداءً أو في جواب دعوى معلومة، كما إذا ادّعى عليه ألف درهم فقال: «لك عليّ شيء» والألفاظ التي تقع فيها الجهالة والإجمال لا حصر لها، فذكر المصنّف (رحمه الله) وغيره^١ من الفقهاء ما هو أكثر استعمالاً ودوراناً على الألسنة ليعرف حكمها ويقاس عليها غيرها.

قوله: «إذا قال: «له عليّ مال» ألزم التفسير - إلى قوله - مثله في الذمّة».

المال من الصيغ المجملة؛ لاحتماله القليل والكثير. فإذا قال: «له عليّ مال» رجع في

وكذا لو فسّره بما ينتفع به ولا يملك، كالسرجين النجس والكلب العقور.
 أمّا لو فسّره بكلب الصيد أو الماشية أو كلب الزرع قبل.
 ولو فسّره بردّ السلام لم يقبل؛ لأنّه لم تجرِ العادة بالإخبار عن ثبوت مثله
 في الذمّة.

تفسيره إليه، فإن فسّره بتفسير صحيح قبل منه، وإن امتنع حبس حتّى يبيّن؛ لأنّ البيان
 واجب عليه، كما يحبس على الامتناع من أداء الحقّ، إلّا أن يقول: نسيت مقداره، فلا يتّجه
 الحبس، بل يرجع إلى الصلح أو يصبر عليه حتّى يتذكر.

وعلى تقدير تفسيره له فإن فسّره بما يتموّل قبل قلّ أم كثر، كفلس ورغيف وتمرة حيث
 يكون لها قيمة. ولو فسّره بما لا يتموّل لم يقبل، سواء كان من جنس ما يتموّل كحبة من
 حنطة وشعير وسمسم، أم لا كالكلب العقور والسرجين النجس وجلد الميتة عند من
 لا يجعلها قابلةً للطهارة بالذكاة.

وربما قيل بقبول تفسيره بما يكون من جنس ما يتموّل؛ لأنّ المال أعمّ من المتموّل؛ إذ
 كلّ متموّل مال ولا ينعكس^١.

والأظهر الأوّل؛ لأنّه وإن دخل في اسم المال إلّا أنّ قوله «له عليّ» يقتضي ثبوت شيء
 في الذمّة، وما لا يتموّل لا يثبت في الذمّة وإن حرم غضبه ووجب ردّه.

ولو فسّره بأحد الكلاب الأربعة قبل؛ لأنّها مال متموّل عند من يجوز بيعه^٢. وكذا الجرو
 القابل للتعليم.

ولا يقبل تفسيره بما لا يعدّ مالاً وإن كان حقاً كردّ السلام وتسميت العاطس والعيادة؛ لأنّ
 ذلك لا يعدّ مالاً ولا يثبت في الذمّة وإن استحقّ مرتكبها الإثم كترك ردّ السلام. ولو علّل

١. راجع تذكّرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٩٦، المسألة ٨٨٧.

٢. كاين إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٢٢٠؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٤٨؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٥،
 ص ٤٣ - ٤٤، المسألة ٥.

الثانية: ● إذا قال: «له عليّ شيء» ففسّره بجلد الميتة أو السرجين النجس، قيل: يُقبل؛ لأنّه شيء. ولو قيل: لا يُقبل؛ لأنّه لا يثبت في الذمّة كان حسناً.

المصنّف عدم الاجتزاء بردّ السلام بعدم كونه مالاً والإقرار إنّما كان بالمال لكان أظهر، وإنّما يحسن تعليقه بعدم ثبوته في الذمّة على تقدير أن يكون الإقرار بالشيء أو بالحقّ كما ذكره غيره^١. ولو فسّره بوديعة قُبل؛ لأنّها مال يجب عليه ردّها عند الطلب، وقد يتعدّى فيها فتكون مضمونة.

وقال بعضهم: لا يقبل؛ لأنّها في يده لا عليه^٢. ولا يقبل بحقّ الشفعة؛ لأنّه حقّ لا مال كردّ السلام والعيادة.

قوله: «إذا قال: له عليّ شيء، ففسّره بجلد الميتة أو السرجين النجس» إلى آخره. الشيء أعمّ من المال، فكلّ ما يقبل تفسير المال به يقبل به تفسير الشيء ولا ينعكس؛ إذ يقبل تفسير الشيء بحدّ القذف وحقّ الشفعة؛ لأنّهما شيء، دون المال.

وفي قبول تفسيره بجلد الميتة والسرجين النجس والخمر المحرّمة قولان: أحدهما: القبول؛ لصدق الشيء عليها وإمكان المنفعة بها وتحريم أخذها؛ لثبوت الاختصاص فيها. وهو اختيار العلامة في أحد قوليّه^٣.

والثاني - وهو الأجود - العدم؛ لأنّ اللام في «له» و«عليّ» ظاهرة في الملك، وتلك الأشياء ليست بمملوكة.

وفي قبول تفسيره بما لا يتموّل كحبّة الحنطة وقمع الباذنجان قولان: وأولى بالقبول هنا، وهو اختياره في التذكرة؛ لأنّه شيء يحرم أخذه وعلى من أخذه ردّه^٤.

١. كالعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١٩؛ وتذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٩٨، المسألة ٨٨٨.

٢. قاله النووي في روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٦.

٣. راجع تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٩٧، المسألة ٨٨٧.

٤. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١٩؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٤٠٦، الرقم ٥٩٩٠.

٥. تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٩٦-٢٩٧، المسألة ٨٨٧.

● ولو قال: «مال جليل» أو «عظيم» أو «خطير» أو «نفيس» قبل تفسيره ولو بالقليل.

ولو قال: «كثير» قال الشيخ: يكون ثمانين، رجوعاً في تفسير الكثرة إلى رواية النذر. وربما خصّها بعض الأصحاب بموضع الورد. وهو حسن. وكذا لو قال: «عظيم جداً» كان كقوله: «عظيم» وفيه تردّد.

والثاني: عدم القبول؛ لأنّه لا قيمة له فلا يصحّ التزامه بكلمة «عليّ»، ولهذا لا تصحّ الدعوى به^١.

وفيه منع عدم سماع الدعوى به. وعليه يترتب ثبوته بـ «عليّ» وإن لم يكن متمولاً. ولا يقبل تفسيره برّد السلام والعبادة؛ لأنّه بعيد عن الفهم في معرض الإقرار؛ إذ لا مطالبة بهما والإقرار في العادة ما يطلبه المقرّ الغير ويدّعيه. نعم، لو قال: «له عليّ حقّ» قال في التذكرة:

يقبل بهما؛ لما روي في الخبر من أنّ حقّ المسلم على المسلم أن يردّ سلامه ويستمت عطفته ويحجب دعوته، إلى غير ذلك من الحقوق^٢.

والأشهر عدم القبول؛ لأنّ الحقّ أخصّ من الشيء فيبعد أن يقبل تفسيره بالأخصّ بما لا يقبل به تفسير الأعمّ.

ويمكن الجواب بأنّ أهل العرف يطلقون الحقّ ويريدون هذه الأمور، فيقولون: لفلان على فلان حقّ، ويريدون خدمته له وسعيه إلى بابه، ونحو ذلك.

قوله: «ولو قال: مال جليل، أو عظيم، أو خطير، أو نفيس، قبل تفسيره» إلى آخره. هنا مسائل:

الأولى: لو أقرّ بمال جليل أو عظيم أو كثير أو جزيل أو نفيس أو خطير أو غير تافهة أو

١. العزيز شرح الوجيز، ج ٥، ص ٣٠١؛ روضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٥.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٩٨ - ٢٩٩، المسألة ٨٨٨؛ وللرواية راجع كنز الفوائد، الكراچي، ج ١، ص ٣٠٦.

مال وأي مال ونحو ذلك، قُبل تفسيره بأقل ما يتموّل كما لو أطلق المال؛ لأنّه يحتمل أن يريد به عظيم خطره بكفر مستحلّه ووزر غاصبه والخائن^١ فيه، ولأنّه ليس في العظيم وما في معناه حدّ في الشرع ولا في اللغة ولا في العرف، والناس مختلفون في ذلك، فبعضهم يستعظم القليل نظراً إلى ما ذكرناه، وبعضهم يستعظمه لشحّه واعتنائه بالمال، وبعضهم لا يستعظم الكثير لكونه على خلاف ذلك الخلق، فيرجع إلى تفسيره فيه؛ لأنّه أعرف بمراده، والأصل الذي يبني عليه الإقرار الأخذ بالمتيقّن والترك لغيره وعدم اعتبار الغلبة.

وللعامة في ذلك مذاهب مختلفة، فاعتبر بعضهم عشرة دراهم^٢، وآخرون نصاب القطع^٣، وآخرون مائتي درهم^٤، وأكثرهم على ما ذكرناه.

الثانية: لو قال: «له مال كثير» قال الشيخ (رحمه الله): يلزمه ثمانون^٥، بناءً على الرواية التي تضمّنت أنّ من نذر الصدقة بمال كثير يلزمه الصدقة بشمانين درهماً. واستشهد عليه بقوله تعالى: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾^٦، فإنّها عدّت فوجدت ثمانين موطناً^٧.

وعداها الشيخ (رحمه الله) إلى الوصيّة وإلى الإقرار^٨، نظراً إلى أنّ ذلك تقدير شرعي للكثير، وهو ضعيف؛ لأنّ ذلك على خلاف الأصل فيقتصر فيه على تقدير التزامه على مورده، مع أنّ الرواية مرسلّة. وكون المواطن التي نصر فيها ثمانين - على تقدير تسليم ذلك

١. في بعض النسخ: «والجائر» بدل «والخائن».

٢. راجع بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٣٢٥ - ٣٢٦؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٣١٦، المسألة ٣٨٦٤.

٣. الحاوي الكبير، ج ٧، ص ١٣.

٤. حلية العلماء، ج ٨، ص ٣٤١.

٥. الخلاف، ج ٣، ص ٣٥٩ - ٣٦٠، المسألة ١؛ وراجع المبسوط، ج ٢، ص ٤٠٧.

٦. التوبة (٩): ٢٥.

٧. الكافي، ج ٧، ص ٤٦٣ - ٤٦٤، باب النوادر، ح ٢١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٠٩، ح ١١٤٧، وص ٣١٧.

ح ١١٨٠.

٨. الخلاف، ج ٣، ص ٣٥٩، المسألة ١؛ المبسوط، ج ٢، ص ٤٠٧.

العدد - لا يدلّ على انحصار الكثير فيها؛ لأنّ ذلك ليس بحدّ للكثير أو لأقلّه، بل فيه وصف ذلك بالكثرة، وهو لا يمنع من وقوع اسمها على ما دون ذلك العدد، وقد قال تعالى: ﴿كَمْ مِّن فِتْنَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً﴾^١ وليس المراد منها ما ذكره، وكذا قوله تعالى: ﴿أَذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا﴾^٢ وأمثاله في القرآن كثير.

ولقد أغرب ابن الجنيد حيث جعل «العظيم» كـ«الكثير» في إفادة العدد المذكور^٣. وبعض العامّة وافق على انحصار «الكثير» فيما دلّت عليه الآية، لكنّه جعل العدد اثنين وسبعين؛ مدعيّاً أنّ غزواته عليه السلام وسراياه كانت كذلك^٤، وأكثر السير على خلاف الأمرين^٥، والأشهر منها أنّ غزواته كانت بضعاً وعشرين وسراياه ستين، وفي كثير منها لم يحصل قتال ولا يوصف بالنصرة، وبعضها يكون فيها خلافاً.

الثالثة: لو قال: «له عليّ مال عظيم جداً» فهو كما لو قال: «له مال عظيم»؛ لأصالة البراءة من الزائد عمّا يفسره، واحتمال تأويل المبالغة بما أوّل به أصل الوصف بالعظمة، فإنّ العظيم يختلف في الاعتبار، فجاز المبالغة في تعظيم ما عظمه الله ورتبّ عليه ما ذكر من الأحكام.

والمصنّف (رحمه الله) تردّد في ذلك ممّا ذكر، ومن اقتضاء ذلك المبالغة في الكثرة، وهو يقتضي زيادتها عمّا دلّ عليه اللفظ الخالي عنها، فلا يقبل تفسيرهما بأمر واحد. والأظهر الأوّل، بل لم يذكر غيره فيه إشكالاً ولا احتمالاً^٦.

١. البقرة (٢): ٢٤٩.

٢. الأحزاب (٣٣): ٤١.

٣. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٣٩ - ٥٤٠، المسألة ٢٤٨.

٤. راجع المعنى المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٣١٦، المسألة ٣٨٤؛ والآية في سورة التوبة (٩): ٢٥.

٥. انظر المغازي، الواقدي، ج ١، ص ٧؛ والسيرة النبوية، ج ٤، ص ٢٥٦؛ ومروج الذهب، ج ٢، ص ٢٨٧ و ٢٨٩.

٦. كالعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٢٠.

● ولو قال: أكثر ممّا لفلان، أُلزم بقدره وزيادة، ويرجع في تلك الزيادة إلى المقرّ.

ولو قال: كنت أظنّ ماله عشرة، قُبِل ما بنى عليه إقراره، ولو ثبت أنّ مال فلان يزيد عن ذلك؛ لأنّ الإنسان يخبر عن وهمه، والمال قد يخفى على غير صاحبه.

قوله: «ولو قال: أكثر ممّا لفلان، أُلزم بقدره وزيادة» إلى آخره.

إطلاق العبارة يدلّ على أنّ الأكثرية محمولة على أكثرية المقدار، ولا يحمل على أكثرية الاعتبار كما اعتبر في المسائل السابقة.

ووجهه أنّ الظاهر المتبادر هو الكثرة العددية، فيكون حقيقةً فيها. وبهذا قطع جماعة من الأصحاب^١ منهم الشهيد (رحمه الله)^٢.

واختلف كلام العلامة، ففي التحرير^٣ والإرشاد حمل الإطلاق على كثرة المقدار كما ذكره المصنّف، ولكن قال:

إنّه لو ادّعى عدم إرادة الكثرة في المقدار، بل إنّ الدين أكثر بقاءً من العين، والحلال أكثر بقاءً من الحرام قبل، وله حينئذٍ التفسير بأقلّ ما يتموّل^٤.

وفي القواعد اقتصر على أنّه لو فسّره بأكثر عدداً أو قدراً أُلزم بمثله وزيادة. وتردّد في قبول قوله لو فسّره بالبقاء أو المنفعة أو البركة^٥، ولم يذكر حالة الإطلاق.

وفي التذكرة قطع بأنّه مع الإطلاق يقبل تفسيره بأقلّ متموّل وإن كثر مال فلان. قال: لأنّه يحتمل أن يريد به أنّه دين لا يتطرّق إليه الهلاك، وذلك عين معرض للهلاك؛ أو يريد

١. منهم الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٤٠٧؛ وابن البراج في جواهر الفقه، ص ٨٦-٨٧، المسألة ٣١٦؛ ويحيى بن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع، ص ٣٤٢.

٢. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٢٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٤٠٧، الرقم ٥٩٩١.

٤. إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤١٠.

٥. قواعد الأحكام ج ٢، ص ٤٢٠-٤٢١.

أَنَّ مال زيد عليّ حلال ومال فلان عليّ حرام، والقليل من الحلال أكثر بركةً من الكثير من الحرام.

- قال: - وكما أَنَّ القدر مبهم في هذا فكذلك الجنس والنوع مبهمان. ولو قال: «له عليّ أكثر من مال فلان عدداً» فالإبهام في الجنس والنوع. ولو قال: «له من الذهب أكثر ممّا لفلان» فالإبهام في القدر والنوع. ولو قال: «من صحاح الذهب» فالإبهام في القدر وحده. ولو قال: «له عليّ أكثر من مال فلان» وفسره بأكثر منه عدداً وقدرأ لزمه أكثر منه، ويرجع إليه في تفسير الزيادة ولو حجةً أو أقلّ^١. انتهى.

وهذا القول هو الموافق للحكم المتفق عليه في المسائل السابقة، فإنّ الكثرة ونظائرها إذا لم تحمل عند الإطلاق على كثرة المقدار، واكتفي في نفي الزيادة باحتمال إرادة كثرة الأخطار، فكذلك الأكثرية. ودعوى أَنَّ كثرة المقدار هي المتبادر من اللفظ مشتركة بين الموضوعين، ولا أقلّ من قبول تفسيره بما شاء من ذلك، لا كما أطلقه المصنّف (رحمه الله).

إذا تقرّر ذلك، فعلى تقدير حمله على مثله في المقدار وزيادة - مع الإطلاق أو تفسيره بذلك - يكفي في الزيادة مسماها وإن لم تكن متمولة، كما يدلّ عليه إطلاق المصنّف (رحمه الله) وغيره^٢، وصرّح به في التذكرة، حيث اكتفى بحجة أو أقلّ^٣؛ لتحقيق الأكثرية بذلك. وإن اكتفينا بأقلّ من ذلك اعتبر فيه التمول. والفرق: أنّه حينئذٍ يكون مجموع المقرّ به ولا يكون إلّا متمولاً كما قد علم من تفسير المال وغيره، بخلاف الزيادة المنضمّة إلى مثل مال فلان، فإنّ المقرّ به هو المجموع من الزيادة والمثل، فلا يعتبر التمول في نفس الزيادة؛ لأنّها بعض أجزاء المقرّ به، ولا يعتبر في أجزاء المقرّ به مطلقاً التمول، ضرورة أنّ أجزاءه

١. تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٣٠٩ - ٣١٠، المسألة ٨٩٨.

٢. كالشاهد في الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٢٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ج ١١).

٣. تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٣١٠، المسألة ٨٩٨.

● ولو قال: «غصبتك شيئاً» وقال: أردت نفسك، لم يقبل.

لا بد أن تنتهي إلى مقدار لا يتموّل. واعتبر بعضهم التموّل في الزيادة منفردة^١؛ نظراً إلى عدم تحقّق المالّيّة فيها بدون التموّل. وضعفه واضح ممّا قرّناه.

ثمّ على تقدير القول بلزوم مثل ماله وزيادة لو ادّعى المقرّ أنّه بنى على ما ظهر له من ماله وأنّه حسبه مقداراً مخصوصاً قبل قوله مع يمينه إن نازعه المقرّ له في ذلك؛ لأنّ المال ممّا يخفى، ولزومه مقدار ما ادّعى إرادته وزيادة يرجع إليه فيها.

ولا فرق في قبول قوله في ذلك بين أن تقوم البيّنة بمقدار ماله وعدمه؛ لاشتراك الجميع في المقتضي، وهو كون المال ممّا يخفى غالباً عن غير صاحبه، منضماً إلى أصالة براءة ذمّته ممّا زاد.

ولا فرق أيضاً بين قوله قبل دعواه - قلّة مال فلان -: أنّه يعلم مقدار ماله وعدمه؛ لأنّ علمه مستند إلى ما يظهر له. نعم، لو علم كذبه في دعواه، بأن كان لفلان مال ظاهر له أزيد ممّا ادّعه فلا إشكال في عدم القبول.

قوله: «ولو قال: غصبتك شيئاً، وقال: أردت نفسك، لم يقبل».

وجه عدم القبول ما هو المشهور من تعريف الغصب أنّه الاستيلاء على مال الغير عدواناً، ونفس الحرّ ليست مالاً؛ ولأنّ المتبادر من اللفظ كون المغصوب غير المغصوب منه.

وعلّل أيضاً بأنّه جعل للغصب مفعولين، الثاني منهما «شيئاً»، فيجب مغايرته للأوّل^٢.

واعترض بأنّه يجوز أن يكون «شيئاً» بدلاً من الضمير^٣، والفعل متعدّ إلى مفعول واحد.

وجوابه: أنّ المفعول الأوّل إذا كان حرّاً لزم إثبات مفعول آخر ليتعلّق به الغصب حقيقةً؛

لما ذكر في تعريفه.

وأجيب أيضاً بأنّ «شيئاً» نكرة، فلا يكون بدلاً من الضمير المعرفة إلّا مع كون النكرة

١. راجع جامع المقاصد، ج ٩، ص ٢٥٤.

٢. راجع قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١٩؛ وتذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٩٩، المسألة ٨٨٩.

٣. في جامع المقاصد، ج ٩، ص ٢٤٧ نسبه إلى قائل.

الثالثة: ● الجمع المنكّر يُحمل على الثلاثة، كقوله: «له عليّ دراهم» أو «دنانير».

منعوتة^١، كقوله تعالى: ﴿بِالنَّاصِيَةِ * نَاصِيَةٍ كَنُذِيبَةٍ﴾^٢.

وهذا الجواب ليس بصحيح، بل الحقّ جواز إبدال النكرة من المعرفة وبالعكس مطلقاً، نصّ عليه المحققون من النحاة كالزمخشري^٣ وابن هشام^٤ وغيرهما وجعلوا منه قوله تعالى: ﴿يَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الشُّهُرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ﴾^٥ وقوله تعالى: ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾^٦ وغير ذلك من الآيات القرآنية^٧ والشواهد اللغوية.

ويتفرّع على التعليلين ما لو كان المقرّ له عبداً، فعلى الأوّل يصحّ التفسير؛ لأنّه مال، لا على الثاني؛ لاقتضاء مفعولي الفعل المغايرة، وهذا هو الذي اختاره الشهيد في الدروس^٨. وهو حسن.

قوله: «الجمع المنكّر يُحمل على الثلاثة، كقوله: له عليّ دراهم أو دنانير». احترز بالمنكّر عمّا لو كان الجمع معرفاً، فإنّه يفيد العموم كما حقّق في الأصول^٩، فربما لا يحمل على الثلاثة.

وفيه نظر؛ لأنّ العموم هنا غير مراد وليس له حدّ يوقف عليه، فلا فرق في الحمل على الثلاثة بين المعرف والمنكّر، كما لا يفرّق فيه بين جمع القلّة والكثرة، والفرق بينهما اصطلاح خاصّ لا يجري في المحاورات العرفيّة.

١. أجاب به المحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ٩، ص ٢٤٧.

٢. العلق (٩٦): ١٥ و ١٦.

٣. المفضل، الزمخشري، ص ١٥٨.

٤. راجع مغني اللبيب، ج ٢، ص ١٣٢، الرقم ٦٩٥.

٥. البقرة (٢): ٢١٧.

٦. التوحيد (١١٢): ١.

٧. كالأيتين ٥٢ و ٥٣ من سورة الشورى (٤٢).

٨. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٢٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١١).

٩. راجع العدة في أصول الفقه، ج ١، ص ٢٧٦.

● ولو قال: «له ثلاثة آلاف» واقتصر كان بيان الجنس إليه إذا فسّر بما يصحّ تملكه.

الرابعة: ● إذا قال: «له ألف ودرهم» ثبت الدرهم، ويرجع في تفسير الألف إليه، وكذا لو قال: «ألف ودرهمان» وكذا لو قال: «مائة ودرهم» أو «عشرة ودرهم». أما لو قال: «مائة وخمسون درهماً» كان الجميع دراهم، بخلاف مائة ودرهم. وكذا لو قال: «ألف وثلاثة دراهم» وكذا لو قال: «ألف ومائة درهم» أو «ألف وثلاثة وثلاثون درهماً».

وحمل الجمع على الثلاثة هو أصحّ القولين للأصوليين^١. وقيل: أقلّه اثنان^٢. وعليه، فيحمل الإقرار بالجمع عليهما. واستقرب في الدروس قبول دعواه لو أخبر بأنّه من القائلين بذلك، أو أنّه أوّل الجمع بمعنى الاجتماع^٣. وهو يتمّ في الأوّل إن كان له أهليّة القول بمثل ذلك بطريق النظر والاجتهاد، أو أخبر أنّه قدّ فيه مجتهداً يقول به. وأما الثاني فهو مجاز في معناه فلا يقبل منه إرادته حملاً على الأصل.

نعم، لو اتّصل تفسيره بإقراره أتجه القبول مطلقاً؛ لأنّه حينئذٍ يصير كالجملة الواحدة. قوله: «ولو قال: له ثلاثة آلاف، واقتصر كان بيان الجنس إليه إذا فسّر بما يصحّ تملكه». الإقرار بالعدد مجرّداً عن التمييز يشتمل على إبهام الجنس والوصف، فيرجع إليه في تعيينهما، ويُقبل تفسيره بما يتموّل مع صدق اسم العدد عليه عرفاً، فلو فسّره بثلاثة آلاف حبة من الدخن ونحوها قبل. ولو فسّره بقطعة واحدة تقبل التجزئة إلى ثلاثة آلاف جزء لم يقبل، وإن كان ذلك أكثر من المجتمع من العدد المنفصل؛ لأنّ المتبادر من ذلك الكمّ المنفصل لا المتّصل. قوله: «إذا قال: له ألف ودرهم، ثبت الدرهم» إلى آخره.

إذا قرّب بأعداد مختلفة وأتى فيها بمميّز واحد، فإن كانت الأعداد بمنزلة واحد كالمركّب

١. راجع العدة في أصول الفقه، ج ١، ص ٢٧٦؛ وتهذيب الوصول إلى علم الأصول، ص ١٢٩.

٢. حكاة عن قوم الشيخ الطوسي في العدة في أصول الفقه، ج ١، ص ٢٧٦.

٣. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٢٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١١).

فالتمييز للجميع، كقوله: «له خمسة عشر درهماً» وإن كانت متعاطفة، فإن كان التمييز متوسطاً بينها لم يرجع إلى ما بعده قطعاً، بل هو على إبهامه، كقوله: «له مائة درهم وعشرون» وإن تأخر عنها فالأصل يقتضي اختصاصه بما قبله متصلاً به خاصةً؛ لأنّ العطف اقتضى انقطاع أحد العددين عن الآخر.

لكن قد يساعد العرف على ذلك أيضاً، كما إذا قال: «له ألف ودرهم» أو «عشرة وألف درهم». ويمكن إخراج المثال الأول من هذا القبيل؛ لأنّ الدرهم لم يقع مميّزاً، وإنما هو من جنس مستقلّ معطوف على مبهم الجنس فلا يقتضي تفسيره.

وقد يخالفه العرف ويدلّ على عوده إلى الجميع، كما لو قال: «له مائة وخمسة وعشرون درهماً» أو «ألف ومائة درهم» أو «ألف وثلاثة دراهم» أو «ألف وثلاثة وثلاثون درهماً» ونحو ذلك، فإنّ الكلّ في العرف دراهم، حتّى لو أراد أحد تمييز كلّ عدد منها عدّ مطوّلاً مهذراً. وبهذا عمل الأكثر.

وذهب في المختلف إلى أنّه لو قال: «له عليّ ألف وثلاثة دراهم» أو «مائة وخمسون درهماً» رجع إليه في تفسير الألف والمائة؛ محتجّاً بأنّ الدراهم والدرهم ليس تمييزاً للألف ولا للمائة، وكما يحتمل أن يكون تمييزاً للمجموع يحتمل أن يكون تمييزاً للأخير، فلا يثبت في الدّمّة شيء بمجرد الاحتمال^١. وهذا التعليل يقتضي التعدي إلى ما يوافقه من الأمثلة وإن كان قد اقتصر على المثالين.

وصرح بعضهم بأنّه يعود إلى الذي يليه خاصةً مطلقاً^٢. وعذره واضح من حيث اللغة؛ خصوصاً إذا كان التمييز غير مطابق لجميع الأعداد، كقوله: «مائة وعشرون درهماً» فإنّ مميّز المائة مجرور مفرد ومميّز العشرين منصوب، فلا يصلح لهما؛ ولأنّ الاستثناء بعد

١. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٢٩، المسألة ٢٢٧.

٢. راجع الحاوي الكبير، ج ٧، ص ١٩؛ وحلية العلماء، ج ٨، ص ٣٥١؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٣٠٦، المسألة ٣٨٥٥.

الجملة إنما يعود إلى الأخيرة؛ ولأصالة براءة الذمة من الزائد على ما يفسره في السابق. إلا أن العرف مستقر، والاستعمال واقع بالمشهور، وبه جاء القرآن في قوله تعالى: «إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَفْسَةً»^١.

وفي الحديث أن النبي ﷺ توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة^٢، وقال الشاعر:
ولها اثنتان وأربعون حلوبة^٣
وغیر ذلك من الاستعمالات الكثيرة.

وعلى الوجهين يتفرع ما لو قال: «بعتك بمائة وعشرين درهماً» فعلى الأول يصح البيع دون الثاني؛ لأن المائة مبهمة.

ولو قال: «له درهم ونصف» فالعرف يقتضي رجوع النصف إلى الدرهم، وهو لا ينافي ما تقدم من عدم عود التمييز المتوسط إلى ما بعده؛ لأن الدرهم هنا لم يقع مميزاً وإنما هو جنس مستقل عطف عليه آخر. ومثله عشرة دراهم ونصف، وألف درهم ونصف، ولو قال: «مائة ونصف درهم» فالجميع دراهم عملاً بالعرف.

نعم، لو قال: «له نصف ودرهم» فالنصف مبهم؛ لعدم دلالة العرف في هذا المثال على دلالة الدرهم عليهما.

ولو قال: «مائة وقفيز حنطة» فالمائة مبهمة، بخلاف قوله: «مائة وثلاثة دراهم» بدلالة العرف. وعلله في الشذكرة بأن الدراهم تصلح تفسيراً للكلمة، والحنطة لا تصلح تفسيراً للمائة؛ لأنه لا يصح أن يقال: مائة حنطة^٤.

١. سورة ص (٣٨): ٢٣.

