



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



عليه
صلى الله عليه وسلم

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

كنز العمال

عَنْ قَوْلِ عَدِ الْأَحْكَامِ

تأليف

الشيخ محمد بن محمد بن الحسين الأصفهاني

(المعروف بـ «الفاصل التمام»)

١٠٦٦ - ١١٣٧ هـ

الجزء الثامن

متمم

مؤلفه: محمد بن محمد بن الحسين الأصفهاني

المطبعة: المطبعة المطهرية بدمشق



ATI

كنز العمال



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كشف لثام الابهام فى شرح قواعد احكام

كاتب:

محمد بن حسن فاضل هندی

نشرت فى الطباعة:

مجهول (بی جا ، بی نا)

رقمى الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحريات الكمبيوتریة

الفهرس

٥	الفهرس
١٩	كشف اللتام و الإبهام عن قواعد الأحكام المجلد ٨
١٩	اشارة
١٩	[كتاب الفراق]
١٩	اشارة
١٩	[الباب الأول في الطلاق]
١٩	اشارة
١٩	[المقصد الأول في أركانه]
١٩	اشارة
٢٠	[الفصل الأول المطلق]
٢٠	اشارة
٢٠	[الشرط الأول البلوغ]
٢١	[الشرط الثاني العقل]
٢٢	[الشرط الثالث الاختيار]
٢٣	[الشرط الرابع القصد]
٢٥	[الفصل الثاني: في المحل و هي الزوجه المطلقة]
٢٥	اشارة
٢٥	[القسم الأول في الشروط العامه للمطلقة و هي أربعة]
٢٥	اشارة
٢٥	[الشرط الأول أن تكون زوجة]
٢٦	[الشرط الثاني كون العقد دائماً]
٢٦	[الشرط الثالث التعيين على رأى]
٢٦	[الشرط الرابع البقاء على الزوجية]
٢٩	[فروع على القول بالصحة مع عدم التعيين]

٢٩	اشارة
٢٩	الفرع الأول [
٣٠	الفرع الثاني [
٣٠	الفرع الثالث [
٣٠	الفرع الرابع [
٣٠	الفرع الخامس [
٣١	الفرع السادس [
٣١	الفرع السابع [
٣٢	الفرع الثامن [
٣٤	القسم الثاني في الشروط الخاصة للمطلقة و هي ثلاثة [
٣٤	اشارة
٣٤	الشرط الأول الطهر من الحيض و النفاس [
٣٤	الشرط الثاني الاستبراء من الحيض و النفاس [
٣٧	الفصل الثالث: البحث في صيغة الطلاق [
٣٧	اشارة
٣٧	الشروط التي ينبغي توفرها في صيغة الطلاق و هي خمسة [
٣٧	اشارة
٣٧	الشرط الأول التصريح [
٤٢	الشرط الثاني: التنجيز [
٤٣	الشرط الثالث: عدم التعقيب بالمبطل [
٤٧	الفصل الرابع: الإشهاد في الطلاق [
٥٠	المقصد الثاني في أقسام الطلاق [
٥٠	اشارة
٥٨	أقسام الطلاق البائن و هي ستة [
٥٨	اشارة
٥٨	القسم الأول [

٥٨ [القسم الثاني]

٥٨ [القسم الثالث]

٥٩ [القسم الرابع]

٥٩ [القسم الخامس]

٥٩ [القسم السادس]

٦١ المقصد الثالث في لواحق الطلاق و يتم على ثلاثة فصول

٦١ اشارة

٦١ [الفصل الأول في طلاق المريض]

٦٥ [الفصل الثاني في الرجعة]

٦٥ اشارة

٧٠ [او هنا فروع ستة]

٧٠ اشارة

٧٠ [الفرع الأول]

٧١ [الفرع الثاني]

٧١ [الفرع الثالث]

٧١ [الفرع الرابع]

٧١ [الفرع الخامس]

٧٢ [الفرع السادس]

٧٢ الفصل الثالث في النكاح المحلل و ما يتعلق بالزوج المحلل

٧٢ اشارة

٧٣ [النظر في أمور ثلاثة]

٧٣ اشارة

٧٣ [النظر في الأمر الأول: من يقع به التحلل]

٧٤ [النظر في الأمر الثاني: في الزوج المحلل]

٧٥ اشارة

٧٥ [اشتراط أمور أربعة]

٧٥	اشارة
٧٥	[الشرط الأول البلوغ]
٧٦	[الشرط الثاني الوطاء]
٧٦	[الشرط الثالث: استناد الوطاء إلى العقد الدائم]
٧٦	[الشرط الرابع: انتفاء الردة]
٧٧	[النظر في الأمر الثالث: في الأحكام]
٧٩	المقصد الرابع في العبد و أحكامها و هنا ثمانية فصول
٧٩	اشارة
٧٩	[الفصل الأول في غير المدخول بها]
٨٢	الفصل الثاني في عدّة الحائل من الطلاق و فيه مطلبان
٨٢	اشارة
٨٣	[المطلب الأول في ذوات الأقران]
٨٩	[المطلب الثاني في ذوات الشهور]
٩٠	الفصل الثالث في عدّة الحامل من الطلاق و شبهه
٩١	اشارة
٩١	[انقضاء العدّة بالوضع شرطان]
٩١	اشارة
٩٢	[الشرط الأول: أن يكون الحمل مقن له العدّة]
٩٢	[الشرط الثاني: وضع ما يحكم بأنه حمل الشرط]
٩٥	[و هنا ثمانية فروع]
٩٦	اشارة
٩٦	[الفرع الأول]
٩٦	[الفرع الثاني]
٩٦	[الفرع الثالث]
٩٧	[الفرع الرابع]
٩٧	[الفرع الخامس]

٩٧ [الفرع السادس]

٩٨ [الفرع السابع]

٩٨ [الفرع الثامن]

٩٨ الفصل الرابع في عدّة الوفاة

٩٨ إشارة

١٠٢ [أو هنا فروع ستة]

١٠٢ إشارة

١٠٢ [الفرع الأول]

١٠٢ [الفرع الثاني]

١٠٢ [الفرع الثالث]

١٠٣ [الفرع الرابع]

١٠٣ [الفرع الخامس]

١٠٣ [الفرع السادس]

١٠٤ الفصل الخامس في المفقود عنها زوجها

١٠٤ إشارة

١٠٤ [أو هنا فروع تسعة]

١٠٥ إشارة

١٠٥ [الفرع الأول]

١٠٥ [الفرع الثاني]

١٠٧ [الفرع الثالث]

١٠٧ [الفرع الرابع]

١٠٧ [الفرع الخامس]

١٠٧ [الفرع السادس]

١٠٨ [الفرع السابع]

١٠٨ [الفرع الثامن]

١٠٩ [الفرع التاسع]

١١١	الفصل السادس فى عدّة الأمم و فيه مطلبان
١١١	إشارة
١١١	المطلب الأول فى العدة
١١٤	المطلب الثانى فى الاستبراء
١٢١	الفصل السابع فى اجتماع العدّتين
١٢٨	الفصل الثامن فى السكنى و النفقة و فيه مطالب ثلاثة
١٢٩	إشارة
١٢٩	المطلب الأول فى المستحقّ لها
١٣١	المطلب الثانى فى صفة السكنى و أحكامها
١٣١	إشارة
١٣٤	أوهنا ثلاثة عشر فرع
١٣٤	إشارة
١٣٤	الفرع الأول
١٣٤	الفرع الثانى
١٣٥	الفرع الثالث
١٣٥	الفرع الرابع
١٣٤	الفرع الخامس
١٣٤	الفرع السادس
١٣٤	الفرع السابع
١٣٧	الفرع الثامن
١٣٨	الفرع التاسع
١٣٨	الفرع العاشر
١٣٨	الفرع الحادى عشر
١٣٩	الفرع الثانى عشر
١٣٩	الفرع الثالث عشر
١٣٩	المطلب الثالث فى إذن الانتقال قبل الطلاق

- ١٤٣ [الباب الثاني في الخلع و فيه مقصدان]
- ١٤٣ اشارة
- ١٤٣ [المقصد الأول في حقيقة الخلع]
- ١٥١ [المقصد الثاني في أركانه و فيه مطالب سبعة]
- ١٥١ اشارة
- ١٥١ [المطلب الأول: في الخالع]
- ١٥٤ [المطلب الثاني: في المختلعة]
- ١٥٦ [المطلب الثالث في الصيغة]
- ١٥٩ [المطلب الرابع في القديعة]
- ١٦٣ [المطلب الخامس في سؤال الطلاق]
- ١٦٧ [المطلب السادس في بقايا مباحث الخلع و التنازع]
- ١٧٢ [المطلب السابع في المبرأة]
- ١٧٥ [الباب الثالث في الظهار]
- ١٧٥ اشارة
- ١٧٥ [المقصد الأول في أركانه، و فيه أربعة أركان]
- ١٧٥ اشارة
- ١٧٥ [الركن الأول: في الصيغة]
- ١٧٩ [الركن الثاني: في المظاهر]
- ١٨٠ [الركن الثالث: في المظاهرة]
- ١٨٣ [الركن الرابع: في المشبه بها]
- ١٨٥ [المقصد الثاني في أحكامه]
- ١٩٩ [الباب الرابع في الإيلاء و فيه مقصدان]
- ١٩٩ اشارة
- ١٩٩ [المقصد الأول: في أركانه، و هي أربعة]
- ١٩٩ اشارة
- ١٩٩ [الركن الأول: في الحالف]

- ٢٠١ [الركن الثاني: في المحلوف عليه]
- ٢٠٣ [الركن الثالث: في الصيغة]
- ٢٠٨ [الركن الرابع: في المدّة]
- ٢٠٩ [المقصد الثاني في أحكامه]
- ٢١٦ [الباب الخامس في اللعان و هنا مقاصد ثلاثة]
- ٢١٦ إشارة
- ٢١٦ [المقصد الأول في السبب]
- ٢١٦ إشارة
- ٢١٧ [فهنا فصلان]
- ٢١٧ إشارة
- ٢١٧ [الفصل الأول: في القذف]
- ٢٢٢ [الفصل الثاني في إنكار الولد]
- ٢٢٦ [المقصد الثاني في أركانه و فيه فصول ثلاثة]
- ٢٢٦ إشارة
- ٢٢٦ [الفصل الأول: في الملاعن]
- ٢٢٩ [الفصل الثاني في الملاعنة]
- ٢٣٣ [الفصل الثالث في الكيفيّة]
- ٢٣٣ إشارة
- ٢٣٤ [و يجب في كيفية اللعان أربعة عشر أمراً]
- ٢٣٤ إشارة
- ٢٣٤ [الأمر الأول إيقاعه عند الحاكم، أو من نصبه لذلك]
- ٢٣٥ [الأمر الثاني: التلقظ بالشهادة على الوجه المذكور]
- ٢٣٥ [الأمر الثالث: إعادة ذكر الولد]
- ٢٣٦ [الأمر الرابع: ذكر جميع الكلمات]
- ٢٣٦ [الأمر الخامس: ذكر لفظ الجلالة]
- ٢٣٦ [الأمر السادس: ذكر الرجل اللعن و المرأة الغضب]

- ٢٣٦ [الأمر السابع: يجب أن يخبر بالصدق]
- ٢٣٧ [الأمر الثامن: النطق بالعربيّة مع القدرة]
- ٢٣٧ [الأمر التاسع: الترتيب]
- ٢٣٧ [الأمر العاشر قيام كلّ منهما عند لفظه]
- ٢٣٨ [الأمر الحادى عشر: بدأه الرجل أوّلاً بالشهادات ثمّ باللعن و تعقّب المرأة له]
- ٢٣٩ [الأمر الثانى عشر: تعيين المرأة بما يزيل الاحتمال]
- ٢٣٩ [الأمر الثالث عشر: الموالاة بين الكلمات]
- ٢٣٩ [الأمر الرابع عشر: إتيان كلّ واحد منهما باللعان بعد إلقائه]
- ٢٣٩ [مستحبات اللعان و هى سبعة أمور]
- ٢٣٩ إشارة
- ٢٣٩ [الأول: جلوس الحاكم مستدير القبلة]
- ٢٤٠ [الثانى من المستحبات: وقوف الرجل عن يمين الحاكم]
- ٢٤٠ [الثالث من المستحبات: حضور من يسمع اللعان]
- ٢٤٠ [الرابع من المستحبات وعظ الحاكم و تخويله بعد الشهادات قبل اللعن]
- ٢٤٠ [الخامس من المستحبات: التغليظ بالمكان]
- ٢٤١ [السادس من المستحبات التغليظ بالزمان]
- ٢٤١ [السابع من المستحبات: جمع الناس لهما]
- ٢٤١ [المقصد الثالث فى الأحكام]
- ٢٤١ إشارة
- ٢٤٢ [وهنا أربعة أحكام فى اللعان]
- ٢٤٢ إشارة
- ٢٤٢ [الحكم الأول فى الفراق]
- ٢٤٢ [الحكم الثانى: التحريم المؤبد]
- ٢٤٢ [الحكم الثالث: سقوط الحدّين]
- ٢٤٢ [الحكم الرابع: انتفاء الولد عن الرجل]
- ٢٥١ [المقصد الرابع فى اللوائح]

٢٥٤ [كتاب العتق و فيه أربعة مقاصد]
٢٥٤ اشارة
٢٥٤ [المقصد الأول: في العتق و فيه ثلاثة فصول]
٢٥٤ اشارة
٢٥٤ [الفصل الأول في أركانه]
٢٥٥ اشارة
٢٥٥ [أركان العتق و هي ثلاثة]
٢٥٥ اشارة
٢٥٥ [الركن الأول: المحل]
٢٥٩ [الركن الثاني: المعتق]
٢٦٤ [الركن الثالث: اللفظ]
٢٦٦ [الفصل الثاني في أحكامه]
٢٦٦ اشارة
٢٧٣ [و هنا تنمة]
٢٧٥ [الفصل الثالث في خواصه]
٢٧٥ اشارة
٢٧٥ [المطلب الأول: في السراية]
٢٧٥ اشارة
٢٧٦ [شروط أربعة في سراية العتق في الشقص]
٢٧٦ اشارة
٢٧٦ [الشرط الأول أن يكون المعتق موسراً]
٢٧٩ [الشرط الثاني أن يعتق باختياره]
٢٨٠ [الشرط الثالث: أن لا يتعلّق بمحلّ السراية حقّ لازم]
٢٨٠ [الشرط الرابع: يمكن العتق من نصيبه أولاً]
٢٨١ [و يتفرع على ذلك الاختلاف مسائل]
٢٨٢ [الخاتمة]

٢٨٧	المطلب الثاني: عتق القاربة
٢٩٠	المطلب الثالث: القرعة
٢٩٠	إشارة
٢٩٣	الخاتمة: في كيفية القرعة و فيها ستة فروض
٢٩٤	إشارة
٢٩٤	الفرض الأول
٢٩٤	الفرض الثاني
٢٩٤	الفرض الثالث
٢٩٤	الفرض الرابع
٢٩٥	الفرض الخامس
٢٩٥	الفرض السادس
٢٩٦	المطلب الرابع في الولاء و فيه ثلاث مباحث
٢٩٦	إشارة
٢٩٦	المبحث الأول: في سببه
٣٠١	المبحث الثاني
٣٠٥	المبحث الثالث في جز الولاء و شروطه أمور أربعة
٣٠٥	إشارة
٣٠٥	الأمر الأول
٣٠٥	الأمر الثاني
٣٠٥	الأمر الثالث
٣٠٥	الأمر الرابع
٣٠٩	المقصد الثاني في التدبير و فيه ثلاث فصول
٣٠٩	إشارة
٣٠٩	الفصل الأول في حقيقته و صيغته
٣١٠	الفصل الثاني في المباشر
٣١١	الفصل الثالث: المحل

٣١٤ [الفصل الرابع فى الأحكام]

٣١٤ اشارة

٣١٩ [تنبيه]

٣٢٢ [تنبيه]

٣٢٤ [المقصد الثالث فى الكتابة و فيه ثلاث فصول]

٣٢٤ اشارة

٣٢٤ [الفصل الأول فى ماهية الكتابة]

٣٢٤ [الفصل الثانى فى الأركان و هى أربعة]

٣٢٧ اشارة

٣٢٧ [الركن الأول: العقد]

٣٢٨ [الركن الثانى: العوض و فيه أربع شروط]

٣٢٨ اشارة

٣٢٨ [الشرط الأول]

٣٢٨ [الشرط الثانى]

٣٣٠ [الشرط الثالث]

٣٣١ [الشرط الرابع]

٣٣١ اشارة

٣٣١ [او هنا اثنا عشر فرع]

٣٣١ اشارة

٣٣١ [الفرع الأول]

٣٣٢ [الفرع الثانى]

٣٣٢ [الفرع الثالث]

٣٣٢ [الفرع الرابع]

٣٣٣ [الفرع الخامس]

٣٣٣ [الفرع السادس]

٣٣٣ [الفرع السابع]

- ٣٣٤ [الفرع الثامن]
- ٣٣٤ [الفرع التاسع]
- ٣٣٥ [الفرع العاشر]
- ٣٣٥ [الفرع الحادى عشر]
- ٣٣٦ [الفرع الثانى عشر]
- ٣٣٦ [الركن الثالث: السيد]
- ٣٣٨ [الركن الرابع: العبد]
- ٣٤٠ [الفصل الثالث فى الأحكام و فيه مطالب ستّة]
- ٣٤٠ اشارة
- ٣٤٠ [المطلب الأول ما يحصل به العتق]
- ٣٤١ [المطلب الثانى فى أحكام الأداء]
- ٣٤٨ [المطلب الثالث فى التصرفات]
- ٣٥٣ [المطلب الرابع فى أحكام الجنائىة]
- ٣٥٦ [المطلب الخامس فى الوصايا]
- ٣٦١ [المطلب السادس فى حكم الولد]
- ٣٦١ اشارة
- ٣٦٢ [وهنا أربع مسائل]
- ٣٦٢ اشارة
- ٣٦٢ [المسألة الأولى المشروط رق]
- ٣٦٣ [المسألة الثانية: لو ملك المكاتب نصف نفسه]
- ٣٦٣ [الثالثة: لو أبرأه بعض الورثة من نصيبه]
- ٣٦٣ [المسألة الرابعة إذا مات المولى فلورثته مال الكتابة بالحصص]
- ٣٦٣ [المقصد الرابع فى الاستيلاد]
- ٣٦٣ اشارة
- ٣٦٤ [المطلب الأول فى تحقّقه]
- ٣٦٦ [المطلب الثانى فى الأحكام]

إشارة

شماره بازیابی : ۱۱۰۶-۶
شماره کتابشناسی ملی : ۱۱۰۶/۱/۱/۱/۱
سرشناسه : فاضل هندی، محمد بن حسن، ۱۰۶۲ - ق ۱۱۳۷، شارح
عنوان و نام پدید آور : كشف لثام الابهام فى شرح قواعد احكام [چاپ سنگی] شارح بهاآالدين محمد بن الحسن الاصبهانی
الشهير به فاضل الهندي مصحح حسن الموسوي الخوانساری کاتب علیرضا ابن عباسعلی خوانساری
وضیعت نشر : [بی جابی نا] ق ۱۲۷۱
مشخصات ظاهری : ۱ ج. (بدون شماره گذاری) ۳۶/۵X۲۳سم
یادداشت استنساخ : کتاب فوق شرحی است بر کتاب قواعد الاحکام علامه حلی
مشخصات ظاهری اثر : نسخ
مقوایی، روکش تیماج قهوه ای روشن
یادداشت عنوانهای مرتبط : كشف اللثام و الابهام عن کتاب قواعد الاحکام، كشف اللثام عن قواعد الاحکام
قواعد الاحکام
توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.
عنوانهای گونه گونه دیگر : كشف اللثام و الابهام عن کتاب قواعد الاحکام، كشف اللثام عن قواعد الاحکام
شماره بازیابی : ۱۱۰۶ ت. ۸۷۳۸

[کتاب الفراق]

إشارة

(کتاب الفراق) و فيه أبواب خمسة:

[الباب الأول فى الطلاق]

إشارة

الباب (الأول فى الطلاق) و هو فى الشرع أو عرف أهله اسم لزوال قيد الزوجية بالفاظٍ مخصوصة.
و فيه مقاصد أربعة:

[المقصد الأول فى أركانه]

إشارة

المقصد الأول في أركانه و فيه فصول أربعة بعدد الأركان:

[الفصل الأول المطلق]

إشارة

الأول: المطلق و يشترط فيه أمور أربعة:

[الشرط الأول البلوغ]

الأول: البلوغ وفاقاً للأكثر فلا يصح طلاق الصبي و إن كان مميزاً و لو بلغ عشرًا لاستصحاب النكاح و الحجر عليه. و قول الصادق (عليه السلام) في خبر أبي الصباح الكناني: ليس طلاق الصبي بشيء «١» و في خبر أبي بصير:

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٤ ب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٦

لا يجوز طلاق الصبي و لا السكران «١» إلّا على قول الشيخ في النهاية «٢» و ابن حمزة «٣» و البراج «٤» اعتماداً على رواية ابن أبي عمير عن بعض رجاله عن الصادق (عليه السلام)، قال: يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين «٥» و قول علي بن بابويه بجواز طلاق الغلام للسنة «٦». و أطلق اعتماداً على رواية ابن بكير عنه (عليه السلام) قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و إن لم يحتلم «٧». و مضمرة زرعته عن سماعة سأله عن طلاق الغلام و لم يحتلم، و صدقته، فقال: إذا طلق للسنة و وضع الصدقة في موضعها و حقها فلا بأس «٨» و هي كلها ضعيفة سنداً و دلالة، لجواز إرادته طلاقه و كاله عن غيره و إن لم تصح الوكالة أيضاً. مع أنّ الأخيرين إنّما تضمّنا عدم الاحتلام و هو لا يستلزم عدم البلوغ.

و لو طلق عنه وليه لم يصح للإجماع. و النصوص «٩» نعم، لو بلغ فاسد العقل صحّ طلاق وليه عنه إن كانت فيه المصلحة؛ وفاقاً للأكثر. و الأخبار «١٠». و احترازاً عن الضرار. و خلافاً لابن إدريس «١١» و الشيخ في الخلاف «١٢» للأصل. و كون الطلاق بيد من أخذ بالساق. و أطلق الشيخ في الخلاف

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٤ ب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٤.

(٢) النهاية: ج ٢ ص ٤٤٧ ٤٤٨.

(٣) الوسيلة: ص ٣٢٣.

(٤) المهذب: ج ٢ ص ٢٨٨.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٤ ب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٢.

(٦) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٦٦.

(٧) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٧٦ باب ٣ أحكام الطلاق ح ١٧٦.