٢. دلائل النبوة، البيهقي، ج ٧، ص ٢٣٨ - ٢٣٩؛ كشف الغمة، ج ١، ص ٣٦، وراجع أيضاً الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٤٢٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. ديوان عنتره، ص ١٧، وفيه: «فيها اثنتان» بدل «ولها اثنتان».

٤. تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٣٢١، المسألة ٩٠٦.

● ولو قال: «عليّ درهم وألف» كانت الألف مجهولةً.

الخامسة: ● إذا قال: «له عليّ كذا» كان إليه التفسير، كما لو قال: «شيء» ولو فسره بالدرهم، نصباً أو رفعاً كان إقراراً بدرهم.

وقيل: إن نصب كان له عشرون، وقد يمكن هذا مع الاطلاع على القصد. وإن خفض احتمال بعض الدرهم، وإليه تفسير البعضية. وقيل: يلزمه مائة درهم؛ مراعاةً لتجنب الكسر. ولست أدري من أين نشأ هذا الشرط!

وفيه نظر؛ لأنّ تفسير الدراهم للمائة لا يصحّ بحسب الوضع أيضاً، وإنّما هو مجاز بالتأويل. وبالجملة فالاعتماد في جميع ذلك على العرف، ومع الشكّ يقع الإبهام فيما يقع فيه. قوله: «ولو قال: عليّ درهم وألف كانت الألف مجهولةً».

لأنّ الدرهم جنس مستقلّ بالتمييز وقد عطف عليه عدد مبهم فلا يكون الدرهم تمييزاً له؛ ولأنّه لو توسطّ التمييز لم يتعلّق بالمتأخّر كما لو قال: «له مائة درهم وألف» فكيف مع عدم التمييز أصلاً؟! فإنّ الدرهم الواقع ليس تمييزاً وإنّما هو جنس مستقلّ مبين بنفسه. وكذا لو عكس فقال: «ألف ودرهم» ومثله ما لو قال: «درهمان وألف» أو «مائة» أو «عشرة» أو بالعكس.

قوله: «إذا قال: له عليّ كذا، كان إليه التفسير» إلى آخره.

إذا قال «لفلان كذا» فهو كما لو قال «شيء» فيقبل تفسيره بما يقبل به تفسير الشيء. هذا إذا لم يفسره. أمّا إذا فسره بالدرهم، فإنّما أن يجعل الدرهم منصوباً أو مرفوعاً أو مجروراً أو موقوفاً. ففي الأولين يلزمه درهم، وجعل «درهماً» منصوباً على التمييز كما لو قال: شيء درهماً، ومرفوعاً بدلاً من الشيء فكأنه قال: له درهم. وفي الثالث يلزمه جزء درهم، وإليه يرجع في تفسير الجزء، والتقدير: جزء درهم أو بعض درهم، و«كذا» كناية عن الجزء. وإن وقف احتمال الرفع والجزء، فيلزمه أقلهما؛ لأصالة البراءة من الزائد. هذا هو الذي يقتضيه اللفظ لغةً وعرفاً.

وقال الشيخ في المبسوط:

يلزمه مع النصب عشرون درهماً؛ لأنَّ أقلَّ عدد مفرد ينصب مميّزه عشرون؛ إذ فوّه ثلاثون إلى تسعين، فيلزمه الأقلُّ؛ لأنّه المتيقّن، ومع الجرّ مائة درهم؛ لأنّه أقلَّ عدد مفرد مميّزه مجرور؛ إذ فوّه الألف، فيحمل على الأقلّ^١.
ورده المصنّف (رحمه الله) بأنَّ الجرّ يحصل بإضافة الجزء كما بيّنناه، فلا وجه لحمله على الدرهم الكامل. ولا يظهر وجه اشتراط عدم الكسر.
وقال بعضهم:

إن قال: كذا درهم صحيح، لزمه مائة، وإن لم يصفه بالصحة اكتفي بالجزء؛ لأنَّ الوصف بالصحة يمنع من الحمل على الجزء؛ لأنّه كسر لا صحيح^٢.
وردَّ بأنَّ الصحيح يقبل التجزئة كما يقبلها غيره، فيصحَّ أن يريد: له بعض درهم صحيح، بمعنى أنَّ بعض الدرهم الصحيح مستحقّ له وباقيه لغيره. والنعت وإن كان الأصل فيه أن يعود إلى المضاف دون المضاف إليه؛ لأنّه المحدث عنه، إلّا أنّه مع الجرّ يتعيّن كونه نعتاً للمضاف إليه، وهو سائغ أيضاً مع ظهور قصده.

والعلامة وافق الشيخ في ذلك إذا كان المقرّ من أهل اللسان^٣. ويضعف بأنَّ اللسان العربي كما يجوز موازنة ما ذكره الشيخ يجوز ما ذكره غيره من القدر القليل^٤. وهذه المبهمات لم توضع لما ذكره لغة ولا اصطلاحاً، وإنما هي موازنة اتّفاقية لا يلزم اتّباعها مع إمكان ما هو أقلَّ منها.

١. المبسوط، ج ٢، ص ٤١٥.

٢. راجع روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣٠-٣١.

٣. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٢٨، المسألة ٢٢٦.

٤. راجع قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٢١؛ وإيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٤٣؛ واللعمعة الدمشقية، ص ٢٧٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٣)؛ وجامع المقاصد، ج ٩، ص ٢٥٩.

● ولو قال: «كذا كذا» فإن اقتصر فإليه التفسير. وإن أتبعه بالدرهم نصباً أو رفعاً
لزمه درهم. وقيل: إن نصب لزمه أحد عشر.

والحق أن هذا القول ضعيف جداً، سواء كان المقرّ عارفاً أم لا، إلا أن يقصد ذلك،
ولا يحصل الاطلاع على قصده إلا من قبله وإذا كان كذلك فلا إشكال؛ لأنه لو أخبر أنه قصد
قدراً معيناً من غير هذا من الكنايات المبهمة قبل منه من جهة إخباره بقصده ذلك لا من جهة
ذلك اللفظ الذي لا يدلّ عليه.

قوله: «ولو قال: كذا كذا، فإن اقتصر فإليه التفسير» إلى آخره.

تكرير «كذا» بغير عطف لا يقتضي الزيادة كتكرير شيء وإنما يفيد تأكيد المبهم. هذا إذا
لم يتبعه بالدرهم، وإن أتبعه جاء فيه الحالات الأربع، فإن نصب الدرهم كان مميزاً، فكأنه
قال: شيء شيء درهم، فيلزمه درهم، وكذا إن رفع، فإنه يكون بدلاً من المؤكّد ويلزمه
الدرهم، وكأنه قال: شيء شيء هو درهم. وإن جرّ احتمل إضافة جزء إلى جزء ثمّ أضاف
الجزء الأخير إلى الدرهم، فيلزمه جزء جزء من درهم، وجزء الجزء جزء، فيقبل تفسيره
بجزء درهم كالسابق؛ لأصالة براءة الذمّة ممّا زاد. ولو وقف لزمه أقلّ الاحتمالات في حالتي
الرفع والجرّ. وكذا القول لو كرّر «كذا» مرّتين فصاعداً.
وقال الشيخ:

إنه مع النصب يلزمه أحد عشر درهماً؛ لأنّ أقلّ عدد مركّب مع غيره ينتصب بعده المميّز
أحد عشر^١.

إذ فوّه الاثنا عشر إلى تسعة عشر، فيلزمه الأقلّ، ويضعّف بما مرّ. والعلامة على تفصيله
هنا أيضاً^٢.

والجواب واحد.

١. الخلاف، ج ٣، ص ٣٦٦، المسألة ٩.

٢. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٢٨، المسألة ٢٢٦.

● ولو قال: «كذا وكذا درهماً» نصباً أو رفعاً لزمه درهم. وقيل: إن نصبه لزمه أحد وعشرون. والوجه الاقتصار على اليقين إلا مع العلم بالقصد.

قوله: «ولو قال: كذا وكذا درهماً، نصباً أو رفعاً لزمه درهم» إلى آخره. إذا عطف «كذا» على «كذا» وأتبعهما بالدرهم جاء فيه الحالات أيضاً، فإن نصبه أو رفعه لزمه درهم على وزان ما مر؛ لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهماً على تقدير الرفع، وميّزهما بدرهم على تقدير النصب، فكأنه قال: شيء وشيء هما درهم؛ لأن «كذا» لما كان محتملاً لما هو أقل من درهم جاز تفسير المتعدد منه وإن كثر بالدرهم، والأصل براءة الذمة مما زاد. وقال الشيخ:

يلزمه مع النصب أحد وعشرون درهماً؛ لأنه أقل عددين عطف أحدهما على الآخر وميّزاً بدرهم منصوب^١.

إذ فوّه اثنان وعشرون إلى تسعة وتسعين. وفيه ما مر. وفي المسألة وجه ثالث بلزوم درهمين^٢؛ لأنه ذكر جملتين كل واحدة منهما تقع على الدرهم وتكون كنايةً عنه، فيكون الدرهم تفسيراً لكل واحدة منهما، كما إذا قال: مائة وخمسون درهماً.

ورابع: وهو أنه يلزمه درهم وزيادة يرجع فيها إليه^٣؛ لأن الدرهم فسر الأخير منهما فيبقى الأول على إبهامه، فيفسره بشيء كما لو قال: «كذا» مقتصراً.

ولو جرّ الدرهم لزمه جزء درهم وشيء كما لو قال: «شيء وجزء درهم». وفي هذه الحالة قول آخر بلزوم درهم^٤ حملاً للجرّ على أخويه؛ لأنه لحن. ويضعف بإمكان تصحيحه بما ذكرناه.

١. الخلاف، ج ٣، ص ٣٦٦-٣٦٧، المسألة ١٠.

٢. حلية العلماء، ج ٨، ص ٣٤٨-٣٤٩؛ روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣١.

٣. راجع حلية العلماء، ج ٨، ص ٣٤٨-٣٤٩؛ وروضة الطالبين، ج ٤، ص ٣١.

٤. انظر روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣١.

السادسة: ● إذا قال: «هذه الدار لأحد هذين» أُلزم البيان. فإن عَيِّن قَبْل، ولو ادَّعاها الآخر كانا خصمين. ولو ادَّعى على المقرِّ العلم، كان له إحلافه. ولو أقرَّ للآخر لزمه الضمان. وإن قال: «لا أعلم» دفعها إليهما وكانا خصمين. ولو ادَّعى أو أحدهما علمه، كان القول قوله مع يمينه.

والشيخ (رحمه الله) اقتصر في موازنة الأعداد على ما نقلناه عنه من الأقسام^١، ولم يذكر الحكم مع باقي أنواع الإعراب، مع أنَّها محتملة له. وما اختاره قول لبعض الشافعية^٢، وهو عندهم ضعيف أيضاً^٣.

قوله: «إذا قال: هذه الدار لأحد هذين، أُلزم البيان» إلى آخره.

كما يسمع الإقرار المجهول كذا يسمع الإقرار للمجهول، ثمَّ يطالب بالبيان كما يطالب به في الآخر. فإذا قال: «هذه العين لأحد هذين» قبل وانحصر ملكها فيهما وطولب بالتعيين. فإن عَيِّن أحدهما سلَّمت إليه؛ لأنَّه ذو يد فينفذ إقراره.

ولو ادَّعاها الآخر كانا خصمين، بمعنى أنَّ المقرَّ له بها يصير ذا اليد والآخر خارج، فيأتي في دعواه حكم دعوى الخارج على ذي اليد من قبول قول ذي اليد مع يمينه ومطالبة الخارج بالبيِّنة. ولهذا الخارج إحلاف المقرِّ على عدم العلم بكونها له وإن ادَّعى عليه العلم بأنَّها له، وعلى البتِّ إن ادَّعى عليه الغصب منه.

وإنَّما توجَّه عليه الحلف له؛ لأنَّه لو أقرَّ له تبعه بالغم.

ثمَّ إنَّ أصرَّ المقرِّ على أنَّها لمن عَيِّن له فذاك، وإن رجع إلى الإقرار له بها لم تستترع من الأول؛ لسبق حقه، وأغرَّم للثاني قيمتها أو مثلها إن لم يصدِّقه الأول؛ لأنَّه حال بين الثاني والمقرِّ به بإقراره الأول فكان كالمتلف. ولو صدِّقه الأول دفعت إلى الثاني ولا غرم.

١. الخلاف، ج ٣، ص ٣٦٦، المسألة ١٠؛ ولكن ذكر باقي أنواع الإعراب في المبسوط، ج ٢، ص ٤١٦.

٢. الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٢٦-٢٨؛ روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣١.

٣. راجع الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٢٦-٢٨؛ وروضة الطالبين، ج ٤، ص ٣٠-٣١.

السابعة: • إذا قال: «هذا الثوب أو هذا العبد لزيد» فإن عيّن قُبِلَ منه، وإن أنكر المقرّ له كان القول قول المقرّ مع يمينه. وللحاكم انتزاع ما أقرّ به، وله إقراره في يده.

وهل للمقرّ على تقدير إقراره للثاني وعدم تصديق الأول إحلّافه؟ وجهان، من عموم «اليمين على من أنكر»^١، وأنّه يدفع بها الغرم عن نفسه، وأنّه لو أقرّ لنفع إقراره، ومن أنّ المقرّ مكذّب نفسه في دعواه أنّها للثاني بإقراره للأول، وأنّه لو نكل امتنع الردّ؛ إذ لا يحلف لإثبات مال غيره. وهو حسن، إلّا أنّ يظهر لإقراره ما يدفع التكذيب كالغلط، فالأول أحسن. وعلى الأول فيستحلفه على نفي العلم بأنّها للثاني؛ لأنّه ربما^٢ استند في تملّكها إلى الإقرار خاصّة فلا يمكنه الحلف على البتّ.

ولو قال المقرّ بها لأحدهما لمّا طولب بالبيان: «لا أعلم» دفعها إليهما؛ لانحصار الحقّ فيهما، وكانا خصمين فيلزمهما حكم المتداعيين الخارجين عن العين. ثمّ إنّ صدّقه على عدم العلم فالحكم كذلك. وإن كذّبا أو أحدهما فلهما أو للمكذّب إحلّافه على نفي العلم، ولأحدهما إحلّاف الآخر.

واعلم أنّ في دفعها إليهما على هذا التقدير نظراً؛ لأنّه يستلزم تسليمها لغير المالك؛ لاعترافه بأنّها لأحدهما دون الآخر. والوجه رفع الأمر إلى الحاكم ليسلمها إلى من يثبت له خاصّة.

قوله: «إذا قال: هذا الثوب أو هذا العبد لزيد، فإن عيّن قُبِلَ منه» إلى آخره.

هذا الإقرار من ضروب الإبهام في الأعيان ونحوها المقرّ بها مع تعيين المقرّ له عكس السابقة. وحكمها أن يطالب بالتعيين، فإن عيّن قبل؛ لأنّه ذو اليد. فإن وافقه المقرّ له على ما عيّنه فذاك، وإلّا لم يسلم إليه؛ لاعترافه أنّه ليس له. وله إحلّاف المقرّ على أنّ العين الأخرى

١. سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٣٧، ح ٩٨/٣١٥١ و ٩٩/٣١٥٢؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٨، ص ٢١٣، ح ١٦٤٤٥؛ الخلاف، ج ٣، ص ١٤٨، المسألة ٢٣٦؛ المبسوط، ج ٥، ص ٦٢٤؛ مختلف الشيعة، ج ٩، ص ٣١٢، المسألة ٢٠.

٢. في بعض النسخ: «إنما» بدل «ربما».

الثامنة: ● إذا قال: «لفلان عليّ ألف» ثمّ دفع إليه وقال: هذه التي كنت أقررت بها كانت وديعةً، فإن أنكر المقرّ له كان القول قول المقرّ مع يمينه.
وكذا لو قال: «لك في ذمتي ألف» وجاء بها وقال: هي وديعة وهذه بدلها.

ليست للمقرّ له، فإذا حلف خلص من دعواه وبقيت العين المقرّ بها مجهولة المالك، فيختير الحاكم بين انتزاعها من المقرّ وحفظها إلى أن يظهر مالكها أو يرجع المقرّ له عن إنكاره، وبين أن يتركها في يد المقرّ كذلك. فإن عاد المقرّ^١ إلى التصديق سمع؛ لعدم المنازع وإمكان تذكره.

ولو أصرّ المقرّ على عدم التعيين وادّعى الجهل بالحال أو نسيانه سمع منه، ورجعا إلى الصلح في العينين. ويحتمل قوياً مع عدم اتّفاقهما على الصلح القرعة بينهما في العين؛ لأنّها لكلّ أمر مشكل^٢، خصوصاً فيما هو معيّن عند الله مشتبه عندنا، والحال هنا كذلك.

ولو دار الاشتباه بين درهم ودرهمين ثبت الأقلّ وطولب بالجواب عن الزائد. ولو ردّد بين ألف وألفين مطلقين فالظاهر أنّه كذلك، مع احتمال لزوم الأكثر، ولزوم الأقلّ منهما على تقدير البداءة بالأكثر؛ لأنّه كالرجوع عن الإقرار فلا يسمع.

قوله: «إذا قال: لفلان عليّ ألف، ثمّ دفع إليه» إلى آخره.

هنا مسائل ثلاث متقاربة الأطراف مختلفة الحقيقة:

الأولى: لو قال: «لفلان عليّ ألف» ثمّ دفع إليه ألفاً وقال: هذه هي التي كنت أقررت بها كانت وديعةً عندي، فقال المقرّ له: هذه هي وديعة ولي عليك ألف أخرى ديناً وهي التي أردت بإقرارك، ففيه قولان:

أحدهما: أنّ القول قول المقرّ له^٣؛ لأنّ كلمة «عليّ» تقتضي الثبوت في الذمّة، ولهذا لو قال: عليّ ما على فلان كان ضامناً، والوديعة لا تثبت في الذمّة فلا يجوز التفسير بها.

١. كذا في النسخ الخطيّة، ولعلّ الصحيح: «المقرّ له».

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٩٢، ح ٣٣٩٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٠، ح ٥٩٣، وفيهما: «كلّ مجهول ففيه القرعة».

٣. هو قول ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥٠٨.

أما لو قال: «لك في ذمتي ألف، وهذه هي التي أقررت بها كانت وديعة» لم يقبل؛ لأن ما في الذمة لا يكون وديعة، وليست كالأولى ولا كالوسطى.

وأصحهما - وبه قال الشيخ ولم يذكر المصنّف غيره، وذهب إليه الأكثر - أن القول قول المقرّ مع يمينه^١؛ لأنّ الوديعة يجب حفظها والتخلية بينها وبين المالك، فلعلّه أراد بكلمة «عليّ» الإخبار عن هذا الواجب. ويحتمل أيضاً أنّه تعدّى فيها حتّى صارت مضمونة عليه، فلذلك قال: هي عليّ، وأيضاً فقد يستعمل «عليّ» بمعنى «عندي» وفسّر بذلك^٢ قوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ﴾^٣. مضافاً إلى أصالة براءة الذمة من غير ما اعترف به.

ولا فرق بين تفسيره بذلك على الاتّصال والانفصال. والمصنّف (رحمه الله) ذكر حالة الانفصال لتدلّ على الأخرى بطريق أولى.

الثانية: لو قال: «لك في ذمتي ألف» وجاء بألف وفسّر بما ذكر في الأولى وقال: هذه التي أقررت بها وقد كانت وديعةً وتلفت وهذه بدلها، فإن لم يقبل في الصورة الأولى فهأنا أولى، وإن قبلنا قوله فوجهان هنا:

أحدهما - وهو الذي قطع به المصنّف (رحمه الله) - القبول؛ لجواز أن يريد له ألف في ذمتي إن تلفت الوديعة؛ لأنّي تعدّيت فيها، أو يريد كونها وديعة في الأصل وأنها تلفت ووجب بدلها في الذمة، وغايته إرادة المجاز وهو كون الشيء في الذمة وديعة باعتبار أنّ سببها كان في الذمة، والمجاز يصار إليه بالقرينة.

والثاني: العدم؛ لأنّ العين لا تثبت في الذمة، والأصل في الكلام الحقيقية. وقد تقدّم كثير من الدعاوي المجازية في الإقرار^٤ ولم يلتفت إليها، فلا وجه لتخصيص هذه. وهذا لا يخلو من قوّة.

١. الخلاف، ج ٣، ص ٣٧٢، المسألة ١٩؛ إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٦٢؛ الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١)؛ جامع المقاصد، ج ٩، ص ٣٣٩ - ٣٤١.

٢. مجاز القرآن، أبو عبيدة، ج ٢، ص ٨٤؛ النكت والعيون، الماوردي، ج ٤، ص ١٦٦.

٣. الشعراء (٢٦): ١٤.

٤. تقدّم في ص ٥٤٥ وما بعدها.

● ولو قال: «له عليّ ألف» ودفعها، وقال: كانت وديعةً وكنت أظنّها باقيةً فبانّت تالفَةً، لم يُقبل؛ لأنّه مكذّب إقراره. أمّا لو ادّعى تلفها بعد الإقرار قُبِل.

الثالثة: لو قال: «لك في ذمّتي ألف وهذه هي التي أقررت بها» وقد كانت وديعةً حين الإقرار لم يُقبل ويلزمه ألف أخرى؛ لأنّ ما في الذمّة لا يكون وديعةً؛ فإنّ الوديعة هي العين المستتاب في حفظها وما في الذمّة لا يكون عيناً.

والفرق بين هذه المسألة وبين المسألتين السابقتين واضح. أمّا الأولى؛ فلاّنه لم يصرّح فيها بكون المقرّ به في الذمّة فلا ينافي كونه وديعةً ابتداءً. وأمّا الثانية؛ فلاّنه وإن صرّح بكونها في الذمّة المنافي لكونها وديعةً إلّا أنّه ادّعى أنّ الذي أحضره بدلها لا عينها، فرفع التنافي بتأويله. وأمّا الثالثة فقد جمع فيها بين وصفها بكونها في الذمّة وكونها وديعةً من غير تأويل، فلهذا لم تُسمع.

والمجاز وإن كان ممكناً هنا، بأن يكون قد تلفت بعد الإقرار والذي أحضره بدلها وأطلق عليه الوديعة باعتبار كونه عوضاً ومسبباً عنها، إلّا أنّه لمّا لم يدّع المجاز لم يكن عن الحقيقة صارف، ولو صرف عنها بمجرد تمحلّ^١ المجاز من غير أن يدعى لم يحكم بشيء من الحقائق أصلاً. فما قيل هنا من توجيه القبول أيضاً - كالسابقة - من احتمال المجاز^٢ وإه جدّاً كما لا يخفى.

واعلم أنّ محلّ الشبهة ما إذا مضى زمان يمكن فيه تلفها بين الكلامين، فلو لم يمض مقدار ذلك لم يقبل قوله بغير إشكال؛ لظهور كذبه في أحد القولين.
قوله: «ولو قال: له عليّ ألف، ودفعها» إلى آخره.

هذه مسألة رابعة للإقرار بالوديعة. ومحلّها: أنّه أقرب بأنّ له عليه ألفاً وأطلق، ثمّ دفع الألف وقال: كانت الألف التي أقررت بأنّها عليّ وديعة، وكنت أظنّها باقيةً قبل الإقرار فبانّت تالفَةً قبله بغير تفریط فلا يلزم مني ضمانها، فإنّه لا يقبل منه تفسير الثاني؛ لأنّه مكذّب

١. تمحلّ الشيء: احتال وسعى في طلبه. انظر الصحاح، ج ٤، ص ١٨١٧؛ ولسان العرب، ج ١١، ص ٦١٨، «محلّ».

٢. راجع جامع المقاصد، ج ٩، ص ٣٤١-٣٤٢.

التاسعة: ● إذا قال: «له في هذه الدار مائة» قبل، ورجع في تفسير الكيفية إليه. فإن أنكر المقر له شيئاً من تفسيره كان القول قول المقر مع يمينه.

لإقراره الأول؛ إذ تلف الودعة على وجه لا يضمن لا يجمع كونها عليه؛ لأن «علي» تقتضي صيرورتها مضمونة عليه لتعديّه، فتفسيره بتلفها قبل الإقرار على وجه لا يوجب الضمان مناقض لذلك^١ فلا يسمع.

وإنما فسّرنا قوله «فبانت تالفة» بكون التلف قبل الإقرار مع كونه أعمّ بقرينة قسيمه في قوله «أما لو ادّعى تلفها بعد الإقرار قبل» وذلك لعدم المنافاة، فتكون دعوى مستأنفة، ويكون التلف على وجه غير مضمون؛ إذ لو كان مضموناً لم يكن مكذباً لإقراره؛ لأنه تصير حينئذٍ عليه.

وقوله «فدفعها» تبع فيه الشيخ^٢، ولا دخل للدفع في الحكم؛ لأنه لو ادّعى ذلك من غير دفع ليدفع عنه الغرم كان أظهر في الدعوى، والحكم فيه كما ذكر؛ لتحقّق التناقض بين كلاميه على التقديرين، بل مع دفعها لا يبقى للدعوى الثانية فائدة؛ إذ ليس البحث في هذه المسألة إلا عن ألف واحدة، بخلاف ما سبق، وكأنهم جروا على الدفع السابق فإن له مداخل في الحكم.

ولو قيل بقبول قوله في هذه المسألة أيضاً كما قيل في السابقة كان وجهاً، بل هنا أولى؛ لأنّ قوله كان مبنياً على الظاهر من أنّها موجودة يجب عليه حفظها وكونها عنده كما سبق وإنما ظهر بعد الإقرار لتلفها قبله، فلا منافاة بين كلاميه إلا على تقدير تفسير «علي» بكونها في الذمة. ولعلّ إطلاقهم ذلك بناءً على أنّ الظاهر من «علي» هو هذا المعنى لا مجرد وجوب الحفظ، وذلك المعنى لو سلّم كونه مجازاً فقد سمع منه دعوى المجاز فيما سبق.

قوله: «إذا قال: له في هذه الدار مائة، قبل» إلى آخره.

لما كانت المائة ليست من جنس الدار فالإقرار مجمل يحتمل وجوهاً من التأويل،

١. في هامش «م»: «مناقض لجميع ذلك» بدل «مناقض لذلك».

٢. راجع المبسوط، ج ٢، ص ٤٢٣ و ٤٢٣.

فيرجع إليه في بيانه. فإن فسره بجزء منها قيمته مائة قبل وصار المقر له شريكاً بذلك الجزء. وكذا إن فسّر ذلك بجزء تقصر قيمته عن مائة وأراد أنه اشتراه بذلك.

وإن قال: إنّه دفع في ثمنها مائة وهو المشتري لها لنفسه كانت قرضاً عليه.

وإن قال: إن المقر له نقد في ثمنها لنفسه مائة، سئل ثانياً عن مجموع ثمنه، وهل وزن هو شيئاً أم لا؟ فإن قال: الثمن مائة ولم أزن فيه شيئاً، كان إقراراً له بالدار. وإن قال: إنّه وزن أيضاً في الثمن، سئل عن كيفية الشراء هل كان دفعةً أو على التعاقب؟ فإن قال: إنّه وقع دفعةً وأخبر أنه وزن مائة أيضاً، فهي بينهما نصفان. وإن قال: إنّه وزن مائتين فللمقرّ له ثلثها، وعلى هذا، سواء كانت القيمة مطابقة لذلك أم لا.

وإن أخبر أنهما اشترياها بعقدين^١ رجع إليه في مقدار كلّ جزء وقيل ما يفسره، حتّى لو قال: إنّه اشترى تسعة أعشارها بمائة والمقرّ له اشترى عشرين بمائة، قُبل؛ لأنّه محتمل، سواء وافق ذلك القيمة أم لا.

وإن قال: أردت أنه أوصي له بمائة من ثمنها قبل وبيعت، ودفع إليه من ثمنها المائة، حتّى لو أراد أن يعطيه المائة من غير ثمنها لم يكن له ذلك إلا برضى المقرّ له؛ لأنّه استحقّ المائة من ثمنها فوجب البيع في حقه، إلا أن يرضى بتركه.

وإن فسره بأنّه دفع إليه مائة ليشتريها له ففعل، فهو إقرار له بها أجمع.

وإن فسره بأنّها رهن عنده على المائة، ففي قبوله وجهان، من أنّ ظاهر الإقرار كون الدار محلّاً للمائة ومحلّ الدين الذمّة لا المرهون وإنّما المرهون وثيقة له، ومن أنّ له تعلّقاً ظاهراً بالمرهون.

هذا كلّه إذا لم يكذّبه المقرّ له. فإن خالفه وأنكر شيئاً من تفسيره كان القول قول المقرّ مع يمينه حيث يكون التفسير محتملاً من اللفظ؛ لأنّه أعلم بما أراد، ولأصالة براءة ذمّته ممّا سوى ذلك.

١. في بعض النسخ: «بتقدين» بدل «بعقدين».

العاشرة: • إذا قال: «له في ميراث أبي» أو «من ميراث أبي مائة» كان إقراراً. ولو قال: «في ميراثي من أبي» أو «من ميراثي من أبي» لم يكن إقراراً، وكان كالوعد بالهبة. وكذا لو قال: «له من هذه الدار» صحّ. ولو قال: «من داري» لم يقبل. ولو قال: «له في مالي ألف» لم يقبل. ومن الناس من فرق بين «له في مالي» وبين «له في داري» بأن بعض الدار لا يسمّى داراً، وبعض المال يسمّى مالاً. ولو قال في هذه المسائل: «بحقّ واجب» أو بسبب صحيح، أو ما جرى مجراه، صحّ في الجميع.

قوله: «إذا قال: له في ميراث أبي أو: من ميراث أبي مائة، كان إقراراً - إلى قوله - صحّ في الجميع».