- (٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٥ ب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٧.
- (٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٦ ب ٣٣ من أبواب الطلاق و مقدماته.
- (١٠) الاستبصار: ج ٣ ص ٣٠٢، باب طلاق المعتوه ح ٢.
- (١١) السرائر: ج ٢ ص ٦٧٣.
- (١٢) الخلاف: ج ٤ ص ٤٤٢ مسألة ٢٩.
- كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٧
- نفى طلاق الولي عن المولى عليه، و حكى عليه الإجماع.
- و لو سبق الطلاق عنه على بلوغه لم يعتد به و لم يكن البلوغ فاسد العقل كاشفاً عن صحته.

[الشرط الثاني العقل]

الثاني: العقل اتفاقاً، إذ لا عبرة بعبارة غيره، و لا قصد له فلا يصح طلاق المجنون المطبق و لا غيره حال الجنون.

و خبر أبي بصير عن الصادق (عليه السلام) أنه سئل عن المعتوه أ يجوز طلاقه؟ فقال: ما هو؟ قلت: الأحقق الذاهب العقل فقال: نعم «١» محمول على من يبقى له القصد، و هو الموافق للغة. و حمله الشيخ على طلاق وليه عنه «٢» و لا السكران سكرافاً رافعاً للقصد و لا المغمى عليه بمرض أو شرب مُرقد.

و لو كان المجنون يُفقد في وقت فطلق فيه صح لزوال المانع.

و يطلق عنه أي المجنون الولي إذا كان مُطبقاً و راعى المصلحة فإن لم يكن له ولي طلق عنه السلطان للضرورة و تشبيه الولي في أخبار طلاقه عنه بالإمام «٣» فيفيد الأولوية.

و لا يطلق الولي و لا السلطان عن السكران و لا النائم و إن طال نومه، و لا المغمى عليه، و لا من يعتوره الجنون أدواراً للأصل. و رجاء زوال العذر.

نعم، لو امتنع من الطلاق وقت إفاقته مع مصلحة الطلاق، ففي الطلاق عنه حال الجنون إشكال من خبر أبي خالد القمط قال للصادق (عليه السلام): الرجل الأحقق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه؟ قال: و لم لا يطلق هو؟ قال: لا يؤمن إن هو طلق أن يقول غداً: لم أطلق، أو لا يحسن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٨ ب ٣٤ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٨.

(٢) الاستبصار: ج ٣ ص ٣٠٢، باب طلاق المعتوه ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٩ ب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٣.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٨

أن يطلق، قال: ما أرى وليه إلّا بمنزلة السلطان «١» و خبرين آخرين له مثل ذلك «٢» فإن الظاهر من سؤاله (عليه السلام) و الجواب أن تعتوره الإفاقة. و لأن الامتناع في الإفاقة ينزل الجنون منزلة العذر الذي لا يزول، فإن المجنون المطبق إنما يطلق عنه الولي لعدم علمه بما فيه المصلحة، و هو يشاركه فيه.

و من الأصل و اعتراض العذر للزوال. و لأن الولي إنما يتولى الطلاق عن قصد له، لأنه لا يعلم أنه يقصد الطلاق أو عدمه و

[الشرط الثالث الاختيار]

الثالث: الاختيار، فلا يصح طلاق المُكره بالنص «٣». و الإجماع كما يظهر. و لانتفاء القصد حينئذٍ.

و هو من يصدق عليه المُكره عرفاً، و هو من توَعَّده القادر على ما توَعَّده به المظنون فعل ما توَعَّده به لو لم يفعل مطلوبه بما يتضرر به في نفسه أو من يجرى مجرى نفسه في التضرر بضرره كالأب و الولد و شبههما من قتل أو جرح، أو شتم، أو ضرب، أو أخذ مال يضرّ أخذه و إن قلّ، أو غير ذلك من أنواع الضرر، أو فعل به أو بمن يجرى مجراه ما يتضرر به حتى لفظ بالطلاق. و يختلف الإكراه بحسب اختلاف المكرهين في احتمال الإهانة و عدمها لقضاء العرف به، فشتم الوجيه إكراه دون غيره، و عليه القياس. و لا يختلفون في القتل و القطع، فهما إكراه بالنسبة إلى الكلّ.

و لا- إكراه مع الضرر اليسير عرفاً، قال في التحرير و لو اكره على الطلاق، أو دفع مال غير مستحقّ يتمكّن من دفعه، فالأقرب أنّه إكراه «٤». و لعلّ المراد ما يتضرر بدفعه و لو بكونه جزئياً عرفاً. قال: أمّا لو اكره على الطلاق أو فعل

(١) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٢٩ ب ٣٥ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ١.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٢٩ ب ٣٥ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٣، و ب ٣٤ ح ١.

(٣) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٣١ ب ٣٧ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(٤) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥١ س ٢٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٩

ما تستحقّ المرأة فعله فليس بإكراه، سواء كان بذلّ مالٍ أو غيره «١» يعني ليس من الإكراه المسقط لاعتبار الطلاق إذا تمكّن من أداء حقّها. و كذا في كلّ ما يقال: إنّ للحاكم الإيجاب على الطلاق قال: و لو اكره على الطلاق فطلق ناوياً له فالأقرب أنّه غير مكره، إذ لا إكراه على القصد «٢» يعني و إن ظنّ أنّه يلزمه الطلاق لا- مجرد لفظه بالإيجاب و إن كان لا يريد، أمّا لو علم أنّه لا يلزمه إلّا اللفظ و له تجريده عن القصد، فلا شبهة في عدم الإكراه.

و الإكراه يمنع من صحّة سائر التصرفات من عقد أو إيقاع أو غيرهما إلّا إسلام الحربيّ فيعتبر في ظاهر الشرع مع الإكراه و إلّا لم يقاتلوا عليه.

و السرّ فيه: أنّ كثيراً من المكرهين عليه يتدرّج إلى الإيمان بالقلب إذا أقرّ عليه، و يتسبّبون لرغبة غيرهم في الإسلام، و يتقوى بهم المؤمنون، و تعظم شوكتهم، و يخاف أعداؤهم.

و لو اكره لكن ظهر ما له دلالة على اختياره الطلاق صحّ طلاقه لأنّه صدر من صحيح اللفظ بغير إكراه، و ذلك بأن يخالف المكره مثل: أن يأمره بطلاقه فيطلق اثنتين أو تطليق زوجته فيطلق غيرها أو هي أي أباهما مع غيرها بلفظ واحد فيقع طلاقهما. و إن طلقهما بلفظين لم يقع على المكره على طلاقها و وقع على الأخرى. و ربّما قيل بمثله في الأوّل أو تطليق إحدى زوجتين «٣» له بصفة الإيهام فيطلق معيّنة.

و استشكل فيه في التحرير «٤» من المخالفة. و من اتّحاد المؤدّي، إذ لا بدّ للمطلق لإحدى الزوجتين أن يعينها، أو لأنّه بعض ممّا اكره عليه، لأنّه إن طلق إحداها مبهمه حرمتا عليه إلى أن يعين.

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥١ س ٢٤.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥١ س ٢٥.

(٣) فى قواعد الأحكام زيادة: لا بعينها.

(٤) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥١ س ٢٧.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٠

أو يأمره بالكناية فيأتى بالصريح أو بخصوص لفظ فيأتى بآخر.

و لو ترك التورية بأن يقصد بقوله: «أنت طالق» أى: من وثاقى يعلّقه بشرط فى نيته أو بالمشيئة أو يقصد به الإخبار مع علمه بالتورية و اعترافه بأنه لم يدهش بالإكراه لترك له التورية لم يقع أيضاً؛ لتحقق الإكراه و انتفاء القصد إلى الطلاق.

[الشرط الرابع القصد]

الرابع: القصد إلى إيقاع الطلاق فلا يقع طلاق الساهى، و الغافل، و الغالط، و تارك التية و غيرهم كالهازل بالنص «١». و الإجماع و إن نطق بالصريح خلافاً لبعض العامة فلم يعتبر فيه القصد «٢» و من سبق لسانه إلى أحد ألفاظه الصريحة أو غيرها من غير قصد و يشمله كل من الساهى و الغافل و الغالط و تارك التية، إلا أنه أراد بالساهى من نطق بالطلاق قصداً و هو ساهٍ عن معناه [و بالغافل من لفظ بالطلاق بلا قصد و يحتمل العكس] «٣» و بالغالط من نطق و أراد به غير معناه غلطاً، كأن أراد به النكاح مثلاً. و بتارك التية من هزل به. و بمن سبق لسانه من أراد النطق بغيره فنطق به.

و لو كان اسمها طالقاً فقال: «يا طالق» إن اكتفينا بالنداء أو «أنتِ طالق» و قصد الإنشاء وقع الطلاق و إلا فلا و هو ظاهر.

و لو كان اسمها طارقاً مثلاً فقال: «يا طالق» أو «أنتِ طالق» ثم ادعى أنه التفت «٤» لسانه من الرأى إلى اللام قبل إن بادر بالدعوى، لا- إن أمهلها حتى فعلت فعل المطلقات، و هو عالم ساكت، فإنه قرينه ظاهرة على كذبه، و لم يذكره تعويلاً على الظهور، فإن دعوى التفاف اللسان و نحوه تبادر بها غالباً.

و وجه القبول هو الأصل. و أنّ التية من أركان الطلاق، و لا يعرف إلا من جهته.

و لو نسي أنّ له زوجةً فقال: «زوجتى طالق» لم يقع لانتفاء

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٨٥ ب ١١ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(٢) نيل الأوطار: ج ٧ ص ٢١.

(٣) ما بين المعقوفتين لم يرد فى ق، ن.

(٤) فى ط و قواعد الأحكام: التف.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١١

القصد إلا مع قيام القرينة المكذبة له.

و يُصدّق ظاهراً فى دعوى عدم القصد لو ادّعاه و إن تأخر ما لم تخرج العدة كذا ذكره الشيخ «١» و غيره؛ للأصل، و كونه خبراً عن نيته التى لا تعلم إلا من جهته.

و الفرق بين ما بعد العدة و ما قبلها: أنّها في العدة في علقه الزوجية، و بعدها قد بانت، و ربما تزوّجت بغيره فلا يسمع قوله في حقه و إن صدّفته. و لأنّ الإمهال إلى انقضاء العدة و تعريضها للأزواج قرينة ظاهرة على كذبه، فهذا فرق ما بينه و بين البيع و سائر العقود، حيث لا يقبل قول العاقد فيها، لأنّها بمجرد ناقله.

و قد يقال: إنّ الظاهر يعارض الأصل مطلقاً. لأنّ القصد هو الظاهر إلّا أن تصدّقه المرأة فيقبل لعدم المعارض. و أمّا مع إنكارها فهي كالمشترى في البيع، و لا يتفاوت الحال بانقضاء العدة و عدمه، و إن كانت قرينة الكذب مع الانقضاء أوضح.

و إن خصّت العدة بالرجعية كما قيل لم يكن في الحقيقة قبولاً لقوله لموافقته الأصل، و إنّما يكون إنكاره القصد رجعةً. و خبر منصور بن يونس عن الكاظم (عليه السلام) يؤيد عدمه، لقوله (عليه السلام) فيمن طلق بلا نية و إنّما حمله عليه بعض أقاربه: أمّا بينك و بين الله فليس بشيء، و لكن إن قدموك إلى السلطان أبانها منك «٢» إلّا أن يراد السلطان الجائر.

و دين بيتته باطناً على كلّ حال، فإن كذب لم يقربها، و لم يرثها إن ماتت، و إن صدق أنفق عليها، و جدّد لها الطلاق إن أرادت التزوّج بالغير إلى غير ذلك.

و لو قال لزوجته: أنت طالق لظنّه أنّها زوجة الغير هازلاً أو وكالة عنه لم يقع لانقضاء القصد إلى فكّ النكاح بينه و بينها و يصدّق في ظنّه ذلك إذا ادّعاها ما لم تخرج العدة أو تشهد القرينة بكذبه.

و لو قال: «زوجتي طالق» بظنّ خلوه عن الزوجة و ظهر أنّ وكيله

(١) الخلاف: ج ٤ ص ٤٥٨ مسألة ١٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣٢ ب ٣٨ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٢

زوجه لم يقع لعدم النية.

و لو لُقّن الأعجمي الصيغة و هو لا يفهمها فنطق بها لم يقع لانقضاء القصد.

و كما يصحّ إيقاعه مباشرة، يصحّ التوكيل فيه للغائب إجماعاً، و للحاضر على رأى وفاقاً لابن إدريس «١» و المحقّق «٢» و إطلاق أبي علي «٣» لعموم الأدلة. و خلافاً للشيخ «٤» و جماعة؛ جمعاً بين الأخبار العامة في التوكيل «٥» و خبر زرارة عن الصادق (عليه السلام) قال: لا تجوز الوكالة في الطلاق «٦». و هو لضعفه لا يصلح للتخصيص.

ثمّ إنّه يكفي في الجمع اعتبار الغيبة عن مجلس الطلاق، و لكن الشيخ نصّ على اعتباره عن البلد «٧» و لا نعرف وجهه.

و لو وكلّها في طلاق نفسها صحّ على رأى [وفاقاً للمحقّق] «٨» لعموم ما دلّ على جواز التوكيل «٩». و خلافاً للشيخ «١٠» بناءً على اشتراط المغايرة بين الفاعل و القابل. و ظاهر قوله (عليه السلام): الطلاق بيد من أخذ بالساق «١١». و ضعفهما ظاهر.

و على المختار فلو قال: طلّقت نفسي ثلاثاً فطلّقت واحدة أو بالعكس صحّت واحدة على رأى لاتّحاد المؤدّي، فالتوكيل في الثلاث في الحقيقة توكيل في الواحدة، و التطلق ثلاثاً في الحقيقة فعل للواحدة. و لأنّ التوكيل في

(١) السرائر: ج ٢ ص ٦٧٧.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٣.

(٣) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٥١.

(٤) النهاية: ج ٢ ص ٤٣١.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣٣ ب ٣٩ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣٤ ب ٣٩ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٥.

(٧) النهاية: ج ٢ ص ٤٣١.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٣، ما بين المعقوفتين ليس في ن، ق.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣٣ ب ٣٩ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(١٠) المبسوط: ج ٥ ص ٢٩.

(١١) الجامع الصغير: ج ٢ ص ٥٧.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٣

الثلاث توكيل في الواحدة و ما زادت عليها، فإذا فعلت الواحدة فقد أتت بما وكتت فيه، و إن لم تأت بغيره ممّا وكتت فيه أيضاً، و هو لا يقتضى فساد الأوّل. و كذا إذا طلقت ثلاثاً و قد وكتت في الواحدة فقد أتت بما وكتت فيه و زيادة، و الزيادة لا تبطل الموكل فيه.

نعم إن قلنا بفساد التطبيق ثلاثاً مطلقاً أتجه الفساد في صورتين، ففي الأولى؛ لأنّه وكتت في طلاق فاسد و ما أتت به طلاق صحيح، فلا يكون من الموكل فيه في شيء. و في الثانية ظاهر.

و يمكن القول بالفساد مطلقاً كما في الخلاف «١» و يظهر منه الإجماع عليه؛ لجواز تعلق غرض الموكل بما اختلف في صحته، أو ما اتفق فيه، أو ما دلّ على الواحدة بالتضمّن أو المطابقة، فما فعلته خلاف ما وكتت فيه فلا يصحّ.

و أمّا إن وكتت في التطبيق ثلاثاً منفصلة على وجه يصحّ، فلا شبهة في صحّة الواحدة و إن لم تأت بالباقيتين. و ما يتوهم من كون الوكالة في الصورة الاولى في المجموع و لم يحصل، و الغرض من الثلاث البيونة و لم يحصل ظاهر الفساد، عزمت حين طلقت الاولى على تعقيبها الباقيتين أو لا.

[الفصل الثاني: في المحلّ و هي الزوجة المطلقة]

إشارة

الفصل الثاني: المحلّ و هي الزوجة و لها شروط ينظّمها قسمان:

[القسم الأول في الشروط العامة للمطلقة و هي أربعة]

إشارة

الأول: الشروط العامة للمطلقات و هي أربعة «٢»

[الشرط الأول أن تكون زوجة]

الأول: أن تكون زوجة، و اكتفى عنه بأوّل ما ذكره و آخره.

[الشرط الثاني كون العقد دائماً]

الثاني أن يكون العقد دائماً بالنص «٣» و الإجماع عليهما.

(١) الخلاف: ج ٤ ص ٤٧٢ مسألة ٣٣ و ٣٤.

(٢) العبارة في ط ون هكذا:

و هي ثلاثة: الشرط الأول كون العقد دائماً الأول أن يكون العقد دائماً بالنص و الإجماع و الثاني: التعيين على رأى .. و الثالث: البقاء على الزوجية حقيقة ..

(٣) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٦٨ ب ٩ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٤

[الشرط الثالث التعيين على رأى]

و الثالث التعيين على رأى السيد «١» و الشيخين «٢» و جماعة منهم: المصنّف فى المختلف «٣» و التحرير «٤» و التلخيص «٥» لاستصحاب النكاح إلى أن يعلم المزيل. و لاستحالة حلول المعين فى المبهم مع أنّ الطلاق معين. و لأنّ العدة و نحوها من توابع الطلاق لا بدّ لها من محلّ معين. و فيهما منع.

و لنحو قول الصادق (عليه السلام): الطلاق: أن يقول لها: اعتدى. أو يقول لها: أنت طالق «٦». و ادعى السيد الإجماع عليه فى الانتصار «٧» و الطبريات «٨».

[الشرط الرابع البقاء على الزوجية]

و الرابع البقاء على الزوجية حقيقة، و هو داخل فى اشتراط الزوجية إلّا أنّ الجمع بينهما لئلا يتوهم وقوع طلقتين فصاعداً بالزوجة إذا تعاقبتا من غير رجوع و لا تجديد عقد، خصوصاً و المطلقة الرجعية زوجه حكماً.

فلا يقع الطلاق بالمستمتع بها «٩» و لا الموطوءة بالشبهة و لا الموطوءة بملك اليمين و لا الموطوءة بالتحليل و إن جعلناه عقداً، فضلاً عن سائر الأجنبيةات.

و لو طلق الأجنبية لم يصحّ و إن علّقه بالتزويج، سواء عينها مثل: إن تزوجت فلانة فهى طالق أو أطلق مثل: كلّ من أتزوجها فهى طالق بالاتفاق، و للأصل، و لنحو ما روى أنّ عبد الرحمن بن عوف دعى إلى امرأه فقال: إن نكحتها فهى طالق، ثمّ سأل النبى (صلى الله عليه و آله) فقال: انكحها فإنّه لا طلاق قبل النكاح «١٠».

(١) الانتصار: ص ١٣٩.

(٢) المقنعة: ص ٥٢٥، النهاية: ج ٢ ص ٤٢٧.

(٣) مختلف الشريعة: ج ٧ ص ٣٨٩.

(٤) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٢ س ٢١.

(٥) التلخيص (سلسلة الينابيع الفقهية): ج ٣٩ ص ٤٩٩.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩٥ ٢٩٦ ب ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٤.

(٧) الانتصار: ص ١٣٩.

(٨) المسائل الناصريّات: ص ٣٤٩.

(٩) فى بعض النسخ زياده: و لما علمت أنّ المحلّ هى الزوجه علمت أنّه لا يطلق.

(١٠) انظر سنن البيهقي: ج ٧ ص ٣١٨ ٣٢١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٥

و أمّا التعيين فإنّما باللفظ و التيه جميعاً، أو بالتيه خاصه.

أمّا الأول بأنّ يقول: فلانه طالق، أو هذه طالق و يشير إلى حاضره أو زوجتى طالق و ليس له سواها.

و أمّا الثانى: ففيما لو تعددت الزوجه، فإذا قال: زوجتى طالق و نوى واحده منهنّ بعينها وقع إجماعاً كما فى التحرير «١» و إلّا فلا على رأى من عرفتهم.

و يُقبل تفسيره لأنّه لا يعرف إلّا منه، و عليه المبادره بالتفسير لحقّ الاعتداد و غيره.

و لو طلق واحده غير معينه لا تيه و لا لفظاً، قيل فى المقنعه «٢» و الانتصار «٣» و الناصريّات «٤» و السرائر «٥» و غيرها بطل لما عرفت.

و قيل فى المبسوط «٦» و الشرائع «٧» يصحّ و يعين للطلاق من شاء و هو أقوى لأصالة عدم الاشتراط، و عموم نصوص الطلاق.

و الأول: معارض بأصل بقاء النكاح، و أنّ المعهود فى كلّ عقد أو إيقاع إيقاعه على المعين. و الثانى: ممنوع. و ربّما منع إطلاق الطلاق على ما وقع على غير المعينه.

و أمّا الرجوع فى التعيين إليه فهو مختار المبسوط «٨». و دليله أنّ بيده التعيين ابتداءً، فكذا استدامه.

و اعتبر المحقق القرعه «٩» لكون المطلقة مبهمه فى نظره، فلا يرجع إليه فى التعيين. و فيه: أنّ القرعه لما هو متعين فى الواقع مشكل فى الظاهر، و المطلقة هنا مبهمه فى نفس الأمر.

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٢ س ٢٣.

(٢) المقنعه: ص ٥٢٥.

(٣) الانتصار: ص ١٣٩.

(٤) المسائل الناصريّات: ص ٣٤٩.

(٥) السرائر: ج ٢ ص ٦٦٥.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ٧٨.

(٧) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٥.

(٨) المبسوط: ج ٥ ص ٧٨.

(٩) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٥.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٦

و على الأول فإن مات قبله أى التعيين أفرع فى وجهه، لانتفاء الطريق إليه غيرها، و ربّما قيل بقيام الوارث مقامه فى التعيين «١» كما يقوم مقامه فى استلحاق النسب و حقّ الشفعه و نحوهما، و سيقوى نفى القولين، و يجوز إدخال هذا الكلام فى حيز القيل.

و لو قال: هذه طالق، أو هذه و هذه قيل في المبسوط «٢» طلقت الثالثة يقيناً و يعين من شاء من الأولى أو الثانية، و هو حق إن قصد العطف على إحداهما و لو قصده على الثانية خاصة عين الأولى أو الثانية و الثالثة جميعاً، فإن التردد يكون بين الأولى وحدها و الثانيةين جميعاً، فلا تتعين الثالثة، و لا يجوز تعيين الثانية فقط، و هو مختار ابن إدريس «٣» لقرب الثانية الموجب لظهور العطف عليها.

و الحق احتمال الكلام للمعنيين كما ذكره المصنف، و أيهما قصده المتكلم صح.

و لو مات قبل التعيين أقرع، و تكفى رقتان مع الرقة المبهمه بكسر الهاء أو فتحها بمعنى المبهم فيها. أو مع الزوجه المبهمه بالفتح و هى الثالثة؛ لكونها مبهمه عند المصنف على القولين أما على قول الشيخ فالثالثة لا تحتاج إلى رقة، و إنما تكتب رقتان للأولين. و على قول ابن إدريس «٤» تكتب رقتان إحداهما للأولى و الأخرى للأخرين، أو للثانية أو الثالثة خاصة، فإن أية منهما طلقت طلقت الأخرى، و أما الرقة المبهمه فهى رقة خالية استحبوها لزيادة الإبهام فى الرقاع.