لما كان الإقرار إخباراً عن حقّ سابق للمقرّ له لا لإنشاء ملك له من حين الإقرار لم يصحّ الجمع بين كون المقرّ به ملكاً للمقرّ حين الإقرار وبين صحّة الإقرار به لغيره؛ لحصول التناقض، ومن ثمّ كان قوله «له في ميراث أبي أو من ميراث أبي كذا» إقراراً ولم يكن قوله «له في ميراثي من أبي» إقراراً؛ لأنّ المراد بميراث أبيه ما خلفه سواء انتقل إلى المقرّ أم لا، بخلاف قوله «من ميراثي» فإنّه أضاف الميراث إلى نفسه وحكم بانتقاله إليه فلا يجامع كونه ملكاً لغيره. ومثله ما لو قال: «هذه الدار» أو قال: «داري» فيقبل في الأوّل دون الثاني.

هذا هو المشهور بين الأصحاب وغيرهم، وذهب إلى ذلك الشيخ^١ وأتباعه^٢، ووافقه ابن إدريس^٣ والمصنّف وأكثر المتأخّرين.

ولك أن تمنع التناقض بين إضافة الميراث إلى نفسه وبين تعلق دين الغير به، فإنّ تركه كلّ مديون مملوكة لورثته على الأصحّ، والدين متعلّق بها. وأيضاً فالإضافة إلى نفسه في

١. المبسوط، ج ٢، ص ٤٢٦.

٢. منهم ابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٢٧٥؛ والكيدري في إصباح الشيعة، ص ٢٣٥.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٥٠٦.

الميراث والدار وغيرهما مبنية على الظاهر؛ ولهذا اشترط في صحة الإقرار كون المقرّ به تحت يده، فكأنه قال: ميراثي المحكوم به لي بحسب الظاهر، وداري المنسوبة إليّ كذلك لفلان في نفس الأمر، ولا تناقض في ذلك، بل هو مؤيد لصحة الإقرار، وأيضاً فالإضافة تصدق بأدنى ملابس، كقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ﴾ يعني المطلقات ﴿مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾^١ والمراد بيوت الأزواج ﴿وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ﴾^٢ وكقوله:

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة سهيل أذاعت غزلها في الغرائب^٣

وقول أحد حاملي الخشبة: خذ طرفك، وغير ذلك من الاستعمالات الشائعة في اللغة الصحيحة.

ولو سلم أنه مجاز لكنه مشهور في الاستعمال يندفع به التنافي، مؤيداً بما ذكر من الجهات المصححة، ومن ثم ذهب جماعة من المتأخرين إلى قبول الإقرار كذلك مطلقاً^٤، منهم العلامة في المختلف^٥ والشهيد^٦، وهو قول قويّ. ويؤيده أيضاً اعتراف المانع بأنه لو قال مع ذلك: بحق واجب أو سبب صحيح صح^٧، فإنه لولا صلاحية اللفظ للإقرار لما صحّ مع هذه الإضافة.

وأما الفارق بين قوله «داري» و«مالي» من القائلين بعدم صحة الإقرار مع الإضافة^٨ ينظر إلى أن الدار لا يطلق إلا على المجموع، فإذا قال: «فلان بعض داري» لم يقبل؛ لأنّ

١. الطلاق (٦٥): ١.

٢. المائدة (٥): ١٠٦.

٣. لسان العرب، ج ١، ص ٦٣٩، «غرب».

٤. راجع جامع المقاصد، ج ٩، ص ٣٣٧-٣٣٨ و ٣٤٠.

٥. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٣١، المسألة ٢٣٠.

٦. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٧. راجع السرائر، ج ٢، ص ٥٠٦؛ وإرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٠٩؛ والتنقيح الرائع، ج ٣، ص ٤٨٦.

٨. راجع الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١)؛ والحاوي الكبير، ج ٧، ص ٦٣.

المقصد الثالث في الإقرار المستفاد من الجواب

● فلو قال: «لي عليك ألف» فقال: رددتها أو قبضتها كان إقراراً. ولو قال: «زنيها» لم يكن إقراراً.

الباقى على ملكه لا يسمّى داراً، بخلاف قوله: «له في مالي مائة» فإنّ الفاضل منه عن المائة يطلق عليه اسم المال، وكأنّه أطلق عليه الظرفيّة باعتبار كون المائة ممتزجة به أو البعضيّة باعتبار الشركة.

ومن هذا الفرق يظهر أنّه لا فرق عند هذا القائل بين قوله «داري لفلان» و«مالي لفلان»؛ لأنّه استغرق بالإقرار الجميع، فلم يبق مع الإقرار ما يصحّ الإضافة إلى نفسه فيهما، وإنّما يفرّق بينهما حيث يقرّ ببعض الدار والمال. وكيف كان فهذا الفرق ليس بشيء.

ونبه بالجمع بين المثاليين بـ«من» و«في» في قوله: «في ميراث أبي» أو «من ميراث أبي» على خلاف بعضهم حيث فرّق بينهما وجعل «في» إقراراً دون «من»، محتجّاً بأنّ «في» تقتضي كون مال المقرّ طرفاً لمال المقرّ له، وقوله «من مالي» يقتضي الفصل والتبعيض، وهو ظاهر في الوعد بأنّه يقطع شيئاً من ماله له. وهو فرق رديء. فالوجه ردّ المسألة إلى القولين خاصّة: عدم صحّة الإقرار بالمضاف إلى المقرّ مالاً وميراثاً وغيرهما، وصحّته مطلقاً، وما عداها فتكلّف.

قوله: «فلو قال: لي عليك ألف فقال: رددتها أو قبضتها كان إقراراً» إلى آخره. أمّا الأوّل فلاعترافه بوصولها إليه ودعواه ردّها، فيسمع الإقرار دون الدعوى. وأمّا الثاني؛ لأنّه لم يوجد منه صيغة التزام، وقد يذكر مثل ذلك من يستهزئ ويبالغ في الجحود. ومثله: «شدّ هميانك» و«هيء ميزانك» ونحو ذلك من الألفاظ المستعملة عرفاً في التهكم والاستهزاء في جواب الدعوى.

● ولو قال: «نعم» أو «أجل» أو «بلى» كان إقراراً. ● ولو قال: «أنا مقرّ به» لزم. ولو قال: «أنا مقرّ» واقتصر لم يلزمه؛ لتطرّق الاحتمال.

واعلم أنّ بعض الألفاظ قد يكون صريحاً في التصديق، وتنضمّ إليه قرأتان تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والتكذيب، من جملتها قوله: «صدقت» و«بررت» مع تحريك الرأس الدالّ على شدة التعجب والإنكار، وكما لو قال: «لي عليك ألف» فقال في الجواب: «لك عليّ ألف» على سبيل الاستهزاء، فإنّه لا يكون إقراراً بواسطة انضمام القرائن الدالّة على إرادة خلاف ظاهر اللفظ، بحيث صار المتبادر ذلك فألحق بالحقيقة. والوجه فيه أنّ القرائن المذكورة صرفته عن الحقيقة الظاهرة من مدلوله الأصلي إلى المجاز.

قوله: «ولو قال: «نعم» أو «أجل» أو «بلى» كان إقراراً».

أمّا الجواب بـ«نعم» فلأنّ قول المجاب «لي عليك ألف» إن كان خيراً فـ«نعم» بعده حرف تصديق، وإن كان استفهاماً محذوف الأداة فهي بعده للإثبات والإعلام؛ لأنّ الاستفهام عن الماضي إثباته بـ«نعم» ونفيه بـ«لا». و«أجل» مثل «نعم».

وأما «بلى» فإنّها وإن كانت لإبطال النفي إلّا أنّ الاستعمال العرفي جوّز وقوعها في جواب الخبر المثبت كـ«نعم»، والإقرار جار عليه لا على دقائق اللغة. وإن قدر كون القول السابق استفهاماً فقد وقع استعمالها في جوابه لغةً وإن قلّ، ومنه قول النبي ﷺ لأصحابه: «أترضون أن تكونوا ربيع أهل الجنة؟» قالوا: بلى^١. واستعمالها في العرف كذلك واضح، فإنّ هذه الحروف الثلاثة تستعمل للتصديق والموافقة من غير تفصيل.

قوله: «ولو قال: «أنا مقرّ به» لزم. ولو قال: «أنا مقرّ» واقتصر لم يلزمه؛ لتطرّق الاحتمال».

إذا قال في جواب «لي عليك كذا»: «أنا مقرّ به» أو «بما تدعّيه» فهو إقرار؛ لظهوره

في المراد.

ويشكل بأنه وإن كان ظاهراً في الإقرار به إلا أنه غير ظاهر في الإقرار به للمخاطب، لجواز أن يريد الإقرار به لغيره، فلا يزول هذا الاحتمال إلا بقوله: «أنا مقرّ لك به» ومن ثمّ قوّى في الدروس أنه ليس بإقرار حتّى يقول: «لك»^١.

وأجيب^٢ بأنّ المتبادر عود الضمير في قوله: «به» إلى ما ذكره المقرّ له.

ويشكل بأنّ الضمير إنّما يعود إلى الشيء المدعى وهو الألف في المثال لا إلى نفس الدعوى، والإقرار بالمال المدعى لا ينحصر في المدعى.

وأما ما قيل: من أن قوله «مقرّ» اسم فاعل فيحتمل الاستقبال، فيكون وعداً، كقوله: «أنا أقربه» فلا يكون إقراراً من هذا الوجه وإن ضمّ إليه قوله: «لك»^٣.

ففيه أن العرف لا يفهم منه إلا الإقرار وإن احتمل ذلك من حيث اللغة، مع أنه قد قيل: إنّ قوله «أنا أقرب لك به» إقرار أيضاً؛ لأنّ قرينة الخصومة وتوجّه الطلب يشعر بالتنجيز.

ومثله لو قال: «لا أنكر ما تدعيه»، وقوله: «لست منكرأ له»، كقوله: «أنا مقرّ به» عملاً بالعرف، وإن كان عدم الإنكار أعتم من الإقرار.

ولو اقتصر على قوله: «أنا مقرّ» ولم يقل: «به» أو قال: «لست منكرأ» لم يكن إقراراً؛ لأنّ المقرّ به غير مذکور، فيحتمل كونه المدعى به وغيره، بل ما يتنافيه بأن يريد الإقرار ببطلان دعواه، أو يريد الإقرار بأنّ الله تعالى واحد، مضافاً إلى أصالة البراءة.

ويحتمل عدّه إقراراً بقرينة صدور عقيب الدعوى، واستعماله لغة كذلك، كما في قوله تعالى: ﴿ءَأَقْرَزْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَيَّ دَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَزْنَا؟﴾^٥، وقوله تعالى: ﴿فَاشْهَدُوا﴾^٦، ولأنّه لولاه لكان هذراً.

١. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. المجيب هو المحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ٩، ص ١٩٣.

٣. انظر إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٢٥؛ والتنقيح الرائع، ج ٣، ص ٤٨٨.

٤. قاله الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٥ و ٦. آل عمران (٣): ٨١.

● ولو قال: «اشتريت منِّي» أو «استوهبت» فقال: «نعم» فهو إقرار.

ويضعف بمنع القرينة مطلقاً، بل يقع كثيراً بخلافها، بل مع الاستهزاء.

نعم، قد يدعى وجودها في الآية مضافاً إلى نفي احتمال الاستهزاء. ولا يلزم من انتفاء الإقرار انتفاء الفائدة؛ لأنَّ الاستهزاء ونحوه من المقاصد فائدة مقصودة في المحاورات للعقلاء ومستعملة عرفاً، ومجرد قيام الاحتمال يمنع لزوم الإقرار.

قوله: «ولو قال: اشتريت منِّي أو استوهبت فقال: نعم فهو إقرار».

الذي يقتضيه صدر المسألة حيث عقدها لأن يكون الإقرار مستفاداً من الجواب أن يكون ضمير «فهو إقرار» راجعاً إلى «نعم»، بمعنى كون «نعم» إقراراً للمخاطب بسبق الملك وإن كان المقرّ الآن مالكاً. وتظهر الفائدة في المطالبة بالثمن، وفيما لو اشتمل البيع على خيار، أو ظهر بطلانه بعد ذلك بوجه آخر، أو كانت الهبة ممّا يجوز الرجوع فيها.

ولو فرض المصنّف المسألة كما فرضها غيره^١ - بقوله ولو قال: «اشتر منِّي» أو «أتهب» فقال: «نعم» فهو إقرار يعني من المجيب بـ «نعم» للأمر بالبيع أو الهبة - كان أقعد^٢؛ لظهور فائدة الإقرار هاهنا وندوره فيما فرضه المصنّف (رحمه الله).

واعلم أنّه في التذكرة توقّف في كون ذلك إقراراً للمخاطب بالملك، من حيث إنّه يحتمل كونه وكبلاً في البيع والهبة^٣، فالإقرار له بذلك أعمّ من كونه مالكاً. وأجيب بأنّ إقراره له بذلك يقتضي إقراره له باليد وهي تقتضي الملكية، فيكون إقراره بالملكية بواسطة اليد^٤، وذلك كافٍ في إفادته الملك في الجملة.

١. كالعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١٢.

٢. في بعض النسخ والحجريّة: «أنفذ» بدل «أقعد».

٣. تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٤٥، المسألة ٨٣٨، وفيه: ولو قال بعني هذا العبد.

٤. راجع جامع المقاصد، ج ٩، ص ١٩٧ - ١٩٨.

● ولو قال: «أليس لي عليك كذا؟» فقال: بلى، كان إقراراً. ولو قال: نعم، لم يكن إقراراً. وفيه تردّد، من حيث يستعمل الأمران استعمالاً ظاهراً.

قوله: «ولو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى، كان إقراراً» إلى آخره.

إنّما كانت «بلى» هنا مفيدة للإقرار دون «نعم»؛ لأنّ أصلها «بل»، وهي مختصة بالنفي، ومفيدة لإبطاله، سواء كان مجرداً نحو: «زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي ۗ»^١ أم مقروناً بالاستفهام، حقيقةً كان نحو: «أليس زيد بقائم؟» فيقول: «بلى» أم تقريرياً نحو: «أَلَمْ يَأْتِكُمْ * نَذِيرٌ قَالُوا بَلَىٰ ۗ»^٢، و«أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ ۗ»^٣، أجزوا النفي مع التقرير مجرى النفي المجرد في ردّه بـ«بلى»، قال ابن عباس: لو قالوا: «نعم» كفروا^٤. ووجهه أنّ «نعم» تصديق للمخبر بنفي أو إيجاب.

والمصنّف (رحمه الله) تردّد في عدم إفادة «نعم» الإقرار من حيث استعمالها في العرف كـ«بلى»، وهو مقدّم على اللغة. مع أنّ جماعة من أهل العربية منهم ابن هشام أثبت ورودها كذلك لغةً، ونقله في المعني عن سيبويه، قال:

ونازع السهيلي وغيره في المحكيّ عن ابن عباس وغيره في الآية، متمسكين بأنّ الاستفهام التقريري خير موجب، ولذلك منع سيبويه من جعل «أم» متصلةً في قوله تعالى: «أَفَلَا تُبْصِرُونَ * أَمْ أَنَا خَيْرٌ؟»؛ لأنّها لا تقع بعد الإيجاب، وإذا ثبت أنّها إيجاب فـ«نعم» بعد الإيجاب تصديق له^٥.

واستشهد على ورودها لغةً في جواب الاستفهام التقريري بقول الأنصار للنبي ﷺ - وقد قال لهم: أ لستم ترون لهم ذلك؟ - : نعم^٦.

١. التغابن (٦٤): ٧.

٢. الملك (٦٧): ٨ و ٩.

٣. الأعراف (٧): ١٧٢.

٤. معني اللبيب، ج ١، ص ٢٢٣.

٥. معني اللبيب، ج ١، ص ٢٢٣؛ والآيتان في سورة الزخرف (٤٣): ٥١ و ٥٢.

٦. معني اللبيب، ج ١، ص ٦٥٢.

المقصد الرابع في صيغ الاستثناء

وقواعده ثلاث:

الأولى: ● الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات.

وقول جحدر:

ليس الليل يجمع أم عمرو وإيانا فذاك بنا تداني
نعم وأرى الهلال كما تراه ويعلوها النهار كما علاني^١

وإذا ورد ذلك لغةً واستعمل عرفاً استعمالاً شائعاً فالحكم بصحة الإقرار به قوي، وعليه أكثر المتأخرين.

قوله: «الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات».

أما الأول فهو موضع وفاق بين العلماء. وأما الثاني فهو أصح القولين للأصوليين^٢. وخالف فيه بعضهم استناداً إلى أن بين النفي والإثبات واسطة، فلا يلزم من انتفاء النفي إثبات الإثبات؛ لجواز التوقف^٣.

وأجيب^٤ بأنه لو كان كذلك لما أفاد قولنا: «لا إله إلا الله» إثبات التوحيد، مع الإجماع على الاكتفاء به فيه، وقبوله في إقرار الكافر بالله. وبالمعارضة بالاستثناء من الإثبات، فإن دليلهم وارد فيه. وتحقيق المسألة وما بعدها في الأصول.

١. مغني اللبيب، ج ١، ص ٦٥٢.

٢. تهذيب الوصول إلى علم الأصول، ص ١٤٠؛ المحصول في علم أصول الفقه، ج ٣، ص ٣٩.

٣. حكاة عن أبي حنيفة فخر الدين الرازي في المحصول في علم أصول الفقه، ج ٣، ص ٣٩؛ والآمدي في الإحكام في أصول الأحكام، ج ٢، ص ٥١٢.

٤. المجيب هو العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٣٨٧، المسألة ٩٤٧؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد،

الثانية: • الاستثناء من الجنس جائز، ومن غير الجنس على تردد.

قوله: «الاستثناء من الجنس جائز، ومن غير الجنس على تردد».

المشهور بين العلماء جواز الاستثناء من الجنس وغيره، ووقوعه في القرآن وفصيح اللغة كثير، كقوله تعالى: ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلْمًا﴾^١، و﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^٢، و﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ إِلَّا إِبْلِيسَ﴾^٣ وغير ذلك^٤.

واختلفوا في كونه حقيقةً أو مجازاً، والمحققون منهم^٥ على الثاني. وتظهر الفائدة في أن إطلاقه محمول على الجنس إلا مع قيام قرينة على خلافه، كقوله: «له علي ألف إلا ثوباً». وذهب بعضهم إلى أن المنقطع - وهو الذي من غير الجنس - حقيقة أيضاً^٦، فقيل: مشترك بينهما^٧، وقيل: متواطئ. وفي المسألة قول ثالث نادر أنه غير جائز لا حقيقةً ولا مجازاً^٨. وهو الذي تردد فيه المصنف (رحمه الله). والأظهر هو الأول.

واعلم أن إطلاق الاستثناء المنقطع على كونه من غير الجنس لا يخلو من مناقشة مشهورة؛ لأن مثل قولهم: «جاء بنوك إلا بني زيد» منقطع مع أن الاستثناء من الجنس. وتحقيق المسألة في الأصول.

١. مريم (١٩): ٦٢.

٢. النساء (٤): ٢٩.

٣. الحجر (١٥): ٣٠-٣١.

٤. الشعراء (٢٦): ٧٧؛ الواقعة (٥٦): ٢٥-٢٦.

٥. منهم السيد المرتضى في الذريعة إلى أصول الشريعة، ج ١، ص ٢٤٥؛ والمحقق في معارج الأصول، ص ٩٣.

٦. المستصفي من علم الأصول، ج ٢، ص ١٨٢؛ وحكاية الزركشي عن عدة من العلماء في البحر المحيط في أصول الفقه، ج ٢، ص ٤٢٦.

٧. كتاب الكافية في النحو، ج ١، ص ٢٢٤.

٨. حكاية الزركشي عن بعض العلماء في البحر المحيط في أصول الفقه، ج ٢، ص ٤٢٦، وفيه: أنكر بعضهم الاستثناء من غير الجنس.

الثالثة: ● يكفي في صحّة الاستثناء أن يبقى بعد الاستثناء بقيّة، سواء كانت أقلّ أو أكثر.

التفريع على القاعدة الأولى:

● إذا قال: «له عليّ عشرة إلّا درهماً» كان إقراراً بتسعة، ونفيّاً للدرهم. ولو قال: «إلّا درهم» كان إقراراً بالعشرة.

قوله: «يكفي في صحّة الاستثناء أن يبقى بعد الاستثناء بقيّة، سواء كانت أقلّ أو أكثر». ما اختاره المصنّف مذهب المحقّقين من الأصوليين والأكثر؛ لورود ذلك كلّ لغة. ولهم قول بمنع استثناء النصف^١. وثالث بمنع ما زاد عليه^٢. ورابع باشتراط بقاء كثرة تقرب^٣ من مدلول اللفظ^٤.

والأصحّ الجواز مطلقاً؛ لأنّ المستثنى والمستثنى منه كالشيء الواحد، فلا يتفاوت الحال في الجواز بقلّته وكثرته، وقد وقع استثناء الأكثر في القرآن^٥ وفصيح الكلام. قوله: «إذا قال: له عليّ عشرة إلّا درهماً، كان إقراراً بتسعة، ونفيّاً للدرهم. ولو قال: إلّا درهم، كان إقراراً بالعشرة».

وجه الأوّل أنّ الاستثناء إخراج، وهو من الإثبات نفى، فقد أثبت العشرة ثمّ نفى منها الدرهم فبقي المقرّ به تسعة، ونصب المستثنى من الواجب التامّ دليل على إرادة الاستثناء.

ووجه الثاني أنّه مع الرفع يدلّ على أنّ «إلّا» ليست للاستثناء وإلّا لانتصب ما بعدها.

١. المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٣٠٤، المسألة ٣٨٥٢، العدة، أبو يعلى الفراء، ج ٢، ص ٦٧، نهاية السؤل، ج ٢، ص ٤١٤.

٢. المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٣٠٢، المسألة ٣٨٥١، نهاية السؤل، ج ٢، ص ٤١٣.

٣. في بعض النسخ: «تعرف» بدل «تقرب».

٤. حكاه فخر المحقّقين عن أبي الحسين البصري في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٥٣.

٥. الحجر (١٥): ٤٢.

● ولو قال: «ما له عندي شيء إلا درهم» كان إقراراً بدرهم. وكذا لو قال: «ما له عندي عشرة إلا درهم» كان إقراراً بدرهم. ولو قال: «إلا درهماً» لم يكن إقراراً بشيء.

وإنما هي بمعنى «غير» يوصف بها وبما بعدها ما قبلها. ولما كانت العشرة مرفوعةً بالابتداء كان الدرهم صفةً للمرفوع فارتفع. والمعنى: له عشرة موصوفة بأنها غير درهم، فقد وصف المقرّ به ولم يستثن منه شيئاً. وهذه صفة مؤكدة صالحة للإسقاط؛ لأنّ كلّ عشرة فهي موصوفة بكونها غير درهم، مثلها في قوله تعالى: ﴿نَفَخَتْ وَحِدَةً﴾^١.

واعلم أنّ هذه المسألة تتفرّع على القاعدة الثانية أيضاً؛ لأنّ العشرة غير مبينة الجنس، لكنّه لما استثنى الدرهم منها، والاستثناء إخراج ما لولاه لدخل، وكان الأصل في الاستثناء كونه من الجنس دلّ على أنّ العشرة دراهم. ولو قلنا: إنّ المنقطع حقيقة لم يكن إقراراً بتسعة، بل إن فسّر العشرة بالدراهم.

قوله: «ولو قال: ما له عندي شيء إلا درهم، كان إقراراً بدرهم» إلى آخره.

لما كان الاستثناء من النفي إثباتاً، فقوله «ما له عندي شيء» يقتضي عدم ثبوت شيء في ذمته له البتّة، فإذا قال: «إلا درهم» فقد أقرّ بالدرهم. وكذا لو قال: «ما له عشرة إلا درهم» بالرفع. والأصل في المستثنى من النفي التام أن يكون مرفوعاً، كما أنّه من الموجب منصوب. فإذا رفعه دلّ على كون العشرة منفيّة، والدرهم مستثنى منها مثبتاً. وإذا نصبه دلّ على كون المستثنى منه موجباً. ولما كانت الصورة هنا كونه منفيّاً حمل على وجه يوجب الإيجاب، بجعل النفي داخلاً على مجموع المستثنى والمستثنى منه، فكأنّه قال: المقدار الذي هو عشرة إلا درهماً ليس له عليّ، والمراد: ليس له عليّ تسعة؛ لأنّ العشرة إلا درهماً في قوّة تسعة، فقد نفى ثبوت التسعة.

كذا وجه جماعة^١ منهم الشهيد في شرح الإرشاد^٢ والشيخ علي في شرحه^٣. وفيه نظر بين؛ لأنّ المستثنى من المنفيّ التام يجوز رفعه ونصبه باتفاق النحاة، وإن كان الرفع أكثر، وقد قرئ بالنصب قوله تعالى: «وَلَا يَلْتَمِثُ مِنْكُمْ أَحَدٌ إِلَّا أَسْرَأَتْكَ»، وقوله تعالى: «مَا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلٌ مِنْهُمْ»^٥.

والوجه السديد في توجيه كونه مع الرفع إقراراً دون النصب أنّه مع الرفع يتعيّن كونه استثناء من منفيّ؛ إذ لو كان المستثنى منه موجباً لتعيّن النصب، فتعيّن أن يكون قوله «إلا درهم» مثبتاً. وأما مع النصب فيجوز كونه استثناء من منفيّ ومن موجب، وتقديرهما هنا معاً صحيح. فالأوّل يجعله استثناء من مجموع «ماله عشرة» المنفيّ فيكون إثباتاً. والثاني يجعله استثناء من قوله «عشرة» بدون النفي، ثمّ إدخال النفي على مجموع المستثنى والمستثنى منه، فكأنّه قال: «ماله عليّ تسعة». وإذا احتمل اللفظ الأمرين لم يتعيّن أحدهما، والأصل براءة الذمّة من لزوم شيء.

ويحتمل على هذا أن يلزمه درهم؛ لأنّ المتبادر من صيغ الاستثناء هو الأوّل، وأنّ الاستثناء من النفي إثبات، والثاني يحتاج فهمه إلى تكلف، خصوصاً من غير العارف بالعربيّة. إلّا أنّ الأشهر عدم اللزوم؛ لقيام الاحتمال، وأصالة البراءة.

وهذا يجري في كلّ استثناء يكون فيه المستثنى منصوباً والمستثنى منه منفيّاً، كقوله: «ليس له عليّ عشرة إلاّ خمسة». فعلى المشهور لا يكون إقراراً؛ لأنّ «العشرة إلاّ خمسة»

١. منهم الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٤١٣؛ وابن البرّاج في المهذب، ج ١، ص ٤٠٧ - ٤٠٨؛ وابن إدريس في

السرائر، ج ٢، ص ٥٠١؛ والكيزرى في إصباح الشيعة، ص ٣٣٢.

٢. غاية المراد، ج ٢، ص ١٧٦ - ١٧٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٢).

٣. جامع المقاصد، ج ٩، ص ٣١٠ - ٣١١.

٤. هود (١١): ٨١.

٥. النساء (٤): ٦٦.

● ولو قال: «له خمسة إلا اثنين وإلا واحداً» كان إقراراً باثنين. ولو قال: «عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة» كان إقراراً بثمانية.

ولو كان الاستثناء الأخير بقدر الأول، رجعا جميعاً إلى المستثنى منه، كقوله: «له عشرة إلا واحداً وإلا واحداً» فيسقطان من الجملة الأولى.

خمس، فيحتمل أن يريد به: ليس له عليّ خمس، ويحتمل لزوم خمس؛ لأنّ الاستثناء من النفي إثبات. هذا إذا وقف على الخمسة ولم يظهر فيها الإعراب. أمّا لو رفعها فلا إشكال في لزوم الخمسة. ومع نصبها الوجهان. وهذا بخلاف استثناء الدرهم، فإنّ إعرابه يظهر وإن وقف.

قوله: «ولو قال: له خمسة إلا اثنين وإلا واحداً، كان إقراراً باثنين» إلى آخره.

الضابط في هذه المسائل ونظائرها أنّه مع تعدّد الاستثناء إن كان متعاطفاً، أو الثاني مستغرقاً لما قبله سواء ساواه أم زاد عنه، رجع الجميع إلى المستثنى منه. وإن كان الثاني أقلّ من سابقة ولم يكن معطوفاً عليه، عاد التالي إلى متلوه لا إلى الأول.

فالأول كقوله: «له عليّ خمس إلا اثنين وإلا واحداً» فيكون المستثنى ثلاثة وهي منفيّة؛ لأنّ المستثنى منه مثبت، فيكون الإقرار باثنين.

والثاني كقوله: «له عشرة إلا واحداً وإلا واحداً» فيكون استثناء من العشرة المثبتة، فيكون الإقرار بثمانية. ومثله ما لو قال: «عشرة إلا ثلاثة إلا أربعة» فيكون الإقرار بثلاثة؛ لأنّها الباقية بعد السبعة المستثناة بالأمرين.

هذا إذا لم يحصل بالاستثناء المتعدّد استغراق المستثنى منه، وإلا بطل ما يحصل به الاستغراق، كما لو قال في الأول: له عليّ عشرة إلا ستّة وإلا أربعة، فيبطل استثناء الأخير خاصّة؛ لأنّه يستغرق، ويثبت أربعة. أو قال في الثاني: «له عشرة إلا خمسة إلا خمسة» فيبطل استثناء الخمسة الثانية ويكون إقراراً بخمس. وكذا لو قال: له عشرة إلا ثلاثة إلا سبعة، فيكون إقراراً بسبعة؛ لبطان استثناء السبعة.