و على ما اخترناه من احتمال الأمرين لا بد من رقة ثالثة فى إحداهما اسم الأولى و فى اخرى اسم الباقيتين و فى اخرى اسم الثالثة [خاصة] «٥»

(١) ن، ق: التعين.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٨٥.

(٣) لم نعر عليهما فى السرائر، و حكاهما عن ابن إدريس فى إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٢٩٥ ٢٩٦.

(٤) لم نعر عليهما فى السرائر، و حكاهما عن ابن إدريس فى إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٢٩٥ ٢٩٦.

(٥) لم ترد فى نسخه ن، ق.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٧

فان خرجت أولاً رقة الأولى حكم بطلاقها، ثم إن خرجت رقة الثالثة حكم بالاحتمال الأول و طلقت، و إن خرجت الرقة الجامعة حكم بالاحتمال الثانى و لم تطلق هى و لا الثانية. و إن خرجت أولاً الرقة الجامعة حكم بطلاقها و لم يخرج رقة أخرى. و إن خرجت أولاً رقة الثالثة طلقت، ثم إن خرجت رقة الأولى حكم بالاحتمال الأول و طلقت أيضاً، و إن خرجت الجامعة حكم بالثانى.

و لو قال للزوجه و الأجنبية: إحدكما طالق، و قال: أردت الأجنبية، قبل بلا خلاف كما فى المبسوط «١» للأصل. و الرجوع إليه فى نيته من غير معارض ظاهر و دين بتيته.

و لو قال: سئدى طالق و اشتركتا أى زوجته و الأجنبية فيه أى الاسم قيل: لا يقبل قوله لو ادعى قصد الأجنبية لمعارضته الظاهر؛ فإنهما لم يتشاركا فى الاسم إلا اشتراكاً لفظياً، و إطلاق المشترك على معنيه إن صح فهو خلاف الظاهر، فلم يرد إلا إحداهما، و ظاهر صيغة الطلاق إيقاعها على الزوجه، بخلاف إحدكما، لا اشتراكه معنى، و ظاهر النطق به الإبهام، و لم أظفر بقائله من الأصحاب.

و ربما يظهر من المبسوط الإجماع على القبول «٢» و به قطع فى التحرير «٣» و هو الوجه لضعف الفرق، للاشتراك فى أنه لم يرد إلا إحداهما و إن افرقا فى كون الاشتراك لفظياً و معنوياً. و مع ظهور إيقاع الصيغة على الزوجه، و إنما هو إذا ظهر الإنشاء. و هو ممنوع، فإن التركيب حقيقة فى الخبر.

و لو قال لأجنبية: «أنت طالق» لظنه أنها زوجته لم تطلق زوجته؛ لأنه قصد إيقاع الطلاق على عين المخاطبة و هى غير الزوجه، و

الظنّ لا يُقَلَّب «٤» العين، و التّيهٌ وحدها لا تكفى فيما يعتبر فيه اللفظ. و يجوز كون

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٩٠.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٩١.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٢ س ٢٦.

(٤) فى ق، ط: لا يغلب.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٨

«المخاطبة» مصدرًا، أى: قصد الخطاب باللفظ، و هو ينافى وقوع الطلاق بعين «١» المخاطبة و إن ظنّها إيّاها، ففيه إشارة إلى أنّه إن لم يقصد الخطاب باللفظ بل عيّن التى أراد طلاقها كما فى المسألة الآتية طلّقت.

و لو كانت له زوجتان زينب و سُمّعدى و قال: يا زينب، فقالت: سُمّعدى: لتيك فقال: أنت طالق، فإن عرف أنّها سعدى و نواها بالخطاب طلّقت و هو ظاهر و إن نوى طلاق زينب مع العلم بأنّها سعدى طلّقت زينب فإنّ النداء مع تيّه المناداة بالخطاب يكفى لتعيينها للطلاق. و لا يقدح فيه توجيه الخطاب ظاهراً إلى المجيبة. و لا تطلق سعدى، لانتفاء القصد إليها، خلافاً للعامّة «٢».

و لو ظنّها زينب و قصد المجيبة فالأقرب بطلانه لأنّه نظير ما تقدّم لأنّ قصد المجيبة لظنّها زينب فلم تطلق لأنّه لم يقصد تطبيق سعدى و هى المجيبة و لا زينب لعدم توجه الخطاب إليها و لا قصد عينها بالخطاب و إنّما قصد به عين سعدى و إن ظنّها زينب خلافاً للشيخ فأوقع الطلاق بزينب قال: لأنّ المراعى قصده و نيّته بالتعيين «٣». و يدفعه: أنّ القصد إنّما يعتبر إذا وافقه اللفظ و ما أراد به.

و أمّا البقاء على الزوجيّة فإن لا تكون مطلّقة لأنّ الطلاق فى الشرع إزالة قيد النكاح و قد حصل الزوال [بالأول] «٤» فيمتنع حصوله بالثانى سواء كان الطلاق رجعيّاً أو بائناً فلا يفيد طلاق الرجعيّة بينونتها و امتناع الرجوع إليها و إن كان ثالثاً و لا مفسوخة النكاح بردّه أو عيب أو لعان أو رضاع أو خلع، و يقع مع الظهار و الإيلاء؛ لأنّهما يوجبان تحريماً لا فسخاً.

[فروع على القول بالصحة مع عدم التعيين]

إشارة

فروع على القول بالصحة مع عدم التعيين

(١) فى ط، ق بدل «بعين»: بغير.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٢٣٦.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٩٠.

(٤) لم يرد فى ن، ق.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٩

[الفرع الأول]

الأول: إذا طلق غير معيّن حرمتا عليه جميعاً حتى يعيّن أى كلاً منهما.

أمّا على القول بكون التعيين كاشفاً فلاشبهة المحلّلة بالمحرّمة، فيجب الاجتناب عنهما. و أمّا على ما اختاره المصنّف كما سينصّ عليه من كونه مطلقاً فلتشبهت كلّ منهما بحرمة الطلاق، لوجوب تعيين إحداهما من غير حاجة إلى تجديد صيغته، مع الاحتياط في الفروج، و كون الاجتناب عنهما من التقوى المأمور بها عقلاً و شرعاً.

و يحتمل أن يكون المراد حرمة الجمع بينهما في الوطء كما سيصرّح به، و دليلها إمّا بينونة إحداهما بالطلاق، أو تشبّثها بحرمة الطلاق. و دليل جواز وطء إحداهما أنّ المطلّقة أو المتشبهتة بحرمتها ليست إلّا إحداهما، و التعيين مفوّض إلى اختياره، و إذا جاز له إبقاء من شاء منهما على الزوجيّة، جاز وطء من شاء منهما. و يبعده قوله: «حتى يُعيّن» فإنّ حرمة الجمع غير مغنّيا بالتعيين، و لذا استظهرنا حرمة كلّ منهما، و عليه يكون حكاية، و ما سيأتى اختياراً.

و يطالب الزوج كلّ منهما به أى بالتعيين؛ لأنّ لهما في ذلك حقّ الاعتداد و القسّم و نحو ذلك و عليه أن ينفق عليهما حتى يعيّن لاحتباسهما عليه، و استصحاب الموجب لها بالنسبة إلى كلّ منهما.

و لا- فرق في جميع ذلك بين الطلاق البائن و الرجعيّ و إن جاز وطؤهما بتيّء الرجوع إن كانتا رجعيّتين، و قد ينفي عن الرجعيّة حقّ المطالبة، لكونها في حكم الزوجة، و له الرجوع متى شاء و المطالبة في حقّ متعيّن.

[الفرع الثاني]

الثاني: لو قال: هذه التي طلقته، تعيّن للطلاق إلّا أن يعلم أنّه لم يرد بيان من أوقع عليها الطلاق، كأن أراد إنشاء الطلاق عليها الآن بهذا اللفظ. و لو قال: هذه التي لم أطلقها، تعيّن الأخرى للطلاق بالشرط المذكور إن كانت الأخرى واحدة، و إلّا بقي الإبهام بعد، و عيّن في البواقي.

[الفرع الثالث]

الثالث: لو قال للتعيين طلقت هذه بل هذه، طلقت الأولى كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٠ ظاهراً و باطناً إن لم يكن عن سهو، و إلّا فظاهراً دون الثانية، لأنّ الطلاق إنّما وقع على إحداهما و الأولى إذا تعيّن الطلاق فيها لم يبق منه ما يقع على الثانية و لا يتعيّن الثانية، لأنّه إذا أنشأ التعيّن للأولى تعيّن، و لا وجه للرجوع عن تعيين، إلّا أن يدعى السهو فيقبل قوله، كما يقبل في أصل صيغته الطلاق، فإنّه لا يعرف إلّا منه، و إذا قبل تعيّن الثانية.

[الفرع الرابع]

الرابع: هذا التعيين تعيين شهوة و اختيار لا- تعيين إخبار عن معيّن في نفس الأمر لا يجوز تعدّيه فلا يفتقر إلى القرعة كما في الشرائع «١» استناداً إلى الإشكال عنده كما عند غيره بل له أن يعيّن من شاء فإنّ الغرض إيقاع الطلاق على إحداهما من غير تعيين لفظاً و لا تيّة، و القرعة لما تعيّن في نفسه، فاشتبه علينا، لكن لو أقرع فاختار من خرجت باسمها لم يكن به بأس.

[الفرع الخامس]

الخامس: هل يقع الطلاق بالمعيّن من حين الإيقاع للطلاق أو من حين التعيين؟ الأقرب الثاني استصحاباً للنكاح و احتياطاً للعدّة،

و لأنها لو طَلِّقت بالإيقاع، فإمّا أن يقع الطلاق حينئذٍ على الكلّ أو على واحدةٍ معيّنة، و فسادهما ظاهر؛ لكونهما خلاف مقتضى اللفظ و التّية، أو على واحدةٍ مبهمه، و هو أيضاً باطل؛ لأنّ الطلاق معيّن لا يحلّ إلّا في معيّن. و لأنّ المطلّقة موجودة في الخارج، و لا وجود للمبهم. و يرد النقص بكلّ واجبٍ مخيّر، و منع تعيّن الطلاق إذا لم يتعيّن المحلّ، و أنّ المطلّقة ذاتها موجودة مع تعلق الطلاق بالمبهم بها.

و خيرة المبسوط الوقوع من حين الإيقاع «٢» لأنه أوقع «٣» صيغةً منجزهً مجزوماً بها فيقع بها الطلاق و إن كان مبهماً، و التعيين ليس من صيغة الطلاق في شيء، كما أنّ من أسلم على أكثر من أربع يزول بالإسلام نكاحه عن الزائدة المبهمه، و لا يتعيّن إلّا بالتعيين، و التعيين كاشف عمّن زال نكاحها لا مزيل، و هو عندي أقرب.

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٦.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٧٨.

(٣) في ن بدل «أوقع»: إذا وقع.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢١

و على الأوّل فتجب عليها العدة من حين التعيين و على الثاني من الإيقاع، و هو ظاهر.

[الفرع السادس]

السادس: لو طَلِّقها بائناً ثمّ وطئ إحداهما و قلنا: يقع الطلاق باللفظ كان تعيناً للأخرى للطلاق؛ لأنّ الظاهر أنّه إنّما يطأ من يحلّ له، فهو كوطء الجارية المبيعه في زمن الخيار، فإنّه يكون فسحاً من البائع أو إجازة من المشتري. و قيل: لا يكون تعيناً؛ لأنه أعمّ، و كما أنّ الطلاق إنّما يقع بالقول فكذا تعينه «١». و لأنّه لو كان تعيناً لكان إذا وطئها طَلِّقتا. و كما أنّ النكاح لا يملك بالفعل لا يتدارك به، و أمّا ملك اليمين فيحصل بالفعل فيتدارك به، فلذا كان وطء المبيعه فسحاً أو إجازة.

و إن قلنا: إنّ الطلاق إنّما يقع بالتعيين لم يؤثر الوطء شيئاً؛ لأنّ الفعل لا يوقع الطلاق قطعاً.

ثمّ في المبسوط: أنّ من جعل الوطء تعيناً أباح وطء من شاء منهما، و إنّما حرم الجمع بينهما في الوطء، و من لم يجعله تعيناً حرّمهما، لأنّهما قبل التعيين متشبهتان بحرمة الطلاق «٢».

و الأقرب عند المصنّف مع أنّه يجعله «٣» تعيناً- تحريم وطئهما معاً و إباحة من شاء منهما لما عرفت من أنّ المتشبهته بحرمة الطلاق إنّما هي إحداهما مبهمه، فكماله إبقاء من شاء منهما على الزوجية، له وطء من شاء منهما.

[الفرع السابع]

السابع: يجب عليه التعيين على الفور و يعصى بالتأخير سواء كان التعيين كاشفاً أو مطلقاً، بائناً كان الطلاق أو رجعيّاً. و لو ماتت إحداهما قبل التعيين لم تتعيّن الأخرى للطلاق، و له تعيين من شاء منهما و إن قلنا بأنّ الطلاق من التعيين، فإنّ الميتة و إن لم تقبل

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٧٧.

(٢) انظر المبسوط: ج ٥ ص ٧٧ و ٧٨.

(٣) فى ط: لم يجعله.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٢

الطلاق ابتداءً، لكنّها تقبل التعيين المسبوق بإيقاع الطلاق للاستصحاب فإن عَيْن المَيْتة فلا ميراث له منها إن قلنا: إنَّ الطلاق يقع من وقت وقوعه و كان الطلاق بائناً أو انقضت العدة.

و لو ماتتا معاً اقترن الموتان أم لا كان له أيضاً تعيين من شاء منهما و ليس لورثة الأخرى منازعته و لا تكذيبه لأنه مفوض إلى اختياره، و ليس من الأخبار المحتملة للتكذيب.

و يرثهما معاً إن قلنا بوقوع الطلاق بالتعيين و إلّا فلا يرث إلّا غير المعيّنة إلّا إذا كان رجعيّاً و لم تنقض العدة.

و لو مات قبلهما و لم يعين فالأقوى ما فى المبسوط: من أنه لا تعيين للوارث «١» لأنَّ الطلاق بيد من أخذ بالساق، و التعيين إمّا طلاق، أو كاشف عنه و مبيّن لمحلّه و لا قرعة لإبهامها فى نفس الأمر كما عندنا بل تُوقف من تركته الحصة حتى يصطلحن إن طلّقت بالإيقاع و بنت، و إلّا فلا إيقاف بل يرثن جمع، و قد سمعت وجهين آخرين: هما القرعة. و تعيين الوارث.

و لو مات واحدة قبله و واحدة بعده و لم يعين فإن قال الوارث: الأولى هى المطلّقة و الثانية زوجة ورثت الثانية من الزوج و لم يرث الزوج من الاولى إن كانت بنت حين ماتت لأنه إذا قال ذلك، فإمّا أن يُخبر بأنَّ الزوج عَيْن الاولى للطلاق، أو يُنشئ التعيين من نفسه، فإن كان الأوّل فقد أقرّ على نفسه بما يضرّه فيؤاخذ به، و إن كان الثانى كان بمتزلة المقرّ، فإنه رضى بأن لا يرث من الاولى و يرث الثانية، فقد اصطلح مع ورثتهما بذلك.

و لو عكس وقف ميراثه من الاولى و ميراث الثانية منه حتى يصطلح الورثة أى ورثة الزوجتين و الزوج جميعهم لما عرفت من أنه لا تعيين للوارث و لا قرعة، فلا مخلص إلّا الاصطلاح.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٨٠.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٣

نعم، إن قال ذلك مدّعياً على الزوج التعيين كان عليه الإثبات و له التحليف على نفى العلم. و فى التحرير احتمال حينئذٍ قبول قوله فيحلف على نفى علم طلاق الاولى و القطع على طلاق الثانية، و عدم القبول للتهمة، فيوقف الميراثان حتى تقوم بينة أو تصطلح الورثة «١».

و لو كان له أربع زوجات فقال: زوجتى طالق لم يطلّق الجميع بل إنّما يطلّق واحدة مبهمه للأصل. و تبادل الوحدة فهو كما لو قال: إحداكنّ طالق، أو واحدة منكنّ طالق و فى التحرير: أنه لو أراد الجنس احتمال طلاقهنّ «٢»

[الفرع الثامن]

الثامن: و ليس من فروع القول بالصحة مع عدم التعيين، ففيه مسامحة و تغليب لو طلق واحدة معيّنة ثمّ أشكلت عليه مُنع منهما لاشتباه الحلال بالحرام و طولب بالبيان إن رجعى زوال الإشكال، أو بالقرعة و ينفق عليهما إلى أن يبيّن لاحتباسهما عليه. فإن عيّن واحدة للطلاق أو للنكاح لزمه إقراره و لهما إحلّافه لو كذّبتاه أو إحداهما، لأنّ القول قوله، لأنه لا يعرف إلّا منه. و لو قال: هذه التى طلّقتها بل هذه، طلّقتا معاً أى أخذ بما يلزمه من أحكام الطلاق لأنه أقرّ بطلاق الاولى و رجع عنه فلم يقبل رجوعه و قبل إقراره فى الثانية أيضاً، فالزم أحكام الطلاق فيهما إلّا أن تصدّقاها أو يحلف.

و لو قال: هذه بل هذه أو هذه طلقت الاولى و إحدى الآخرين لذلك و طولب ببيانها. و لو قال: هذه أو هذه بل هذه، طلقت الأخيرة و إحدى الأوليين، و لو قال: هذه أو هذه بل هذه أو هذه طلقت واحدة من الأوليين و واحدة من الآخرين و طولب بالبيان فيهما و الكل ظاهر ممّا عرفته.

و هل يكون الوطء بياناً؟ إشكال و إن بانت المطلقة أقربه ذلك

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٣ س ١٢.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٣ س ١٤.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٤

إن بانت، لظهور صحة الوطء. و يحتمل القرب و إن لم تبين، لأن الأصل عدم الرجوع في الطلاق، و وجه الآخر الذي هو خيرة المبسوط «١»: العموم إلى آخر ما عرفته في طلاق المبهمه.

و على عدم طولب بالبيان القولى، و لو عيّنه قولاً في الموطوءة فقد وطئها حراماً و عليه التعزير دون الحد للشبهة إن لم تكن ذات عدّة رجعية أو قد خرجت من العدّة و إلما كان رجوعاً و عليه المهر مهر المثل؛ لأنّنه عوض البضع الموطوء شبهة. و نفاه في المبسوط لعدم الدليل عليه، و نسبه إلى العامة «٢». و تعتدّ من حين الوطء لأنّه وطء شبهة.

و لو ماتت قبله و وقف نصيبه من تركة كلّ منهما ثم يطالب بالبيان فإن عيّن المطلقة و صدّقه ورثة الأخرى ورثوا الموقف إياه و إن كذبوه قدّم قوله مع اليمين، لأصالة بقاء النكاح و لأنّه فعله فإن نكل حلفوا على البت؛ لإمكان اطلاعهم عليه و سقط ميراثه عنهما معاً فعن «٣» الأولى لإقراره بطلاقها، و عن الثانية لنكوله مع حلف ورثتها.

و لو مات الزوج خاصية ففي الرجوع إلى بيان الوارث إشكال ممّا عرفته من قيامه مقام المورث في نحو حقّ الشفعة و استلحاق النسب. و من أنّه غير من أخذ بالساق و أوقع الطلاق. و الأوّل «٤» عندي في غاية الضعف؛ للفرق الظاهر بين هذا التعيين و تعيين من أبهم طلاقها، فإنّه إخبار عمّا فعله، و ذاك إنشاء، و لا معنى لإنشاء الوارث طلاق زوجته مورثه «٥» [و لا بأس بالأخبار من فعله لكنّه يؤول إلى إنكار إرث من يعينها، فلها مطالبته بالبينه، فإن لم يثبت فلها تحليفه] «٦».

و الأقرب: القرعة لتعيين الأمر في نفسه و اشتباهه علينا، و هى لكلّ

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٧٨.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٧٧.

(٣) فى ن بدل «فعلن»: أمّا عن.

(٤) فى ط بدل «الأوّل»: هو.

(٥) فى ق، ن و س: و لا معنى لإخبار الوارث عمّا لا يعلمه من فعل مورثه.

(٦) ما بين المعقوفتين ليس فى ن، ق.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٥

ما كان كذلك و يحتمل الإيقاف حتى يصطلحاً أخذاً باليقين، فإنّ القرعة إنّما تفيد الظنّ.

[و الحقّ أنّه لا مجال للاستشكال، فإنّ الوارث إن لم يدّع العلم لم يكن لبيانه معنى، فلا إشكال فى القرعة أو الإيقاف، و إن ادّعاه فلا إشكال فى الرجوع إلى بيانه، لكن الزوجتين إن اعترفتا بالجهل كان لمن يعينها مطالبته بالبينه أو الحلف، و إن كذّبه

من يعينها أقام البيئته و إلا حلفت أو أقامت البيئته على كون الأخرى المطلقة بهذا الطلاق [١]

[القسم الثاني في الشروط الخاصة للمطلقة و هي ثلاثة]

إشارة

القسم الثاني: الشروط الخاصة ببعض المطلقات.

و هي ثلاثة: و إنما قال أمران لاتحاد الحيض و النفاس حقيقة؛ لكون النفاس دم الحيض حقيقة.

[الشروط الأول الطهر من الحيض و النفاس]

الأول: الطهر من الحيض و النفاس، و هو شرط بالإجماع و النصوص «٢» في المدخول بها الحائل الحاضر زوجها، أو من هو بحكمه، و هو الغائب أقل من مدّة يعلم أو يظنّ فيها انتقالها من القرء الّذى وطئها فيه إلى قرء آخر وفاقاً للإستبصار «٣» و التهذيب «٤» و السرائر «٥» و الشرائع «٦» جمعاً بين الأخبار، و تنزيلاً لما فيها من اختلاف مدّة «٧» الغيبة على اختلاف عادات النساء. و لأنّه ثبت أنّ الطلاق مع الحيض و في طهر جامعها فيه غير صحيح، و إنّما يستثنى الغائب إذا لم يعلم حيضها أو بقاؤها على الطهر الّذى جامعها فيه.

فلو طلق الحائض، أو النفاس قبل الدخول، أو مع الحمل إن قلنا بمجامعته الحيض أو مع الغيبة مدّة يعلم أى يعتقد انتقالها فيها من

(١) ما بين المعقوفتين ليس فى «ق، ن، ي».

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٧٦ ب ٨ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(٣) الإستبصار: ج ٣ ص ٢٩٥ باب ١٧١ طلاق الغائب ح ٤ و ٦.

(٤) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٦٢ باب أحكام الطلاق ح ١٢١ و ١٢٢.

(٥) السرائر: ج ٢ ص ٦٨٦.

(٦) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٥.