ولو تعدّد ولم يتعاطف ولا استغرق التالي رجع كلّ تال إلى متلوّه، سواء كان قد ابتدأ بالنفي أم بالإثبات، وصار الاستثناء الأوّل مضاداً للمستثنى منه في النفي والإثبات، وما بعده مضاداً له، وهكذا. فإذا قال: «له عليّ عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة» فهو إقرار بشمانية؛ لأنّ العشرة مثبتة والخمسة منفيّة فيبقى خمسة، والثلاثة مثبتة فتضاف إلى الخمسة الباقية يصير المقرّ به ثمانية.

ولو ابتدأ بالنفي فقال: «ما له عليّ عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة» فالإقرار باثنتين؛ لأنّ الخمسة مثبتة من المنفيّ والثلاثة منفيّة من الخمسة فيبقى من المقرّ به اثنان. وقس على هذا ما يرد عليك من الفروض.

فلو قال: «له عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة» وهكذا إلى الواحد لزمه خمسة؛ لأنّ العشرة مثبتة فإذا استثنى منها تسعة كانت منفيّة فبقي من العشرة واحد، فبالاستثناء الثاني صار المثبت تسعة؛ لأنّ الثمانية مثبتة، وبالثالث بقي من المستثنى منه اثنان لا زمان، وبالرابع صار ثمانية، وبالخامس بقي ثلاثة، وبالسادس صار سبعة، وبالسابع بقي أربعة، وبالثامن صار ستّة، وبالتاسع بقي خمسة. والضابط أن يسقط المستثنى الأوّل من المستثنى منه، ويجبر الباقي بالثاني، ويسقط الثالث ويجبر بالرابع، وهكذا.

ولك طريق آخر هو أن تسقط مجموع الأفراد من مجموع الأزواج فالمقرّ به الباقي، وذلك لأنّ الأزواج في هذا الفرض كلّها مثبتة والأفراد منفيّة، فيكون بمنزلة من أقرّ بمجموع الأزواج واستثنى منه مجموع الأفراد، فيكون الإقرار بما بقي من الأزواج وهو خمسة؛ لأنّ المجتمع منها ثلاثون ومن الأفراد خمسة وعشرون.

ولك طريق ثالث، وهو أن تحطّ الأخير ممّا يليه، ثمّ باقيه ممّا يليه، وهكذا إلى الأوّل، فالمقرّ به الباقي. فإذا أسقطت واحداً من اثنين بقي واحد، أسقطته من ثلاثة يبقى اثنان، أسقطتهما من أربعة يبقى اثنان، أسقطتهما من خمسة تبقى ثلاثة، أسقطتها من ستّة تبقى ثلاثة، أسقطتها من سبعة تبقى أربعة، أسقطتها من ثمانية تبقى أربعة، أسقطتها من تسعة

تبقى خمسة، أسقطتها من عشرة تبقى خمسة، فهو المقرّ به.

وبقي هنا فرضان - ذكرهما الشهيد في الشرح^١ والدروس^٢ ولا يخلو حكمهما من إشكال بالنظر إلى تطبيقهما على القواعد السابقة المشهورة -:

أحدهما: أن تعكس الفرض فتقول: له عليّ عشرة إلّا واحداً إلّا اثنين إلّا ثلاثة إلّا أربعة إلى التسعة، فقال: يلزمه واحد. قال: لأنّ بالأوّل لزمه تسعة وبالثاني سبعة وبالثالث أربعة؛ لأنّ هذه الثلاثة كلّها منفيّات؛ إذ ليس التالي^٣ منها أنقص من الأوّل فصارت كجملة واحدة، فبالرابع أثبت منها أربعة فصار المقرّ به ثمانية، وبالخامس بقي ثلاثة، وبالسادس صار تسعة، وبالسابع بقي اثنان، وبالثامن كمل عشرة، وبالتاسع بقي واحد.

ووجه الإشكال فيه أنّ الاستثناء المستغرق لما قبله يرجع معه إلى المستثنى منه كما مرّ، وهو قاعدة متفق عليها، والمستثنى في هذا الفرض^٤ كلّها على هذا النهج، وبالرابع منها وما بعده يحصل استغراق المستثنى منه، وذلك يقتضي بطلان الرابع وما بعده.

وقد تخلّص (رحمه الله) من ذلك بجمع الثلاثة الأوّل من حيث اتّفاقها في الحكم وجعلها كاستثناء واحد، ومعه يصحّ ما ذكره. لكن إثبات ذلك لا يخلو من إشكال.

وطريقه على الضابط الأوّل أن يسقط المستثنى منه الأوّل وهو الثلاثة الأوّل - ومجموعها ستة - من المستثنى منه، ويجبر الباقي - وهو أربعة - بالرابع يصير ثمانية، ويسقط منها الخامس ويجبر الباقي - وهو ثلاثة - بالسادس يصير تسعة، ويسقط منها السابع ويجبر الباقي - وهو اثنان - بالثامن يصير عشرة، يسقط منها التاسع يبقى واحد وهو المقرّ به.

١. غاية المراد، ج ٢، ص ١٧٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٢).

٢. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٣٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١١).

٣. في بعض النسخ: «الثاني» كما في غاية المراد.

٤. في «خ»: «هذه الفروض» بدل «هذا الفرض».

وعلى الثاني تسقط الأعداد المنفية وهي سبعة وعشرون - وهي الأفراد، ويضاف إليها الاثنان - من المثبتة - وهي الأزواج بإسقاطهما، وذلك ثمانية وعشرون - يبقى واحد هو المقرّ به. وأمّا الطريقة الثالثة فلا تأتي هنا؛ إذ لا يمكن إسقاط الأخير ممّا يليه؛ لأنّه يزيد عليه.

والفرض الثاني: إلحاق الثاني بالأوّل بأن قال: له عشرة إلا تسعة، إلى الواحد، فلمّا انتهى إليه قال: إلا اثنين إلا ثلاثة إلى التسعة. واللازم فيه واحد أيضاً، والتقريب ما تقدّم.

وضابطه أن تضمّ الأزواج الثانية - وهي الاثنان والأربعة إلى الثمانية، وجملتها عشرون - إلى الثلاثين السابقة، وتجمع الأفراد إلى الأفراد تبلغ تسعاً وأربعين، فإذا أسقطتها من الخمسين بقي واحد^١.

لكن هذا إنّما يتمّ إذا جعلنا جميع الأزواج مثبتة والأفراد منفية. ويشكل بأنّه لمّا بلغ إلى الواحد كان منفيّاً من الستّة المتخلّفة، فلمّا قال: «الإثنين» كان مستغرقاً لما قبله، ومقتضى القاعدة رجوعهما معاً إلى السابق، بل الثالث أيضاً؛ لأنّه إن استثنى من الثاني أو المجتمع منه ومن الأوّل استغرق.

وإنّما يتمّ ما ذكره إذا جعلنا جملة الأزواج مثبتة مستثنى منها، وجملة الأفراد منفية مستثناة، ويكون جملة الكلام بمنزلة إقرار واحد بخمسين استثنى منه تسعة وأربعين، كما أشرنا إليه سابقاً. ويصير جملة الكلام في قوّة قوله: عشرة يخرج منها تسعة، ويضمّ إليها ثمانية، ويخرج منها سبعة، ويضمّ إليها ستّة، إلى آخره، من غير نظر إلى استغراق التالي لمتلوه.

إلّا أنّ هذا لا يتمشّي على القواعد المقرّرة في تعدّد الاستثناء. وينافي أيضاً تقريره فيما

١. غاية المراد، ج ٢، ص ١٧٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٢).

● ولو قال: «فلان هذا الثوب إلّا ثلثه» أو «هذه الدار إلّا هذا البيت» أو «الخاتم إلّا هذا الفصّ» صحّ وكان كالاستثناء، بل أظهر.

● وكذا لو قال: «هذه الدار لفلان والبيت لي» أو «الخاتم والفصّ لي» إذا اتّصل الكلام.

إذا بدأ الاستثناء بالواحد وختمه بالتسعة، فإنّه جعل الثلاثة الأولى منفية من حيث إنّ كلّ واحد منها مستغرق لما قبله.

ومحصّل العذر في ذلك أنّ الاستثناءات المتعدّدة إذا اجتمعت من جنس واحد يضمّ بعضها إلى بعض ويخرج ما بعدها منها جمع، فإن تمّ ذلك وما ذكرناه من مراعاة المجموع مع المجموع صحّت الفروض ونظائرها، وإلّا فلا.

قوله: «ولو قال: لفلان هذا الثوب إلّا ثلثه، أو: هذه الدار إلّا هذا البيت» إلى آخره. الاستثناء في هذه الأشياء من الأعيان، وهو عندنا صحيح كالاستثناء من الأعداد الكليّة. فإذا قال: «لزيد هذه الدار إلّا هذا البيت» أو «هذا القميص إلّا كمّته» أو «هذه الدراهم إلّا هذا الدرهم» أو «هذا القطيع إلّا هذه الشاة» ونحو ذلك صحّ الاستثناء؛ لوجود المقتضي، ولأنّ الكلام كالجملة الواحدة لا يتمّ إلّا بآخره.

وخالف في ذلك بعض الشافعيّة فمنع منه؛ استناداً إلى أنّ الاستثناء المعهود هو الاستثناء من الأعداد المطلقة دون المعيّنة^١، ولأنّه إذا أقرّ بالمعّين كان ناصباً على ثبوت الملك فيه فيكون الاستثناء بعده رجوعاً.

وأجيب بأنّ تعريف الاستثناء يتناول المتنازع. والنصّ على ملك المجموع ممنوع؛ لأنّ المطلوب هو ما بعد الاستثناء، مع أنّ ما ذكره وارد في غير المعّين.

قوله: «وكذا لو قال: هذه الدار لفلان والبيت لي أو: الخاتم والفصّ لي» إلى آخره. الكلام في إلحاق هذه الأمثلة ونظائرها بالاستثناء حقيقة أو حكماً مبنيّ على تعريف

● ولو قال: «هذه العبيد لزيد إلّا واحداً» كُلف البيان، فإن عيّن صحّ. ولو أنكر المقرّ له كان القول قول المقرّ مع يمينه.
وكذا لو مات أحدهم وعيّن الميّت قبل منه. ومع المنازعة، فالقول قول المقرّ مع يمينه.

الاستثناء، فمن عرّفه بأنه إخراج ما لولاه لدخل بـ«إلّا» وأخواتها فما ذكر ليس باستثناء؛ إذ لم يخرج ما أريد إخراجَه بشيء من أدواته، لكنّه في حكم الاستثناء من حيث إنّ الكلام لا يتمّ إلّا بآخره، والمقرّ به هو ما عدا البيت من الدار ونظائره. وبعض الأصوليين عرّفه بأنه الإخراج بـ«إلّا» أو بما كان نحو «إلّا» في الإخراج؛ لتدخل فيه هذه الأمثلة ونظائرها^٢، ومثل ما لو قال: عليّ ألف وأحطّ منها مائة أو استثنيتها ونحو ذلك، فيكون ذلك كلّ من أفراد الاستثناء. ولا إشكال في قبول الإخراج على التقديرين، إنّما الكلام في مدرّكه هل هو الاستثناء أو أمر آخر؟

قوله: «ولو قال: هذه العبيد لزيد إلّا واحداً كُلف البيان» إلى آخره.

هذه من فروع الاستثناء من المعيّن مع كون المستثنى غير معيّن. وهو صحيح أيضاً، للعموم^٣. ويرجع إليه في تعيين مبهم المستثنى كما يرجع إليه في مبهم الإقرار، فإذا فسره قبل؛ لأصالة البراءة ممّا زاد عليه، سواء عيّن الحيّ منهم أم الميّت؛ لأنّ الميّت كان داخلاً في أحادهم حين الإقرار. فإن ادّعى المقرّ له خلاف ما عيّنه فليس له سوى إحلافه على أنّ المستحقّ هو ما عيّنه. وفي قول لبعض العامّة أنّه لا يقبل تفسيره بالمّيّت؛ للثمة^٤، وندرة هذا الاتفاق.

١. كالشيخ في العدة في أصول الفقه، ج ١، ص ٣١٦ و٣١٧؛ والمحقّق الحلّي في معارج الأصول، ص ٩٢.

٢. راجع الإحكام في أصول الأحكام، ج ٢، ص ٤٩٢؛ ومبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص ١٣٢.

٣. النساء (٤): ١٣٥؛ معاني الأخبار، ص ١٩١، باب معنى مكارم الأخلاق، ح ١؛ الأمالي، الصدوق، ص ٢٣١.

ح ١٠؛ كنز الفوائد، الكراچكي، ج ٢، ص ٣١.

٤. راجع الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٧؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٢٨٠ - ٢٨١، المسألة ٣٨٢٢؛

وروضة الطالبين، ج ٤، ص ٥٦.

التفريع على الثانية:

● إذا قال: «له ألف إلا درهماً» فإن معناها الاستثناء من غير الجنس فهو إقرار بتسعمائة وتسعة وتسعين درهماً. وإن أجزأه كان تفسير الألف إليه، فإن فسرها بشيء يصح وضع قيمة الدرهم منه صح. وإن كان يستوعبه قيل: يبطل الاستثناء؛ لأنه عقب الإقرار بما يبطله فيصح الإقرار ويبطل المبطل. وقيل: لا يبطل، ويكلف تفسيره بما يبقى منه بقيّة بعد إخراج قيمة الدراهم.

قوله: «إذا قال: له ألف إلا درهماً - إلى قوله - بعد إخراج قيمة الدراهم».

إذا قال: له ألف إلا درهماً، فإن معناها من الاستثناء من غير الجنس أو قلنا إنه مجاز لا حقيقة، وجب حمل الألف على الدراهم؛ لأن إخراج الدرهم منها دال على كونها من جنسه؛ لأنه على هذا التقدير إخراج ما لولاه لدخل في اللفظ، فدل على أن الدرهم كان من أفراد الألف لولا إخراجها بالاستثناء.

وإن قلنا إن الاستثناء من غير الجنس حقيقة، سواء جعلناه متواطئاً أم مشتركاً، كانت بقيّة الألف محتملة؛ لكونها دراهم وغيرها، فيرجع إليه في تعيينها؛ لعدم دليل يدل على إرادة بعض أفراد المشترك أو المتواطئ؛ لأنه مشترك اشتراكاً معنوياً. فإذا فسّر بقيّة الألف بشيء كالجوز نظر في قيمتها عند الإقرار لا عند التفسير ووضع منها الدرهم المستثنى، فإن بقي من قيمته بقيّة متمولة ليتوجه الإقرار إليها صح. وإن استوعب الدرهم قيمته كان الاستثناء مستغرقاً فلا يُسمع. وهل يبطل الاستثناء حينئذٍ ويثبت الألف من ذلك الجنس الذي عيّنه، أم يبطل التفسير خاصةً ويكلف تفسير الألف بشيء آخر ويعتبر بما اعتبر به الأول؟ قولان^١، منشؤهما أن

١. القول بصحة الاستثناء للعلامة في إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤١٤ - ٤١٥؛ ومختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٤٠، المسألة ٢٤٩.

والقول ببطلان الاستثناء لفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٥٤؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٣٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١)؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٩، ص ٣٠٢.

● ولو قال: «له ألف درهم إلا ثوباً» فإن اعتبرنا الجنس بطل الاستثناء. وإن لم نعتبره كلّفنا المقرّر بيان قيمة الثوب، فإن بقي بعد قيمته شيء من الألف صحّ، وإلا كان فيه الوجهان.

الإقرار في نفسه صحيح وإنما طرأ عليه المبطل بالتفسير الذي ذكره؛ فيلغو ويبقى الإقرار مع الاستثناء موقوفاً لعدم المانع من نفوذه، وأصالة صحّة إقرار العقلاء على أنفسهم^١، فيرجع الأمر فيه إلى أوّله ويطلب بتفسير آخر، وهلمّ جرّاً.

من أن التفسير بيان للألف التي أقرّ بها أولاً مبهمّة ووقع الإقرار بها صحيحاً، فكان التفسير لها بمنزلتها، فهو وإن كان متأخراً إلا أنه في قوّة المتقدم؛ لأنه كشف عن حقيقة ما أقرّ به أولاً، لا أحدث أمراً جديداً لم يكن حتى يقال: إنه متأخّر فيلغو، وإنما المتأخّر الاستثناء وقد وقع مستغرقاً فيبطل، ويلزمه الألف المفسّرة غير مستثنى منها شيء. وبهذا يظهر أن بطلان الاستثناء أظهر.

قوله: «ولو قال: له ألف درهم إلا ثوباً» إلى آخره.

إذا قال: «له ألف درهم إلا ثوباً» فقد صرّح بالاستثناء المنقطع، فإن قلنا إنه باطل من أصله - كما هو القول النادر^٢ - لغا الاستثناء ولزمه الألف تامّة.

وإن قلنا بأنّه جائز على وجه الحقيقة صحّ الاستثناء، ورجع إليه في بيان قيمة الثوب، واعتبر فيها عدم الاستغراق للمستثنى منه على قاعدة الاستثناء، فإن بقي منها شيء صحّ، وإلا ففي بطلان الاستثناء أو التفسير للقيمة الوجهان السابقان.

وإن قلنا: إن الاستثناء المنقطع مجاز فقد صرّح بإرادة المجاز، فلا إشكال في صحّته من هذا الوجه، ورجع إليه أيضاً في بيان قيمة الثوب. لكن هل يعتبر فيها عدم استغراق الألف؟ ظاهر كلام المصنّف وكثير ذلك؛ لأنّهم بنوه على القول بصحّة الاستثناء الشامل للحقيقة

١. تقدّم تخريجه في ص ٢٩٨، الهامش ١.

٢. راجع المعنى المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٢٧٧، المسألة ٣٨١٨ و ٣٨١٩.

والمجاز، بل هو في الثاني أظهر؛ لأنّه القول الأشهر.

ويشكل بأن الاستثناء المنقطع لا يقتضي الإخراج و«إلا» فيه بمعنى «لكن» كما صرحوا به في فته^١، فلا مانع حينئذٍ من استغراقه ويكون بمنزلة جملتين إحداهما إقرار والأخرى إثبات أمر آخر. ولا إشكال في عدم ثبوت الزائد منه عن^٢ المستثنى منه؛ لأنّ الزائد محض دعوى، وإنما الكلام في المساوي.

لكنّه مع ذلك يشكل باستلزامه مع الاستغراق إلغاء الإقرار، بل قد ذكر بعض الأصوليين والفقهاء أنّ الاستثناء في المثال المذكور متصل وأنّ المراد منه قيمة الثوب، فكأنّه استثنى من ألف درهم دراهم بقدر القيمة، فاعتبر فيه عدم الاستغراق كالمتمصل^٣. وهذا متّجه.

واعلم أنّ جماعة من الأصوليين صرحوا باتّفاق علماء الأمصار على صحّة الإقرار في قوله «له ألف درهم إلاّ ثوباً»، وجعلوه دليلاً على صحّة الاستثناء المنقطع^٤. ومقتضى كلام المصنّف (رحمه الله) وتلميذه العلامة^٥ بناء الجواز على الخلاف المذكور وأنّ المانع من الاستثناء المنقطع منع منه. وعلى هذا لا يتمّ الاستدلال المذكور؛ لأنّه عين المتنازع.

واعلم أيضاً أنّه يتصوّر صحّة الإقرار بألف يستثنى منه ثوب شرعاً، بأن يكون للمقرّ له على المقرّ ألف فيدفع إليه ثوباً قضاءً ولا يحاسبه عليه، فيكون قد خرج عن ذمّته من الألف مقدار قيمة الثوب، فيقرّ على هذه الصورة.

١. كتاب سيبويه، ج ٢، ص ٣٣٠ و ٣٣١: الإحكام في أصول الأحكام، ج ٢، ص ٥٠٠: العدة، أبو يعلى، ج ٢، ص ٦٧٦: ميزان الأصول، السمرقندي، ج ١، ص ٤٥٧.

٢. في بعض النسخ: «غير» بدل «عن».

٣. راجع جامع المقاصد، ج ٩، ص ٣٠٣ - ٣٠٤؛ والإحكام في أصول الأحكام، ج ٢، ص ٤٩٧؛ والبحر المحيط في أصول الفقه، ج ٢، ص ٤٢٧.

٤. راجع مختصر المنتهى، ابن العاجب، ج ٢، ص ١٣٢.

٥. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٣٠.

● ولو كانا مجهولين كقوله «له ألف إلا شيئاً» كلف تفسيرهما، وكان النظر فيهما كما قلناه.

قوله: «ولو كانا مجهولين كقوله: له ألف إلا شيئاً، كلف تفسيرهما» إلى آخره.

كما يصح الإقرار بالمجهول واستثناء المجهول، يصح الجمع بينهما. فإن فسّرهما بجنس واحد، بأن ادعى كون الألف دراهم والشيء عشرة منها مثلاً، فلا إشكال في القبول؛ لأن كلاً منهما مجمل يرجع إليه في بيانه، وقد أقر بما يقتضي كون الاستثناء متصلاً. وإن فسّرهما بمختلفين، بأن جعل الألف جوزاً والشيء درهماً، بني على صحة الاستثناء المنقطع وعدمه، فإن أبطلناه صحّ تفسير الألف، وجاء في بطلان الاستثناء أو التفسير الوجهان. وإن صحّحناه على وجه الحقيقة صحّحاً معاً، واعتبر في الدرهم عدم الاستغراق. وإن صحّحناه على وجه المجاز احتمل قبول تفسيره به كما يصح لو صرح بهما مختلفين ابتداءً؛ لأنّ التفسير بيان للواقع أولاً لا لإحداث حكم كما مرّ. وقد تقدّم أنّه مع التصريح بإرادة المنفصل يقبل.

ويحتمل العدم؛ لأنّ الإطلاق الأوّل منزّل على الحقيقة، وإنّما يرجع إليه في تفسير المجمل بما يوافق الحقيقة لا بما يخالفها.

وذهب جماعة^١ منهم الشهيد في الدروس^٢ والعلامة^٣ إلى قبول تفسيره بالمنقطع مطلقاً مع حكمهم بأنّه مجاز، حتّى حكموا فيما لو قال: «له ألف درهم إلا ثوباً» أنّه لو فسّر الألف بالجوز قبل^٤. ولا يخلو من نظر.

ولو اقتصر في مسألتنا على تفسير أحدهما، فإن أبطلنا المنفصل أو جعلناه مجازاً تبعه الآخر في التفسير حملاً على الحقيقة. ولو أخبر بإرادة المنفصل ففي قبوله ما مرّ.

١. منهم الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٤١١.

٢. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٣٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١١).

٣. إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤١٤.

٤. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٣٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١١).

التفريع على الثالثة:

- لو قال: «له درهم إلا درهماً» لم يُقبل الاستثناء.
- ولو قال: «درهم ودرهم إلا درهماً» فإن قلنا: الاستثناء يرجع إلى الجملتين كان إقراراً بدرهم. وإن قلنا: يرجع إلى الأخيرة - وهو الصحيح - كان إقراراً بدرهمين وبطل الاستثناء.

ولو كانا مجهولين من كل وجه، بأن لا يذكر العدد بل قال: له شيء إلا شيئاً أو مال إلا مالاً، رجع إليه في تفسيرهما أيضاً، وروعي في الاستغراق والاتصال ما قرّرناه في السابقة. واعتبر مع ذلك في الأول زيادته عن أقلّ متمولٍ ليستثني منه أقلّ متمولٍ تبقى منه بقية تكون متمولة.

وقال بعض العامة: إن هذا الاستثناء مستوعب نظراً إلى صورة لفظه، فيبطل الاستثناء ويجب أقلّ متمول^١.

وليس بذلك؛ لأنّ كلاً من المستثنى والمستثنى منه صالح للقليل والكثير، فجاز كون الأول مساوياً للثاني وغير مساو، فالاستغراق غير لازم. وتظهر الفائدة مع اتفاقهما في الحكم بقبول أقلّ متمول: أنّه على قولنا يحتاج إلى تفسير الأمرين، ويتفرّع عليهما الجنس والاستغراق وعدمهما، وعلى قوله يقتصر على تفسير الأول من غير نظر إلى غيره.

قوله: «لو قال: له درهم إلا درهماً، لم يُقبل الاستثناء». لأنّه مستغرق، فيثبت الدرهم ويبطل الاستثناء. ولو ادّعى الغلط وأراد استثناء غيره لم يسمع منه.

قوله: «ولو قال: له درهم ودرهم إلا درهماً» إلى آخره. اختلف الأصوليون في الاستثناء الواقع بعد جمل متعدّدة هل يرجع إلى الأخيرة أو إلى

الجميع؟ على أقوال: أجودها عند المصنّف (رحمه الله) عوده إلى الأخيرة^١؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة، ولأنّ الظاهر أنّه لم ينتقل عن الجملة حتّى يتمّ غرضه منها. وينبغي تقييده بما إذا لم تدلّ القرينة على عوده إلى الجميع، كما لو كان اسم الأولى أو حكمها مضمراً في الثانية، كقوله: أكرم الفقهاء واخلع عليهم إلاّ الفسقة، أو أكرم الفقهاء والزهاد إلاّ المبتدعة، فيعود إلى الجميع.

وقيل: يعود إلى الجميع مطلقاً إلاّ مع قرينة تدلّ على اختصاصه بالأخيرة؛ لاقتضاء العطف المشاركة في الحكم^٢.

وقد فرّع المصنّف على الخلاف ما إذا قال: «له درهم ودرهم إلاّ درهماً» فإن قلنا برجوع الاستثناء إلى الجميع صحّ ولزمه درهم؛ لأنّه حينئذٍ في قوّة قوله: «له درهمان إلاّ درهماً» فلا يكون الاستثناء مستغرقاً. وإن قلنا بعوده إلى الأخيرة - كما اختاره المصنّف - بطل الاستثناء لاستغراقه، ولزمه درهمان. وإلى ذلك ذهب جماعة من الأصحاب منهم الشيخ^٣ وابن إدريس^٤.

وذهب العلامة في المختلف والتذكرة^٥ إلى بطلان الاستثناء، سواء قلنا بعوده إلى الجميع أم إلى الأخيرة؛ محتجاً بأنّ صحّة الاستثناء هنا تستلزم التناقض والرجوع عن

١. وهو أيضاً قول العلامة في مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص ١٣٦؛ ونهاية الوصول إلى علم الأصول، ج ٢، ص ٢٦٦؛ وهكذا أبو حنيفة وأصحابه، حكاه عنهم السيّد المرتضى في الذريعة إلى أصول الشريعة، ج ١، ص ٢٤٩.
٢. القول بالرجوع إلى الجميع للشيخ الطوسي وأيضاً حكاه عن الشافعي وأصحابه في العُدّة في أصول الفقه، ج ١، ص ٣٢٠ - ٣٢١.
٣. المبسوط، ج ٢، ص ٤١٢.
٤. السرائر، ج ٢، ص ٥٠٤.
٥. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٢٩، المسألة ٢٢٨؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٣٩٩، المسألة ٩٦٠.

الاعتراف؛ لورود الإقرار على الدرهم بلفظ يفيد النصوصية، فلم يصح إخراج أحدهما بعد أن نص على ثبوته، كما لو قال: جاء زيد المسلم وعمرو المسلم وخالد المسلم إلاً زيداً، بخلاف ما لو قال: «له درهمان إلاً درهماً» فإنه يكون قد تجوز في الدرهمين فلا يكون نقضاً، كما لو قال: «جاء المسلمون إلاً زيداً»؛ لأنّ لفظ الجمع والتثنية صالح لما عدا بعض الأفراد فجاز الاستثناء.

وأجيب بأنّ التجوز عن نصف الدرهم بدرهم صحيح لصحة قولنا: «له درهم إلاً نصفه» فكأنه استثنى من كلّ درهم نصفه، ونصفا درهم درهم؛ وذلك؛ لأنّ دلالة لفظ «الدرهم» على مسماه ليست كدلالة «زيد» العَلَم على مسماه؛ إذ لا يمكن أن يراد بالاسم بعض مسماه، بخلاف إرادة البعض من الجميع؛ لصحة إطلاق اسم الكلّ على الجزء مجازاً شائعاً، فلا يلزم النقض، بل غاية التجوز في إطلاق كلّ من الدرهمين على بعضه. وبأنّ «واو» العطف بمثابة ألف التثنية عند النحاة والأصوليين، فكأنه قال: «له درهمان إلاً درهماً»؛ لأنّ الاستثناء من العين صحيح عنده مع قيام احتمال التناقض فيه مثل: «له هذا الدرهم إلاً نصفه».

وربما قيل بصحة الاستثناء المذكور وإن قلنا بعود الاستثناء إلى الجملة الأخيرة؛ لأنّ الاستثناء إنما يختصّ بالأخيرة إذا لم يستغرق، وأمّا معه فيجب عوده إلى الجميع، كما يجب عوده إلى المستثنى منه لو كان مستغرقاً للاستثناء؛ نظراً إلى القرينة التي أشرنا إلى تقييد القول بعوده إلى الأخيرة بعدمها. ووجه القرينة أن إلغاء الاستثناء ومخالفة قوله أشدّ مخالفة للأصل من عوده إلى الجميع، فيجب صونه عن الهذرية^٢.

وفيه: أن القول بتقييد عوده إلى الأخيرة بالقرينة إنباتاً أو نفيّاً قول آخر غير ما أطلقه المصنّف (رحمه الله) كما أشرنا إليه. وكيف كان فالوجه صحة الاستثناء في هذه الصورة.