(٧) فى ن، ق بدل «مدّة»: هذه.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٦

القرء الّذى وطئها فيه إلى قرء آخر صحّ اتفاقاً، إلا ما فى مدّة الغيبة من الخلاف و الأخبار بها كثيرة، كحسن الحلبيّ عن الصادق (عليه السّلام) قال: لا بأس بطلاق خمس على كلّ حال: الغائب عنها زوجها، و التى لم تحض، و التى لم يدخل بها، و الحلبي، و التى قد ينست من المحيض «١».

و قدّر قوم منهم: الصدوق «٢» و الشيخ فى النهاية «٣» و بنو حمزة «٤» و البرّاج «٥» و سعيد «٦» مدّة الغيبة بشهر لأنّ الغالب الانتقال فيه من طهر إلى آخر. و لخبر إسحاق بن عمّار عن الصادق (عليه السّلام) قال: الغائب إذا أراد أن يطلقها تركها شهراً «٧» و لما سيأتى من صحيح عبد الرحمن بن الحجّاج فى الحاضر الّذى بحكم الغائب «٨». و يجوز أن يراد بالشهر شهر الحيض، و هو زمان طهر و حيض، و أياً كان فيرجع إلى القول الأول.

و آخرون منهم: أبو علي «٩» بثلاثة أشهر، و اختاره في المختلف «١٠» لصحيح جميل بن دزاج عن الصادق (عليه السلام) قال: الرجل إذا خرج من منزله إلى السفر فليس له أن يطلق حتى تمضي ثلاثة أشهر «١١». و خبر إسحاق بن عمار سأل الكاظم (عليه السلام) الغائب الذي يطلق أهله كم غيبته؟ قال: خمسة أشهر أو ستة أشهر. قال: قلت: حدّ دون ذلك قال: ثلاثة أشهر «١٢».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠٦ ب ٢٥ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٣.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٥٠٣ ذيل حديث ٤٧٦٦.

(٣) النهاية: ج ٢ ص ٤٣٤.

(٤) الوسيلة: ص ٣٢٠.

(٥) المهذب: ج ٢ ص ٢٨٧.

(٦) الجامع للشرائع: ص ٤٦٥.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠٧ ب ٢٦ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٣.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣١٠ ب ٢٨ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١.

(٩) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٥٧.

(١٠) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٥٨.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠٨ ب ٢٦ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٧.

(١٢) المصدر السابق ح ٨.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٧

و ظاهر الحسن «١» و علي بن بابويه «٢» أنّ له الطلاق أي وقت شاء، و هو ظاهر كثير من الأخبار، كما تقدّم من حسن الحلبي، و صحيح محمد بن مسلم سأل أحدهما (عليهما السلام) عن الرجل يطلق امرأته و هو غائب، قال: يجوز طلاقه على كلّ حال «٣». و لو طلق إحدهما أي الحائض أو النفساء بعد الدخول و عدم الحبل و الحضور أو حكمه فَعَل حراماً بلا خلاف و كان باطلاً عندنا، خلافاً للعامة «٤» سواء علم بذلك أي بكونها كذلك و بالحكم أو لم يعلم إذ لا مدخل للعلم في خطاب الوضع. و لو خرج مسافراً في طهر لم يقربها فيه صحّ طلاقها إن لم يعلم بانتقالها إلى الحيض. و إن صادف الحيض بلا خلاف؛ لخبر أبي بصير قال للصادق (عليه السلام): الرجل يطلق امرأته و هو غائب فيعلم أنّه يوم طلقها كانت طامثاً. قال: يجوز «٥». و كذا إن خرج في طهر قاربها فيه.

و لكن لا يشترط الانتقال حينئذٍ خرج في طهر لم يقربها إلى قرء آخر لعدم اشتراطه مع الحضور، فمع الغيبة أولى.

و ظاهر بعض العبارات كالتهديب «٦» و الاستبصار «٧» اعتبار التربص شهراً؛ لإطلاق خبر إسحاق.

و لو كان حاضراً و هو لا يصل إليها بحيث يعلم حيضها و طهرها كالغائب وفاقاً للمشهور، لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج سأل الكاظم (عليه السلام)

(١) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٥٦.

(٢) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٥٧.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠٧ ب ٢٦ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١.

(٤) المجموع: ج ١٧ ص ٧٤.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠٨ ب ٢٦ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٦.

(٦) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٦٢ باب أحكام الطلاق ح ١٢١.

(٧) الاستبصار: ج ٣ ص ٢٩٥ باب طلاق الغائب ح ٤.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٨

عن رجل تزوج امرأة سترًا من أهلها و هي في منزل أهلها، و قد أراد أن يطلقها و ليس يصل إليها فيعلم طمئتها إذا طمئت و لا يعلم بطهرها إذا طهرت، فقال: هذا مثل الغائب عن أهله يطلقها بالأهامة و الشهور، قلت: أ رأيت إن كان يصل إليها الأحيان، و الأحيان لا- يصل إليها فيعلم حالها، كيف يطلقها؟ فقال: إذا مضى له شهر لا يصل إليها فيه يطلقها إذا نظر إلى غرة الشهر الآخر «١».

و خالف ابن إدريس تمسكًا بأصل بقاء النكاح، و عموم اشتراط الخلو من الحيض، و كون الحمل على الغائب قياساً مع كون الخبر خبراً واحداً «٢». و دفع في المختلف بأن الخبر نص في الباب، و إذا وافق المعنى المعقول الحديث الصحيح و اشتهر بين الجماعة العمل به كان متعيناً «٣».

[الشرط الثاني الاستبراء من الحيض و النفاس]

الثاني: الاستبراء و هو شرط بالإجماع و النصوص الكثيرة «٤».

فإن طلق في طهر واقعها فيه لم يصح، إلّا أن تكون يائسة، أو لم تبلغ المحيض أى تسع سنين كما في النهاية «٥» و السرائر «٦» و غيرهما أو حاملاً، أو مسترابةً أى من لا تحيض و هي فى سنّ من تحيض بالاتفاق و النصوص، و هي كثيرة. و لكن يشترط فى المسترابة أن يكون قد مضى لها ثلاثة أشهر لم ترّ دمًا معتزلاً لها كما قطع به الأصحاب. فإن طلق المسترابة قبل مضيّ ثلاثة أشهر من حين الوطء لم يقع لصحيح إسماعيل بن سعد الأشعري: سأل الرضا (عليه السلام) عن المسترابة من المحيض كيف تطلق؟ قال: تطلق بالشهور «٧». و لمرسل داود بن أبى يزيد العطار عن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣١٠ ب ٢٨ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ٦٨٦.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٦١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٧٩ ب ٩ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(٥) النهاية: ج ٢ ص ٤٤١.

(٦) السرائر: ج ٢ ص ٦٨٧.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٤ ب ٤ من أبواب العدد ح ١٧.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٩

الصادق (عليه السلام) سأل عن المرأة يستراب بها و مثلها تحمّل و مثلها لا تحمّل و لا تحيض و قد واقعها زوجها كيف يطلقها إذا أراد طلاقها؟ قال: ليمسك عنها ثلاثة أشهر ثم يطلقها «١». و خبر الحسن بن على بن كيسان قال: كتبت إلى الرجل (عليه السلام) أسأله عن رجل له امرأة من نساء هؤلاء العامة و أراد أن يطلقها و قد كتبت حيضها و طهرها مخافة الطلاق، فكتب (عليه

السلام): يعتزلها ثلاثة أشهر و يطلقها «٢».

وليس من المسترابة مَنْ لا تحيض إلّا في أربعة أشهر مثلاً فصاعداً، بل يجب استبراؤها بحيضه. فإذا حاضت بعد الوطء و لو بلحظة صحّ طلاقها إذا طهرت فإنّ الحيض دلّ على براءة الرحم، و هو شامل لما إذا وطئها في الحيض، إذ لا- يتعيّن «حاضت» لحدوث الحيض، و الأمر كذلك، لصدق الطهر الّذى لم يجمعها فيه، و يمكن أن يعود ضمير «حاضت» على المسترابة، أى من كانت مسترابة فاتفق أن حاضت بعد الوطء زال عنها الاسترابة و حكمها.

[الفصل الثالث: البحث في صيغة الطلاق]

إشارة

الفصل الثالث: الصيغة

[الشروط التي ينبغي توفرها في صيغة الطلاق و هي خمسة]

إشارة

و يشترط فيها أمور خمسة:

[الشرط الأول التصريح]

الأول: التصريح و هو قوله: أنتِ أو هذه أو فلانة أو زوجتى معيّنة أو غيرها على القولين طالق و لا خلاف في وقوعه بذلك. و لو قال: أنتِ طالق أو الطلاق أو من المطلّقات أو مطلّقة على رأى وفاقاً للشرائع «٣» و خلافاً للمبسوط «٤» أو طلّقت فلانة على رأى وفاقاً للشيخ كما نسب إليه، و هو ظاهر التبيان «٥». و خلافاً للمبسوط «٦» لم يقع لعدم التصريح.

(١) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٣٥ ب ٤٠ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ١.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣١١ ب ٢٨ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٢.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٧.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥.

(٥) التبيان: ج ١٠ ص ٢٩.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٠

أمّا «طلاق» و «الطلاق» فلاّته مصدر، و هى لا توصف بالمصدر إلّا إذا تجوّز به عن الصفة. و أمّا البواقى فلظهورها في الخبر، و إنّما يطلق في إنشاء الطلاق مجازاً، و لعلّ الفرق بينها «١» و بين «طالق» بالنصّ و الإجماع و استصحاب قيد النكاح و الاحتياط، و الحصر في النصوص في «طالق» «٢» و إلّا فالكلّ مشترك في الكون حقيقة في الإخبار، مجازاً في الإنشاء.

و يمكن أن يكون السرّ في ذلك أنّ «المطلّقة» بمعنى الموقع عليها الطلاق، و ظاهره تقدّم الطلاق على اللفظ «٣» بخلاف «طالق» فإنّه لازم «و طلّقتك» ظاهره إيقاع الطلاق عليها في الزمان الماضي، لا الحال المناسب لإنشاء الطلاق.

و حكى في المبسوط عن العائمة: أنّ من الصريح سرّحتك و أنت مسرّحة، و فارقتك و أنت مفارقة، و طلّقتك و أنت طالقة أو مطلّقة. و قال: و عندنا أنّ قوله: «أنت مطلّقة» إخبار عمّا مضى فقط، فإنّ نوى به الإيقاع في الحال للأقوى أن نقول: إنّهُ يقع به. ثمّ قال: إذا قال: طلّقتك نظرت فإن قال: «نويت بها الطلاق» وقع عندنا به الطلاق، و عندهم يكون ذكر التّيه تأكيداً، فإن قال: «نويت بها الطلاق» كان صريحاً «٤» انتهى.

و يعضده ما يدلّ على وقوع الطلاق بقوله: «نعم» في جواب «طلّقتها» كما تعرفه الآن، فإنّه أولى بالصّحّة، و «مطلّقة» أولى بها من «طلّقت» لكونها حقيقة في الحال دون الماضي، و لعلّه الوجه في تخصيصهما بإيقاع الطلاق بهما.

و لو قيل له طلّقت فلانة سؤالاً أو خبراً فقال: نعم قيل في ظاهر النهاية «٥» و الوسيلة «٦» و غيرهما يقع لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن عليّ (عليهم السّلام): في الرجل يقال له: طلّقت امرأتك، فيقول: نعم، قال: قد طلّقتها

(١) في ط بدل «بينها»: بينهما.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٢٩٤ ب ١٦ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(٣) في ط زيادة: أو تأخّره.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥.

(٥) النهاية: ج ٢ ص ٤٢٧ ٤٢٨.

(٦) الوسيلة: ص ٣٢٤.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣١

حينئذٍ «١». و خبر حفص بن البختريّ عن الصادق (عليه السّلام) في رجل طلق امرأته ثلاثاً فأراد رجل أن يتزوجها كيف يصنع؟ قال: يأتيه فيقول: طلّقت فلانة؟ فإذا قال: نعم تركها ثلاثة أشهر ثمّ خطبها إلى نفسها «٢». و لأنّ «نعم» صريح في «طلّقت» و هو صريح في إيقاع الطلاق، و الصريح في الصريح صريح.

و الخبران مع الضعف ليسا بنصّيين في الباب، لجواز أن يكون المعنى أنّه إقرار بالطلاق كما في المبسوط «٣» و السرائر «٤». و يؤيّد ما في الثاني من أنّه كان طلّقتها ثلاثاً، و لا ينافيه الترتيب ثلاثة أشهر، و لا لفظ «حينئذٍ» في الأوّل، و أمّا الدليل الثالث فممنوع المقدمات. و الأقوى عدم الوقوع به للأصل، و الاحتياط، و الحصر في الأخبار «٥» في «أنت طالق».

و لو قال: كلّ امرأة لي طالق وقع بالجميع، و إن لم يكن له إلّا واحدة وقع بها و في النداء بقوله: يا طالق إشكال من الأصل، و الاحتياط، و الخروج عن المنصوص و ما أجمع عليه، و عدم الصراحة، بل ظهور الخلاف؛ لأنّه لإنشاء نداء من اتّصفت بالطلاق، و ظاهره تقدّمه على النداء، و هو خيرة موضع من المبسوط «٦».

و من التلقّظ ب «طالق» مع التعيين بالنداء، و هو خيرة موضع آخر من المبسوط «٧». و ضعفه ظاهر.

و لا يقع عندنا بالكنايات جمع و إن نوى بها الطلاق ظاهرة أو باطنة كقوله: أنت خلتية أو بريّة و هما من الكنايات الظاهرة أو حبلك على غاربك، أو الحقى بأهلك أو اذهبي، أو أغربي، أو تقنعي، أو استبرئي رحمك، و هي من الخفية.

(١) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٢٩٦ ب ١٦ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٣ ب ٣١ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٥٢.

(٤) السرائر: ج ٢ ص ٦٧٦.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩٤ ب ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ٨٩.

(٧) المبسوط: ج ٦ ص ٢٥٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٢

أو بائن أو حرام أو بته أو بتله و هي من الكنايات الظاهرة، خلافاً للعامّة «١».

و يدلّ على ما نقوله مع الأصل و الإجماع الأخبار، كخبر محمد بن مسلم عن الباقر (عليه السلام) في رجل قال لامرأته: أنتِ حرام أو بائه أو بته أو خلية أو بريّة، فقال: هذا ليس بشيء إنّما الطلاق أن يقول لها في قبل عدتها قبل أن يجامعها: أنت طالق، و يُشهد على ذلك رجلين عدلين «٢».

أو اعتدى و هو أيضاً من الكنايات الخفية و إن نوى به إنشاء الطلاق على رأى وفاقاً للمشهور، بل المجمع عليه كما في الانتصار «٣» و الخلاف «٤». و يؤيده الأصل، و الاحتياط، و خبر محمد بن مسلم الذي سمعته الآن.

و أوقعه به أبو علي «٥» لقول الباقر (عليه السلام) في الحسن لمحمد بن مسلم: إنّما الطلاق أن يقول لها في قبل العدة بعد ما تطهر من حيضها قبل أن يجامعها: «أنت طالق، أو اعتدى» يريد بذلك الطلاق، و يُشهد على ذلك رجلين عدلين «٦». و قول الصادق (عليه السلام) في «٧» حسن الحلبي: الطلاق أن يقول لها: اعتدى، أو يقول لها: أنت طالق «٨».

و الجواب: ما أشار إليه الشيخ «٩» من أنّ المراد منهما أنّ الطلاق إنّما أن تكون حاضرة عند الشاهدين فيخاطبها بالطلاق و يقول لها: أنت طالق، أو بأن يقول عند الشاهدين و هي غائبة: فلانة طالق، ثم يأتيها فيقول لها: اعتدى فقد طلقتك.

(١) شرح فتح القدير: ج ٣ ص ٣٩٧ ٤٠٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩٥ ب ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق ذيل الحديث ٣.

(٣) الانتصار: ١٢٩.

(٤) الخلاف: ج ٤ ص ٤٦٢ و ٤٦٥ مسألة ٢٠.

(٥) حكاها عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٤٤.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩٥ ب ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق، ح ٣.

(٧) في ط زيادة: خبر.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩٥ ٢٩٦ ب ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٤.

(٩) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٧ باب أحكام الطلاق ذيل حديث ٢٩.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٣

و بالجملة ف «اعتدى» ليس من صيغة الطلاق، و إنّما يقوله بعد إيقاعه بصيغته. و يؤيده قول الباقر (عليه السلام) في خبر «١» محمد بن قيس: الطلاق للعدة أن يطلق الرجل امرأته عند كلّ طهر يرسل إليها أن اعتدى، فإنّ فلاناً قد طلقك «٢».

و خبر سماعة، عن محمد بن زياد، عن عبد الله بن سنان، عن الصادق (عليه السلام) قال: يرسل إليها فيقول الرسول: اعتدى، فإنّ

فلاناً فارقك. قال ابن سماعه: وإنما معنى قول الرسول: اعتدى، فإن فلاناً قد فارقك يعني: الطلاق، أنه لا تكون فرقة إلا بطلاق
(٣).

وخبر ابن سماعه أيضاً عن علي بن الحسن الطاطري قال: الّذى أجمع عليه فى الطلاق أن يقول: «أنت طالق» أو «اعتدى» و ذكر
أنه قال لمحمّد بن أبى حمزة: كيف يشهد على قوله: اعتدى؟ قال: يقول أشهدوا اعتدى. قال ابن سماعه: غلط محمّد بن أبى
حمزة أن يقول: أشهدوا اعتدى. قال الحسن بن سماعه: ينبغى أن يجيء بالشهود إلى حجلتها، أو يذهب بها إلى الشهود إلى
منزلهم، وهذا المحال الّذى لا يكون و لم يوجب الله عزّ و جلّ هذا على العباد. و قال الحسن: ليس الطلاق إلا كما روى بكير
بن أعين أن يقول لها و هى طاهر من غير جماع: أنت طالق، و يشهد شاهدين عدلين، و كلّ ما سوى ذلك فهو ملغى (٤).
أو خيّرهما و قصد به الطلاق فاخترت نفسها فى الحال على رأى وفاقاً للمشهور للأصل، و الاحتياط، و الأخبار الحاصرة للصيغة
فى غير ذلك (٥). و الأخبار الناطقة بأنّ التخيير كان من خواصّه (صلى الله عليه و آله)، و أنه فى غيره ليس بشيء و هى كثيرة
(٦).

(١) فى ن بدل «خبر»: حسن.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩٦ ب ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩٥ ب ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٢.

(٤) الكافي: ج ٦ ص ٧٠ باب ما يجب أن يقول من أراد أن يطلق ذيل حديث ٤.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩٤ ب ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣٥ ب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٤

و قال أبو على: إذا أراد الرجل أن يخيّر امرأته اعتزلها شهراً و كانت على طهر من غير جماع على مثل الحال التى لو أراد أن
يطلقها فيه طلقها ثم خيّرهما، فقال لها: خيّرتك أو قد جعلت أمركِ إليكِ، و يجب أن يكون ذلك بشهادة، فإن اختارت نفسها
من غير أن تتشغل بحديث من قول أو فعل كان يمكنها أن لا- تفعله صحّ اختيارها، فإن اختارت بعد فعلها ذلك لم يكن
اختيارها ماضياً، و إن اختارت فى جواب قوله لها ذلك و كانت مدخولاً بها و كان تخييره إيّاها من غير عوض أخذه منها كانت
كالنطق الواحدة التى هو أحقّ برجعتهما فى عدتها، فإن كانت غير مدخول بها فهى تطليقة بائنة، و إن كان تخييره عن عوض
أخذه فهو بائن و هى أملك بنفسها، و إن جعل الاختيار إلى وقت بعينه فاخترت قبله جاز اختيارها، و إن اختارت بعده لم يجز
(١).

و نحوه كلام الحسن، إلّا أنه أطلق رجعية الطلاق، و ذكر أنه إن أجل الخيار إلى وقت معلوم ثم رجع عنه قبله كان له ذلك، و
قال: و ليس يجوز للزوج أن يخيّرهما أكثر من واحد بعد واحد و خيار بعد خيار بطهر و شاهدين، فإن خيّرهما أكثر من واحدة أو
خيّرهما أن تختار نفسها فى غير عدتها كان ذلك ساقطاً غير جائز. قال: و مستندهما أخبار، منها: حسن حمران سمع الباقر (عليه
السلام) يقول: المخيرة تبين من ساعتها من غير طلاق و لا ميراث بينهما، لأنّ العصمة قد بانت منها ساعة كان ذلك منها و من
الزوج (٢).

و خبر زرارة عن أحدهما (عليهما السلام) قال: إذا اختارت نفسها فهى تطليقة بائنة و هو خاطب من الخطاب، و إن اختارت
زوجها فلا شيء (٣).

و خبره قال للباقر (عليه السلام): رجل خير امرأته، فقال: إنما الخيار لها ما دام في مجلسهما، فإذا تفرقا فلا خيار لها، قال: فقلت: أصلحك الله فإن طلقت نفسها ثلاثاً

-
- (١) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٣٩.
- (٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣٨ ب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق ح ١١.
- (٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣٧ ب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٩.
- كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٥
- قبل أن يتفرقا من مجلسهما، قال: لا يكون أكثر من واحدة وهو أحق برجعها قبل أن تنقضى عدتها «١».
- و خبر يزيد الكناسي عنه (عليه السلام) قال: لا ترث المخيرة من زوجها شيئاً في عدتها، لأن العصمة قد انقطعت فيما بينها وبين زوجها من ساعتها، فلا رجعة له عليها، ولا ميراث بينهما «٢».
- و لاختلافها في البيونة و عدمها اختلف كلامهما، و الأنسب بالجمع و بأحكام الطلاق ما اختاره أبو علي من التفصيل.
- و الجواب: حملها على أن التخيير توكيل لها في الطلاق، كما هو ظاهر ثاني خبري زرارة، و معنى قوله في الخبر الأول: «من غير طلاق» من الزوج.
- و يمكن أن يكون ما في بعضها من اشتراط الاتحاد في المجلس، لاحتمال العزل عن الوكالة مع الافتراق. على أنها موافقة لمذهب العامة «٣» فيحتمل التقيّة.
- و لا يقع إلّا بالعريّة مع القدرة عليها وفاقاً لابن إدريس «٤» و سعيد «٥» للأصل، و الاحتياط، و الحصر في الأخبار في قوله: أنت طالق.
- و خلافاً لظاهر النهاية «٦» و الوسيلة «٧» لخبر وهب عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام) قال: كل طلاق بكلّ لسان فهو طلاق «٨». و هو مع الضعف محمول على صورة العجز.
- و لا يقع بالإشارة إلّا مع العجز عن النطق كأخرس بالاتفاق، للأصل و الاحتياط، و الحصر في الأخبار في اللفظ، و لأنه لما لم يقع بالكناية فبالإشارة أولى، و يقع من الأخرس بالإشارة المفهومة.