١. المجيب هو الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٣٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. جامع المقاصد، ج ٩، ص ٣٠٦.

النظر الثاني في المقرّ

- ولا بدّ أن يكون مكلفاً، حرّاً، مختاراً، جائز التصرف • ولا تعتبر عدالته.
- فالصبي لا يقبل إقراره ولو كان بإذن وليّه. أمّا لو أقرّ بما له أن يفعله - كالوصيّة - صحّ.
- ولو أقرّ المجنون لم يصحّ. وكذا المكره والسكران.

قوله - في المقرّ -: «ولا تعتبر عدالته».

نبّه بذلك على خلاف الشيخ حيث حكم بالحجر على غير العدل في التصرفات الماليّة المقتضي لعدم نفوذ إقراره بها^١. وقد تقدّم البحث فيه في بابه^٢.

قوله: «فالصبي لا يقبل إقراره ولو كان بإذن وليّه. أمّا لو أقرّ بما له أن يفعله - كالوصيّة - صحّ».

نبّه بقوله «ولو كان بإذن وليّه» على خلاف بعض العامّة حيث ذهب إلى نفوذ إقراره بإذن الولي^٣. وهو نادر.

نعم، لو جوّزنا وصيّته في المعروف جوّزنا إقراره بها؛ لأنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به، ولأنّ الإقرار بالوصيّة في معنى الوصيّة به ثانياً فينفذ.

قوله: «ولو أقرّ المجنون لم يصحّ. وكذا المكره والسكران».

١. راجع المبسوط، ج ٢، ص ٢٥١.

٢. تقدّم في ج ٣، ص ٥٤١.

٣. الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٤؛ المعني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٢٧١ - ٢٧٢، الرقم ٣٨١٥.

● أما المحجور عليه للسفه فإن أقرّ بمال لم يقبل، ويقبل فيما عداه كالخلع والطلاق. ولو أقرّ بسرقة قبل في الحدّ لا في المال.

لا فرق في المجنون بين كونه مطلقاً أو يأخذه أدواراً في وقت دوره. وفي معناه السكران، سواء شرب المسكر مختاراً أم لا، خلافاً لابن الجنيّد حيث قال: إنّ سكره إن كان من شرب محرّم اختار شربه أُلزم بإقراره، كما يلزم بقضاء الصلاة^١. وضعفه ظاهر. والفرق بين القضاء ونفوذ الإقرار واضح.

وكذا لا فرق في المكره بين من ضرب حتّى ألجئ إلى الإقرار، وبين من هدّد عليه بإيقاع مكروه به لا يليق بمثله تحمّله عادةً، من ضرب وشتم وأخذ مال ونحو ذلك. قوله: «أما المحجور عليه للسفه فإن أقرّ بمال لم يقبل» إلى آخره.

السفيه محجور عليه في المال خاصّةً، فلا ينفذ إقراره فيه، وينفذ في غيره كالحدّ والقصاص؛ لانتفاء التهمة فيه. وإذا فكّ الحجر عنه لا يلزمه ما أقرّ به من المال. هذا بحسب الظاهر. وأمّا بحسب الباطن فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه التخلّص ممّا لزمه منه، كما لو كان قد لزمه بغير اختيار صاحبه بأن أتلف عليه ما يضمن بالمال. ولو كان قد حصل في يده باختيار صاحبه حال الحجر - كالقرض - قال في التذكرة: لا يلزمه؛ لأنّ الحجر منع من معاملته فصار كالصبي^٢. والوجه الضمان إن باشر إتلافه كالصبي.

ولو كان إقراره حال الحجر مشتملاً على أمرين يلزمه أحدهما دون الآخر - كالسرقة - لزمه الحدّ دون المال؛ لوجود المقتضي للنفوذ في الأوّل دون الثاني. ولا يقدر تبعض الإقرار؛ إذ لا ملازمة بين الحدّ وضمان المال. فقد يجتمعان، وقد يوجد ضمان المال دون الحدّ، كما لو شهد به رجل وامرأتان أو أقرّ به مرّةً واحدةً، وقد ينعكس كما هنا.

١. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٩، ص ٥٣٤، المسألة ٢٣٥.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٥٨، المسألة ٨٤٩.

● ولا يقبل إقرار المملوك بمالٍ ولا حدٍ ولا جنابةٍ توجب أرساً أو قصاصاً. ولو أقر بمالٍ تُبَعَّ به إذا أعتق.

قوله: «ولا يقبل إقرار المملوك بمالٍ ولا حدٍ ولا جنابةٍ» إلى آخره.

لا خلاف بين علمائنا في عدم قبول إقرار العبد بمال ولا بغيره وإن كان بالغا عاقلاً؛ لأنَّه مال لغيره، فأقراره على نفسه إقرار على مولاه، وهو غيره، وإقرار الشخص على غيره غير مسموع.

وخالف في ذلك بعض العامة، فقبل إقراره بالحدِّ والقصاص في النفس والطرف دون المال^١؛ استناداً إلى أنَّ علياً عليه السلام قطع عبداً بإقراره^٢، ولقبول البيئته عليه بالإقرار أولى. وأجيب بمنع استناد القطع إلى إقراره، فجاز أن يكون اقترن بتصديق المولى. والفرق بين الإقرار والبيئته ما أشرنا إليه من تعلق الإقرار بغيره المانع من نفوذه، بخلاف البيئته^٣. ولا إشكال في نفوذ إقراره مع تصديق مولاه.

ولو أقرَّ بمال، فإن صدقه المولى وكان عين المال موجوداً - كالسرقة الموجودة - دفعت إلى المقرِّ له. وإن كانت تالفةً أو لم يصدق المولى أو كانت مستندةً إلى جنابةٍ أو إتلاف مال، تعلق بدمته يتبع به بعد العتق؛ لأنَّ ما يفعله العبد بدون إذن المولى لا يلزم المولى. والمراد بقول المصنِّف «ولا يقبل إقرار المملوك بمال» عدم نفوذه^٤ معجلاً لا عدمه مطلقاً؛ لئلا ينافي قوله بعد ذلك «تُبَعَّ به إذا أعتق».

والفرق بين المملوك والمحجور عليه للسفه - حيث نفذ بعد العتق ولم يقع لاغياً بخلاف السفه - أن المملوك كامل في نفسه معتبر القول لبلوغه ورشده، وإنما منع من نفوذ إقراره حقَّ المولى، فإذا زال المانع عمل السبب عمله، بخلاف السفه، فإنَّ عبارته في المال

١. راجع الأتم، ج ٣، ص ٢٦٨؛ والحاوي الكبير ج ٧، ص ٦؛ وروضة الطالبين ج ٤، ص ٥-٦.

٢. أورده العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٥٩. ذيل المسألة ٨٥٠.

٣. راجع تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٥٩. المسألة ٨٥٠.

٤. في بعض النسخ والحجريَّة: «عدم قبوله» بدل «عدم نفوذه».

● ولو كان مأذوناً في التجارة فأقرّ بما يتعلّق بها قُبِلَ؛ لأنّه يملك التصرف فيملك الإقرار. ويؤخذ ما أقرّ به ممّا في يده. وإن كان أكثر لم يضمنه مولاه، وتُبِعَ به إذا أُعْتِقَ.

مسئولة شرعاً بالأصل؛ لقصوره كالصبيّ والمجنون، فلا ينفذ في ثاني الحال كما لا ينفذ إقرارهما بعد الكمال.

قوله: «ولو كان مأذوناً في التجارة فأقرّ بما يتعلّق بها قُبِلَ» إلى آخره.

إنّما قبل إقرار المأذون في التجارة؛ لأنّ تصرّفه نافذ فيما أذن له فيه منها، فينفذ إقراره بما يتعلّق بها؛ لأنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به، ولأنّه لولاه لزم الإضرار وانصراف الناس عن مدينة العبيد فيختلّ نظام التجارة.

وفي التذكرة استشكل القبول^١. وعذره واضح؛ لعموم الحجر على المملوك^٢ إلّا ما دلّ عليه الإذن وهو التجارة. وكون الاستدانة من لوازمها ممنوع. ولو سلّم افتقارها إليها في بعض الموارد فلا يدلّ على الملازمة. ولو سلّمت فاللزوم^٣ غير بيّن، فلا يدلّ الإذن فيها على الإذن فيها بالالتزام، وظاهر انتفاء دلالتها المطابقة والتضمّن.

وعلى المشهور من نفوذ إقراره فيها إنّما ينفذ في مقدار ما بيده، فلو كان أكثر لم يضمنه المولى، وتبع به بعد العتق كغيره.

واحترز بإقراره بما يتعلّق بها عمّا لو أقرّ المأذون بغصب أو إتلاف أو دين لا يتعلّق بها، فإنّه فيه كغيره.

وهل يشترط في نفوذه وقوع الإقرار حالة الإذن، أم ينفذ فيه وإن وقع الإقرار بعد زواله؟ وجهان. أظهرهما الأوّل، كما لو أقرّ الوليّ بتصرف في مال المولى عليه بعد زوال الولاية.

١. تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٦٦، المسألة ٨٥٦.

٢. النحل (١٦): ٧٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤٠، ح ١٣٩٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٠٧، ح ٧٤٩.

٣. في بعض النسخ والحجريّة: «فباللزم» بدل «فاللزوم».

- وَيَقْبَلُ إِقْرَارَ الْمَفْلَسِ. وهل يشارك المقر له الغرماء أو يأخذ حقه من الفاضل؟ فيه تردّد.
- وَتُقْبَلُ وَصِيَّةُ الْمَرِيضِ فِي الثَّلَاثِ وَإِنْ لَمْ يَجْزِ الْوَرِثَةُ. وكذا إقراره للوارث والأجنبي مع التهمة، على أظهر القولين.

ولو أقرّ المأذون بالدين ولم يبيّن سببه لم ينفذ، إلا أن يسنده إلى الوجه الموجب لقبول إقراره؛ عملاً بالأصل.

قوله: «ويقبل إقرار المفلّس» إلى آخره.

إقرار المفلّس إمّا أن يكون بدين سابق على الفلّس أو بعده، أو بعين من أعيان أمواله. ولا إشكال في نفوذ إقراره في الجملة؛ لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^١. وليس الإقرار كالإنشاء؛ لأنّ المقصود من الحجر الغاء التصرف، والإنشاء تصرف جديد، بخلاف الإقرار، فإنّه إخبار عن تصرفات سابقة، فإذا أخبر بسبقها على الحجر لم يكن متعلّقاً بها، وإن كانت بعده لم ينفذ، فهي نافذة في الجملة، بمعنى أنّ الإقرار لا يقع باطلاً. ولكن هل يشارك المقر له الغرماء أو يقدّم عليهم لو كان الإقرار بعين؟ فيه خلاف، منشؤه سبق تعلق حقهم بماله، فصار إقراره كإقرار الراهن بتعلق حق الغير بالعين المرهونة، ومن أنّ الإقرار كالبيّنة، وهي توجب تقديم حق من أقيمت له بعين ومشاركته في الدين.

والوجه عدم النفوذ في حقّ الغرماء مطلقاً، بل إن كان الإقرار بدين وفضل عن الغرماء شيء من ماله أخذ منه، وإلا انتظر يساره. وإن كان بعين، فإن فضلت دفعت إلى المقر له، وإلاّ لزمه مثلها أو قيمتها لأدائها عن دينه بأمر الشارع، فيلزمه الضمان. وقد تقدّم البحث في هذه المسألة مستوفى في باب الفلّس^٢، ولكنّه أعادها لمناسبة المقام.

قوله: «وتقبل وصيّة المريض في الثلث وإن لم يجز الورثة» إلى آخره.

١. تقدّم تخريجه في ص ٢٩٨، الهامش ١.

٢. تقدّم في ج ٣، ص ٤٨٣.

قد تقدّم البحث في أنّ وصيّة المريض من الثلث^١، ولا دخل له بهذا الكتاب. وإنّما الكلام في إقراره إذا مات في مرضه، وقد اختلف الأصحاب فيه بسبب اختلاف الأخبار ظاهراً، فقيل: ينفذ من الأصل مطلقاً^٢؛ لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^٣، ولأنّه لم يفوت الوارث شيئاً في المرض، وإنّما أخبر بما هو حقّ عليه في حال الصحّة؛ لأنّ هذا هو الفرض، إذ لو أقرّ بفعل ما يتوقّف على الثلث في المرض كالهبة فلا إشكال في كونه من الثلث، ولأنّ المريض قد يريد إبراء ذمّته من حقّ الوارث والأجنبي فلا يمكن التوصل إليه إلا بالإقرار، فلو لم يقبل منه بقيت ذمّته مشغولة، وبقي المقرّ له ممنوعاً من حقّه وكلاهما مفسدة فاقتضت الحكمة قبول قوله.

وقيدته جماعة^٤ منهم الشيخان^٥ والمصنّف والأكثر بما إذا لم يكن متّهماً، وإلا كان من الثلث.

ويدلّ على حكم الوارث صحيحة منصور بن حازم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً. فقال: «إن كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له»^٦. وعلى حكم الأجنبي صحيحة العلاء بن سيار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً؛ فلمّا حضرها الموت قالت له: إن المال الذي دفعته إليك لفلانة، وماتت المرأة، فأتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنّه كان لصاحبتنا مال لا نراه إلا عندك

١. تقدّم في ج ٥، ص ٤٤٩.

٢. راجع المراسم، ص ٢٠١؛ والسرائر، ج ٢، ص ٥٠٦.

٣. تقدّم تخريجه في ص ٢٩٨، الهامش ١.

٤. منهم ابن البرّاج في المهذّب، ج ١، ص ٤١٩؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١٤؛ والمحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ١١، ص ١٠٨.

٥. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦٦٢؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص ٦١٧-٦١٨.

٦. الكافي، ج ٧، ص ٤١-٤٢، باب المريض يقرّ لوارثه بدين، ح ٢؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٢٩، ح ٥٥٤٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٥٩، ح ٦٥٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١١١، ح ٤٢٦.

فأحلف: ما لنا قبلك شيء، أ يحلف لهم؟ فقال: «إن كانت مأمونةً عنده فليحلف، وإن كانت متَّهمةً عنده فلا يحلف، ويضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه»^١.

وذهب المصنّف في النافع إلى أن إقراره للأجنبي من الأصل مع عدم التهمة، وأمّا إقراره للوارث فمن الثلث على التقديرين^٢؛ لصحیحة إسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقرّ لوارث له وهو مريض بدين عليه، قال: «يجوز عليه إذا أقرّ به دون الثلث»^٣. ويمكن أن يكون مذهبه في هذا الكتاب كذلك، بجعل قوله: «مع التهمة» قيداً في إقراره للأجنبي القريب إليه دون الوارث.

والأقوى التفصيل فيهما، وحمل الرواية الدالّة على اعتبار الثلث على حالة التهمة، أو أنّ المراد نفوذه كذلك بغير قيد، وهو لا يتنافى توقّف غيره عليه. مع أنّ ظاهرها غير مراد؛ لأنّه اعتبر نقصان المقرّ به عن الثلث وليس ذلك شرطاً إجمالاً.

والمراد بالتهمة هنا الظنّ المستند إلى القرائن الحاليّة أو العقاليّة الدالّة على أنّ المقرّ لم يقصد الإخبار بالحقّ، وإنّما قصد تخصيص المقرّ له أو منع الوارث عن حقّه أو بعضه والتبرّع به للغير؛ فلذلك جرى مجرى الوصيّة في نفوذه من الثلث.

وقوى في التذكرة اعتبار العدالة في المريض، وجعلها هي الدافعة للتهمة^٤. ولعلّه فهمه من رواية منصور بن حازم في قوله: «إن كان الميّت مرضياً».

والحقّ حمل التهمة على معناها لغةً وعرفاً، والرواية لا تنافي ذلك، ولأنّ التهمة بهذا

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٦٢، باب النوادر، ح ١١؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٢٩، ح ٥٥٤٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٤، ح ١٠٨٨؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١١٢، ح ٤٣١.

٢. المختصر النافع، ص ٢٦٩.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٤٢، باب المريض يقرّ لوارث بدين، ح ٤؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٢٨ - ٢٢٩، ح ٥٥٤٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٦٠، ح ٦٥٩؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١١٢، ح ٤٢٩.

٤. تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٦٩ - ٢٧٠، المسألة ٨٦٠.

● ويقبل الإقرار بالمبهم ويلزم المقرّ بيانه، فإن امتنع حُسِسَ وَضِيّقَ عليه حتّى يُبَيِّنَ. وقال الشيخ (رحمه الله): يقال له: إن لم تفسّر جعلت ناكلاً، فإن أصرّ أحلف المقرّ له.

المعنى قد تجمّع العدالة؛ لأن مناطها الظنّ بما ذكر وهو لا يرفع العدالة المبنية^١ على الظاهر التي لا تزول بالظنّ، وقد تنتفي عن غير العدل. وفي الأخبار ما يدلّ صريحاً على أنّ المراد بها ما ذكرناه^٢.

وحيث كان المعتبر فيها ذلك فلا يتوقّف الإقرار على الثلث إلّا مع ظهورها فيه، ومع الشكّ يرجع إلى أصالة عدمها، وأصالة صحّة إخبار المسلم، وعموم جواز إقرار العقلاء. ووافق في التذكرة على ذلك مع اشتراط العدالة؛ مستدلاً بأصالة ثقة المسلم وعدالته^٣. وهذا الاستدلال غريب على أصله.

ولو ادّعاها الوارث على المقرّ له فالقول قول المقرّ له مع يمينه، ويحلف على عدم العلم بها لا على العلم بعدمها؛ لأنّه حلف على نفي فعل الغير. ويكفي في الحكم للمقرّ له بالحقّ مجرد الإقرار، مع ظهور المانع من صحّته، وإن لم يعلم صحّة السبب.

قوله: «ويقبل الإقرار بالمبهم ويلزم المقرّ بيانه» إلى آخره.

قد تقدّم أنّ الإقرار بالمبهم مقبول؛ لأنّ الإقرار إخبار عن حقّ سابق، والخبر قد يقع عن الشيء إجمالاً كما يقع تفصيلاً، ولأنّ المقرّ قد يكون في ذمّته حقّ لا يعلم قدره، فلا بدّ له من طريق موصول إلى التخلّص منه، ومبدؤه الإقرار ليقع الصلح بعد ذلك بما يتفقان عليه، بخلاف الإنشاء، فإنّه لا ضرورة فيه إلى تحمّل الجهالة والغرر، مع كونه هو السبب الموجب لثبوت الحقّ.

١. في «و»: «المثبتة» بدل «المبنية».

٢. وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٢٩١ - ٢٩٦، الباب ١٦ من كتاب الوصايا.

٣. تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٦٩ - ٢٧٠، المسألة ٨٦٠، وص ٢٧٢، المسألة ٨٦١.

٤. تقدّم في ص ٥٤٥.

● ولا يُقبل إقرار الصبيّ بالبلوغ، حتّى يبلغ الحدّ الذي يحتمل البلوغ.

ثمّ يلزم المقرّ بالبيان، فإن كان عالماً بقدره وفسره على الوجه الذي قرّناه سابقاً قبل. فإن امتنع من التفسير مع قدرته عليه فالأظهر أنّه يحبس حتّى يفسّر؛ لأنّ البيان واجب عليه، فإذا امتنع منه حبس عليه كما يحبس على الامتناع من أداء الحقّ. وقال الشيخ (رحمه الله): لا يحبس بل يقال له: إن لم تفسّر جعلت ناكلاً، فإن أصرّ على عدم التفسير احلف المقرّ له على ما يدّعيه^١.

هذا إذا وقع الإقرار المبهم عقيب دعوى معيّنة، بأن ادّعى أنّ له عليه ألفاً فقال: لك عليّ شيء. وأمّا إذا أقرّ ابتداءً والمقرّ له لا يعلم المقدار وإنّما استفاد الحقّ من الإقرار لم يتمّ ما ذكره الشيخ.

وكذا لا يتمّ ما ذكره المصنّف على تقدير جهلها بالحقّ، بأن قال المقرّ: لا أعلم بالمقدار وإنّما أعلم به إجمالاً، وقال المقرّ له: لا أعلم به أيضاً، فلا يتّجه الحبس ولا حلف المقرّ له، بل لا طريق حينئذٍ إلّا الصلح ونحوه.

والأقوى أنّه مع عدم دعوى الجهل بالمقدار والوصف يحبس إلى أن يبيّن؛ لأنّه مقرّ بالحقّ فلا وجه لجعله ناكلاً.

قوله: «ولا يُقبل إقرار الصبيّ بالبلوغ، حتّى يبلغ الحدّ الذي يحتمل البلوغ».

قد تقدّم في اللعان أنّ الحدّ الذي يمكن فيه البلوغ بلوغ عشر سنين^٢، فيقبل حينئذٍ إقراره بالبلوغ إن فسره بخروج المنّي، أمّا إذا فسره بالإنبات لم يُقبل؛ لإمكان العلم به بالمشاهدة؛ لأنّ محلّه ليس من العورة، وعلى تقدير كونه منها فهو مستثنى للضرورة كاستثناء رؤية الطبيب، بل للشهادة على الزنى على ما تقدّم^٣. وإن فسره بالسّن وكان محتملاً فإطلاق

١. المبسوط، ج ٢، ص ٤٠٥.

٢. تقدّم في ص ٢٣٩.

٣. تقدّم في ج ٦، ص ٥٧.

العبارة يقتضي القبول. وقيدته في التذكرة بما إذا كان غريباً أو خامل الذكر؛ لعسر إقامة البيّنة عليه كالمنّي.

والأظهر أنّه لا يقبل بدون البيّنة مطلقاً؛ لإمكان إقامتها عليه في جنس المدّعي، ولا ينظر إلى حال المدّعي وعجزه مع كون الجنس في ذاته مقدوراً. ويمكن حمل كلام المصنّف على دعوى البلوغ مطلقاً.

ووجه قبوله أنّ طريقه ممّا يرجع إليه فيه في الجملة. وهذا متّجه.

وفي الحقيقة دعوى الصبيّ البلوغ بالاحتلام وغيره أو مطلقاً ليس إقراراً؛ لأنّ الإقرار إخبار عن ثبوت حقّ عليه للغير، ونفس البلوغ ليس كذلك، ولهذا يطالب مدّعي البلوغ بالسنّ بالبيّنة، واختلفوا في تحليف مدّعيه بالاحتلام، والمقرّ لا يكلف البيّنة ولا اليمين. نعم، قد يتضمّن الإقرار من حيث إنّه يستلزم الاعتراف بالحقوق المنوطة بالبلوغ، وذلك لا يقتضي كونه نفسه إقراراً.

وأيضاً فإنّه على تقدير قبول قوله يحكم ببلوغه سابقاً على قوله، فلا يكون إقراره إقرار الصبيّ إلّا من حيث الظاهر. ولكنّ الأمر هنا أسهل؛ لجواز وصفه بالصبا من هذا الوجه، فإنّه حال الإقرار كان محكوماً بصباه، وإنّما كشف تمام إقراره عن عدم صباه، وذلك حكم متأخّر عن حالة الإقرار.

وحكم دعوى الصبيّة البلوغ بالحيض كدعوى الصبيّ الاحتلام، وبالسّنّ والإنبات يستويان، لكنّ إنّما تظهر فائدة دعواها الحيض مع الجهل بسنّها؛ إذ لو علم لم يعتبر بالدم المتقدّم على سنّ البلوغ، كما لا احتياج إلى المتأخّر عنه.

ولا يتوقّف ثبوت الاحتلام والحيض على اليمين على الأصحّ، وإلّا دار؛ لأنّ صحّة

اليمين مشروطة بكون الحالف بالغاً؛ لرفع القلم عن الصبي^١، فيتوقف على الحكم بالبلوغ، فلو توقف الحكم بالبلوغ على اليمين لزم توقف كلّ منهما على الآخر. وأجاب في الدروس بجواز كون اليمين موقوفة على إمكان بلوغه، والموقوف على يمينه هو وقوع بلوغه، فتغايرت الجهة^٢.

ويضعف بأن إمكان البلوغ غير كافٍ في اعتبار أقوال الصبي وأفعاله، فلا بدّ في الحكم بصحته من العلم بالبلوغ كنظائره من الأحكام المترتبة عليه، ويعود الدور. وأمّا الاكتفاء في اليمين بإمكان البلوغ فهو عين المتنازع ومحلّ المنع.

١. سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٥٨، ح ٢٠٤١؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ١٤١، ح ٤٤٠٢ و ٤٤٠٣؛ وبمعناه ورد في الخصال، ص ٩٤، باب الثلاثة، ح ٤٠.
٢. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٦-١١٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

النظر الثالث في المقرّ له

● وهو أن يكون له أهليّة التملّك، فلو أقرّ لهيمة لم يقبل. ولو قال: بسببها صحّ، ويكون الإقرار للمالك.

وفيه إشكال؛ إذ قد يجب بسببها مالاً يستحقّه المالك، كأروش الجنائيات على سائقها أو راكبها.

قوله: «وهو أن يكون له أهليّة التملّك، فلو أقرّ لهيمة لم يقبل» إلى آخره.

القول بكونه إقراراً للمالك على تقدير قوله: «عليّ بسبب الدابّة كذا» للشيخ (رحمه الله)؛^١ تنزيلاً للسبب على الغالب من استنجارها أو غضبها، وضمان أجرتها ومنافعها، فيكون للمالك.

والمصنّف (رحمه الله) استشكل ذلك من حيث إنّ السبب أعمّ ممّا ذكر، ومنه ما يقتضي كونه للمالك كما ذكر، ومنه ما يقتضي كونه لغيره، كأروش الجنائية اللازم لسائقها أو راكبها إذا وقعت الجنائية من الدابّة، فلا يتعيّن حمل العامّ على الخاصّ من غير قرينة تدلّ عليه. والأغلبية -على تقدير تسليمها- لا تقتضي الاختصاص في الوجه الغالب كغيره من الأقارير المحتملة لوجوه يغلب بعضها، مع أنّه يرجع إلى المقرّ في تعيينها، ويقبل ما يعينه وإن كان نادراً.

والأقوى الرجوع إلى المقرّ في تعيين السبب والعمل بما يقتضيه من كونه للمالك أو لغيره. ولا إشكال لو قال: عليّ بسببها لمالكها أو لزيد.

- ولو أقرَّ لعبد صحَّ، ويكون المقرَّ به لمولاه؛ لأنَّ للعبد أهليَّة التصرّف.
 - ولو أقرَّ لحمل صحَّ، سواء أطلق أو بيّن سبباً محتملاً، كالإرث أو الوصيَّة.
- ولو نسب الإقرار إلى السبب الباطل - كالجنابة عليه - فالوجه الصحة؛ نظراً إلى مبدأ الإقرار، وإلغاء لما يبطله.

قوله: «ولو أقرَّ لعبد صحَّ ويكون المقرَّ به لمولاه؛ لأنَّ للعبد أهليَّة التصرّف».

نَبّه بقوله «لأنَّ للعبد أهليَّة التصرّف» على الفرق بينه وبين البهيمة مع اشتراكهما في عدم الملك، بأنَّ للعبد أهليَّة التصرّف بالمعاملة والإقراض والاقتراض والهبة وسائر الإنشاءات بإذن المولى، فأمكن لذلك نسبة المقرَّ به إليه وإن كان ملكه للمولى، والإسناد إليه لذلك إسناد مجازي إلاَّ أنَّه شهير في الاستعمال شائع في العرف، بخلاف البهيمة؛ فإنَّ أهليَّتها للملك ونسبته إليها - بسبب الجنابة ونحوها من الأسباب - وإن كان مجازاً أيضاً إلاَّ أنَّه بعيد خفيّ المعنى؛ فلذا لم يحمل الإطلاق عليه، وصحَّ مع التصريح به.

قوله: «ولو أقرَّ لحمل صحَّ سواء أطلق أو بيّن سبباً محتملاً، كالإرث» إلى آخره.

إذا أقرَّ لحمل فإمّا أن يعزّيه إلى سبب يفيد الحمل الملك، أو إلى سبب لا يفيد له شرعاً، أو يطلق. ففي الأوّل لا إشكال في صحّة الإقرار، كما لو قال: «له عندي كذا» بسبب وصيَّة أو وصي له بها أو إرث ورثه، لما تقدّم من صحّة الوصيَّة له^١، وما سيأتي من أنّه يرث وإن كان استقرار ملكه مشروطاً بسقوطه حيّاً^٢؛ لأنَّ ذلك لا يمنع من صحّته في الحال في الجملة.

ويستفاد من الحكم بصحّة السبب على هذين التقديرين أنّهما ممكنان بالنسبة إليه، فلو نسبته إلى ميراث من قريب حيٍّ أو ميّت في وقت لا يمكن فيه إرثه له فهو ملحق بالقسم الباطل.

١. تقدّم في ج ٥، ص ٣٧٧-٣٧٨.

٢. يأتي في ج ١٠، ص ٣١٧-٣١٨.

وفي الثاني - بأن فسره بالجنابة عليه والمعاملة له - قولان:

أحدهما - وهو الأشهر - الصحة^١، ويلغو المنافي كما في نظائره من الإقرار المعقّب بالمبطل، كقوله: من ثمن خمر، أو استثنى منه استثناءً مستغرقاً؛ لاشتراكهما في المقتضي للصحة، وهو عموم جواز: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^٢ والمنافي، كالرجوع لا يقبل بعد ثبوت الإقرار.

والفرق بينه وبين المعلق على شرط أنّ الشرط مناف للإخبار بالاستحقاق في الزمن الماضي، فلم يتحقّق ماهيّة الإقرار مع الشرط، بخلافه مع المنافي المتعقّب؛ فإنّه إخبار تامّ وإنّما تعقّبه ما يبطله فلا يسمع. وكون الكلام كالجمله الواحدة لا يتمّ إلّا بآخره يتمّ فيما هو من متمّماته كالشرط والصفة، لا فيما يتعلّق به بل ينافيه، ومن ثمّ أجمعوا على بطلان المعلق دون المعقّب بالمنافي. ولعلّه أوضح في الفرق.

والقول ببطلان الإقرار إذا عزاه إلى سبب باطل لابن الجنيّد^٣ والقاضي^٤؛ استناداً إلى ما أشرنا إليه من أنّ الكلام لا يتمّ إلّا بآخره، وقد ظهر من آخره بطلان أوله، فكأنّه لم يقرّ إقراراً صحيحاً. وقد عرفت جوابه.

وفي الثالث - وهو ما لو أطلق - ينزّل على وجه يصح؛ لاحتماله الأمرين، فيتناوله عموم ما دلّ على لزوم الإقرار لأهله^٥، مع كون خلافه محتملاً، فإنّ ذلك لو قدح لأثر في سائر الأقارير، ولو قلنا بصحّته إذا عزاه إلى سبب باطل فأولى بالصحة هنا.

١. القول بالصحة للعلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٣٤، المسألة ٢٢٧، والقول الآخر يأتي تخريجه في الهامش ٤ و ٣.

٢. تقدّم تخريجه في ص ٢٩٨، الهامش ١.

٣. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٣٤، المسألة ٢٢٧؛ وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٣٤.

٤. المهذّب، ج ١، ص ٤٠٨ - ٤٠٩.

٥. أي عموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز».

● ويملك الحمل ما أقرّ به بعد وجوده حيّاً. ولو سقط ميّناً، فإن فسّره بالميراث رجع إلى باقي الورثة، وإن قال: هو وصيّة رجع إلى ورثة الموصي، وإن أجمل طولب بيانه.

وفيه وجه ضعيف بالبطلان أيضاً؛ نظراً إلى ندور السبب المصحح، ولأنّ الملك فيما قيل بصحته - كالإرث والوصيّة - مشروط بسقوطه حيّاً، فقبله لا يعلم الصحة، بل هو مراعى، فكان جانب عدم الصحة أرجح على التقديرين.

ويضعّف بأنّ الإقرار يكفي في صحته إمكان حقيقته، وهو متحقّق هنا.

قوله: «ويملك الحمل ما أقرّ به بعد وجوده حيّاً» إلى آخره.

حيث حكمنا بصحة الإقرار له مع الإطلاق لا يجب استفساره عنه ابتداءً؛ لعدم الحاجة إليه، بل ينتظر ولادته، فإن ولد حيّاً استقرّ ملكه عليه، سواء مات بعد ذلك فينتقل إلى وارثه أم بقي؛ لعدم افتراق الحال في الملك على هذا التقدير.

وإن سقط بعد الإقرار ميّناً احتيج حينئذٍ إلى استفسار المقرّ؛ لاختلاف حكم الملك المحكوم له^١ سابقاً. فإن فسّره بالإرث تبين بطلانه ورجع إلى بقيّة الورثة؛ لأنّ الحكم بالصحة كان مراعى بسقوطه حيّاً لا مطلقاً. وإن فسّر بالوصيّة له بطل أيضاً، ولكن هنا يرجع إلى ورثة الموصي؛ للحكم ببطلان الوصيّة من رأس، فكان كما لو لم يوص. والمتولّي لتكليفه بالتفسير حيث يمتنع هو الحاكم؛ ليوصل الحقّ إلى مستحقّه.

ولو تعذّر التفسير لموت المقرّ ونحوه قيل: بطل الإقرار؛ لانقضاء المقرّ له، كما لو أقرّ لواحد من خلق الله تعالى، ولا مجال للقرعة هنا؛ لعدم انحصار من يقرع بينهم^٢.

ويشكل بخروجه عن ملكه بالإقرار على كلّ تقدير، وإنّما تعذّر معرفة مستحقّه فيكون مالا مجهول المالك. وبطلان ملكه بالموت قبل الوضع إنّما أوجب بطلان السبب الناقل إلى

١. في الطبعة الحجرية: «المملوك المحكوم به» بدل «الملك المحكوم له».

٢. قاله العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١٦ - ٤١٧.

● ويحكم بالمال للحمل بعد سقوطه حياً لدون ستة أشهر من حين الإقرار، ويبطل استحقاقه لو ولد لأكثر من مدة الحمل.
 وإن وضع فيما بين الأقل والأكثر ولم يكن للمرأة زوج ولا مالك حكم له به؛ لتحققه حملاً وقت الإقرار. وإن كان لها زوج أو مولى، قيل: لا يحكم له؛ لعدم اليقين بوجوده. ولو قيل: يكون له، بناء على غالب العوائد كان حسناً.

الحمل، لا بطلان ملك غيره كالوارث وورثة الموصي، وكما يحتمل كون المقر هو المالك له يحتمل كونه غيره.

ويمكن اندفاع الإشكال بأن الأصل في المال المقر به أن يكون ملكاً للمقر، وإنما خرج عنه بإقراره للحمل، وملكه مراعى بولادته حياً، فكان خروجه عن ملكه مراعى كذلك، فإذا فقد شرط الملك لم يصح الإقرار؛ لأنه كان مراعى، فيرجع إلى أصله ظاهراً.
 قوله: «ويحكم بالمال للحمل بعد سقوطه حياً لدون ستة أشهر» إلى آخره.

إذا ولد الحمل المقر له حياً كاملاً، فإن كان لدون ستة أشهر من حين الإقرار علم وجوده حالة الإقرار، فتبين صحة السبب المسوغ له من وصية وإرث. وإن ولد لأكثر من مدة الحمل علم عدم وجوده حالة الإقرار، ولا شبهة في هاتين الصورتين، إنما الكلام فيما إذا ولدته فيما بين المدتين، فإنه يتعارض هنا الأصل والظاهر؛ إذ الأصل عدم تعلق العلوق به على أزيد من الأقل وعدم استحقاقه المقر به، والظاهر أنه لا يولد لما دون تسعة أشهر أو عشرة؛ عملاً بالعادة المستمرة.
 فإن كانت الحامل بعد الإقرار خالية من فراش يمكن تجدد منه حكم بوجوده؛ لقوة الظاهر الدال على وجوده حالة الإقرار؛ ولهذا يحكم بثبوت نسبه لمن كانت فراشاً له. وفي قول المصنف (رحمه الله) «لتحققه حملاً» حينئذ مسامحة؛ إذ إمكان التجدد حاصل ولو بالشبهة فضلاً عن وجه آخر سائغ أو غيره في نفس الأمر، وإنما يقوى الظاهر بوجوده كما قلناه.
 وإن كانت مستفرشة قيل: لا يستحق^١؛ لاحتمال تجدد العلوق بعد الإقرار. والأصل عدم

● ولو كان الحمل ذكراً تساويها فيما أقرّ به.

الاستحقاق وعدمه عند الإقرار. وقيل: يستحق، وهو الذي مال إليه المصنّف؛ نظراً إلى الغالب في عادات النساء أن لا يلدن تاماً إلا في تسعة أشهر^١. فإذا ولدته لهذه المدة من حين الإقرار كان وجوده حين الإقرار غالباً، وإن ولدته فيما بين الأقل والأكثر فوجوده حال الإقرار ثابت بطريق أولى وإن لم يكن غالباً، وقد تقدّم لهذه المسألة نظائر في الوصايا^٢ وغيرها^٣. واعلم أنّ في تحديد المصنّف المدة من حين الإقرار تجوّزاً ظاهراً؛ لأنّ لحوق الحمل مشروط بالدخول، والمدة تعتبر من حين الوطء لا من حين الإقرار، فالمعتبر في المدة المذكورة كونها من حين الوطء المتقدّم على الإقرار إلى حين الوضع. وقد تجوّزوا مثله في الحكم بلحوق الولد إذا ولدته للمدة المذكورة من حين الطلاق أو من حين الموت، مع أنّ المعتبر الوطء المتقدّم عليه كذلك.

قوله: «ولو كان الحمل ذكراً تساويها فيما أقرّ به».

إذا ثبت استحقاق الحمل لما أقرّ له به فإن اتحد استحقاق الجميع، ذكراً كان أم أنثى؛ لأنّه إن كان وصيّةً فواضح، وإن كان إرثاً فعندنا أنّه كذلك، ومن لم يقل بالردّ عليها أثبت لها النصف خاصّةً إذا أضافه إلى جهة الإرث من الأب.

وإن كان ذكراً أو أنثى فإن أسنده إلى الوصيّة تساويها فيه إلا أن ينصّ على التفضيل، وإن أسنده إلى الإرث تساويها مطلقاً؛ ولهذا أطلق المصنّف الحكم بتساويهما؛ لأنّه إن كان بسبب الإرث فواضح، وإن كان بسبب الوصيّة فالأصل عدم ما يقتضي التفضيل؛ لأنّ القدر المتيقّن منه كونه وصيّةً لهما، وهذا القدر يقتضي التسوية.

ويشكل مع إمكان الاستعلام؛ لأنّ مطلق الاستحقاق أعمّ من التسوية والتفضيل.

والوجه الرجوع إلى المقرّ في السبب، فإن ذكر ما يقتضي التفضيل أو التسوية عمل به.

١. قاله العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١٦؛ وتحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٤٠٣-٤٠٤، ذيل الرقم ٥٩٨٩.

٢. تقدّم في ج ٥، ص ٣٣٠ وما بعدها.

٣. راجع ج ١٠، ص ٣١٧-٣١٨.

- ولو وضع أحدهما ميئاً كان ما أقر به للآخر؛ لأنّ الميئ كالمعدوم.
- وإذا أقر بولد لم يكن إقراراً بزوجيّة أمّه ولو كانت مشهورة بالحرّيّة.

والآتجه قسمته بالسويّة. وكذا لو ولدت أزيد من اثنين.

قوله: «ولو وضع أحدهما ميئاً كان ما أقر به للآخر؛ لأنّ الميئ كالمعدوم».

هذا الحكم ليس على إطلاقه؛ لأنّ جهة استحقاقهما إن كانت وصيّة للحمل كيف كان اتجه ذلك، وكذا إن كان إرثاً بالولادة مع انحصار الإرث في الحمل. ولو كانت الوصيّة مفضّلة على وجه يكون الوصيّة لأحدهما لا يرجع إلى الآخر، أو كان إرثاً بجهة لا توجب الانتقال إلى الآخر، بأن كانا أخوين لأُمّ للميئ وليس لهما ثالث من جهتها فحياتها موجبة لهما الثلث، ولأحدهما خاصّة السدس، ولا يكون ما أقر به للآخر مطلقاً.

والأجود أن يقال: ينزل الميئ كأن لم يكن، وينظر في الحيّ على ما ذكر من حال جهة الاستحقاق. وحينئذٍ فلا بدّ من الرجوع إلى المقرّ في الجهة ليعلم مقدار استحقاق الحيّ، ولا يلزم من كون الميئ كالمعدوم - على ما أشار إليه في التعليل - أن يكون مجموع المقرّ به للآخر كما ذكرناه.

قوله: «وإذا أقر بولد لم يكن إقراراً بزوجيّة أمّه ولو كانت مشهورة بالحرّيّة».

لأنّ الزوجيّة والنسب أمران متغايران غير متلازمين، فلا يدلّ أحدهما على الآخر بإحدى الدلالات. ونبه بذلك على خلاف أبي حنيفة حيث قال: إن كانت أمّه مشهورة بالحرّيّة كان الإقرار بالولد إقراراً بزوجيّة أمّه، وإن لم تكن مشهورة فلا^١. وأراد بالحرّيّة ما يقابل الفجور.

وهل يلزمه بإقراره بالولد خاصّة مهر المثل لأُمّه؟ قولان^٢، أقربهما ذلك؛ لاستلزام تولّده منه الوطاء عادةً، ولحوقه به يقتضي كون الوطاء شبهةً، وهو يوجب مهر المثل.

١. المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٣٣٥ - ٣٣٦، المسألة ٣٨٩٤.

٢. القول بوجود مهر المثل للعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٨٨؛ وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٢٤٣ - ٢٤٤؛ ولعلّ السيّد عميد الدين الأعرج مال إلى عدم وجوب مهر المثل، فراجع كنز الفوائد، ج ٢، ص ٥١٦.

النظر الرابع في اللواحق

وفيه مقاصد:

[المقصد] الأول في تعقيب الإقرار بالإقرار

● إذا كان في يده دار على ظاهر التملك، فقال: «هذه لفلان بل لفلان» قضي بها للأول وغرم قيمتها للثاني؛ لأنَّه حال بينه وبينها، فهو كالمتلف.

قوله: «إذا كان في يده دار على ظاهر التملك» إلى آخره.

أما القضاء بها للأول فلعوم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^١. وأما الثاني فلما أشار إليه المصنّف (رحمه الله) من أنَّه قد حال بينه وبينها بإقراره للأول مع اعترافه بأنَّه المستحقّ، فيغرم له القيمة؛ لتعدّر الوصول إلى العين، كما لو أتلّف عليه مالاً ثمّ أقرّ له به، هذا إذا لم يصادق المقرّ له الأول على ملكيّة الثاني، وإلاّ دفعت إلى الثاني.

وربما احتمل عدم الغرم له؛ لأنّ الإقرار الثاني صادف ملك الغير لها فلا ينفذ عاجلاً. ثمّ على تقدير ملكيّة لها يلزمه تسليمها إلى المقرّ له ثانياً.

وقال ابن الجنيّد:

يرجع إلى مراد المقرّ ويقبل قوله إن كان حياً، وإلّا كان المقرّ لهما بمنزلة متداعيين لشيء

هو في يدهما، فيأخذه ذو البيّنة، ومع عدمها فالتحالف، فإن حلفا اقتسماه^٢.

والأظهر الأوّل.

١. تقدّم تخريجه في ص ٢٩٨، الهامش ١.

٢. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٤١، المسألة ٢٥٢.

● وكذا لو قال: غصبتها من فلان، بل من فلان.

● أما لو قال: «غصبتها من فلان وهي لفلان» لزمه تسليمها إلى المغصوب منه، ثم لا يضمن. ولا يحكم للمقر له بالملك، كما لو كانت دار في يد فلان وأقر بها

قوله: «وكذا لو قال: غصبتها من فلان، بل من فلان».

وجه مساواة هذه للسابقة في الحكم أن الإقرار بالغصب من الشخص يستلزم الإقرار له باليد، وهي تدلّ ظاهراً على الملكية؛ ولهذا يحكم لذي اليد بها، فيكون مقرراً لكل منهما بما يقتضي الملك.

وفي المسألة وجه بعدم الغرم هنا للثاني كالتالي بعدها؛ لعدم التنافي بين الإقرارين؛ فإنّ الغصب يصدق من ذي اليد وإن لم يكن مالكا، كما لو كانت في يده بإجارة أو إعارة ونحوهما، فيحكم بها للأول؛ لسبق الإقرار باليد له، ولا يغرّم للثاني؛ لانقضاء ما يدلّ على ملكيته^١.

ويضعف بأنّ الإقرار بالغصب إما أن يقتضي الإقرار بالملك على وجه يوجب الضمان أو لا، فإن اقتضاه فقد أقرّ للثنين بذلك فكانت كالسابقة فيضمن للثاني، وإن لم يقتضه لم يجب الدفع إلى الأول في هذه الصورة فضلاً عن الغرم للثاني؛ لعدم الإقرار له بما يقتضي الملك، من حيث إنّ الغصب منه أعمّ من كونه مالكا.

وكذا يضعف ما قيل من الفرق بين الإقرارين: بأنّ الإقرار للأول اتّفق بغير معارض فيسمع، بخلاف الثاني؛ لثبوت استحقاق الغير العين قبل الإقرار له، فإنّه لو التفت إلى هذا لزم عدم الغرم للثاني وإن صرّح له بالملك؛ لسبق الاستحقاق لغيره^٢.

والحقّ أنّ الإقرار بالغصب إقرار باليد، وهي كافية في وجوب الردّ إليه، ويبقى الإقرار للثاني موجباً لذلك أيضاً، وقد فات بإقراره الأول فيضمن له.

قوله: «أما لو قال: «غصبتها من فلان وهي لفلان» - إلى قوله - غصبتها من عمرو».

هذه صورة ثالثة مترددة بين السابقتين، فإنّ إقراره للأول بالغصب المحتمل لغير الملك،

١. راجع جامع المقاصد، ج ٩، ص ٣٢٠.

٢. حكاة عن قائل المحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ٩، ص ٣٢١.

الخارج لآخر. وكذا لو قال: «هذه لزيد غضبتها من عمرو».

وإقراره للثاني بالملك، فلا منافاة بين الأمرين، لكن يلزم بدفعها إلى الأول الذي أقرّ بغضبها منه؛ لاعترافه له باليد التي أقلّ مراتبها استحقاق المنفعة بإجارة أو وصيّة أو نحو ذلك، بخلاف السابقتين؛ فإنّ الأولى صريحة في ملكهما، والثانية هما فيه مستويان نفيّاً وإثباتاً كما علم.

وفي هذه المسألة قول آخر بالضمان للثاني؛ لاعترافه له بالملك وقد حال بينه وبين تسليمه إليه بإقراره الأول فيغرم له^١ وإن لم نقل بغرمه في السابقة؛ لعدم الاعتراف بالملك، ولأنّ الإقرار بالغصب من الأول إقرار له باليد المفيدة للملكيّة - كما مرّ - فيكون في قوّة التناقض؛ ولهذا لم ينفذ إقراره بالملك للثاني مع كونه صريحاً فيه. وهذا هو الأقوى.

وقوله «كما لو كانت دار في يد فلان فأقرّ بها الخارج لآخر» أشار به إلى الوجه في عدم جواز دفعها إلى الثاني، مع أنّه قد أقرّ له بالملكيّة، ولم يقرّ للأول بها، ولم يحكم بالتنافي لذلك، وقلنا إنّ الإقرار بالملك لم يحصل إلّا لو اُحد فلم لا يدفع إليه؟

والوجه أنّه وإن لم يكن قد أقرّ للأول بالملك لكن أقرّ له باليد سابقاً، فصار بالإقرار كذي اليد بالفعل على المقرّ به، وصار المقرّ خارجاً عن العين بواسطة الإقرار، فإذا أقرّ بملكها لآخر كان كما لو أقرّ الخارج بملك ما هو في يد غيره لغير ذي اليد، فإنّها لا تسلّم إليه بهذا الإقرار.

ولكن يبقى فيه أنّ إقراره الأول إذا أثر هذا القدر وأفاد اليد - وهي تقتضي شرعاً الملك - وجب الحكم بها للأول والضمان للثاني؛ لتفويته حقّه بزعمه بإقراره الأول، فإنّ الإقرارين وإن لم يتنافيا صورةً لكنّهما متنافيان معنىً.

● ولو أقرّ بعبد لإنسان فأنكر المقرّ له قال الشيخ: يعتق؛ لأنّ كلّ واحد منهما أنكر ملكيّته، فبقي لغير مالك. ولو قيل: يبقى على الرقيّة المجهولة المالك، كان حسناً.

قوله: «ولو أقرّ بعبد لإنسان فأنكر المقرّ له قال الشيخ: يعتق» إلى آخره.

من شرائط صحّة الإقرار عدم تكذيب المقرّ له المقرّ، وإن لم يشترط قبوله لفظاً على رسم الإيجاب والقبول والإنشاءات.

فإن كذبه نظر إن كان المقرّ به مالاً لم يدفع إليه، وفيما يفعل به أوجه أظهرها تخيير الحاكم بين أخذه وإقرار يد المقرّ عليه إلى أن يظهر مالكة. وإن كان الإقرار بعبد تحت يد المقرّ بحيث يظهر كونه مالكاً ظاهراً فأنكر المقرّ له ملكه، ففيه أوجه أيضاً:

أحدها - وبه قال الشيخ^١ وأتباعه^٢ - أنه يحكم بعنقه؛ لأنّ صاحب اليد لا يدعيه، والمقرّ له ينفيه، فيصير العبد في يد نفسه فيعتق. وهذا كما إذا أقرّ اللقيط بعد البلوغ بأنّه مملوك زيد وأنكر زيد، فإنّه يحكم بحرّيّته، ولانتفاء علقته المقرّ به بإقراره، والمقرّ له بنفيه ومن عداهما؛ لانحصار الملك فيهما ظاهراً، وأصالة عدم مالك آخر، ولأنّ الحرّيّة أصل في الآدمي، وإنّما تثبت رقيّته بأمر ظاهر، ولم يثبت هنا فيرجع إلى الأصل.

ويضعّف بأنّه لا يلزم من انتفاء ملكيّته وعلقتها ظاهراً انتفاؤها في نفس الأمر؛ لأنّ المفروض كونه رقاً فلا يزال بذلك، بل لا يلزم من انتفاء علقته الرقيّة لشخص معيّن ظاهراً انتفاء الرقيّة عنه ظاهراً ولا باطنياً؛ لأنّ الفرض ظهور الرقيّة والحكم بها شرعاً حين الإقرار، ومن ثمّ نفذ وأثر في الجملة، فلا يلزم من نفيها عن شخص معيّن انتفاؤها مطلقاً، وهذا الأمر الثابت ظاهراً رفع حكم الأصل المدعى.

١. المبسوط، ج ٢، ص ٤٢٧.

٢. منهم ابن البرزاج في المهذب، ج ١، ص ٤١١ - ٤١٢؛ وجواهر الفقه، ص ٩١، المسألة ٣٥.

● ولو أقرَّ أن المولى أعتق عبده ثم اشتراه، قال الشيخ: صحَّ الشراء. ولو قيل: يكون ذلك استنقازاً لا شراءً كان حسناً وينعتق؛ لأنَّ بالشراء سقط عنه لواحق ملك الأول.

ولو مات هذا العبد كان للمشتري من تركته قدر الثمن مقاصّةً؛ لأنَّ المشتري إن كان صادقاً فالولاء للمولى إن لم يكن وارث سواه، وإن كان كاذباً فما ترك للمشتري، فهو مستحقّ على هذا التقدير قدر الثمن على اليقين، وما فضل يكون موقوفاً.

وثانيها - وهو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله) - أنّه يبقى على الرقيّة المجهولة؛ لأنّه محكوم عليه بها، فلا يرفع إلا بأحد الأسباب المقتضية للتحرير، وليس الجهل بمالك العبد منها. ويخالف صورة اللقيط - على تقدير تسليمها - بأنّه محكوم بحرّيته تبعاً للدار، فإذا أقرَّ بالرقّ ونفاه المقرّ له بقي على أصل الحرّيّة. وهذا هو الأظهر. وعليه فيحكم فيه كما ذكرناه في المال.

وثالثها: ثبوت الحرّيّة إن ادّعاها العبد؛ لأنّه مدّع لا ينازعه أحد في دعواه، ولا سلطنة لأحد عليه^١.

ويضعّف بمنع عدم المنازع؛ فإنَّ الحاكم وليّ المال المجهول، فعليه أن ينازع من يدّعيه بغير حجة شرعيّة، كسائر ما بيده من الأموال المجهولة المالك.

قوله: «ولو أقرَّ أن المولى أعتق عبده ثم اشتراه - إلى قوله - وما فضل يكون موقوفاً». من شرائط الإقرار أيضاً كون المقرّ به تحت يد المقرّ وتصرفه، بمعنى أنّه إذا لم يكن تحت يده لم يسألنا إقراره على الحكم بثبوت المقرّ به للمقرّ له، بل يكون ذلك بمنزلة الشهادة أو الدعوى. ولا يلغى قوله من كلّ وجه، بل إذا حصل المقرّ به يوماً في يده نفذ إقراره، وأمر بتسليمه إلى المقرّ له.

١. راجع إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٣٦-٤٣٧؛ والدروس الشرعيّة، ج ٣، ص ١٢١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

ويترتب علي ذلك أنه لو قال: «العبد الذي في يد زيد مرهون عند عمرو وكذا» ثم حصل العبد في ملكه، أمر ببيعه في دين عمرو.

ولو أقر بحرّيّة عبد في يد غيره، أو شهد بحرّيّته فلم يقبل شهادته لم يحكم بحرّيّته في الحال. ولو أقرم المقرّ على شرائه صحّ، تنزيلاً للعقد على قول من صدّقه الشرع وهو صاحب اليد البائع، ويخالف ما إذا قال: «فلانة أختي من الرضاع» ثم أراد أن ينكحها، فإنّه لا يمكن منه؛ لأنّ في الشراء غرض استنقاذه من أسر الرقّ، وهذا الغرض لا يحصل هناك؛ إذ يمنع من الاستمتاع بفرج اعترف أنّه حرام عليه. ثمّ إذا اشتراه حكم بحرّيّة العبد ورفعته يده عنه. ثمّ العقد الجاري بينه وبين البائع ما حكمه؟ أهو بيع أو فداء؟ فيه أوجه:

أحدها: أنّه بيع من الجانبين.

والثاني: أنّه بيع من جهة البائع، وافتداء من جهة المقرّ.

والثالث - وهو أضعفها - أنّه افتداء من الجانبين؛ ووجه ضعفه: أنّه لا ينتظم أن يأخذ

المال لينقذ من يسترقه.

ووجه الأوّل: أنّه محكوم برقيّته ظاهراً، وإنّما يحكم بعنقه على المشتري بعد الحكم بصحّة البيع؛ ولأنّ العتق مترتب على ملكه المتوقّف على صحّة الشراء؛ إذ ليس هنا سبب موجب لانتقاله عن ملك البائع الثابت ظاهراً سواه.

ووجه الثاني: اعتراف المشتري بحرّيّته وامتناع شراء الحرّ. ولا نسلم أنّ عتقه متوقّف على صحّة الشراء مطلقاً، بل على استقلال يد المقرّ عليه لينفذ إقراره، سواء انتقل إليه بالشراء أم الاستنقاذ. ومنه يظهر الجواب عن كون العتق مترتباً على ملكه.

وتظهر الفائدة في ثبوت الخيار.

فعلى الأوّل يثبت لهما معاً خيار المجلس والشرط، وللمشتري خيار الحيوان. ولو كان المبيع بشمن معيّن فخرج معيباً وردّه كان له أن يستردّ العبد، بخلاف ما لو باع عبداً وأعتقه

المشتري، ثم خرج الثمن المعين معيماً وردّه، حيث لا يستردّ العبد بل يعدل إلى القيمة؛ لاتّفاقهما على العتق هناك.

وعلى الثاني لا خيار للمشتري ولا ردّ. نعم، له أخذ الأرض ظاهراً؛ لأنّه بزعم البائع شراء يوجبه، وبزعم المشتري يستحقّ جميع الثمن، فالأرض الذي هو جزء منه متفق عليه على التقديرين.

ولا يخلو هذا القول الثاني من إشكال بالنسبة إلى ثبوت الخيار الذي لا يمنع العتق؛ لأنّه ينعق على المشتري قهراً بتمام القبول، كما ينعق قريبه إذا اشتراه، بل هذا أقوى؛ لأنّه بالنسبة إليه حرّ قبل الشراء، وبالنظر إلى غيره بعده بلا فصل، فلا يتّجه ثبوت خيار المجلس للبائع ولا خيار العيب، بل يتّجه له الأرض. وليس هذا كتصرّف المشتري بالعتق وغيره حيث يكون للبائع خيار؛ لأنّ الممنوع^١ من التصرف إنّما هو الواقع باختياره، وهذا لا يتوقّف على اختياره. وبهذا يقوى جانب كونه فداء من الجانبين من هذا الوجه، وإن كان من جانب البائع لا ينتظم الفداء بحسب الصورة، من حيث جواز أخذه العوض وتوقّفه على رضاه وعلى ما يريده من العوض المخالف لحكم الفداء.

ومما يتفرّع على ذلك الولاء، فإنّه لا يثبت للمشتري؛ لا اعترافه بأنّه لم يعتقه، ولا للبائع؛ لزمه أنّه ليس بمعق، بل هو موقوف. فلو مات وقد اكتسب مالاً، فإن كان له وارث بالنسب فهو له، وإلّا فينظر إن صدّق البائع المشتري وكان عتقه على وجه يوجب الولاء أخذه وردّ الثمن. وإن كذّبه وأصرّ على كلامه الأوّل فقد قال المصنّف وجماعة^٢:

إنّ للمشتري أن يأخذ من ماله قدر الثمن وكان الباقي موقوفاً؛ لأنّ البائع إن كان صادقاً فكلّ المال للمشتري، وإن كان كاذباً والصادق المشتري فالولاء للبائع في نفس الأمر، وقد ظلم المشتري في أخذ الثمن، فإذا ظفر بماله كان له أن يأخذ منه حقّه.

١. في بعض النسخ: «المنع» بدل «الممنوع».

٢. منهم الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٤٢٩؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١٨ - ٤١٩؛ وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٣٨.

ولا يخفى أن هذا ليس على إطلاقه؛ لأن إقرار المشتري بعق البائع إياه قد يكون على وجه يثبت به الولاء له وقد لا يكون، فلا بد من مراعاة عتق يثبت به الولاء ولو بالرجوع إلى تفسيره، وإلا لم يكن له أخذ شيء؛ لأن ولاءه حينئذٍ بزعمه لغير المعتق، فلا يرجع على غير من ظلمه. ولو كان إقراره بأنه حرّ الأصل، أو أنه أعتق قبل أن اشتراه البائع لم يكن له أخذ الثمن أيضاً؛ لما ذكرناه.