-
- (١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣٨ ب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٢.
- (٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣٧ ب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق ح ١٠.
- (٣) المجموع: ج ١٧ ص ٨٨.
- (٤) السرائر: ج ٢ ص ٦٧٦.
- (٥) الجامع للشرائع: ص ٤٦٦، شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٧.
- (٦) النهاية: ج ٣ ص ٤٢٩.
- (٧) الوسيلة: ٣٢٤.
- (٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩٧ ب ١٧ من أبواب مقدمات الطلاق ح ١.
- كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٦
- و منها ما في رواية السكوني من أنه يُلقى القناع عليها و يعتزلها «١» و كذا في رواية أبي بصير «٢». و اقتصر عليه الصدوقان «٣» و

نسبه المحقق إلى الشذوذ.

و يدلّ على الوقوع بالكتابة و بسائر الإشارات صحيح البزنطى قال: سألت الرضا (عليه السّلام) عن الرجل تكون عنده المرأة فصيّمت فلا يتكلم، قال: أحرص؟ قلت: نعم، قال: فيعلم منه بغض لامرأته و كراهة لها؟ قلت: نعم، أ يجوز له أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا و لكن يكتب و يشهد على ذلك، قلت: أصلحك الله لا يكتب و لا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذى يعرف به من فعله مثل ما ذكرت من كراهته لها أو بغضه لها «٤». و فيه تقديم الكتابة على الإشارة.

و خبر إسماعيل بن مرار عن يونس: فى رجل أحرص كتب فى الأرض بطلاق امرأته، قال: إذا فعل ذلك فى قبل الطهر بشهود و فهم منه كما يفهم عن مثله و يريد الطلاق جاز طلاقه على السنّة «٥».

و لا يقع بالكتابة و إن كان غائباً على رأى وفاقاً للأكثر، و منهم: الشيخ فى المبسوط و الخلاف، و حكى فيه الإجماع عليه «٦» و هو ظاهر المبسوط «٧» و إن تعرّض فيه لرواية الخلاف.

و يدلّ عليه الأصل و الاحتياط، و أنّ الكتابة ليست من الإنشاء فى شىء و الأخبار الحاضرة فى قول: «أنت طالق». و حسن زرارة قال للباقر (عليه السّلام): رجل كتب بطلاق امرأته أو بعق غلامه ثم بدا له فمحاها، قال: ليس ذلك بطلاق و لا عتاق حتّى يتكلم به «٨».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠٠ ب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠١ ب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥.

(٣) المقنع: ص ١١٩، من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٥١٥، ذيل الحديث ٤٨٠٦.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩٩ ب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق ح ١.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠٠ ب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٤.

(٦) الخلاف: ج ٤ ص ٤٦٩ مسألة ٢٩.

(٧) المبسوط: ج ٥ ص ٢٨.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩١ ب ١٤ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٧

و خلافاً للنهائية «١» و الوسيلة «٢» و الكامل «٣» فأوقعوه بها مع الغيبة، لصحيح الثمالى سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلى امرأتى بطلاقها أو اكتب إلى عبدى بعقه، يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً؟ فقال: لا يكون طلاقاً و لا عتقاً حتّى ينطق به، أو يخطه بيده و هو يريد الطلاق أو العتق، و يكون ذلك بالأهله و الشهور، و يكون غائباً عن أهله «٤». و يبعد حملة على الضرورة إذ لا يشترط عندها الغيبة.

و لو عجز عن النطق لخرس و غيره فكتب و نوى صحّ لما عرفت.

[الشرط الثانى: التنجيز]

الشرط الثانى: التنجيز.

فلو علّقه على شرط و هو ما يحتمل الوقوع و عدمه أو صفة و هى ما يعلم وقوعه لم يقع عندنا، و فى الشرائع: لم أقف فيه على مخالف ممّا «٥». و فى الانتصار: الإجماع فى الشرط «٦».

و يدلّ عليه الأصل و الاحتياط، و أنّه ينافى الإيقاع و الإنشاء، و ذلك كقوله: أنت طالق إن دخلتِ الدار و إن دخلتها أو إذا جاء رأس الشهر، أو إن شئت، و إن قالت: شئت. و لو فتح «أن» فى الأخير أو الأوّل و عرف المعنى و أراد ما هو الظاهر من تقدير «لأن» على أنّ اللام للتعليل دون التوقيت و وقع الطلاق فى الحال و إن لم تكن شئت و لا دخلتِ الدار؛ لحصول التنجيز. و لو قال: «أنت طالق لرضا فلان» فإن قصد الغرض أى التعليل برضاه صحّ و إن لم يرض به للتنجيز و إن قصد الشرط بكون اللام للتوقيت أو قصده مع جعل اللام للتعليل بطل و إن رضى. و إن اشتبه عليه الأمر بعد ذلك تعارض أصل بقاء النكاح، و ظهور اللام فى التعليل.

(١) النهاية: ج ٢ ص ٤٢٩ ٤٣٠.

(٢) الوسيلة: ص ٣٢٣.

(٣) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٤٨.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩١ ب ١٤ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٣.

(٥) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٨.

(٦) الانتصار: ص ١٢٧.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٨

و لو قال: «أنت طالق الآن إن كان الطلاق يقع بك» فإن جهل حالها أو الحكم لم يقع و إن كانت طاهراً طهراً يقع فيه بها الطلاق، للتعليل. و إن علم طهرها و أنّه يقع بها وقع وفقاً للمحقق «١» لانتفاء التعليق حينئذٍ، و أطلق الشيخ البطلان «٢» و يمكن أن يريد التفصيل.

و لو قال: «أنت طالق إلّا أن يشاء زيد» لم يصحّ للتعليل و كذا لو قال: إن شاء الله لذلك إلّا أن لا يريد به إلّا مجرد التبرّك.

[الشرط الثالث: عدم التعقيب بالمبطل]

الشرط الثالث: عدم التعقيب بالمبطل فلو قال للطاهر المدخول بها و إن لم يقربها فى ذلك الطهر أنت طالق للبدعة فالأقرب البطلان، لأنّ البدعى لا يقع و غيره ليس بمقصود و إذا كانت طاهراً لم يقربها فى طهرها كان مع ذلك تعليقاً للطلاق. و للشيخ فى الخلاف قول بالوقوع بمجرد قوله: «أنت طالق» و يلغو قوله: «للبدعة» «٣». و هو صحيح إن أراد إيقاعه أوّلاً بقوله: أنت طالق، ثمّ يجدد له التقييد أو التعليق بالبدعة لفظاً فقط، أو و قصداً. و لو قال: أنت طالق نصف طلقه أو ربع طلقه و وافق القصد لفظه لم يقع لأنّه لم يقع الطلاق، خلافاً للعامة «٤» و عن الشيخ موافقتهم «٥».

و كذا لو قال: نصف طلقين و أراد النصف من كلّ طلقه، نعم لو لم يرد إلّا طلقه صحّ، لعدم المانع بوجه.

أمّا لو قال: نصفى طلقه، أو ثلاثة أثلاث طلقه، فالأقرب الوقوع وفقاً للشرائح «٦» لأنّه فى الحقيقة قصد إيقاع طلقه كاملة و لم يعقب بما يبطله، و خلافاً للمبسوط «٧» بناءً على أنّ الطلاق لا يقبل التجزئة.

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٩.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٢.

(٣) الخلاف: ج ٤ ص ٤٥٥ مسألة ٨.

(٤) شرح فتح القدير: ج ٣ ص ٣٦١، المجموع: ج ١٧ ص ١٣٥.

(٥) لم نعثر عليه.

(٦) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٢٠.

(٧) المبسوط: ج ٥ ص ٥٧.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٩

و لو قال: أنت طالق نصف و ثلث و سدس طلقه وقعت طلقه فإنه بمنزلة طلقه.

و لو قال: نصف طلقه و ثلث طلقه و سدس طلقه لم يقع شيء لتغاير الطلقات التي اعتبر أجزاءها، فيكون كقوله: نصف طلقين، و أولى بالطلاق.

و لو قال: «أنت طالق» ثم قال: «أردت أن أقول: طاهر» مما يقاربه في الحروف أو فاصله مما لا يقاربه قبل منه ظاهراً بالإجماع منّا كما في الخلاف «١» و لأنه لا يقع إلّا بالتيه، و لا يعرف إلّا من قبله و الأصل معه إلّا أن يعارضه الظاهر، و لذا قال في المبسوط: إنّما يقبل في العدة لا بعدها «٢» و دين في الباطن بتيته.

و لو قال: أنت طالق طلقه قبل طلقه أو بعدها أي بعد طلقه أو بعدها طلقه أو قبلها طلقه أو معها طلقه أو مع طلقه لم يقع لأنه نوى طلاقاً فاسداً، و هو المتعدد دفعة و إن كانت قابلة لأكثر من طلقه بأن كانت مدخولاً بها.

و يحتمل الوقوع لو قال: مع طلقه أو معها طلقه أو قبل طلقه أو بعدها طلقه أو عليها طلقه دون قبلها طلقه أو بعد طلقه لأنه في الأخيرين إنّما نوى إيقاع طلقه متأخراً عن طلقه و هو ينافي التنجيز، إلّا أن يكون طلقها سابقاً طلقه صحيحة و أراد تأخر هذه الطلقه عنها فيقع، و أمّا فيما قبلهما «٣» فإنه نوى إيقاع طلقه بها، و إن وصفها بعد ذلك بمقارنه طلقه أو بالتقدم على طلقه فيكون لغواً، و أوقع بالجميع في المبسوط «٤».

و لو قال: «أنت طالق ثلاثاً أو اثنتين» قيل في الوسيلة «٥» و الجامع «٦»

(١) الخلاف: ج ٤ ص ٤٥٨ مسألة ١٤.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥.

(٣) في ن بدل «قبلهما»: قبلها.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٥٥.

(٥) الوسيلة: ص ٣٢٢.

(٦) الجامع للشرائع: ص ٤٦٨، و فيه: وقع إن كان يراه، و إن كان لا يراه لم يقع.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٠

و ظاهر المراسم «١» بطل و هو قول الحسن «٢» لأنّ ما نواه غير مشروع، و ما شرع غير منوي، مع الأصل و الاحتياط و الأخبار: كخبر الحسن الصيقل عن الصادق (عليه السلام) قال: لا تشهد أن يطلق ثلاثاً في مجلس «٣».

و صحيح أبي بصير عنه (عليه السلام) قال: من طلق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء من خالف كتاب الله ردّ إلى كتاب الله «٤».

و خبر علي بن إسماعيل قال: كتب عبد الله بن محمّد إلى أبي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك روى أصحابنا عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة على طهر بغير جماع بشاهدين أنه يلزمه تطليقة واحدة، فوقع (عليه

السَّلام) بخطّه: أَخْطَى عَلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَام)، لَا يَلْزِمُهُ الطَّلَاقُ، وَ يَرُدُّ إِلَى الْكِتَابِ وَ السُّنَّةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ «٥». وَ الْأَخْبَارُ النَّاهِيَةُ عَنِ الْمَطْلُقاتِ ثَلَاثًا فِي مَجْلِسٍ، كَخَبْرِ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ عَنِ الصَّادِقِ (عَلَيْهِ السَّلَام): إِيَّاكُمْ وَ الْمَطْلُقاتِ ثَلَاثًا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّهُنَّ ذَوَاتُ أَزْوَاجٍ «٦». وَ يَشْتَرِكُ الْكُلُّ فِي عَدَمِ النُّصُوصِيَّةِ. وَ قِيلَ فِي الْمَشْهُورِ يَقَعُ طَلْقُهُ وَاحِدَةً لَوْجُودِ الْمُقْتَضَى لَهَا، وَ انْتِفَاءِ الْمَانِعِ، فَإِنَّ الزِّيَادَةَ عَلَيْهَا لَا يَمْنَعُ مِنْهَا، بَلْ غَايَتُهُ أَنْ يَكُونَ لِعَوًّا. وَ قَدْ يَقَالُ: الْمَعْتَبَرُ إِنَّمَا وَاحِدَةٌ مُنْفَرِدَةٌ إِذَا انضَمَّ إِلَيْهَا غَيْرُهَا فَسَدَتْ. وَ لِلْأَخْبَارِ كَصَحِيحِ زُرَّارَةَ سَأَلَ أَحَدَهُمَا (عَلَيْهِمَا السَّلَام) عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا فِي مَجْلِسٍ وَ هِيَ طَاهِرَةٌ: قَالَ هِيَ وَاحِدَةٌ «٧».

(١) انظر المراسم: ص ١٦٠.

(٢) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٥٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣١٥ ب ٢٩ من أبواب مقدمات الطلاق ح ١٧ و فيه: لا تشهد لمن طلق ثلاثاً في مجلس واحد.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣١٣ ب ٢٩ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٨.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣١٦ ب ٢٩ من أبواب مقدمات الطلاق ح ١٩.

(٦) المصدر السابق ح ٢٠.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣١١ ب ٢٩ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤١

و صحيح أبي بصير الأسدي، و محمد بن عليّ الحلبي، و عمر بن حنظلة عن الصادق (عليه السلام) قال: الطلاق ثلاثاً في غير عدّة إن كانت على طهر فواحدة، و إن لم تكن على طهر فليس بشيء «١».

و حسن جميل سأل أحدهما (عليهما السلام) عن الذي يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثاً، قال: هي واحدة «٢».

و ظاهر الجميع التطلق ثلاث مرّات، لا بلفظ واحد مقيد بالثلاث.

و المخالف يلزمه ما يعتقده من وقوع الثلاث أو الاثنتين، فزوجته بحكم من طلقت ثلاثاً أو اثنتين اتفاقاً كما يظهر منهم، و الأخبار به كثيرة: كخبر أبي أيوب قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) فجاء رجل فسأله فقال: رجل طلق امرأته ثلاثاً، فقال: بانت منه. قال: فذهب ثم جاء رجل آخر من أصحابنا فقال: رجل طلق امرأته ثلاثاً فقال: تطليقه. و جاء آخر فقال: رجل طلق امرأته ثلاثاً، فقال: ليس بشيء، ثم نظر إليّ فقال: هو ما ترى، قال: قلت: كيف هذا؟ فقال: هذا يرى أنه من طلق امرأته ثلاثاً حرمت عليه، و أنا أرى أن من طلق امرأته على السنة ثلاثاً فقد بانت منه، و رجل طلق امرأته ثلاثاً و هي على طهر فإنما هي واحدة، و رجل طلق امرأته على غير طهر فليس بشيء «٣».

و لو قال: «أنت طالق ثلاثاً إلّا ثلاثاً» صحّت واحدة لأنّ إمّا أن نوقع واحدة بقوله: «أنت طالق» و نلغى قوله: «ثلاثاً» فكما لغا، و لعلّ بطل الاستثناء و إمّا أن لا نوقع شيئاً، لمنافاة قوله: «ثلاثاً» له، فإذا قال: إلّا ثلاثاً اندفعت المنافاة «٤» فصحّت الواحدة، و لمّا كان من نيته ذلك أوّلاً لم يكن قوله: «ثلاثاً إلّا ثلاثاً» إلّا مؤكّداً لما نواه، و بمنزلة قوله: «لا ثلاثاً».

(١) المصدر السابق ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣١٢ ب ٢٩ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣١٥ ب ٢٩ من أبواب مقدمات الطلاق ح ١٦.

(٤) فى ق وى زيادة: فإننا نفيناها.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٢

ولا- يتوهمن أن قوله «إلما ثلاثاً» نفى للثلاث كلها، فهو نفى للواحدة أيضاً، فهو أيضاً من التعقيب بما ينافيه، لأن غايته أن يكون بمنزلة الإنكار بعد الإيقاع، ولا عبرة به ما لم يرد به الرجعة، وهذا اللفظ مما لا يصلح لقصد الرجعة به فبطل الاستثناء أيضاً، فبطلان الاستثناء إشارة إلى الوجهين، والنظر مقطوع عن بطلان استثناء الشيء من نفسه، مع احتمال الإشارة إليه وإن كان الأول أدق وأفيد.

وكذا لو قال: أنت طالق طلقه إلا طلقه فإن استثناء الشيء من نفسه باطل، وغايته هنا أن يكون إنكاراً بعد الإيقاع، وقد عرفت أنه لا عبرة به.

ولو قال: أنت طالق غير طالق فإن قصد الرجعة صحاً معاً إن كانت رجعية فإن إنكار الطلاق رجعة كما سيأتى، وإن كان كاذباً فهو أولى بذلك، لأنه لفظ صالح لإنشاء الرجعة، وقد قصدها به. وإن قصد النقص للطلاق من أصله لزم الطلاق إذ لا عبرة به بعد الإيقاع، فإنه يكون حينئذ بمنزلة طلقه إلا طلقه.

ولو قال: «زينب طالق» ثم قال: «أردت عمرة» قيل إن كانتا زوجتين له، للأصل والاحتياط، ولأنه لا يعرف إلا منه، وسبق اللسان إلى غير المراد كثير. والفرق بينه وبين الإنكار المحض أو النقص ظاهر، نعم لا يسمع إن عارضه ظاهر قوى، وإذا قبل فالظاهر عدم طلاق أحد منهما، لعدم النطق بلفظ يعين المطلقة، مع احتمال الوقوع، لتزويل زينب منزلة عمرة.

ولو قال: «زينب طالق بل عمرة» طلقنا جميعاً لأن «بل» ليس نصاً فى الإنكار أو النقص، فليحمل على الجمع على إشكال فى وقوع طلاق عمرة ينشأ من اشتراط النطق بالصيغة المركبة من المطلقة ولفظ الطلاق، وظهور الأخبار فى الانحصار فى «أنت طالق» (١) فيحصل الشك فى أن العطف يكفى فى ذلك. أو لا بد من التلفظ بالطلاق صريحاً فى المعطوفة.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩٤ ب ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٣

و يجوز تعلق الإشكال بالمسألتين على أن يكون القبول فى الأولى مشتقاً على وقوع الطلاق ب «عمرة» وهو أيضاً ناشئ من اشتراط النطق بالصيغة، فإن أحد جزئى الصيغة اسم المطلقة، أو ما يجرى مجرى اسمها مِمَّا يعينها، والشك حاصل فى أن «زينب» هل تنزل هنا منزلة اسمها أم لا؟

وكذا الإشكال لو قال لأربع: أوقعت بينكن أربع طلاقات من اشتراط الصيغة، مع ظهور الأخبار فى انحصارها فى «أنت طالق». و مما مر من الدليل على الوقوع بقوله: طلقتك أو أنت مطلقة. وقطع فى المبسوط بوقوع طلاق كل منهن كما قطع به فيهما (١). ولو قال: أنت طالق أعدل طلاق أو أحسنه أو أفضله أو أكمله أو أتمه أو أقبحه أو أسمجه أو أرداه أو أحسنه أو أقبحه، أو ملء مكة، أو ملء الدنيا، أو طويلاً، أو عريضاً، أو صغيراً أو حقيراً أو كبيراً أو عظيماً وقع لتمام الصيغة قبل القيود ولم تضر الضمائم وإن لم يتصف الطلاق حقيقة بالصغر والكبر والعظم والحقارة وكونه مالئاً لحيز، لشيوع التجوز بأمثالها.

نعم إن أراد بها أو بالباقي ما ينافى الطلاق ولم يتجدد القصد إلى ذلك بعد تمام الصيغة لم يقع، لعدم القصد إلى الإيقاع.

الشرط الرابع: إضافة الطلاق إلى المحل وهو جملة الزوجة.

فلو قال: يدك طالق، أو رجلك، أو رأسك، أو صدرك، أو وجهك أو بدنك من الأعضاء المعينة وإن كان يتجوز بالوجه والرأس واليد والبدن عن الجملة كثيراً أو علقه على الجزء المشاع. كأن قال ثلثك، أو نصفك، أو أضف الطلاق إلى نفسه كأن

قال أنا منك طالق، لم يقع عندنا، للأصل و الاحتياط و الحصر. خلافاً للعامة «٢».

الشرط الخامس: قصد الإنشاء كغيره من إيقاع أو عقد.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٨.

(٢) شرح فتح القدير: ج ٣ ص ٣٥٩ وص ٣٧٨.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٤

فلو قصد الإخبار لم يقع، و يصدّق في قوله لو ادّعى أنّه قصده أى الإخبار ما لم يعلم أو يظهر كذبه؛ لأنّه لا يعرف إلّا منه، مع الأصل و الاحتياط.

[الفصل الرابع: الإشهاد فى الطلاق]

الفصل الرابع: الإشهاد و هو ركن فى الطلاق بالإجماع و النصوص من الأخبار و هى كثيرة «١» و الكتاب «٢» لأنّ حقيقة الأمر الوجوب. مع أنّ تعليقه بالإمساك ليس بأقرب من تعليقه بالطلاق و إن قرب لفظاً، لتخلّل قوله تعالى: «أَوْ فَرَّقُوهُنَّ» «٣» فلا يجوز العطف على قوله: «فَأَمْسِكُوهُنَّ» «٤» بل لا بدّ من العطف على مجموع هذه الشرطيّة أو الشرطيّة الاولى، أعنى قوله: «إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ» «٥».

و على كلّ لا- يتعيّن ما فيه الإشهاد، و إذا حمل على الإشهاد فى الطلاق بقى الأمر على حقيقته من الوجوب لا إذا حمل على الإشهاد فى الإمساك، إذ لا قائل بوجوبه فى الرجعة إلّا مالك «٦» و الشافعى فى أضعف قوليه «٧». على أنّ العارف بالكلام يعلم أنّ التخصيص بالإمساك بعيد جداً.

ثمّ الإمساك لا- يتعيّن للرجعة إلّا إذا حمل بلوغ الأجل على مشارفته و هو خلاف الظاهر، فالظاهر أن يكون الإمساك بمعنى تجديد النكاح.

و يشترط فيه سماع شاهدين ذكرين عدلين كما نطق الكتاب «٨» و السنّة «٩» بالجميع النطق بالصيغة كما نطق به الأخبار و الأصحاب. و العاجز عن النطق يشاهد الشاهدان إشارته أو كتابته. و كأنّ من لم يذكر العدالة من الأصحاب كالشيخ فى النهاية «١٠» إنّما تركها اعتماداً على الظهور لا ذهاباً.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٨١ ب ١٠ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) الطلاق: ٢.

(٤) الطلاق: ٢.

(٥) الطلاق: ١.

(٦) الهداية للمرغينانى: ج ٢ ص ٧.

(٧) الامّ: ج ٥ ص ٢٤٥.

(٨) الطلاق: ٢.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٨١ ب ١٠ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(١٠) النهاية: ج ٢ ص ٤٢٦.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٥

فلو طلق و لم يُشهد ثم أشهد لم يقع وقت الإيقاع للأمر في الأخبار بالطلاق بالشهادة بلفظة باء المصاحبة «١» و لأن رجلاً بالكوفة أتى أمير المؤمنين (عليه السلام) فقال: إني طلقت امرأتي بعد ما طهرت من حيضها قبل أن أجامعها فقال (عليه السلام): أشهدت رجلين ذوى عدل كما أمرك الله عز و جل «٢»؟ فقال: لا، فقال: اذهب فإن طلاقك ليس بشيء «٣».