وربما استشكل الرجوع بالثمن مطلقاً، من حيث إنه تبرّع بدفعه مع زعمه أن القابض لا يستحقّه، فإذا استهلك مع التسليط فلا ضمان^١. وبأنه إنما بذله افتداءً؛ تقرّباً إلى الله تعالى باستنقاذ حرّ، فيكون سبيله سبيل الصدقات، والصدقات لا يرجع فيها.

وأجيب بأن مثل هذا الدفع يرغب فيه للاستنقاذ، وقد يكون ذلك مضموناً على القابض لظلمه^٢. وبأن الرجوع بالمبذول على جهة الفدية لا يمنع من الرجوع فيه؛ لأنه ليس تبرّعاً محضاً، والقربة لا تنافي ثبوت العوض، كما لو قدى أسيراً في بلد المشركين ثم استولى المسلمون على بلادهم ووجد الباذل عين ماله فله أخذه.

ويتفرّع أيضاً ما لو استأجر العبد المقرّ بحرّيته بدلاً عن الشراء، فإنه لا يحلّ له استخدامه ولا الانتفاع به، وللموَجِر مطالبته بالأجرة.

ولو أقرّ بحرّيته جارية الغير، ثم قبل نكاحها منه، لم يحلّ له وطؤها، وللمولى^٣ المطالبة بالمهر.

ولو كان إقراره بأنك غصبت العبد من فلان ثم اشتراه منه ففي صحّة العقد وجهان، الصحّة، كما لو أقرّ بحرّيته ثم اشتراه. وتظهر الفائدة في لحوق أحكام البيع بالنسبة إلى البائع، ووجوب دفعه على المشتري إلى المالك.

١.٢٠. راجع الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٢٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢.٣. في «خ»: «للزوج» بدل «للمولى».

المقصد الثاني في تعقيب الإقرار بما يقتضي ظاهره الإبطال

وفيه مسائل:

الأولى: ● إذا قال: «له عندي وديعة وقد هلكت» لم يقبل. أما لو قال: «كان له عندي» فإنه يقبل.

● ولو قال: «له عليّ مال من ثمن خمر أو خنزير» لزمه المال.

والثاني: المنع؛ لأنّ التصحيح ثمّ للافتداء والإنقاذ من الرقّ، ولا يتّجه مثله في تخليص ملك الغير.

واعلم أنّه قد أورد على أصل نفوذ الإقرار في حقّ العبد والحكم بعقده على تقدير الشراء بأنّه قد يتّجه فيه ضرر عليه، كما إذا كان عاجزاً عن التكبّس، فيشكل نفوذه في حقّه؛ لأنّ للعبد حقّاً في هذا الإقرار، بل يتوقّف على تصديق العبد على الحرّيّة^١. وجوابه: أنّه وإن كان له حظّ في الإقرار إلّا أنّ حرّيّته لا تتوقّف على اختياره إخباراً ولا إنشأً؛ فإنّه لو باشر عقده وهو عاجز نفذ في حقّه، وكذا لو أخبر مالكه أنّه أعتقه، فإنّه ينفذ بغير إشكال، وهذا في معناه.

قوله: «إذا قال: له عندي وديعة وقد هلكت، لم يقبل» إلى آخره.

الفرق بين المسألتين واضح؛ فإنّ قوله «له عندي وديعة» يقتضي بقاءها، فقوله «قد هلكت» ينافيه، فلا يقبل قوله ولا تسمع دعواه؛ لأنّ الهالك لا يكون عنده وديعة، بخلاف الثانية، فإنّ قوله «كان له عندي» لا يدلّ على البقاء ولا ينافي الهلاك، وغايته أنّه إقرار بالوديعة، وقول الودعيّ مقبول في التلف بيمينه، فيكون هنا كذلك.

قوله: «ولو قال: له عليّ مال من ثمن خمر أو خنزير، لزمه المال».

لأنّ قوله «له عليّ» يقتضي ثبوته في الذمّة أو وجوب تسليمه، وكونه من ثمن خمر

١. راجع الدروس الشرعيّة، ج ٣، ص ١٢٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١١).

الثانية: • إذا قال: «له عليّ ألف» وقطع، ثمّ قال: «من ثمن مبيع لم أقبضه» لزمه الألف.

ولو وصل فقال: «له عليّ ألف من ثمن مبيع» وقطع، ثمّ قال: «لم أقبضه» قُبِلَ، سواء عيّن المبيع أو لم يعيّن. وفيه احتمال؛ للتسوية بين الصورتين. ولعلّه أشبه.

أو خنزير ينافيه؛ لأنّه يقتضي سقوطه؛ لعدم إمكان ثبوت مال ثمناً لأحدهما في شرع الإسلام، فلا يقبل تفسيره بالمنافي، ويثبت ما أقرّ به أولاً.

قوله: «إذا قال: له عليّ ألف، وقطع» إلى آخره.

هنا ثلاث مسائل ذكر المصنّف (رحمه الله) منها اثنتين:

أحدها: إذا قال: «له عليّ ألف» وقطع كلامه، ثمّ قال: «إنّ الألف ثمن لمبيع لم أقبضه» لزمه الألف؛ لإقراره به، ويلغى المنافي^١؛ لأنّه دعوى محضّة تقتضي إثبات مال عند المقرّ له - وهو المبيع - وتوقف استحقاق تسليم الألف على قبضه، فيسمع الإقرار دون الدعوى؛ لانفصال أحدهما عن الآخر حكماً ولفظاً.

وثانيها: أن يصل بإقراره بالألف قوله: «من ثمن مبيع» ثمّ يقطع ثمّ يقول: «لم أقبضه» وفيه قولان:

أحدهما^٢: مساواة الأوّل، لإقراره بالألف، ولا ينافيه ما وصله به من قوله «من ثمن مبيع»؛ لأنّ الغرض ثبوت الألف. أمّا تعيين سببها فلا حاجة إليه، وإنّما يجيء التنافي من قوله «لم أقبضه» وهو منفصل عن الأوّل. وهذا هو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله).

والثاني: قبول دعواه الأخيرة؛ لأنّ قوله «من ثمن مبيع» مقبول من حيث اتّصاله، وهو أعمّ من كونه مقبوضاً وغير مقبوض، فإذا قال بعد ذلك «لم أقبضه» فقد ذكر بعض احتمالاته،

١. في بعض النسخ: «النافي» بدل «المنافي».

٢. القول بعدم القبول لابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٥١١؛ والمحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ٩،

الثالثة: ● لو قال: «ابتعت بخيار» أو «كفلت بخيار» أو «ضمنت بخيار» قَبِلَ إقراره بالعقد ولم يثبت الخيار.

بل ما يوافق الأصل؛ إذ الأصل عدم القبض، فعلى البائع إثبات القبض. وهذا اختيار الشيخ في المبسوط^١ والخلاف^٢.

وثالثها: أن يأتي بمجموع الكلام متصلاً فيقول: «له علي ألف من ثمن مبيع لم يقبضه» فإن قلنا بالقبول في السابقة قَبِلَ هنا بطريق أولى. وإن قلنا بعدمه احتمل هنا القبول؛ لأنَّ الكلام جملة واحدة، ولا إمكان صدقه فيما أخبر به وأراد التخلص بالإقرار به، فلو لم يقبل منه وأُزِمَ بخلاف ما أقرَّ به لزم انسداد باب الإقرار بالواقع حيث يراد، وهو مناف للحكمة.

وقيل: لا يقبل هنا أيضاً^٣؛ لاشتماله على إقرار ودعوى، فيقبل الإقرار وتسقط الدعوى إلى أن يأتي لها بحجة؛ ولأنَّ هذه الضميمة بمنزلة المنافي؛ لأنَّ مقتضى «أنَّ له عليه ألفاً» وجوب أدائها إليه مطلقاً، وثبوتها في ذمته أو في عهده، وكونها «من ثمن مبيع لم يقبضه» يقتضي عدم استقرارها في الذمة؛ لجواز تلف المبيع قبل أن يقبضه، وعدم وجوب تسليمها مطلقاً بل مع تسليم المبيع.

والأوّل لا يخلو من قوّة. والمنافاة ممنوعة، وإنّما هو وصف زائد على الإقرار المطلق، والواقع هو الإقرار المقيد لا المطلق، كما لو قيّد الألف بقيد آخر غير ذلك. وموضع الاشتباه ما إذا كان المقرّر غير معتقد لزومه على هذا الوجه باجتهاد أو تقليد، وإلا فلا إشكال في اللزوم؛ لأنّها مسألة اجتهادية فيؤخذ على المعتقد بما يدين به، ويبقى غيره على ما يقتضيه نظر المفتي.

قوله: «لو قال: ابتعت بخيار، أو كفلت بخيار» إلى آخره.

١. المبسوط، ج ٢، ص ٤٤٠.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ٣٧٥-٣٧٦، المسألة ٢٤.

٣. راجع السرائر، ج ٢، ص ٥١١-٥١٢؛ واللغة الدمشقيّة، ص ٢٧١ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٣)؛

وجامع المقاصد، ج ٩، ص ٣٣٢.

الرابعة: • إذا قال: «له عليّ دراهم ناقصة» صحّ إذا اتّصل بالإقرار كالأستثناء، ويرجع في قدر النقيصة إليه.
وكذا لو قال: «دراهم زيف» لكن يُقبل تفسيره بما فيه فضة. ولو فسّره بما لا فضة فيه لم يُقبل.

أما عدم قبول وصف الخيار في الكفالة والضمان على القول بعدم صحّة اشتراطه فيهما فواضح؛ لأنّه تعقيب للإقرار بالمفسد. وأما على القول بصحّته أو كون الخيار في البيع فوجه عدم ثبوت الخيار ما تقدّم في دعوى الأجل وعدم قبض المبيع^١، وأولى بعدم القبول هنا؛ لأنّ الخيار يفضي إلى إسقاط الحقّ بالاختيار، بخلاف التأجيل وعدم قبض المبيع على بعض الوجوه.

ويحتمل القبول هنا أيضاً؛ لجواز أن يكون الحقّ المقرّ به كذلك، فلو لم يقبل أخلّ بحكمة الإقرار بالحقّ الواقع كما ذكرناه في نظائره، إلّا أنّ الأشهر هنا عدم سماع الخيار. ولو قيل بالقبول كالسابق كان حسناً.

قوله: «إذا قال: له عليّ دراهم ناقصة صحّ» إلى آخره.

وجه القبول مع الاتّصال: أنّ المقرّ به هو الدراهم الموصوفة بما ذكر، فلا يلزم غيرها؛ لأنّه لم يقرّ به، ولأنّ الكلام لا يتمّ إلّا بآخره، ولأنّه من الممكن أن يكون له عنده دراهم بهذا الوصف، فلو لم يقبل الإقرار بها نافي غرض الشارع وحكمته كنظائره.
وفي المسألة وجه آخر بعدم القبول، عملاً بأوّل الكلام، وكون الوصف منافياً للسابق؛ لاقتضائه الرجوع عن بعضه.

ولا يخفى ضعفه؛ إذ لم يثبت بالإقرار سواه حتّى يقال: إنّه سقط، ولا منافاة بين الأمرين، فقطع بعض الكلام عن بعض وإلزامه به بعيد عن مقصد الشارع.

وعلى تقدير قبول الوصف بالنقصان يرجع إليه فيه، وبالزيف - وهو المغشوش^٢ - يرجع

١. تقدّم في ص ٥٤١ و٦٢١.

٢. لسان العرب، ج ٩، ص ١٤٢، «زيف».

الخامسة: • إذا قال: «له عليّ عشرة لا بل تسعة» لزمه عشرة. وليس كذلك لو قال: «عشرة إلا واحداً».

السادسة: • إذا أشهد بالبيع وقبض الثمن، ثم أنكّر فيما بعد، وادّعى أنه أشهد تبعاً للعادة ولم يقبض، قيل: لا تُقبل دعواه؛ لأنه مكذب لإقراره، وقيل: تُقبل؛ لأنه ادّعى ما هو معتاد، وهو أشبه؛ إذ ليس هو مكذباً للإقرار، بل مدّعياً شيئاً آخر، فيكون على المشتري اليمين.

وليس كذلك لو شهد الشاهدان بإيقاع البيع ومشاهدة القبض، فإنه لا يُقبل إنكاره، ولا يتوجّه اليمين؛ لأنه إكذاب للبيّنة.

إليه في قدر الغشّ، بشرط أن يبقى معه فضّة يصدق معها اسم الدراهم؛ إذ لو خلت منها كانت فلوساً لا دراهم مغشوشة.

قوله: «إذا قال: له عليّ عشرة لا بل تسعة، لزمه عشرة» إلى آخره.

الفرق بين المسألتين أنّ قوله «لا بل تسعة» إضراب عن الإقرار بالعشرة بعد الإيجاب، وقد تقدّم أنّه يجعل ما قبل «بل» كالمسكوت عنه وإقراره بغيره^١، فلا يقبل رجوعه، بخلاف قوله «إلا واحداً» فإنه استثناء، وهو تركيب عربي يكون جزء من الكلام ومن متمّماته، والمراد منه هو القدر الحاصل بعد الاستثناء، فقوله «له عشرة إلا واحداً» بمعنى له تسعة، وكأنّ للتسعة اسمين: أحدهما «عشرة إلا واحداً» فليس هنا إقرار بالعشرة ولا رجوع عنها. قوله: «إذا أشهد بالبيع وقبض الثمن ثم أنكّر فيما بعد» إلى آخره.

القول بالقبول للأكثر، بمعنى سماع الدعوى وتوجّه اليمين بها على المشتري على وقوع الإقباض حقيقة. وإنّما انتقلت اليمين إليه مع أنّه المدّعي لإقرار البائع بالقبض، فهذه اليمين إنّما هي في مقابلة الدعوى الواقعة من البائع ثانياً، بأنّه لم يقبض، وأنّ إقراره السابق ما كان مطابقاً للواقع.

المقصد الثالث في الإقرار بالنسب

وفيه مسائل:

الأولى: • لا يثبت الإقرار بنسب الولد حتى تكون البنوة ممكنة، ويكون المقر به مجهولاً، ولا ينازعه فيه منازع. فهذه قيود ثلاثة.

فلو انتفى إمكان الولادة لم يُقبل، كالإقرار ببنوة من هو أكبر منه، أو مثله في السن، أو أصغر منه بما لم تجر العادة بولادته لمثله، أو أقرّ ببنوة ولد امرأة له، وبينهما مسافة لا يمكن الوصول إليها في مثل عمره. وكذا لو كان الطفل معلوم النسب لم يُقبل إقراره. وكذا لو نازعه منازع في بنوته لم يُقبل إلا ببيّنة.

وبهذا يحصل الجواب عن حجة المانع من قبول قوله، من حيث إنّه مكذب بدعواه الثانية لإقراره السابق.

وحاصل الجواب: أنّه ما كذب الإقرار، بل هو معترف بوقوعه، وإنّما يدّعي معه أمراً آخر، وهو كونه تبعاً للعادة من الإشهاد على القبض من غير أن يحصل قبض لإقامة الشهادة والحجة؛ خوفاً من تعذر الشهود وقت الإقباض، ولكون هذا أمراً معتاداً بين المتعاملين أتجه قبوله، لا بمعنى تقديم قول مدّعيه، بل بمعنى سماع دعواه وتوجّه اليمين على المشتري، بأنّ الدفع بطريق الحقيقة لا على جهة المواطاة.

هذا كلّه إذا كانت الشهادة على إقراره. أمّا لو شهد الشاهدان بمشاهدة القبض لم يقبل إنكاره، ولا يمين على المشتري؛ لأنّ ذلك طعن في البيّنة وإكذاب لها فلا يلتفت إليه، ومثله ما لو رجع عن الإقرار في الأوّل، فإنّه لا يقبل ولا تتوجّه اليمين.

قوله: «لا يثبت الإقرار بنسب الولد - إلى قوله - لم يقبل إلا ببيّنة».

الصفات المعتمدة في المقرّ معتبرة في الإقرار بالنسب، ويزيد هنا شرائط أخرى.

وتحرير الحال: أن المقرّ ينسب إمّا ولد أو غيره. فإن كان ولداً اعتبر فيه أمور:

أحدها: أن لا يكذبّه الحسّ، بأن يكون ما يدّعيه ممكناً، فلو كان في سنّ لا يتصوّر أن يكون ولداً للمستلحق، بأن كان أكبر منه سنّاً، أو مثله، أو كان المستلحق أكبر ولكن بقدر لا يولد لمثله، فلا اعتبار بإقراره.

والمصنّف (رحمه الله) اعتبر في إلحاقه إمكان تولّده منه عادةً، وهو أخصّ من مطلق إمكان تولّده؛ لأنّ ابن العشر قد تقدّم أنّه يمكن التولّد منه لكن ذلك خلاف العادة. والأولى اعتبار مطلق الإمكان.

وكذا لو كان بين المقرّ وبين أمّ الولد مسافة لا يمكن الوصول في مثل عمر الولد إليها، أو علم عدم خروج المقرّ إلى بلدها، ونحو ذلك.

وثانيها: أن لا يكذبّه الشرع، بأن يكون المستلحق مشهور النسب من غيره؛ لأنّ النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره، ولا فرق بين أن يصدّقه المستلحق أو يكذبّه.

وهل يلحق الولد المنفيّ باللعان بغير المعروف بالنسب، من حيث انتفائه شرعاً عمّن عرف به، أم بالمعلوم؟ وجهان، من عدم المنازع وانتفائه شرعاً، ومن بقاء شبهة النسب، ومن ثمّ لو استلحقه الملاعن بعد ذلك ورثه الولد.

وثالثها: أن لا ينازعه في الدعوى من يمكن الإلحاق به، فإنّ الولد حينئذٍ لا يلحق بالمقرّ ولا بالآخر إلّا بالبيّنة أو القرعة.

واعلم أنّ إطلاق العبارة يقتضي استواء الأمّ والأب في الدعوى بشرائطها. والحكم في الأب كذلك. وأمّا الأمّ ففي إلحاقها به قولان^١، منشؤهما عموم الأدلّة الدالّة على نفوذ الإقرار

١. تقدّم في ص ٢٣٩.

٢. القول بإلحاق الأمّ بالأب هو ظاهر جماعة منهم الشيخ في النهاية، ص ٦٨٤؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٢٥؛

والعلامة في إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤١١.

والقول بعدم الإلحاق للشهيد في الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٣٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١١).

- ولا يعتبر تصديق الصغير. وهل يعتبر تصديق الكبير؟ ظاهر كلامه في النهاية لا، وفي المبسوط يعتبر، وهو الأشبه. فلو أنكر الكبير لم يثبت النسب.
- ولا يثبت النسب في غير الولد، إلا بتصديق المقرّ به.

بالولد^١، ومن ثبوت نسب غير معلوم الثبوت على خلاف الأصل فيقتصر على إقرار الرجل، مع وجود الفارق بينهما بإمكان إقامة الأُمّ البيّنة على الولادة دونه.

قوله: «ولا يعتبر تصديق الصغير. وهل يعتبر تصديق الكبير؟» إلى آخره.

هذا شرط رابع مختلف فيه، وهو تصديق الولد لمن استلحقه إذا كان ممنّ يعتبر تصديقه. فلو استلحق بالغا عاقلاً فكذب لم يثبت النسب في أظهر القولين؛ لأنّ الإقرار بالنسب يتضمّن الإقرار في حقّ الغير فيتوقّف على تصديقه أو البيّنة، فإن لم يكن بيّنة حلّفه، فإن حلّف سقطت دعواه، وإن نكل حلّف المدّعي وثبت نسبه.

ولو استلحقه صغيراً ثبت نسبه وورث كلّ واحد منهما الآخر. والمجنون بحكم الصغير في عدم اعتبار تصديقه؛ لاشتراكهما في عدم الأهلية.

ووجه عدم اعتبار تصديقه أنّ ذلك إقرار في حقّ نفسه؛ ولهذا لم يعتبر تصديق الصغير. وضعفه ظاهر؛ لاشتراك الحقّ، وخروج الصغير بالإجماع، وتعدّره في حقّه.

وحيث يعتبر التصديق لم يكفِ عدم التكذيب؛ لأنّه أعمّ منه فلا يدلّ عليه، خلافاً لظاهر عبارة القواعد حيث اعتبر في الكبير عدم التكذيب^٢، وكأنّه تجوّز في العبارة، وقد صرح في غيرها باشتراط التصديق^٣.

قوله: «ولا يثبت النسب في غير الولد، إلا بتصديق المقرّ به».

١. من الأدلّة ما ورد في الكافي، ج ٧، ص ١٦٥ - ١٦٦، باب الحمل، ج ١ و ٣، والفقيه، ج ٤، ص ٣١٤، ح ٥٦٧٩؛ وتهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٣٤٧، ح ١٢٤٧؛ والاستبصار، ج ٤، ص ١٨٦، ح ٦٩٨؛ وراجع وسائل الشيعة، ج ٢٦، ص ٢٧٠ - ٢٧١، الباب ٦ من أبواب ميراث ولد الملاعنة.

٢. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٣٧، وفي ص ٤٣٨ صرح باشتراط التصديق في الكبير العاقل.

٣. إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤١١؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٤٣١، الرقم ٦٠٣١؛ مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٣٧، المسألة ٢٤٢؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٤٣٦، المسألة ٩٨٦.

- وإذا أقرّ بغير الولد للصلب ولا وريثة له، وصدّقه المقرّ به توارثا بينهما، ولا يتعدّى التوارث إلى غيرهما.
- ولو كان له وريثة مشهورون، لم يُقبل إقراره في النسب.

ما تقدّم حكم إلحاق الولد للصلب، وإلحاق النسب فيه بنفس المقرّ، وأمّا الإقرار بغيره فالنسب فيه يلحق بغيره، فإنّه إذا قال: «هذا أخي» كان معناه: أنّه ابن أبي وابن أُمّي، ولو أقرّ بعمومة غيره كان النسب ملحقاً بالجدّ، فكأنّه قال: «ابن جدّي».

ويشترط في هذا الإلحاق ما تقدّم من الشرائط، ويزيد اعتبار تصديق المقرّ به أو البيّنة على الدعوى وإن كان ولد ولد؛ لأنّ إلحاقه بالولد قياس مع وجود الفارق، فإنّ إلحاق نسبه بغير المقرّ - وهو الولد - فكان كالأخ.

قوله: «وإذا أقرّ بغير الولد للصلب ولا وريثة له، وصدّقه المقرّ به» إلى آخره.

هذا من جملة ما افترق فيه الإقرار بالولد عن غيره، فإنّ الإقرار بالولد مع التصديق أو بدونه يثبت به النسب، ويتعدّى التوارث إلى غيرهما من أنسابهما بشرطه، وأمّا الإقرار بغير الولد للصلب وإن كان ولد ولد فيختصّ حكمه مع التصديق بالمتصادقين؛ لما تقرّر من أنّ ذلك إقرار بنسب الغير، فلا يتعدّى المقرّ، ولو لم يحصل تصديق افتقر إلى البيّنة.

ويشترط فيه أيضاً - زائداً على الشرائط السابقة - أن يكون الملحق به ميّناً، فما دام حيّاً لم يكن لغيره الإلحاق به وإن كان مجنوناً. وأن لا يكون الملحق به قد نفى المقرّ به، أمّا إذا نفاه ثمّ استلحقه وارثه بعد موته ففي لحوقه وجهان، من سبق الحكم ببطان هذا النسب، وفي إلحاقه به بعد الموت إلحاق عارٍ بنسبه، وشرط الوارث أن يفعل ما فيه حظّ المورث لا ما يتضرّر به، ومن أنّ المورث لو استلحقه بعد ما نفاه باللعان وغيره لحق به وإن لم يرثه عندنا. وهذا أقوى.

قوله: «ولو كان له وريثة مشهورون، لم يُقبل إقراره في النسب».

لأنّ ذلك إقرار في حقّ الغير حيث إنّ الإرث يثبت شرعاً للورثة المعروفين، فإقراره بوارث آخر يقتضي منعهم من الإرث أو مشاركتهم فيه أو مشاركة من ينتسب إليهم، فلا يقبل بمجردّه وإن صادقه الآخر، بل يفترق إلى البيّنة.

الثانية: ● إذا أقرّ بولد صغير فثبت نسبه، ثمّ بلغ فأنكر لم يلتفت إلى إنكاره؛ لتحقق النسب سابقاً على الإنكار.

الثالثة: ● إذا أقرّ ولد الميّت بولد له آخر فأقرّاً بثالث ثبت نسب الثالث إن كانا عدلين.

ولو أنكر الثالث الثاني لم يثبت نسب الثاني، لكن يأخذ الثالث نصف التركة، ويأخذ الأوّل ثلث التركة، والثاني السدس، وهو تكملة نصيب الأوّل. ولو كان الاثنان معلومي النسب، فأقرّاً بثالث ثبت نسبه إن كانا عدلين. ولو أنكر الثالث أحدهما لم يلتفت إليه، وكانت التركة بينهم أثلاثاً.

قوله: «إذا أقرّ بولد صغير فثبت نسبه، ثمّ بلغ فأنكر لم يلتفت إلى إنكاره» إلى آخره. نبّه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ذهب إلى انتفاء النسب بإنكاره بعد البلوغ؛ لأنّه إنّما حكمنا به حيث لم يكن إنكار ولا صلاحية له فإذا تحقّق صار كالكبير ابتداءً. ويضعّف بأنّ هذا لو أقرّ لزم أن لا يثبت قبل البلوغ أيضاً؛ لفقد الشرط. وحيث اعترف بينوته وجب استصحابه.

وحيث نقول بعدم الالتفات إلى إنكاره لو أراد المقرّ به تحليف المقرّ لم يكن له ذلك؛ لأنّه لو رجع لم يقبل فلا معنى لتحليفه.

ولو استلحق مجنوناً فأفاق وأنكر فالأظهر أنّه كالصغير.

قوله: «إذا أقرّ ولد الميّت بولد له آخر فأقرّاً بثالث ثبت نسب الثالث إن كانا عدلين ولو أنكر الثالث» إلى آخره.

إذا أقرّ الولدان بثالث شاركهما في الإرث بالنسبة، سواء كانا عدلين أم لا، ولكن لا يثبت نسبه إلّا مع عدالتهما، فلا يتعدّاهما الميراث بدون العدالة كما مرّ، وكذلك توقّف نسب الثاني على اعتراف الثالث وعدالته مع الأوّل. ولو فرض إنكار الثالث الثاني لم يثبت نسب الثاني،

سواء كان الأوّلان عدلين أم لا؛ لأنّه لم يشهد به؛ إذ لم يعترف سوى الأوّل، فثبت نسبه في حقّه خاصّة^١. وحينئذٍ يأخذ الثالث نصف التركة؛ لأنّ إرثه ثابت باعتراف الأوّلين، وكذلك الأوّل باعتراف الآخرين، فكان المتفق عليهما الاثنان، فيكون للثالث نصف التركة والأوّل يعترف بأنّهم ثلاثة فليس له إلّا ثلثها، ويبقى سدس من التركة للثاني ثابتاً له باعتراف الأوّل، وهو المراد بقول المصنّف إنّه «تكلمة نصيب الأوّل» أي تكلمته بزعم الثالث، وإلّا فهو يعترف أن لا نصيب له في الزائد عن الثلث.

وربما قيل بأنّ النصف يقسّم بين الأوّل والثاني بالسويّة؛ لأنّ ميراث البنين يقتضي التسوية، ولا يسلم لأحدهم شيء إلّا ويسلم للآخر مثله، والثالث بزعمهما غضبهما بعض حقّهما.

والأظهر الأوّل؛ لأنّ حقّ الثاني شائع فيما في يد الأوّل والثالث بالسويّة، فله الثلث من كلّ منهما.

والضابط على الأوّل - في هذه الصورة ونظائرها - أن يؤخذ أصل المسألة على قول المنكر وأصلها على قول المقرّ، ويضرب أحدهما في الآخر، ويقسّم الحاصل باعتبار مسألة الإنكار، فيدفع نصيب المنكر منه إليه، ثمّ باعتبار مسألة الإقرار، فيدفع نصيب المقرّ منه إليه، ويدفع الباقي إلى المقرّ به، فمسألة الإنكار في هذه الصورة من اثنين، ومسألة الإقرار من ثلاثة، فيضرب أحدهما في الآخر، فنلث المرتفع - وهو اثنان - للمقرّ، ونصفه - ثلاثة - للمنكر، ويبقى سهم للآخر.

وعلى الثاني: أن ينظر في أصل المسألة على قول المنكر ويصرف إليه نصيبه منها، ثمّ يقسّم الباقي بين المقرّ والمقرّ به، فإن انكسر صحّته بالضرب. فأصل المسألة في هذه الصورة على قول المنكر اثنان، يدفع إليه واحد منهما، والآخر لا ينقسم على اثنين

١. في الحجرّيتين: «حقّ صاحبه» بدل «حقّه خاصّة».

الرابعة: • لو كان للميت إخوة وزوجة فأقرت له بولد كان لها الثمن، فإن صدقها الإخوة كان الباقي للولد دون الإخوة. وكذا كل وارث في الظاهر أقر بمن هو أقرب منه دفع إليه جميع ما في يده. ولو كان مثله دفع إليه من نصيبه بنسبة نصيبه. وإن أنكر الإخوة كان لهم ثلاثة الأرباع، وللزوجة الثمن، وباقي حصتها للولد.

فتضرب اثنين، في أصل المسألة، فالمرتفع - وهو أربعة - نصفه للمنكر، ونصفه للآخرين لكل منهما واحد.