و وقع حين الإشهاد إن قصد الإنشاء و قد أتى بلفظه حينه و إلّا فلا و عليه يحمل خبر يعقوب بن يزيد عن أحمد بن محمد قال سألت عن الطلاق، فقال: على طهر، و كان عليّ (عليه السلام) يقول: لا طلاق إلّا بالشهود، فقال له رجل: إن طلقها و لم يشهد ثم أشهد بعد ذلك بأيام فمتى تعتد؟ قال: من اليوم الذي أشهد فيه على الطلاق «٤».

و يكفي سماعهما صيغة الطلاق و إن لم يأمرهما بالشهادة كما ربّما يتوهم من لفظ الآية «٥» لحسنه صفوان بن يحيى عن الرضا (عليه السلام) أنه سئل عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال: فلانة طالق. و قوم يسمعون كلامه و لم يقل لهم: أشهدوا، يقع الطلاق؟ قال: نعم هذه شهادة «٦». و نحوها حسنة البزنطي عنه (عليه السلام) «٧».

و لا يقبل شهادة الفاسق و إن تعدّد حتى أفاد الشيعاء و لا مع انضمامه إلى عدل لاشرط العدالة في الكتاب و الأخبار، و لا ينافيه خبر البزنطي عن الرضا (عليه السلام) أنه قال له: إن أشهد رجلين ناصبين على الطلاق أ يكون طلاقاً؟ قال: من ولد على الفطرة أُجيزت شهادته على الطلاق بعد أن يعرف

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٨١ ب ١٠ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(٢) في ن زيادة: به.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٨٣ ب ١٠ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٧.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٨٤ ب ١٠ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١٠.

(٥) الطلاق: ٢.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠٢ ب ٢١ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٢.

(٧) المصدر السابق ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٦

منه خير «١» المنع كون الناصب مولوداً على الفطرة ثم معرفة الخير منه، فإنّه كناية عن عدم معرفة الشر منه، و إلّا فالإسلام خير. و كذا صحيح عبد الله بن المغيرة قال قلت للرضا (عليه السلام): رجل طلق امرأته و أشهد شاهدين ناصبين: قال: كل من ولد على الفطرة، و عرف بالصلاح في نفسه، جازت شهادته «٢».

اصفهانى، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ١٤١٦ هـ ق

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام؛ ج ٨، ص: ٤٦

و لو شهد فاسقان ثم تابا سُمِعَت شهادتهما إن انضمَّ إليهما في السماع عدلان و إن لم يشهدا معهما الآن لانعقاده صحيحاً بشهادتهما و إلّا ينضمّ إليهما في السماع فلا فائدة لشهادة الفاسقين.

و لا بدّ من اجتماعهما حال التلقّف بالصيغة أو إشارة العاجز أو كتابته بالاتّفاق كما هو الظاهر، لأنّه المفهوم من الآية و الأخبار، إذ مع الافتراق لم يقع في الطلاق إشهاد عدلين و لا كان مصاحباً لشهادتهما. و لحسن البزنطي سأل الرضا (عليه السّلام) عن رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع و أشهد اليوم رجلاً ثم مكث خمسة أيّام ثم أشهد آخر، فقال: إنّما أمر أن يُشهدا جميعاً «٣». فلو أنشأ الطلاق بحضور أحدهما ثم أنشأ بحضور الآخر لم يقع إذا لم يُشهدهما في شيء منهما. و لو أنشأ بحضور أحدهما ثم أنشأ بحضورهما معاً وقع الثاني إن قصد به الإنشاء و لو قصد في الثاني الإخبار بطلا و هو ظاهر. و لو شهدا بالإقرار لم يشترط الاجتماع للأصل من غير معارض.

و لو شهد أحدهما بالإنشاء و الآخر بالإقرار لم يقبل، و لا يشترط اجتماعهما في الأداء بل إنّما يشترط في التحمّل للإنشاء للأصل بلا معارض، و عليه يحمل صحيح ابن البريق سأل الرضا (عليه السّلام) عن تفريق الشاهدين

(١) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٢٨٢ ب ١٠ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٤.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٨ ص ٢٩٠ ب ٤١ من أبواب الشهادات ح ٥.

(٣) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٠١ ب ٢٠ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٧

في الطلاق؟ قال: نعم، و تعتدّ من أوّل الشاهدين، و قال: لا يجوز حتّى يشهدا جميعاً «١».

و المراد بالاعتداد من أوّل الشاهدين: أنّه إذا ثبت الطلاق بالشاهدين فحساب العدة ليس من شهادة الأخير، بل من شهادة الأوّل، بل من الوقت الذي شهد بوقوعه فيه.

و لا يقبل شهادة النساء و إن انضممن إلى الرجال باتّفاق الأصحاب كما يظهر منهم، لظاهر الآية «٢». و حسن البزنطي قال للرضا (عليه السّلام): فإن طلق على طهر من غير جماع بشاهد و امرأتين، فقال: لا تجوز شهادة النساء في الطلاق، و قد تجوز شهادتهنّ مع غيرهنّ في الدم إذا حضرته «٣».

و قبل ابنا أبي عقيل «٤» و الجنيد «٥» شهادتهنّ مع الرجال. و كذا الشيخ في المبسوط «٦». و الظاهر أنّ مرادهم ثبوته بذلك بعد إيقاعه بشهادة رجلين لا إيقاعه، و هو في كلام الشيخ أظهر، فلا خلاف في المسألة.

و لو أشهد من ظاهره العدالة وقع ظاهراً و باطناً و إن كانا في الباطن فاسقين أو أحدهما إذ لا تكليف إلّا بالظاهر، و الأصل في المؤمن العدالة، و الأصل عدم اشتراط الزائد على ذلك في الوقوع باطناً و حلّت هذه المطلقة عليهما أي الشاهدين العادلين ظاهراً لا باطناً على إشكال من وقوع الطلاق الصحيح ظاهراً و باطناً لما عرفت. و من أنّه إنّما عُفي عمّا في الباطن و اكتفى بالظاهر لمن لم يطّلع إلّا على الظاهر، لاستحالة تكليف الغافل دون المطّلع على الباطن.

(١) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٠١ ب ٢٠ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٢.

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٢٨٢ ب ١٠ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٤.

(٤) حكاة عنه في مختلف الشريعة: ج ٨ ص ٤٦٣ ٤٦٤.

(٥) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٦٣ ٤٦٤

(٦) المبسوط: ج ٨ ص ١٧٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٨

و يجوز تعليق الإشكال بكل من الوقوع والحلية عليهما كما في التحرير «١». و ينشأ في الوقوع، من اشتراط العدلين في الكتاب و السنّة. و العدل حقيقة في العدل في نفس الأمر لا ظاهر العدالة، و إنّما يلزم من استحالة تكليف الغافل أن يقع ظاهراً إلى أن ينكشف الفسق فيكشف الفساد.

أمّا لو كان المطلق ظاهراً أى مطلعاً على فسقهما فالوجه البطلان فإنّ ظهور العدالة إن أفاد فإنّما يفيد في نظر المطلق، فهما حينئذ ليسا بظاهري العدالة.

و لو كانا ظاهري الفسق، عادلين في أنفسهما فهل يقع؟ وجهان: من ظاهر الآية «٢» و الأولوية. و من حمل «ذوّى عيّدل» على ظاهري العدالة.

و لو كان أحدهما أى الشاهدين الزوج ففي صحّة إيقاع الوكيل إشكال من صدق إسهاد المطلق شاهدين. و من أنّ ظاهر الخطاب في الآية «٣» توجّهه إلى الأزواج، و أنّ المطلق هو الزوج، و الوكيل نائب منابه و كالألة له. فإن قلنا به أى الوقوع أو الصحّة لم يثبت بشهادته مع الآخر عند الحاكم فإنّه المدعى قطعاً.

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٤ س ٢٦.

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) الطلاق: ٢

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٩

[المقصد الثاني في أقسام الطلاق]

إشارة

المقصد الثاني في أقسام الطلاق و هو إمّا واجب، كطلاق المولى و المظاهر، فإنّهما يجب عليهما، إمّا الطلاق أو الفئه كما يأتي و أيّهما أوقعه كان واجباً تخيراً، و كطلاق أحد الحكّمين إذا تعدّر الصلح.

و إمّا مندوب، كما يوقعه الزوج في حالة الشقاق إذا لم يمكن الاتفاق أو مع الرية الظاهرة. □ □
و إمّا مكروه، كما في حالة التام الأخلاق لقوله (صلّى الله عليه و آله): «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» «١» و قوله (صلّى الله عليه و آله): «إنّ الله يبغض المطلق الذوّاق» «٢» إلى غير ذلك.

و إمّا محذور، كطلاق الحائض و الموطوءة في مدّة الاستبراء و هي قبل الانتقال من طهر الوطء إلى آخر بالشروط الآتية، و كذا «٣» لو قسم بينهما فلما جاءت نوبه بعضهنّ طلقها على وجه، لما فيه من إسقاط حقّها.

و أيضاً الطلاق إمّا بدعيّ أو شرعيّ، فالأول طلاق الحائض و النفساء مع الدخول و الحضور و عدم الحمل، و طلاق الموطوءة في طهر المواقعة إذا كانت غير يائسة و لا صغيرة و لا حامل، و الطلاق ثلاثاً

(١) السنن الكبرى: ج ٧ ص ٣٢٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٦٧ ب ١ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٥.

(٣) في ن بدل «كذا» كما.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٠

بلا تخلل رجعة، و بالجمله كل ما خالف الشرع منه.

و الكل باطل إلا الأخير، فإنه يقع واحدة و إن كانت الثلاث بلفظ واحد على أحد القولين، و قد عرفت الجميع. و إطلاق الطلاق على الفاسد إما حقيقة لغوية، أو شرعية، أو عرفية، أو مجاز.

و أما الشرعي: فإما طلاق عدّة أو سنّة، فالأول: يشترط فيه الرجوع في العدّة و المواقعة. و صورته: أن يطلق على الشرائط المعبرة ثم يراجع في العدّة و يواقع، ثم يطلقها في غير طهر المواقعة و لو باعتقاده إذا كان غائباً ثم يراجعها في العدّة و يطؤها ثم يطلقها في طهر آخر كما في صحيح زرارة عن الباقر (عليه السلام) قال: و أمّا طلاق العدّة التي قال الله تبارك و تعالى: «فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ» فإذا أراد الرجل منكم أن يطلق امرأته طلاق العدّة فلينتظر بها حتى تحيض و تخرج من حيضها، ثم يطلقها تطليقة من غير جماع بشهادة شاهدين عدلين و يراجعها من يومه ذلك إن أحبّ أو بعد ذلك بأيام قبل أن تحيض و يُشهد على رجعتها و يواقعها و تكون معه حتى تحيض الحيضة الثالثة، فإذا حاضت و خرجت من حيضها، طلقها تطليقة أخرى من غير جماع و يُشهد على ذلك، ثم يراجعها أيضاً متى شاء قبل أن تحيض، و يُشهد على رجعتها و يواقعها و تكون معه إلى أن تحيض الحيضة الثالثة، فإذا خرجت من حيضها الثالثة بغير جماع و يُشهد على ذلك «١».

ثم الظاهر من عبارة المصنّف و كثير: أنّ مجموع الثلاث الطلقات صورة طلاق العدّة، و ربّما يتوهم من الخبر. و الأجدود ما [مرّ في النكاح و] «٢» نصّ عليه جماعة منهم: بنو إدريس «٣» و سعيد «٤»: من أنه الطلاق الذي يراجع في عدّته، و الخبر بهذا المعنى، فإنه تفسير للآية و قد أمر فيها، و لا يظهر وجه للأمر بالثلاث، فالمراد

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٤٨ ب ٢ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة في ط.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٦٦٩.

(٤) الجامع للشرائع: ص ٤٦٦ و شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٢٤.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥١

في الخبر بقوله: «ثم يطلقها» ثم يطلقها إن أراد، و كذا الباقي.

و إذا طلقت الطلقة الثالثة فتحرم عليه بالنصوص «١» و الإجماع حتى تنكح زوجاً غيره فإذا فارقت ثم عادت إليه بنكاح جديد ففعل كالأول ثم تزوّجت بالمحلل أي تزوّج فوطئها ثم فارقت و عادت إلى الأول فصنع كما تقدّم، حرمت عليه أبداً في المرة التاسعة أو الطلقة «٢» التاسعة بالإجماع كما في الانتصار «٣».

و لخبر أبي بصير سأل الصادق (عليه السلام) عن الذي يطلق ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق، قال: لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فيتزوّجها رجل آخر فيطلقها على السنّة، ثم ترجع إلى زوجها الأول فيطلقها ثلاثاً فتطلقها ثلاثاً فيطلقها [فيطلقها] «٤» ثم ترجع إلى زوجها الأول فيطلقها ثلاثاً مرات على السنّة، ثم تنكح، فتلك التي لا تحل له أبداً «٥». [و ما سيأتي في خبري

جميل و زرارة، مع داود بن سرحان] «٦».

و قول الرضا (عليه السلام) في مكاتبه محمد بن سنان: و علته تحريم المرأة بعد تسع تطليقات فلا تحل له أبداً عقوبه لئلا يتلاعب بالطلاق و لا يستضعف المرأة، و ليكون ناظراً في أموره متيقظاً و ليكون يأساً لها «٧» من الاجتماع بعد تسع تطليقات «٨».

و أما طلاق السنة فإن يطلق على الشرائط، ثم يتركها حتى تخرج من العدة و الظاهر حصول المسمى بمجرد ذلك.

و لكن إن أراد أن يعقد عليها ثانياً عقداً جديداً بمهر جديد

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٥٠ ب ٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(٢) في ق، ط: للطلقة.

(٣) الانتصار: ص ١٠٨.

(٤) لم يرد في نسخ كشف اللثام.

(٥) الخصال: ص ٤٢١ باب التسعة ح ١٨.

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة في ط.

(٧) في وسائل الشيعة بدل «يأساً لها»: مؤيساً لها.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٦٠ ب ٤ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٨.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٢

ثم يطأها ثم يطلقها إن أراد في طهر آخر و يتركها حتى تخرج العدة ثم يتزوجها إن أراد بعقد جديد و مهر جديد ثم يطأها ثم يطلقها في طهر آخر إن أراد، كما قال الباقر (عليه السلام) لزراعة في الصحيح: أما طلاق السنة فإذا أراد الرجل أن يطلق امرأته فليتنظر بها حتى تطمئ و تطهر، فإذا خرجت من طمئتها تطليقة من غير جماع، و يشهد شاهدين على ذلك، ثم يدعها حتى تطمئ طمئتين فتنقضي عدتها بثلاث حيض و قد بانت منه، و يكون خاطباً من الخطاب إن شاءت تزوجته، و إن شاءت لم تزوجه و عليه نفقتها، و السكنى ما دامت في عدتها «١».

و إذا تمت الثلاث فتحرم عليه حتى تنكح غيره و لا يهدم تركها إلى انقضاء عدتها تحريمها في الثالثة لعموم الآية «٢» و قول الصادقين (عليهما السلام) في صحيح زرارة و محمد بن مسلم و غيرهما: إن الطلاق الذي أمر الله به في كتابه و سنة نبيه (صلى الله عليه و آله) أنه إذا حاضت المرأة و طهرت من حيضها أشهد رجلين عدلين قبل أن يجامعها على تطليقة ثم هو أحق برجعته ما لم تمض ثلاثة قروء، فإن راجعها كانت عنده على تطليقتين و إن مضت ثلاثة قروء قبل أن يواقعها «٣» فهي أملك بنفسها، فإن أراد أن يخطبها مع الخطاب خطبها، فإن تزوجها كانت عنده على تطليقتين و ما خلا هذا فليس بطلاق «٤».

و قول الصادق (عليه السلام) في صحيح ابن سنان قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): إذا أراد الرجل الطلاق طلقها في قبل عدتها في غير جماع، فإنه إذا طلقها واحدة ثم تركها حتى يخلو أجلها أو بعده فهي عنده على تطليقة، فإن طلقها الثانية و شاء أن يخطبها مع الخطاب إن كان تركها حتى خلا أجلها، و إن شاء راجعها قبل أن ينقضي أجلها، فإن فعل فهي عنده على تطليقتين، فإن طلقها ثلاثاً فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره و هي ترث و تورث ما دامت في الطلقتين الأولتين «٥».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٤٤ ب ١ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) في وسائل الشيعة بدل «يواقعها»: يراجعها.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٥٢ ب ٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٧.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٥٢ ب ٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٨.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٣

و قوله (عليه السلام) لأبي بصير: إذا أراد الرجل أن يطلق امرأه يدعها إن كان قد دخل بها حتى تحيض ثم تطهر، فإذا طهرت طلقها واحدة بشهادة شاهدين ثم يتركها حتى تعتد ثلاثة قروء، فإذا مضت ثلاثة قروء فقد بانت منه بواحدة و كان زوجها خاطباً من الخطاب، إن شاءت تزوجته، و إن شاءت لم تفعل، فإن تزوجها بمهر جديد كانت عنده على اثنتين «١» باقيتين و قد مضت الواحدة، فإن هو طلقها واحدة أخرى على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين ثم تركها حتى تمضي أقراؤها. فإذا مضت أقراؤها من قبل «٢» أن يراجعها فقد بانت منه باثنتين و ملكت أمرها و حلت للأزواج و كان زوجها خاطباً من الخطاب، إن شاءت تزوجته، و إن شاءت لم تفعل، فإن هو تزوجها تزويجاً جديداً بمهر جديد كانت معه على واحدة باقية و قد مضت ثنتان، فإن أراد أن يطلقها طلاقاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره تركها حتى إذا حاضت و طهرت أشهد على طلاقها تطليقة واحدة، ثم لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره «٣».

و ظاهر الفقيه الهدم، قال: و سمي طلاق السنة طلاق الهدم متى استوفت قروءها و تزوجها ثانية هدم الطلاق الأول «٤». □
و دليله أخبار: منها: خبر عبد الله بن بكير عن زرارَةَ قال: سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول: الطلاق الذي يحبه الله و الذي يطلق الفقيه، و هو العدل بين المرأة و الرجل، أن يطلقها في استقبال الطهر بشهادة شاهدين و إرادة من القلب، ثم يتركها حتى يمضي ثلاثة قروء فإذا رأت الدم في أول قطرة من الثالثة و هو آخر القروء، لأن الأقراء هي الأطهار فقد بانت منه و هي أملك بنفسها، فإن شاءت تزوجته و حلت له بلا زوج، فإن فعل هذا بها مائة مرة هدم ما قبله و حلت له بلا زوج، و إن راجعها قبل أن تملك نفسها، ثم طلقها ثلاث مرات يراجعها و يطلقها لم تحل له إلا بزواج «٥».

(١) في ن بدل «اثنتين»: تطليقتين.

(٢) في ن، ق بدل «من قبل»: من غير.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٤٥ ب ١ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٣.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٤٩٥.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٥٥ ب ٢ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١٦.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٤

و يضعفه مع كون ابن بكير فطحياً أن ابن سماعَةَ قال: و كان ابن بكير يقول: المطلقة إذا طلقها زوجها ثم تركها حتى تبين ثم يزوجه فإنما هي عنده على طلاق مستأنف، قال: و ذكر الحسين بن هاشم: أنه سأل ابن بكير عنها فأجابها بهذا الجواب، فقال له: سمعت في هذا شيئاً؟ فقال: رواية رفاعه، فقال: إن رفاعه روى أنه إذا دخل بينهما زوج فقال: زوج و غير زوج عندي سواء. فقلت: سمعت في هذا شيئاً؟ فقال: لا، هذا مما رزق الله من الرأي، قال ابن سماعَةَ: و ليس نأخذ بقول ابن بكير، فإن الرواية إذا كان بينهما زوج «١». و حكى عنه نحو ذلك عبد الله بن المغيرة «٢».

فالظاهر ما في التهذيب: من أنه لما كان ذلك مذهبه و رأى أن أصحابه لا يقبلونه منه إذا كان من رأيه أسنده إلى من رواه عن الباقر (عليه السلام) تزويجاً له «٣». □

و منها: خبر سيف بن عميرة عن عبد الله بن سنان قال: إذا طلق الرجل امرأته فليطلق على طهر بغير جماع بشهود، فإن تزوجها بعد

ذلك فهي عنده على ثلاث و بطلت التطليقة الأولى، و إن طلقها اثنتين ثم كف عنها حتى تمضي الحيضة الثالثة بانت منه بشتين و هو خاطب، فإن تزوجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث تطليقات و بطلت الاثنتان، فإن طلقها ثلاث تطليقات على العدة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره «٤». و هو موقوف على ابن سنان، فيجوز أن يكون رأياً رآه أو سمعه من ابن بكير. و منها: خبر معلّى بن خنيس عن الصادق (عليه السلام) في رجل طلق امرأته ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها، ثم طلقها فتركها حتى حاضت ثلاث حيض من غير أن يراجعها حتى «٥» يمسيها قال: له أن يتزوجها أبداً ما لم يراجع و يمسي «٦». و هو مع الضعف لا ينص على المقصود.

(١) الكافي: ج ٦ ص ٧٨ ذيل حديث ٣.

(٢) الكافي: ج ٦ ص ٧٨ ذيل حديث ٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٣٦ ذيل حديث ١٠٧.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٥٥ ب ٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١٥.

(٥) في ن، ق بدل «حتى»: يعني.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٥٤ ب ٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١٣ مع اختلاف.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٥

و لا- تحرم هذه المطلقة للسنة مؤيداً أبداً، و هو ممياً قطع به الأصحاب، و يؤيده الأصل، و عموم: «مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» «١». و لا يعارضهما عموم «٢» خبر زرارة و داود بن سرحان عن الصادق (عليه السلام): إن الذي يطلق الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرات لا تحل له أبداً «٣». و صحيح جميل عنه (عليه السلام): إذا طلق الرجل المرأة فتزوجت ثم طلقها فتزوجها الأول ثم طلقها فتزوجت رجلاً ثم طلقها، فإذا طلقها على هذا ثلاثاً لم تحل له أبداً «٤».

و قد يراد بطلاق السنة ما يقابل البدعي و هو الشرعي فيكون أعم من معناه المتقدم، و به ورد نحو حسن البنزطي سأل الرضا (عليه السلام) كيف طلاق السنة؟ قال: يطلقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشاها بشهادة عدلين كما أمر الله عز و جل في كتابه، فإن خالف ذلك رد إلى كتاب الله «٥».

و لو راجع في العدة و طلق ثانياً قبل الموقعة صح الطلاق، لاستجماعه الشروط و نصت به الأخبار، كصحيح محمد بن مسلم و عبد الحميد بن عواض سألا الصادق (عليه السلام) عن رجل طلق امرأته و أشهد على الرجعة و لم يراجع ثم طلق في طهر آخر على السنة أ ثبت التطليقة الثانية بغير جماع؟ قال: نعم إذا هو أشهد على الرجعة و لم يراجع كانت التطليقة ثابتة «٦». و صحيح البنزطي سأل الرضا (عليه السلام) عن رجل طلق امرأته بشاهدين ثم راجعها و لم يجمعها بعد الرجعة حتى تطهرت «٧» من حيضها ثم طلقها على طهر بشاهدين أ يقع عليها التطليقة الثانية و قد راجعها و لم يجمعها؟ قال: نعم «٨».