هذا كله إذا لم يكن الأولان معلومي النسب، وإلا فلا عبرة بإنكار الثالث، وكانت التركة بينهم أثلاثاً؛ لثبوت نسب الأولين واعترافهما بالثالث، سواء كانا عدلين أم لا، لكن مع عدلتها يثبت نسب الثالث وإلا فلا.

قوله: «لو كان للميت إخوة وزوجة فأقرت له بولد - إلى قوله - بنسبة نصيبه».

إذا كان الوارث للميت ظاهراً إخوة وزوجة فلها الربع ظاهراً، فإذا أقرت بولد فقد أقرت له بنصف نصيبها وهو الثمن. ثم ينظر إن صادقها الإخوة دفعوا إليه جميع ما يخصهم ظاهراً وهو ثلاثة أرباع التركة؛ لأن ذلك مقتضى حكم الولد، سواء ثبت نسبه بأن كان فيهم عدلان أم لا، وكذا القول في كل وارث ظاهراً أقر بمن هو أولى منه، كما لو أقر العم أو الأعمام بأخ. واحترز بقوله «وارث في الظاهر» عن أمرين:

أحدهما: الوارث في نفس الأمر؛ فإن إرثه كذلك مناف صحة إقراره، فيمتنع اعتباره.

والثاني: عمّا لو لم يكن وارثاً أصلاً؛ فإن إقراره لا يعتبر؛ لأنه إقرار على الغير، وإنما ينفذ إقرار الوارث ظاهراً؛ لكونه إقراراً على ما في يده.

ولو كان الوارث قد أقر بمساوٍ - كما لو أقر الأخ بأخ - دفع إليه بنسبة نصيبه - أي نصيب المقر به إلى أنصاء الورثة - من نصيبه، أي نصيب المقر. فلو كان أحد الأخوين قد أقر بأخت - مثلاً - دفع إليها من نصيبه - وهو النصف - خمساً؛ لأنه نسبة نصيب الأخت إلى سهام

الخامسة: • إذا مات صبي مجهول النسب فأقرّ إنسان ببنوته ثبت نسبه، صغيراً كان أو كبيراً، سواء كان له مال أو لم يكن، وكان ميراثه للمقرّ. ولا يقدر في ذلك احتمال التهمة، كما لو كان حياً وله مال.

ويسقط اعتبار التصديق في طرف الميت ولو كان كبيراً؛ لأنّه في معنى الصغير. وكذا لو أقرّ ببنوة مجنون، فإنّه يسقط اعتبار تصديقه؛ لأنّه لا حكم لكلامه.

الأخوين، ويبقى من نصيبها على زعمه خمس آخر من نصيب الأخ غير المقرّ، وعلى هذا. والضابط: أن المقرّ يدفع إلى المقرّ له ما زاد من نصيبه لولا الإقرار على تقدير وجود المقرّ به، فالزوجة تدفع الثمن؛ لأنّه الفاضل من نصيبها لولا إقرارها بالولد، والأخ يدفع الخمس؛ لأنّه الفاضل من نصيبه لولا الإقرار بالأخت، وهكذا.

قوله: «إذا مات صبي مجهول النسب فأقرّ إنسان ببنوته ثبت نسبه، صغيراً كان أو كبيراً، سواء كان له مال أو لم يكن» إلى آخره.

هذا الحكم مشهور بين الأصحاب، ذكره الشيخ في المبسوط وغيره^١، وادّعى عليه الاتفاق^٢. وحكمه مع صغر الميت واضح؛ لأنّ اعتبار التصديق ساقط في جانب الصغير لو كان حياً فكذا مع الموت. ولا يقدر التهمة بطلب المال لو كان له مال، كما لا يقدر لو كان حياً موسراً والمقرّ فقير؛ لعدم المنازع في ماله حينئذٍ، ولأنّ أمر النسب مبني على التغليب؛ ولهذا يثبت بمجرد الإمكان، حتّى لو قتله ثمّ استلحقه فإنّه يقبل استلحاقه ويحكم بسقوط القصاص. ونبه بقوله «ولا يقدر في ذلك احتمال التهمة» على خلاف أبي حنيفة؛ حيث ذهب إلى عدم لحوقه حينئذٍ لثبوت التهمة في حقّه^٣.

١. كابين إدريس في السرائر، ج ٣، ص ٣١١؛ والكيزري في إصباح الشيعة، ص ٣٣٨؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٣٧.

٢. المبسوط، ج ٢، ص ٤٤٨.

٣. لم نعرث عليه في مصادر الحنفية، وحكاه عنه الماوردي في الحاوي الكبير ج ٧، ص ٩٧؛ وابن قدامة في المعنى المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٢٣٣ - ٢٣٤، المسألة ٣٨٨٩.

السادسة: ● إذا ولدت أمته ولداً فأقرّ بينوته لحق به، وحكم بحرّيته، بشرط أن لا يكون لها زوج.

وردّ باعترافه بعدم قدح التهمة في حياته ويساره وقرر المقرّ فكذا بعد موته؛ لاشتراكهما في المعنى وهو كون الصغير ليس أهلاً للتصديق.

وأما على تقدير كونه كبيراً فوجهه بما أشار إليه المصنّف (رحمه الله) من كون الميّت في حكم الصغير حيث لا يمكن في حقّه التصديق، فيسقط اعتباره كما سقط في حقّ الصغير^١. ولا يخلو من إشكال؛ لأصالة عدم النسب، وكون إلحاقه بمجرد الدعوى على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع الوفاق وهو الصغير وإطلاق اشتراط تصديق الكبير، وهو منتفٍ هنا، ولا نصّ في المسألة ولا إجماع. وتوقّف في التذكرة^٢ لذلك، وعذره واضح.

والوجهان آتيان في استلحاق المجنون بعد بلوغه عاقلاً، سواء مات أم لا.

قوله: «إذا ولدت أمته ولداً فأقرّ بينوته لحق به، وحكم بحرّيته، بشرط أن لا يكون لها زوج».

هذا مع إمكان كونه منه كما هو شرط في غيره ممّن يلحق من الأولاد.

ثمّ إن كانت فراشاً للمولى وولادته متأخّرة عن ملكها بحيث يمكن علوقه بعد الملك حكم بكون الأمة أمّ ولد، وإن احتمل تقدّمه عليه ففي الحكم بكونها أمّ ولد بمجرد إلحاق الولد والحكم بلحوقه وجهان، من ظهور الاستيلاد في ملكه، والأصل عدم غيره، ومن إمكان استيلادها بالنكاح ثمّ ملكها بعد ذلك، أو أنّه استولدها بالشبهة أو بإباحة المولى، فلا تكون أمّ ولد بمجرد لحوقه. وربما رجع الوجهان إلى تعارض الأصل والظاهر، وترجيح الأصل هو الغالب.

ولا إشكال لو صرّح في إقراره بعلوقه في ملكه أو بما يستلزمه، كما لو قال: «هي في ملكي من خمس سنين» وسنّ الولد أربع سنين، ونحوه.

● ولو أقرّ بابن إحدى أمّتيه وعيّن له لحق به. ولو ادّعت الأخرى أنّ ولدها هو الذي أقرّ به فالقول قول المقرّ مع يمينه.

ولو لم يعيّن ومات قال الشيخ (رحمه الله): يعيّن الوارث، فإن امتنع أقرع بينهما. ولو قيل باستعمال القرعة بعد الوفاة مطلقاً كان حسناً.

ولو قال: «ولدت في ملكي» احتمل الأمران، من حيث إنّ الولادة لا تنافي علوقه قبله، بأن يحبلها قبل الملك ثمّ يشترها فتلد في ملكه. هذا كلّه إذا لم يكن للأمة زوج، وإلا كان لاحقاً به؛ لأنّه فراش، ولم يلتفت إلى دعوى المولى.

قوله: «ولو أقرّ بابن إحدى أمّتيه وعيّن له لحق به» إلى آخره.

إذا كان له أمتان فصاعداً، ولكلّ واحدة ولد، فقال: «ولد إحداهما ولدي» وكان استلحاقهما ممكناً على الوجه السابق أمر بتعيينه، كما لو طلق إحدى امرأتيه وأعتق أحد عبيده، فإذا عيّن أحدهما ثبت نسبه وكان حرّاً وورثه. ثمّ في صيرورة أمّه أمّ ولد ما سبق.

وكذا الحكم لو كان الولدان من أمّ واحدة فأقرّ بأحدهما خاصّة. فإن تعدّدت الأمّ وادّعت الأخرى أنّ المستلحق ولدها فالقول قول المولى مع يمينه؛ لأنّ الأصل معه، وهو ينفي ما تدّعيه. وكذا لو بلغ الولد وادّعى ذلك. فإن نكل المولى قال في التذكرة: حلف المدّعي وقضي بمقتضى يمينه^١. وهذا يتمّ فيما لو كان المدّعي الولد. أمّا الأمّ فإن كان إقراره متضمناً كونها أمّ ولد فيمينها لإثبات حقّها من أمّيّة الولد جيّد، وأمّا لإثبات ولادة ولدها فمشكل؛ لأنّها تثبت بيمينها حقّاً لغيرها وهو حرّيّة الولد.

ولو مات المقرّ قبل التعيين قال الشيخ: قام وارثه مقامه في التعيين - لا بمعنى أنّه ينشئ تعييناً من غير علم سابق له بحقيقة الحال؛ لأنّ النسب لا يلحق بالتشهي، بل إن كان عالماً بالحال ولو بإقرار المورث قبل إخباره بذلك؛ لأنّ الحقّ انتقل من المورث إليه - فإن امتنع من التعيين لعدم علمه أو لغيره أقرع^٢.

١. تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٤٤٤، المسألة ٩٩٢.

٢. المبسوط، ج ٢، ص ٤٥٥، وما بين الشارحتين من كلام المصنّف.

السابعة: • لو كان له أولاد ثلاثة من أمة فأقرّ بينوّة أحدهم فأبهم عينه كان حرّاً، والآخرون رقاً. ولو اشتبه المعين ومات أو لم يعين استخرج بالقرعة.

ويشكل بأنّه إقرار في حقّ الغير، ولا دليل على قبوله، ولأنّ التعيين إنّما يعتدّ به إذا كان من جميع الورثة، والمقرّ به منهم، فلو اعتبر تعيينه لزم الدور، فلذلك ذهب المصنّف (رحمه الله) إلى القول باستعمال القرعة بعد الوفاة مطلقاً، أي سواء ادعى الوارث العلم وعين أم لا؛ لأنّ هذا من الأمور المشكّلة، ومورد القرعة بالنصّ^١. وهذا أقوى.

ثمّ إذا خرجت القرعة لواحد، وكان قد ذكر المقرّ ما يقتضي أميّة أمّه صارت أمّ ولد بذلك من غير احتياج إلى قرعة أخرى.

قوله: «لو كان له أولاد ثلاثة من أمة فأقرّ بينوّة أحدهم» إلى آخره.

لا فرق بين كون المعين الأكبر من الأولاد والأصغر والأوسط، إن لم نقل بصيرورة الأمة فراشاً بالوطء - كما هو المشهور - ولا يلحق ولدها بالمولى إلا بإقراره. والمصنّف (رحمه الله) اقتصر على التفرّيع على مختاره. وقد تقدّم البحث فيه^٢.

وعلى القول الآخر بصيرورتها فراشاً بالوطء^٣ يتحرّر المعين ومن ولد بعده. فإن عيّن الأكبر وأقرّ به ابتداءً لحق به، وتبعه الأوسط والأصغر؛ لكونهما مولودين على فراشه. وإن عيّن الأوسط أو أقرّ به تبعه الأصغر، وبقي الأكبر رقيقاً. وإن عيّن الأصغر لحق به وحده، وكذا الحكم لو لم يعين واستخرج الولد بالقرعة.

وعلى هذا فالأصغر نسب حرّ على كلّ حال؛ لأنّه إمّا المقرّ به أو تابع لمن قبله بالفراش، بخلاف الآخرين؛ لاحتمال كون المقرّ به هو الأصغر فيكونان رقاً.

وعلى هذا فهل يفتقر إلى إدخاله في القرعة؟ وجهان، لا؛ لأنّها لإخراج المشتبه بالحرّيّة

١. الفقيه، ج ٣، ص ٩٢، ح ٣٣٩٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٠، ح ٥٩٣.

٢. تقدّم في ص ٢٦٥ وما بعدها.

٣. متن قال به يحيى بن سعيد الحلبي في الجامع للشرائع، ص ٣٤٤.

الثامنة: • لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين عدلين. ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين على الأظهر، ولا بشهادة رجل ويمين، ولا بشهادة فاسقين ولو كانا وارثين.

أو الرقية وهو منفي في حقه، ولجواز أن تقع القرعة على غيره فيلزم استرقاقه، ونعم، لا ليرق إن خرجت لغيره بل ليرق غيره إن خرجت عليه، ويقتصر بالحرية عليه. وهذا حسن. وربما قيل يمنع حرّيته؛ لأنّ أمّه وإن كانت أمّ ولد يجوز أن يكون رقيقاً في نفس الأمر. ويشكل بأننا إذا حكمنا بصيرورتها فراشاً ألحقنا به أولادها ظاهراً، من غير التفات إلى إمكان كونهم من غيره ولو بوجه صحيح، فلا يقدح هذا التجويز. والأصحاب أهملوا التفريع على هذا القول؛ نظراً إلى الأشهر بينهم من عدم صيرورتها فراشاً بالوطء.

قوله: «لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين عدلين» إلى آخره.

حصر ثبوت النسب في شهادة رجلين بالنظر إلى الشهادة لا إلى مطلق ما يثبت به، فلا ينافي ما سيأتي إن شاء الله من أنّه يثبت بالاستفاضة؛ لأنّ مستندها ليس من حيث الشهادة بل من حيث إخبار من يؤمن بالكذب في خبره.

وقرينة اختصاص الحصر بالشهادة ما نفى ثبوته به بعد ذلك من شهادة رجل وامرأتين، وشهادة رجل ويمين، وغير ذلك.

والاعتذار عن الكلامين المظنون اختلافهما - بحمل الافتقار إلى الشاهدين على ما إذا كان هناك منازع، والاكتفاء بالشياع على عدمه - ليس بجيد؛ إذ لا يفترق الحال فيما يثبت به بين المنازع وعدمه، بل الوجه ما ذكرناه من عدم المنافاة بين الأمرين، وأنّه يثبت بهما مطلقاً.

ووجه اختصاصه بالشاهدين دون ما ذكر: أنّ متعلّقه ليس مالاً، ولا المقصود منه المال وإن ترتّب عليه بالعرض كالميراث.

التاسعة: • لو شهد الأخوان - وكانا عدلين - بآبن للميت ثبت نسبه وميراثه، ولا يكون ذلك دوراً. ولو كانا فاسقين لم يثبت النسب، ولكن يستحقّ دونهما الإرث.

والقول بثبوتة بشهادة رجل وامرأتين للشيخ (رحمه الله) في المبسوط^١؛ نظراً إلى ترتب المال عليه في الجملة.

وهو شاذ، مع أنه حكم فيه في هذا الباب بعدم ثبوتة بذلك^٢.

قوله: «لو شهد الأخوان وكانا عدلين بآبن للميت» إلى آخره.

نبه بقوله «ولا يكون ذلك دوراً» على ما حكاه الشيخ في المبسوط من توجه الدور، من حيث إن الابن لو ورث لحجب الأخوين، وخرجا عن كونهما وارثين، فيبطل الإقرار بالنسب؛ لأنه إقرار من ليس بوارث، وإذا بطل الإقرار بطل النسب، فيبطل الميراث^٣، فيؤدى ثبوت الميراث إلى نفيه، وذلك دور.

ووجه اندفاعه على ما فرضه المصنّف واضح؛ لأنّ النسب يثبت من حيث شهادتهما لا من حيث إقرارهما؛ لفرض كونهما عدلين، وشهادة العدلين تثبت النسب وإن كان الشاهد أجنبيّاً، والشيخ فرضها على تقدير إقرار الأخوين.

والحقّ أنّ توهم الدور على تقدير عدلتهما لا وجه له، سواء فرضا شاهدين أم مقرّين؛ لأنّ إقرارهما في معنى الشهادة؛ إذ لا يختصّ بلفظ مخصوص حتّى يفترق الحال، كما لا يختصّ الإقرار كذلك، فيتأدّى بلفظ «الشهادة».

وإنّما يتوجه الدور مع كون المقرّ بمن هو أولى منه ممّن لا يثبت به النسب، كما لو كان الأخ واحداً أو كانا غير عدلين. فيتّجه حينئذٍ أن يقال: إن إقراره إنّما يسمع إذا كان

١. المبسوط، ج ٢، ص ٤٤٦، ولكن فيما إذا كانوا من الورثة.

٢. المبسوط، ج ٢، ص ٤٥٦.

٣. المبسوط، ج ٢، ص ٤٤٦.

العاشرة: • لو أقرّ بوارثين أولى منه فصدّقه كلّ واحد عن نفسه لم يثبت النسب، وثبت الميراث، ودفع إليهما ما في يده. ولو تناكرا بينهما لم يلتفت إلى إنكارهما.

• ولو أقرّ بوارث أولى منه، ثمّ أقرّ بآخر أولى منهما، فإن صدّقه المقرّ له الأوّل دفع المال إلى الثاني، وإن كذّبه دفع المقرّ إلى الأوّل المال وغرمه للثاني. ولو كان الثاني مساوياً للمقرّ له أولاً ولم يصدّقه الأوّل دفع المقرّ إلى الثاني مثل نصف ما حصل للأوّل.

وارثاً؛ لما تقدّم من أنّ إقرار الأجنبي بالوارث غير مسموع^١، فإذا كان المقرّ به حاجباً للمقرّ اتّجه أن يقال: إنّه لو ورث لحجب المقرّ، ولو حجبه يخرج عن أهليّة الإقرار، وإذا بطل الإقرار فلا نسب ولا ميراث، فيزول المانع من نفوذ إقراره، ويلزم من توريثه منع توريثه. وجوابه: حينئذٍ أنّ المعتمد كونه وارثاً لولا الإقرار، بل لا يصحّ اعتبار كونه وارثاً في نفس الأمر؛ لأنّ ذلك لا يجامع خروجه عن الإرث كما قرّره سابقاً^٢، وذلك لا ينافي خروجه عن الجائز به بالإقرار.

قوله: «لو أقرّ بوارثين أولى منه فصدّقه كلّ واحد عن نفسه لم يثبت النسب» إلى آخره. إنّما لم يلتفت إلى تناكرهما؛ لأنّ استحقاقهما للإرث يثبت في حالة واحدة، فلم يكن أحدهما أولى من الآخر، بخلاف ما لو أقرّ بأحدهما ثمّ أقرّ بالآخر؛ فإنّ اشتراكهما في التركة متوقّف على مصادقة الأوّل.

قوله: «ولو أقرّ بوارث أولى منه، ثمّ أقرّ بآخر أولى منهما» إلى آخره. إذا أقرّ الوارث ظاهراً - كالعم - بمن هو أولى منه - كالأخ - نفذ إقراره في المال؛ لكونه

١. تقدّم في ص ٦٢٨.

٢. تقدّم في ص ٦٣١.

حائزاً للتركة شرعاً، فيكون إقراره في حق نفسه، فإذا أقرّ بعد ذلك بمن هو أولى منهما كالولد، فإن صدّقه الأخ فلا بحث. وإن كذّبه فالمشهور أنّ التركة تدفع إلى الأخ؛ لأنّه استحقّها بإقرار الحائز لها أولاً، فيكون إقراره ثانياً بمن هو أولى منه بمنزلة الرجوع عن الأوّل ويعقبه بالمنافي، فلا يسمع في حق المقرّ له الأوّل، ولكن يغرم المقرّ للثاني التركة؛ لأنّه فوّتها عليه بإقراره الأوّل، فكان كما لو قال: «هي لفلان بل لفلان».

وهذا يتمّ مع تسليمه التركة اختياراً إلى الأخ؛ لأنّه حينئذٍ بمنزلة المتلف لها. أمّا مع عدم التسليم فيشكل، بأنّه لا منافاة بين الإقرار بالأخ والإقرار بالولد؛ لإمكان اجتماعهما على الصدق، بخلاف قوله: «فلان بل لفلان» وبإمكان أن لا يكون عالماً بالولد حين أقرّ بالأخ، فلا تقصير وإن كان قد نفى وارثاً غيره.

والوجه بناء الضمان على ما تقدّم^١ من الخلاف فيمن أقرّ لميتّ وعيّن له وارثاً هل يؤمر بالتسليم إليه بدون البحث أم لا؟ فإن أوجبنا البحث فهنا كذلك، ولا ضمان بمجرد الإقرار؛ لعدم استلزامه الاستحقاق^٢ بذاته، وإن لم نوجبه، فإن سلّم التركة إلى الأخ بأمر الحاكم، أو أوجبناه فأمره بعد البحث فلا ضمان إن لم يكن عالماً بالولد حينئذٍ؛ لعدم التفريط، وامتناله الأمر، فلا يتعقّب الضمان. وإن سلّمه بدون أمره مع العلم ضمن قطعاً، وبدونه على الأقوى؛ لمباشرته الإلتلاف، ولا يفرّق بين العالم والجاهل فيما يرجع إلى الغرم.

هذا إذا كان الثاني أولى من الأوّل كما فرضناه. ولو كان مساوياً - كما لو أقرّ ثانياً بأخ آخر، أو أقرّ بولد ثمّ بأخر - ولم يصدّق المقرّ به الأوّل غرم للثاني مقدار نصيبه من التركة حيث نقول بالغرم.

١. تقدّم في ص ٥٣٩ - ٥٤٠.

٢. في بعض النسخ والطبعة الحجرية: «الاستلحاق» بدل «الاستحقاق».

الحادية عشرة: • لو أقرّ بزواج للميتة ولها ولد أعطاه ربع نصيبه، وإن لم يكن ولد أعطاه نصفه.

قوله: «لو أقرّ بزواج للميتة ولها ولد أعطاه ربع نصيبه، وإن لم يكن ولد أعطاه نصفه». هذا الحكم ذكره المصنّف (رحمه الله) وجماعة^١، وهو لا يتمّ على إطلاقه؛ لأنّ المقرّ بالزوج لذات الولد من الوارث منحصر في الولد - ذكراً أو أنثى - وفي الأبوين مجتمعين ومتفرّقين. فإن كان هناك ولد ذكر فالحكم إنّما يتمّ معه إذا كان ولداً، أمّا الأبوان فلا يتغيّر نصيبهما معه بوجود الزوج وعدمه، فإذا كان المقرّ أحدهما أو هما لم يدفع إلى الزوج شيئاً؛ إذ ليس في يده زيادة يلزمه دفعها بإقراره. وإن كان مع الأبوين أو أحدهما بنتاً لم يتمّ أيضاً فيهما؛ لأنّ نصيب الأبوين معها على تقدير عدم الزوج الخمسان وعلى تقدير وجوده السدسان، فالتفاوت بينهما هو الذي يلزمهما دفعه، وهو لا يبلغ ربع ما في يدهما. وكذلك نصيب البنت مع أحدهما.

وعلى تقدير كون الزوجة غير ذات ولد فالمقرّ قد يكون الأب فيتّم فيه الفرض، وقد يكون الأمّ فلا تدفع شيئاً، سواء كان لها حاجب أم لا؛ لأنّ الزوج لا يأخذ من فرضها شيئاً على التقديرين. نعم، لو كانت منفردة بالميراث دفعت النصف كما ذكر.

ولو كان المقرّ بعض الإخوة فإن كان لأمّ لم يدفع شيئاً، وإن كان للأبوين دفع النصف كما ذكر. والضابط على هذا: أن المقرّ يدفع ربع ما في يده أو نصفه، أو ما زاد من نصيبه على تقدير وجود الزوج إن لم يبلغ النصف أو الربع. فلو كان المقرّ أحد الأبوين مع البنت دفع إليه نصف الثمن؛ لأنّ نصيبه على تقدير عدم الزوج الربع إثنا عشر من ثمانية وأربعين، وعلى تقدير وجوده تسعة فالتفاوت بينهما ثلاثة، هي نصف الثمن.

ويمكن تنزيل كلام الجماعة هنا على حمل الإقرار على الإشاعة، فيقتضي الإقرار

١. منهم العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٤٠؛ وراجع النهاية، ص ٦٨٦؛ والمهذب، ج ١، ص ٤١٧؛ والسرائر،

● ولو أقرّ بزواج آخر لم يقبل. ولو أكذب إقراره الأوّل أغرم للثاني مثل ما حصل للأوّل.

بالزوج أن يكون له في كلّ شيء ربه أو نصفه، سواء كان النصيب ثابتاً على التقديرين أم لا. وهذا حسن إلاّ أنّه لا يطابق ما سلف من الفروض؛ فإنّهم لم ينزلوها على الإشاعة، فلا بدّ من تنقيح الحكم في أحد الجانبين.

ولعلّ ما ذكره هنا أجدد ممّا سلف؛ لأنّ الوارث يستحقّ في كلّ جزء من أجزاء التركة سهمه، فلا يختصّ بفرضه في بعض دون بعض، فما حصل لكلّ واحد فهو بينه وبين الزوج بمقتضى الشركة، وما ذهب عليهما.

قوله: «ولو أقرّ بزواج آخر لم يقبل. ولو أكذب إقراره الأوّل أغرم للثاني مثل ما حصل للأوّل».

المراد أنّ إقراره الثاني لا يقبل في حقّ الزوج الأوّل، فلا يزال ما ثبت له من الإرث بالإقرار، وهذا لا إشكال فيه.

وأما الكلام في غرمة للثاني بمجرد الإقرار، أو بشرط تكذيبه لنفسه في إقراره الأوّل، والمشهور بين الأصحاب - وهو الذي قطع به المصنّف - الثاني؛ لأنّه مع التّكذيب يكون قد اعترف بتفويت حقّ الثاني من التركة بإقراره الأوّل، فكان كالمتلّف عليه حقّه فيغرم له، وأما مع عدمه؛ فلأنّ إقراره الثاني مع الحكم بصحّة الأوّل يكون إقراراً بأمر ممتنع في شرع الإسلام، فلا يترتب عليه أثر.

ولو قيل بأنّه يغرم للثاني بمجرد الإقرار كان قوياً؛ لأصالة صحّة الإقرار، وكون زوجيّة الثاني ممتنعة في نفس الأمر ممنوع، بل من الممكن كونه هو الزوج وإقراره الأوّل وقع خطأً أو غلطاً. وإلغاء الإقرار في حقّ المقرّ مع إمكان صحّته ينافي عموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^١.

- ولو أقرّ بزوجة وله ولد أعطاها ثمن ما في يده. وإن لم يكن ولد أعطاها الربع.
- وإن أقرّ بأخرى غرم لها مثل نصف نصيب الأولى إذا لم تصدّقه الأولى. ولو أقرّ بثلاثة أعطاها ثلث النصيب. ولو أقرّ برابعة أعطاها الربع من نصيب الزوجة.
- ولو أقرّ بخامسة، وأنكر إحدى الأول لم يلتفت إليه، وغرم لها مثل نصيب واحدة منهنّ.

والوجه أنّه يغرم مطلقاً إن لم يظهر لكلامه تأويلاً محتملاً في حقّه.

قوله: «ولو أقرّ بزوجة وله ولد أعطاها ثمن ما في يده. وإن لم يكن ولد أعطاها الربع». الكلام في هذه كالسابقة من تنزيل كلام المصنّف وغيره^١ على أنّ حقّ المقرّ له شائع في التركة، فيستحقّ في كلّ شيء ثمنه أو ربه، وذلك شامل لمن بيده سهم لا يختلف على تقدير دخول الزوجة وخروجها، كسهم أحد الأبوين مع الولد الذكر أو البنتين فصاعداً، ومن يختلف بذلك كسهم أحدهما مع البنت. وعلى ما سبق من الفروع يجب تقييده بما إذا كان المقرّ ولداً، فلو كان أحد الأبوين أو هما دفع الفاضل عن نصيبه على تقدير وجودها.

قوله: «وإن أقرّ بأخرى غرم لها مثل نصف نصيب الأولى - إلى قوله - وغرم لها مثل نصيب واحدة منهنّ».

الإقرار بزوجة ثانية كالإقرار بوارث مساوٍ للأول. ولا إشكال في حكمه مع تصديق الأولى.

وأما مع التكذيب فيغرم للثانية نصف نصيب الزوجة إن أكذب نفسه، أو سلّم النصيب إلى الأولى ابتداءً على ما تقدّم تفصيله^٢.

وكذا الحكم فيما لو أقرّ بثالثة ورابعة، فيغرم للثالثة ثلث نصيب الزوجة وللرابعة الربع؛

١. كالعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٤١.

٢. تقدّم آنفاً.

.....

لإمكان صدقه في الجميع. كل ذلك مع إكذاب الباقيات إياه في الإقرار، وإلا أخذ من المصدّقة بالنسبة.

فإن أقرّ بخامسة فكأقراره بزواج ثانٍ، فإن قلنا: يفرم له بمجرد الإقرار فهنا أولى؛ لإمكان الخامسة في المريض إذا تزوّج بعد الطلاق وانقضاء العدة ودخل ومات في سنته. ويمكن استرسال الإقرار من غير أن يقف على عدد. ولو كان إقراره بالأربع دفعةً ثبت نصيب الزوجية لهنّ ولا غرم، سواء تصادقن أم لا، كما لو أقرّ بوارثين غيرهنّ دفعةً. وقد تقدّم!



تمّ الجزء الثامن - بحسب تجزئتنا - ويليه في الجزء التاسع كتاب الجعالة