(١) النساء: ٢٤.

(٢) في ط بدل «و لا يعارضهما عموم»: و الحصر فيما مر من خبر أبي بصير فيقيد إطلاق.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٥٨ ٣٥٩ ب ٤ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٤٠٨ ب ١١ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ٢.

(٥) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٤٩ ح ١٥٢.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٨ ب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١.

(٧) فى وسائل الشيعة: طهرت.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٨ ب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٦

و لم يكن طلاق عدّة للتّفاق على اشتراط الواقعة فيه كما نصّت به الأخبار، منها: ما مضى من صحيح زرارة «١». و منها: حسن عبد الرحمن بن الحجّاج عن الصادق (عليه السّلام) قال: لا تطلق التّطلق الأخرى حتّى يمّسها «٢».

و لا طلاق سنّة بالمعنى الأخصّ لاشتراط عدم الرجعة فيه إلى انقضاء العدّة.

و كذا لو تزوّجها و طلق قبل الدخول صحّ، و لم يكن طلاق عدّة و لا سنّة؛ لانتفاء العدّة.

و لو طلق الحامل و راجعها جاز أن يطأها و يطلقها ثانية للعدّة أى بعد الوطء فى الرجعة إجماعاً و إن أطلق الصدوقان المنع «٣» للأصل و الأخبار «٤».

و عندى أنّه لا نصوصيّة فى شىء منها فى ذلك إلّا خبر يزيد الكناسيّ سأل الباقر (عليه السّلام) عن طلاق الحبلى، فقال: يطلقها واحدة للعدّة بالشهور و الشهود، قلت: فله أن يراجعها؟ قال: نعم و هى امرأته، قلت: فإن راجعها و مسّها ثمّ أراد أن يطلقها تطلقه أخرى، قال: لا يطلقها حتّى يمضى لها بعد ما مسّها شهر، قلت: فإن طلقها ثانية و أشهد ثمّ راجعها و أشهد على رجعتها و مسّها ثمّ طلقها التّليقة الثالثة و أشهد على طلاقها لكلّ عدّة شهر، هل تبين منه كما تبين المطلقة على العدّة التى لا تحلّ لزوجها حتّى تنكح زوجاً غيره؟ قال: نعم، قلت: فما عدّتها؟ قال: أن تضع ما فى بطنها ثمّ قد حلتّ للأزواج «٥».

فالأحوط ما ذكره أبو على من التّربص شهراً للتّطبيق «٦». و بإزائه أخبار ناصّة

(١) مضى فى الصفحة ٥٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٦ ب ١٧ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٢.

(٣) المقنع: ص ١١٦. و حكاه عن على بن بابويه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٦٢.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٠ ب ٢٠ من أبواب أقسام الطلاق.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٢ ب ٢٠ من أبواب أقسام الطلاق ح ١١.

(٦) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٦٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٧

على أنّ تطلقها واحدة، و هى كثيرة، منها: صحيح الحلبى عن الصادق (عليه السّلام) قال: طلاق الحبلى واحدة «١».

و لذلك كان فى طلاق السنّة أى بعد المراجعة قبل الوطء قولان: فالشيخ «٢» و جماعة جمعوا بين الأخبار بأنّ المجوّز ثانياً و ثالثاً طلاق العدّة أى بعد الوطء، كما صرّح به فيما سمعته من الخبر. و الممنوع طلاق السنّة أى بعد الرجعة بلا و طء.

و بنو «٣» إدريس «٤» و سعيد «٥» على جواز كلّ من الطلاقين ثانياً و ثالثاً للأصل. و عموم «الطلاق مرّتان». و كون هذه أخبار آحاد مع احتمالها الاستحباب، و أن لا يكون المراد فى شىء منها الحصر فى الواحدة، إذ لا أداة حصر، و لا يتعيّن إرادته بوجه، بل يحتمل الكلّ احتمالاً واضحاً أن يراد بها أنّ طلاقها محسوب من الثلاث، و ليس باطلاً كما قد يتوهم بطلانه، لوقوعه فى طهر الواقعة. يدلّ عليه خبر إسحاق بن عمّار سأل الكاظم (عليه السّلام) عن الحبلى تطلق الطلاق الذى لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره؟ قال: نعم، قال: قلت: أ لست قلت لى: إذا جامع لم يكن له أن يطلق؟ قال: إنّ الطلاق لا يكون إلّا فى طهر قد بان، أو حمل

قد بان، و هذه قد بان حملها «٦».

فإسحاق بن عمار توهم أنه إن وقع بها الطلقة الثالثة و هي حبلى لم يحسب من الثلاث و لم يفتقر حلها إلى المحلل و إن طلقها قبل الحمل مرتين، لوقوعها فى طهر المواقعة.
فإن راجعها بعد ما طلقها ثانياً طلاق العدة ثم طلقها ثالثاً للعدة

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٩ ب ٩ من أبواب العدد ح ٨.

(٢) النهاية: ج ٢ ص ٤٤١ ٤٤٢.

(٣) فى ن: ابنا.

(٤) السرائر: ج ٢ ص ٦٨٩.

(٥) شرائع الإسلام ج ٣ ص ٢٤، و أنظر الجامع للشرائع: ص ٤٦٧.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٢ ب ٢٠ من أبواب أقسام الطلاق ح ٨.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٨

حرمت عليه بدون المحلل كغيرها، كما نصّ عليه ما سمعته من خير الكناسى «١».

و لو طلق الحائل ثم راجعها فإن واقعها و طلقها فى طهر آخر صحّ إجماعاً و كان الأول طلاق العدة بالمعنى الأول، و الثانى طلاقها بالمعنى الثانى.

و إن طلقها فى طهر آخر من غير موقعة فأصحّ الروايتين و أشهرهما الوقوع فى الصحيح عن عبد الحميد بن عواض و محمد بن مسلم سألا الصادق (عليه السلام) عن رجل طلق امرأته و أشهد على الرجعة و لم يجمع ثم طلق فى طهر آخر على السنة أ تثبت التطبيق الثانية بغير جماع؟ قال: نعم إذا هو أشهد على الرجعة و لم يجمع كانت التطبيق ثابتة «٢».

و فى الصحيح عن البرزنى سأل الرضا (عليه السلام) عن رجل طلق امرأته بشاهدين ثم راجعها و لم يجمعها بعد الرجعة حتى طهرت من حيضها ثم طلقها على طهر شاهدين، أ يقع عليها التطبيق الثانية و قد راجعها و لم يجمعها؟ قال: نعم «٣». و يعضدهما الأصل و العمومات.

و قال الحسن: لو طلقها من غير جماع بتدريس موقعة بعد المراجعة لم يُجز ذلك، لأنه طلقها من غير أن ينقضى الطهر الأول و لا ينقضى الطهر الأول إلا بتدريس الموقعة بعد المراجعة، و إذا جاز أن يطلق التطبيق الثانية بلا طهر جاز أن يطلق كل تطبيق بلا طهر، و لو جاز ذلك لما وضع الله الطهر «٤».

و يؤيده أخبار، كقول الصادق (عليه السلام) فى حسن عبد الرحمن بن الحجاج: لا يطلق التطبيق الأخرى حتى يمسه «٥».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٩٢ ب ٢٠ من أبواب أقسام الطلاق ح ١١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٨ ب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٩ ٣٧٨ ب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق ح ٢.

(٤) حكاها عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٨٠.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٦ ب ١٧ من أبواب أقسام الطلاق ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٩

و فى خبر أبى بصير: المراجعة: هى الجماع، و إلّا فإنّما هى واحدة «١».

و فى خبر آخر له: فإن طلقها على طهر بشهود ثم راجعها و انتظر بها الطهر من غير موقعة فحاضت و طهرت ثم طلقها قبل أن يدنسها بموقعة بعد الرجعة لم يكن طلاقه لها طلاقاً، لأنّه طلقها التلقية الثانية فى الطهر الأوّل، و لا ينقضى الطهر إلّا بموقعة بعد الرجعة. و كذلك لا تكون التلقية الثالثة إلّا بمراجعة و موقعة بعد المراجعة ثم حيض و طهر بعد الحيض ثم طلاق بشهود حتى يكون لكلّ تلقية طهر من تدنيس الموقعة بشهود «٢».

و خبر إسحاق بن عمار عن الكاظم (عليه السّلام) قال له (عليه السّلام): فليس ينبغى له إذا راجعها أن يطلقها إلّا فى طهر «٣»؟ فقال: نعم قال «٤» حتى يجامع؟ فقال نعم «٥». حملت على طلاق العدة، لخبر المعلّى بن خنيس عن الصادق (عليه السّلام) قال: العدى يطلق ثم يراجع ثم يطلق فلا يكون فيما بين الطلاق و الطلاق جماع فتلك تحلّ له قبل أن تزوّج زوجاً غيره، و التى لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره هى التى تجامع فيما بين الطلاق و الطلاق «٦». أو على استحباب الكفّ عن الطلاق ما لم يواقعها يؤيده لفظ «ينبغى» فى خبر إسحاق بن عمار.

فإن راجع و طلقها ثلثاً فى طهر آخر حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، لعموم الآية «٧» و غيرها و لم يكن هذه الطلقة الثالثة طلاق عدّة و لا سنّة بالمعنى الأخصّ لعدم الرجعة، و عدم إمكانها بعدها لا فى العدة و لا بعدها. و كذا لو وقع الطلاق قبل الموقعة فى الطهر الأوّل بعد طلاق آخر

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٦ ب ١٧ من أبواب أقسام الطلاق ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٤٩ ب ١ من أبواب أقسام الطلاق ذيل حديث ٢.

(٣) فى وسائل الشيعة زيادة: آخر.

(٤) فى وسائل الشيعة بدل «قال»: قلت.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٧٨ ب ٨ من أبواب مقدّماته و شرائطه ذيل حديث ٦.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٩ ب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.

(٧) البقرة: ٢٣٠.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٦٠

فيه صحّ على أقوى الروايتين و هى رواية إسحاق بن عمار قال للكاظم (عليه السّلام): رجل طلق امرأته ثم راجعها بشهود، ثم طلقها، ثم بدا له فراجعها «١» ثم طلقها [فراجعها «٢»] بشهود تبين منه؟ قال: نعم، قلت: كلّ ذلك فى طهر واحد، قال: تبين منه «٣». و يؤيدها الأصل و العمومات.

و الرواية الأخرى ما نهى عن الطلاق ثانياً قبل الوطاء، و قد سمعت جملةً من ذلك، و أنّ الحسن ذاهب إليه «٤».

و إنّما كانت الأولى أقوى، لتأييدها بالأصل و العمومات و الشهرة بين الأصحاب، و معارضة الأخبار المعارضة لها بما عرفت من النصوص على جواز الطلاق ثانياً و إن لم يجامع.

لكنّ الأولى تفريق الطلاق على الأطهار مع الموقعة فى الرجعتين، جمعاً و خروجاً من الخلاف.

و لو وطئ و جب التفريق قولاً واحداً إن و جب الاستبراء بأن لم تكن حاملاً أو صغيرة أو يائسة و إلّا يجب فلا يجب التفريق، أمكن أو لا.

و أيضاً الطلاق: إمّا بائن أو رجعيّ، فالأوّل: ما لا رجعة فيه للزوج إلّا بعقدٍ مستأنفٍ إن جاز فتدخل الطلقة الثالثة و التاسعة

المحرّمة لها.

[أقسام الطلاق البائن و هي سنّة]

إشارة

و هو سنّة أقسام:

[القسم الأول]

الأول: طلاق غير المدخول بها و إن خلا بها خلوة تامّة، و إن حكم باعتدادها حينئذٍ ظاهراً في قُبَل كان الدخول أو دُبُر لصدق المسّ و الإدخال و الدخول و المواقعة و التقاء الختانين إن فسّر بالتحاذى، و إمكان سبق المنى فيهما إلى الرحم دخولاً موجباً للغسل بغيوبة الحشفة و إن لم ينزل لخروج ما دونها عما ذكر.

(١) في وسائل الشيعة زيادة: بشهود.

(٢) لم يرد في نسخ كشف اللثام.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٩ ب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق ح ٥.

(٤) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٨٠.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٦١

[القسم الثاني]

الثاني: اليائسة، و هي من بلغت خمسين سنة أو ستين على ما تقدّم في الطهارة و إن دخل بها.

[القسم الثالث]

الثالث: من لم تبلغ المحيض، و هي من لها دون تسع سنين و إن دخل بها لأنه لا عدّة عليها للأمن من اختلاط المائين، و سيأتى الخلاف في اعتدادها و الكلام من الجانبين.

و ممّا ينصّ على بينونتهنّ نحو خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق (عليه السلام) قال: ثلاث يتزوجن على كلّ حال: التي لم تحض و مثلها لا تحيض، قال: و ما حدّها؟ قال: إذا أتى لها أقلّ من تسع سنين. و التي لم يدخل بها. و التي قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، قال: و ما حدّها؟ قال: خمسون سنة «١».

[القسم الرابع]

الرابع: المختلعة ما لم ترجع في البذل فإن رجعت فيه في العدة انقلب الطلاق رجعيًا كما سيأتي، و الانقلاب بمعنى أن للزوج حينئذ الرجوع في البضع اتفقيّ مخصوص «٢».

وهل يتبعه توابع الرجعية من وجوب الإنفاق والإسكان وتحريم الرابعة والأخت؟ الأقرب ذلك مطلقاً مع العلم برجوعها، والعدم في تحريم الرابعة والأخت، بمعنى أنه إن فعل غير عالم برجوعها انكشف فساد العقد، لأن الصحة والفساد من أحكام الوضع. وهي لا تسقط بالغفلة والجهل، وصدق نكاح الخامسة والجمع بين الأختين وإن كان غافلاً عنهما. مع احتمال الصحة ضعيفاً بناءً على أن المحرم إنما هو الجمع بين الأختين وبين خمس في النكاح، وإنما الحق به نكاح الخامسة والأخت في العدة الرجعية، إلحاقاً بالنكاح، وهو خلاف الأصل، فلا يثبت إلا فيما دلّ عليه الدليل، وهو ما إذا كانت له الرجعة بنفس الطلاق، لا إذا تجدد له ذلك بعده.

(١) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٤٠٦ ب ٢ من أبواب العدد ح ٤.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٤٩٨ ب ٧ من أبواب الخلع والمباراة.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٦٢

والأقرب ذلك في النفقة مع العلم برجوعها خاصة، استصحاباً لعدم الوجوب، لاستصحاب عدم التمكين.

ويحتمل العدم مطلقاً، بناءً على أنها لا يجب إلا للزوجة و من في حكمها من الرجعية بنفس الطلاق، للأصل فيمن تجدد لها الرجعية.

ويحتمل الوجوب مطلقاً، لصدق المطلقة الرجعية عليها حينئذٍ وتحقق التمكين منها.

[القسم الخامس]

الخامس: المبارأة ما لم ترجع في البذل، فإن رجعت فيه في العدة انقلب الطلاق رجعيًا وهي كالمختلعة في جميع ما ذكر.

[القسم السادس]

السادس: المطلقة ثلاثاً بينها رجعتان أي طلاق كان على المختار كما عرفت.

والثاني «١» ما للزوج فيه رجعة، سواء راجع أو لا، وهو كل ما عدا الأقسام الستة المتقدمة، بالإجماع والنص من الكتاب «٢» و السنة «٣» اعتدت بالأقراء أو الشهور أو الوضع.

ولتيا فرغ من أقسام الطلاق عقبها بمسائل من أحكامه، وأيضاً لما كان من الأحكام حرمة المطلقة ثلاثاً بينها رجعتان، و كان يتوهم كون الرجعتين في العدة لا بعقد جديد، أزاله بقوله:

و كل امرأة استكملت الطلاق ثلاثاً بينها رجعتان حرمت حتى تنكح زوجاً غير المطلق ويدخل بها إلى غير ذلك مما سيأتي سواء كانت مدخولاً بها أو لا، و سواء كانت الرجعة بعقد مستأنف أو لا إلا على الخلاف المتقدم.

و لو شكَّ في إيقاع الطلاق لم يلزمه إيقاعه و لم يستحبَّ للأصل، خلافاً للشافعي «٤» و كان النكاح باقياً للأصل.

(١) أى الطلاق الرجعي.

(٢) البقرة: ٢٢٨ ٢٢٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٠٠ ب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق.

(٤) الأم: ج ٥ ص ٢٦٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٦٣

و لو علمه و شكَّ في عدده لزمه اليقين و هو الأقلُّ للأصل، خلافاً لمالك و أبي يوسف «١» لتوهم اجتماع الحظر و الإباحة، فيغلب الحظر، كما إذا اختلطت الأجنبية بالأخت، و موضع النجاسة بغيره. و ضعفه ظاهر.

و لو طلق الغائب رجعيًا، كما نصَّ عليه في السرائر «٢» و المختلف «٣» لم يكن له التزويج بالرابعة و لا بالأخت إلَّا بعد مضيَّ سنة وفاقاً للجامع «٤» لاحتمال الحمل فوجب التبرُّص في المدة، إمَّا لكونها أقصى الحمل كما في الجامع، أو لما مرَّ في النكاح من خبري محمَّد بن حكيم «٥» و عبد الرحمن بن الحجَّاج «٦» الناصِّين على أنَّ الحمل تسعة أشهر: و التبرُّص ثلاثة أشهر للاستراية، و يمكن حمل كلام الجامع عليه كما مرَّ.

و في النهاية «٧» و السرائر «٨» و التحرير «٩» اشتراط مضيَّ تسعة أشهر اقتصاراً على الأقصى، و كذا في الشرائع «١٠» مع اختياره كون الأقصى عشرة كما اختاره المصنّف.

و يدلُّ عليه حسن حماد بن عثمان قال للصادق (عليه السلام): ما تقول في رجل له أربع نسوة طلق واحدةً منهنَّ و هو غائب عنهنَّ متى يجوز له أن يتزوَّج؟ قال: بعد تسعة أشهر و فيها أجلان: فساد الحيض و فساد الحمل «١١».

و احتيط به في النافع «١٢» و اقتصر الشيخ «١٣» على حكم الخامسة اقتصاراً على مضمون الخبر، و نصَّ ابن إدريس «١٤» على عدم اشتراط نكاح الأخت

(١) المجموع: ج ١٧ ص ٢٤٨.

(٢) و (١٤) السرائر: ج ٢ ص ٦٩٢.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٦٤.

(٤) الجامع للشرائع: ص ٤٦٩.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٢ ب ٢٥ من أبواب العدد ح ٢.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٢ ب ٢٥ من أبواب العدد ح ١.

(٧) النهاية: ج ٢ ص ٤٦٦.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ٦٩٢.

(٩) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٥ س ١٠.

(١٠) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٢٥.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٩ ب ٤٧ من أبواب العدد ح ١.

(١٢) المختصر النافع: ص ١٩٩.

(١٣) النهاية: ج ٢ ص ٤٤٦.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٦٤

بالتربص إلّا مدّة يعلم فيها ما اعتادته من الحيض، لكون الحمل على الخامسة قياساً، وخطأه في المختلف «١» للاشتراك في التحريم إلى حصول العلم بخروج المطلقة من العدة.

والمحصّل: أنّ المعتمد في المسألة إنّما هو استصحاب التحريم إلى العلم بالحلّ دون الخبر، وهو ظاهر الاشتراك.

وقوله: «لا احتمال الحمل» يحتمل التعليل، والتوقيت لنفي التزويج إلّا بعد مضيّ المدّة، أو للمضيّ، أي مضيّها من وقت احتمال الحمل، فيكون صريحاً فيما يشير إليه على الاحتمالين الأوّلين من احتساب المدّة من حين الوطء لا الطلاق.

ولو علم الخلوّ عن الحمل كفاه التربص إلى انقضاء العدة كما نصّ عليه في الشرائع «٢» لعموم ما دلّ على الجواز إذا انقضت عدّة المطلقة «٣» وانتفاء احتمال الجمع بين أختين أو خمس، فلا بدّ من حمل الخبر على احتمال الحمل.

ولو حضر الغائب ودخل ثمّ ادعى الطلاق في الغيبة لم تقبل دعواه ولا يبيته لتكذيبها بفعله وإن أخذ بما عليه بإقراره.

فلو أولد الحق به الولد ويعضده خبر سليمان بن خالد سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل طلق امرأته وهو غائب وأشهد على طلاقها ثمّ قدم وأقام مع المرأة أشهراً لم يُعلمها بطلاقها، ثمّ إنّ المرأة ادّعت الحمل فقال الرجل: قد طلقتك وأشهدت على طلاقك، قال: يلزم الولد، ولا يقبل قوله «٤».

والظاهر: أنّه إن قامت البيّنة حسيّة من غير أن يُقيمها هو، قبلت، وفرق بينهما إن كان بائناً، وإلّا عدّ ذلك منه رجعة.

(١) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٦٤ ٣٦٥.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٢٥.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٢٦ ب ١٥ من أبواب العدد.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٤ ب ١٥ من أبواب أقسام الطلاق ح ٤.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٦٥

المقصد الثالث في لواحق الطلاق ويتم على ثلاثة فصول

إشارة

المقصد الثالث في لواحقه وفيه فصول ثلاثة:

[الفصل الأول في طلاق المريض]

الأوّل في طلاق المريض وهو واقع بلا خلاف كما في المبسوط «١» ومكروه في المشهور لنحو صحيح زرارة عن أحدهما (عليهما السلام): ليس للمريض أن يطلق وله أن يتزوج «٢» مع الأصل والعمومات.

ونحو صحيح الحلبيّ عن الصادق (عليه السلام) أنّه سئل عن رجل يحضره الموت فيطلق امرأته هل يجوز طلاقها؟ قال: نعم، وإن مات وورثته، وإن ماتت لم يرثها «٣».

و في التهذيب: أنه لا يجوز «٤». و في الاستبصار: أنه لا يجوز طلاق يقطع الموارثة بينهما «٥». و يتوارثان إذا مات أحدهما في العدة الرجعية بلا خلاف كما في المبسوط «٦» و غيره. و لبقاء علقه الزوجية، و للأخبار «٧» و ما سيأتي من الأخبار

-
- (١) المبسوط: ج ٥ ص ٦٨.
- (٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٣ ب ٢١ من أبواب أقسام الطلاق ح ١.
- (٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٥ ب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق ح ٢.
- (٤) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٧٦ ذيل حديث ٢٥٧.
- (٥) الاستبصار: ج ٣ ص ٣٠٤ ذيل حديث ١٠٨١.
- (٦) المبسوط: ج ٥ ص ٦٨.
- (٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٤ ب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق.
- كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٦٦
- العامة. و خبر زرارة سأل الباقر (عليه السلام) عن رجل يطلق امرأته: قال: ترثه و يرثها ما دامت له عليها رجعة «١». و ما سمعته من صحيح الحلبي يحمل على البائن مع ما سيأتي من الشروط.
- و ربما أمكن القول بالفرق بينهما مع قصد الإضرار و إن كان الطلاق رجعياً، و يمكن الحمل على أن الأفضل أن لا يرثها.
- و ترثه في البائن إن مات في مرضه و لو انقضت العدة إلى سنة إجماعاً كما في السرائر «٢» و ظاهر المبسوط «٣» و نكت النهاية «٤» لنحو حسن الفضل ابن عبد الملك عن الصادق (عليه السلام) قال: إذا طلق الرجل في مرضه و رثته ما دام في مرضه ذلك و إن انقضت عدتها إلا أن يصح فيه، قال: قلت: فإن طال به المرض، قال: ما بينه و بين سنة «٥». و خبر أبان عنه (عليه السلام) في رجل طلق تطلقين في صحته، ثم طلق التليقة الثالثة و هو مريض: أنها ترثه ما دام في مرضه و إن كان إلى سنة «٦».
- ما لم تتزوج اتفاقاً، كما يظهر لنحو مرسل عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق (عليه السلام) في رجل طلق امرأته و هو مريض، قال: إن مات في مرضه و لم تتزوج و رثته و إن كانت قد تزوجت فقد رضيت بالذي قد صنع، لا ميراث لها «٧».
- و خبر أبي عبيدة الحداء و مالك بن عطية عن محمد بن علي (عليهما السلام) قال: في رجل طلق امرأته و هو مريض قال: إذا مات في مرضه و لم تتزوج و رثته و إن كانت تزوجت فقد رضيت بالذي صنع لا ميراث لها «٨».

-
- (١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٥٣١ ب ١٣ من أبواب ميراث الأزواج ح ٤.
- (٢) السرائر: ج ٢ ص ٦٧٤.
- (٣) المبسوط: ج ٥ ص ٦٨.
- (٤) راجع النكت بهامش النهاية: ج ٢ ص ٤٢٤.
- (٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٤ ب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق ح ١. و فيه: إلا أن يصح منه.
- (٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٥ ب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.
- (٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٦ ب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق ح ٦.
- (٨) كذا في نسخ: ط، ق، ن. و هذا عين مرسله عبد الرحمن بن الحجاج المتقدمه هذا من سهو القلم. و أمّا متن خبر أبي عبيدة،

و مالك بن عطية فكما يلي: «إذا طلق الرجل امرأته ف تطلقه في مرضه ثم مكث في مرضه حتى انقضت عدتها فإنها ترثه ما لم تتزوج، فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العدة فإنها لا ترثه» وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٦ ب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق ح ٥. كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٦٧

فصحيح الفضل سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل طلق امرأته و هو مريض، فقال: ترثه في مرضه ما بينه و بين سنة إن مات في مرضه ذلك، و تعتد من يوم طلقها عده المطلقة ثم تزوجت إذا انقضت عدتها، و ترثه ما بينها و بين سنة إن مات في مرضه ذلك، فإن مات بعد ما تمضى سنة فليس لها ميراث «١» محمول على التكرار.

و إن ماتت المرأة لم يرثها و إن لم تنقض العدة بلا خلاف كما في الخلاف «٢» و المبسوط «٣» لانتفاء الزوجية، و إنما ثبت لها الإرث على خلاف الأصل بالنص، و لما تقدم من صحيح الحلبي «٤».

و في النهاية «٥» و الوسيلة «٦» القطع بتوارثهما في العدة و إن كانت بائنة. و المحقق في النكت «٧» نفى الريب عن اختلاله، و أنه لا بد من التنزيل على الرجعية مع إباء العبارة عنه كل الإباء.

و مع ذلك ففي الميراث من النهاية: إنهما يتوارثان في العدة الرجعية، و لا توارث بينهما على حال إن كان الطلاق بائناً «٨». و كذا في المهذب «٩» و ظاهره نفى الإرث عنها أيضاً.

و في الاستبصار: أنها إنما ترثه بعد العدة إذا طلقها للإضرار بها «١٠» لخبر زرعة عن سماعة سأله عن رجل طلق امرأته و هو مريض، قال: ترثه ما دامت في عدتها،

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٧ ب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق ح ١١.

(٢) الخلاف: ج ٤ ص ٤٨٤ مسألة ٥٤.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٦٨.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٥ ب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق ح ٢.

(٥) النهاية: ج ٢ ص ٤٢٤.

(٦) الوسيلة: ص ٣٢٤.

(٧) نكت النهاية: ج ٢ ص ٤٢٤.

(٨) النهاية: ج ٣ ص ٢٠٨.

(٩) المهذب: ج ٢ ص ١٤٠.

(١٠) الاستبصار: ج ٣ ص ٣٠٦ ذيل حديث ١٠٨٩.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٦٨

و إن طلقها في حال إضرار فهي ترثه إلى سنة، فإن زاد على السنة يوم واحد لم ترثه «١».

و خبر محمد بن القاسم الهاشمي سمع الصادق (عليه السلام) يقول: لا ترث المختلعة و المبارة و المستأمة في طلاقها من الزوج

شيئاً إذا كان ذلك منهن في مرض الزوج و إن مات لأن العصمة قد انقطعت منهن و منه «٢».

و لأن إرثها خلاف الأصل، فلا يثبت إلا في موضع اليقين. و هو خيرة المختلف «٣».

و نص في الخلاف «٤» و المبسوط «٥» على العموم، و هو اختيار ابن إدريس «٦».

و في إرث الزوجة الأمة و الكافرة الكتابية إشكال إذا طلقت في المرض ثم أعتقت أو أسلمت قبل تمام السنة و التزوج بغيره، من

عموم الأخبار، و من انتفاء التهمة، فإنهما مع بقاء نكاحهما لا ترثان، و أنّ النكاح لا يورثهما فكيف الطلاق؟ و هو خيرة المبسوط (٧).

و فيه أنّ النكاح مورث، لكن الرق أو الكفر مانع، أو الحرية و الإسلام شرط، فإذا تحقّق الشرط أو انتفى المانع تحقّق الإرث، و سببه النكاح لا الطلاق، و لا يقدح في سبب النكاح بينونة و الخروج من العدة. لبقاء سببته هنا إلى سنة و إن بانت. و لا ميراث لها مع اللعان للأصل و انتفاء التهمة بالإيمان و لا مع الفسخ للردة منها أو منه لذلك أو تجدد التحريم المؤبد المستند إليها برضاع أو غيره لذلك أيضاً.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٥ ب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩٦ ب ٥ من أبواب الخلع و المبرأة ح ٤.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٣٨.

(٤) الخلاف: ج ٤ ص ٤٨٦ ٤٨٧ مسألة ٥٥.

(٥) المبسوط: ج ٥ ص ٦٩.

(٦) السرائر: ج ٢ ص ٦٧٥.

(٧) المبسوط: ج ٥ ص ٧٠.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٦٩

و في تجدد التحريم المؤبد المستند إليه كاللواط إن قلنا به نظر من الأصل. و من التهمة، و المعتمد الأول. أو المراد: أنه إذا طلقها ثم لاعنها أو حصل الارتداد الفاسخ منه أو منها، أو تجدد التحريم المؤبد منها فلا ميراث لها، لأنها تمنع الإرث و هي في النكاح، فأولى باليمنع و هي مطلقة و إن كانت في العدة الرجعية، إلا أن تعود إلى الإسلام فيها فترث في وجه كما في التحرير «١».

و إذا طلقها ثم لا طواً أو جب تحريمها عليه مؤبداً أشكال، من عموم الأخبار المورثة لها، و أنه لا- يوجب التحريم، و لا يستعقب الفسخ إذا كانت في النكاح، فلا- يمنعها الإرث ليقال بالأولوية و هي مطلقة. و من أنّ الإرث أثر النكاح، و هم يمنعون النكاح، فيمنع آثاره.

و فيه أنّ الإرث من آثار النكاح المتقدم، و هو إنّما يمنع من النكاح ثانياً.

و في العيب إشكال إن كان الفسخ من طرفه لعيبها. من الأصل. و من كونه بمعنى الطلاق في الكون فرقة من قبله، و إن كانت هي الباعثة له عليها.

و لو أسلم و أسلمن فاختار أربعة لم ترثه البواقي و إن كنّ في العدة، للأصل من غير معارض، مع أنّ الفرقة حاصلة بالإسلام لمن عدا الأربع من غير اختيار له فيها، و إنّما اختياره في التعيين، مع أنه ممّا لا بدّ له منه.

و لو أقرّ مريضاً بالطلاق ثلاثاً أو نحوها ممّا ينفي عنها الإرث في الصحة قبل في حقه، فإن مات لم يرثها، و نحو ذلك ممّا يترتب عليه، لأخذ العقلاء بإقرارهم و لم يقبل بالنسبة إليها فلا تحرم من الميراث إن مات، إلا أن يثبت صدقه بإقرارها أو البيّنة وفاقاً للمحقق «٢» لأنه إقرار في حق الغير.

و قيل: يقبل «٣» فلا- تورث، بناءً على أنّ إقرار المريض بما له أن يفعله مقبول و إن كان على الوارث و ينزله منزلة فعله في الصحة.

و فيه: أنه إنّما يقبل إقراره بما يحرمه الوارث لغيره، و هنا لم يقتر بما يحرمه

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٥ س ٢٣.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٢٧.

(٣) القائل: الصيمرى فى غاية المرام: ص ١٣٢ (مخطوط).

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٧٠

الزوجة لأحد، فإنما هو بالنسبة إليها مدعى و إن استلزم الدعوى ثبوت حصتها لسائر الورثة.

و لو ادّعت الطلاق فى المرض لتحوز الميراث و ادّعى الوارث الطلاق فى الصحّة ليحرمها قدّم قوله مع اليمين لأصالة انتفاء المرض حينه. و إن كان المرض معلوماً، و كان الاختلاف فى حصوله حينه أو بعده مع الاتفاق فى تأريخ الطلاق أو الإبهام، فالأصل أيضاً التأخر، و الأصل عدم الإرث إلى أن يتحقّق سببه، و هو هنا غير متحقّق.

و لا- مجال للقول بأن الأصل فى النكاح بقاء أثره و هو الإرث إلى أن يعلم خلافه، فإنّ الطلاق مزيل للنكاح، و الأصل عند زوال الشئ زوال أثره الذى هو الإرث هنا إلّا بالشرط المنصوص عليه، و هو هنا غير معلوم.

و أمّا الاتفاق على المرض و تأريخه و الاختلاف فى تأريخ الطلاق، فليس من المسألة ليقال: إن الأصل بقاء النكاح و تأخر الطلاق، مع أنه معارض بما ذكرناه من الأصل.

و لو ارتدّت المطلّقة فى المرض ثم مات فى السنة بعد عودها إلى الإسلام أو ارتدّ هو بعد طلاقها فى المرض، عاد إلى الإسلام أو لا، فالأقرب الإرث لعموم نصوصه. مع أنّ ارتدادها لا يمنع من إرثها إذا عادت و هى فى النكاح، فكذا فيما هو فى حكمه من السنة بعد الطلاق، و ارتداده لا يمنع من إرثها و هى فى النكاح. أمّا عن الفطرة فلائنه بمنزلة موته فترثه الزوجة. و أمّا عن الملة فلائنه إن عاد فى العدة لم يفسخ النكاح و لم يمنع شيئاً من آثاره من الإرث و نحوه، فهو بمجرد ليس ممّا يمنع من الإرث، و إنّما ينتفى الإرث إذا استمرّ حتى انقضت العدة، و السنة هنا بمنزلة العدة، و يحتمل العدم.

أمّا إذا ارتدّت فلأنّ الكفر مانع من الإرث مطلقاً، و لا يزول منعه بزواله بعد موت المورث للاستصحاب. و لأنّه لا يعود الإرث إلّا إذا عادت الزوجية، و لا عود هنا. و كذا إن عادت فى حياة الزوج إذا طلقت بائناً، أو انقضت العدة الرجعية،

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٧١

فإنّ الإرث إنّما يعود إذا عادت الزوجية أو حكمها، إن لم نقل إنّها إنّما ترث إذا عادت الزوجية، و ذلك إذا لم تكن طلقت و لا رجعية، مع أنّ الظاهر تنزيل الأخبار على من بانت بالطلاق حسب، و هذه بانت به و بالردة جميعاً، مع أنّ إرثها خلاف الأصل فيقتصر على المتيقن. و فيه أنّ البيونة إذا حصلت بالطلاق فلا تزداد بالردة.

و أمّا إذا ارتدّت، فلأنّ الإرث خلاف الأصل، فيقتصر على من بانت بالطلاق حسب، و أمّا من بانت به و بالارتداد، فإنّما ترث إذا ارتدّ فطرياً و هى فى العدة الرجعية، أو ملياً ثم عاد ثم مات و هى فى العدة الرجعية. و فيه ما عرفت.

[الفصل الثانى فى الرجعة]

إشارة

الفصل الثانى فى الرجعة و تصحّ لفظاً اتفاقاً ممّا و من غيرنا مثل: راجعتك و رجعتك و ارتجعتك، و إن أضاف إليها قوله: «إلى

النكاح» كان أصرح، إلى غير ذلك من كل لفظ يصلح لإرادتها منه مع القصد، لأصل عدم الانحصار من غير معارض، و سيأتي الكلام في بعض منها.

ومثل إنكار الطلاق على ما قطع به الأصحاب، ونص عليه صحيح أبي ولاد، سأل الصادق (عليه السلام) عن امرأة ادّعت على زوجها أنه طلقها تطليقة طلاق العدة طلاقاً صحيحاً يعني على طهر من غير جماع و أشهد لها شهوداً على ذلك، ثم أنكر الزوج بعد ذلك، فقال: إن كان أنكر الطلاق قبل انقضاء العدة، فإن إنكار الطلاق رجعة لها، وإن كان إنكار الطلاق بعد انقضاء العدة، فإن على الإمام أن يفرّق بينهما بعد شهادة الشهود، بعد ما يستحلف أن إنكاره للطلاق بعد انقضاء العدة «١».

ولأن الرجعة ليست إلّا التمسك بالزوجية و هو متضمن له.

والحكم إن أجمع عليه فلا كلام، وإلما أشكل، لخروج الرجعة عن المنطوق و إن جاز التجوز به عنها، وربما كان نسيه، ولا تحصل الشهادة به. فإن عقب الإنكار بالطلاق، أشكل الحكم بكونه ثانياً أو ثالثاً.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٢ ب ١٤ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٧٢

و فعلاً اتفاقاً منا كما في الخلاف «١» و الغنية «٢» و غيرهما كالوطء و التقييل و اللمس بشهوة فإن الفعل أقوى من القول، و لقول الصادق (عليه السلام) في خبر محمد بن القاسم: من غشى امرأته بعد انقضاء العدة جلد الحد، و إن غشيها قبل انقضاء العدة كان غشيانه إياها رجعة لها «٣».

و الأخرس يراجع بالفعل و بالإشارة الدالة عليها و منها ما قيل في المقنع «٤» و الجامع «٥» و الوسيلة «٦» و نسب إلى الرواية في النهاية «٧»: من أنه بأخذ القناع من رأسها و يؤيده ما مرّ من الخبر الناص بأن طلاقه وضع المقنعة على رأسها و التنحى عنها «٨». و يشترط في كون كل من الوطء و التقييل و اللمس رجعة صدوره عن قصد إليه و إليها فلو انتفى الأول بأن وطئ نائماً أو ساهياً أو الثاني بأن ظن أنها غير المطلقة لم تحصل الرجعة إذ لا عبرة بفعل الغافل كالألفاظ الصادرة عن الساهي و الهازل، و إنما الأعمال بالنيات، و إنما لكل امرئ ما نوى. و في التحرير: أنه لا حاجة إلى نية الرجعة «٩». فكلّ منها رجعة إذا تحقّق القصدان و إن كان ذاهلاً عن الرجعة، لا أن نوى خلافها، مع احتمالها لإطلاق النصّ و الفتوى.

و لا بدّ في المشهور من التجريد عن الشرط، فلو قال: راجعتك إن شئت لم يصحّ، و إن قالت: شئت و كذا لو قال: راجعتك إذا جاء رأس الشهر؛ لما عرفت من أن التعليق ينافي الإيقاع، و تردّد فيه المحقّق «١٠» من ذلك، و من أنه

(١) الخلاف: ج ٤ ص ٥٠٦ مسألة ١٢.

(٢) غنية النزوع: ص ٣٧٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٠٠ ب ٢٩ من أبواب حدّ الزنا ح ١.

(٤) المقنع: ص ٣٥٣.

(٥) الجامع للشرائع: ص ٤٦٨.

(٦) الوسيلة: ص ٣٣٠.

(٧) النهاية: ج ٢ ص ٤٣٣.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠٠ ب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٢ و ٥.

(٩) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٥ س ٣١.

(١٠) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٣٠.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٧٣

لا يشترط في الرجعة إلّا التمسك بالزوجيّة، و لذا يتحقّق بالأفعال الدالّة عليه، فلا يشترط فيه الإيقاع و الإنشاء.

و يستحبّ الإشهاد عليها للأخبار «١» و الاعتبار و ليس شرطاً عندنا، للأصل و الأخبار لكن لو ادّعى بعد العدة وقوعها أى الرجعة فيها أى العدة لم تقبل دعواه إلّا بالبيّنة للأصل، فهو من فوائد الإشهاد.

و لو راجع بعد الطلاق فأنكرت الدخول لئلا يكون له الرجعة قدّم قولها مع اليمين للأصل، إلّا مع الخلوة التامة، فقد عرفت القول بأنّ الظاهر معها يعارض الأصل، فيلزم كلّ بما أقرّ على نفسه، فلا نفقة لها و لا سكنى، و عليه تمام المسمّى [و لا تأخذه إلّا النصف] «٢» و لا ينكح أختها و لا الخامسة إلّا إذا طلقها ثانياً.

و لو ادّعت انقضاء العدة بالحيض مع الاحتمال و أنكر مع اتّفاقيهما على تأريخ الطلاق أو سكوتها صدقت مع اليمين للأخبار «٣» و الاعتبار، إلّا أن تشهد القرائن بكذبها فيحتمل العدم، كما في خبر السكونى عن الصادق (عليه السّلام) فى امرأه ادّعت أنّها حاضت ثلاث حيض فى شهر واحد، قال: كلّفوا نسوة من بطانتها أنّ حيضها كان فيما مضى على ما ادّعت، فإن شهدن صدقت، و إلّا فهى كاذبة «٤». و يمكن تعميم الاحتمال له.

و لو ادّعت «٥» بالأشهر، فإن اتّفقا على وقت الإيقاع للطلاق رجع إلى الحساب و انقطع النزاع فإن اختلفا فيه بأن تقول: طلقت فى رمضان، و يدّعى هو الطلاق فى شوال، قدّم قول الزوج مع اليمين للأصل.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧١ ب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة فى ط.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤١ ب ٢٤ من أبواب العدد.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٦٦ ب ٢٤ من أبواب الشهادات ح ٣٧.

(٥) فى قواعد الأحكام بدل «ادّعت»: ادّعت.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٧٤

و لو ادّعى الزوج الانقضاء لعدة طلاق يتّفقان عليه، أرّخه أم لا قدّم قولها مع اليمين سواء ادّعى الانقضاء بالحيض أو الشهور، استصحاباً للنكاح و أثره و إن كان الطلاق من فعله.

و لو كانت حاملاً فادّعت الوضع صدقت و لم تكلف البيّنة و لا إحضار الولد لعموم ما دلّ على تصديقهنّ فى العدة «١» و لجواز وضعه بحيث لم يطّلع عليه غيرها ثمّ موته أو أخذه سرقة حتّى لو ادّعت الانقضاء بوضعه ميتاً أو حيّاً ناقصاً أو كاملاً صدقت مع اليمين خلافاً للعامة، فمنهم: من كلفها البيّنة إن ادّعت وضع الكامل «٢» لأنّها مدّعية، و الغالب حضور القوابل. و منهم: من كلفها فى الميت و السقط أيضاً، لأنّ ما نالها من العسر يمكنها من الإشهاد.

و لو ادّعت الحمل فأنكر فأحضرت ولداً تدّعى أنّها ولدته فأنكر ولادتها له قدّم قوله فى كلّ من إنكار الحمل و الولادة، للأصل، و الأخبار إنّما دلّت على ائتمانهنّ فى انقضاء العدة «٣» إذا كانت حقيقة العدة معلومة أنّها بالوضع أو الأشهر، أو الأقراء، دون ما إذا تداعيا فى حقيقتها، و لما أحضرت الولد لم يكتف بقولها فى ولادتها له لإمكان البيّنة هنا لوجود الولد، و هو و إن جرى فيما تقدّم، إلّا أنّا اكتفينا بقولها فيه للنصّ و الإجماع.

و لو ادّعت الانقضاء فادّعى الرجعة قبله قدّم قولها مع اليمين [على نفى العلم] إلا أن يكون نزاعهما في رجعة أتفقاً [«٤»] للأصل، أرخا ما ادّعيه أم لا، من غير فرق بين ابتداء الدعوى من أيهما كان، لكن على البتّ إن ادّعى الرجعة فعلاً، أو سبق رجعة يتفقان عليها، وإلا فعلى عدم العلم و يكفيها، لزوال النكاح بالطلاق، و لا يعود عليها إلا بيئته «٥».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤١ ب ٢٤ من أبواب العدد.

(٢) شرح فتح القدير: ج ٤ ص ٢١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤١ ب ٢٤ من أبواب العدد.

(٤) لم يرد في ق، ن.

(٥) العبارة من قوله: «لكن» إلى هنا وردت في ق كما يلي: لكن مع التأريخ يحلف على البتّ و بدونه على نفى العلم. و وردت في ي هكذا: لكن مع عدم التأريخ يحلف على نفى العلم و معه قد يحلف على البتّ، كما إذا اتّفقا على رجعة فادّعى أنّها وقعت يوم الخميس، و قالت: بل يوم الجمعة.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٧٥

و لو اتّفقا على أنّه راجع فادّعت بعد الرجعة و تصديقها له فيها الانقضاء قبلها و أنكره مع إهمالهما التاريخ أو اعتدادها بالأشهر أو الوضع قدّم قوله مع اليمين على البتّ إن اعتدّت بالوضع أو الأشهر أو ادّعت ما لا يمكن من الحيض، و إلا فعلى عدم العلم، و قد تحلف كذلك إن ادّعت الوضع الممكن حيث لم يعلم على نفى العلم إلا أن تدّعى الانقضاء الغير الممكن فيحلف على البتّ لأصالة صحّة الرجعة و هي تدّعى فساده و الرجوع إليها في العدة إنّما هو إذا لم يعارض دعواها ما يدفعها، كما إذا استفسرها ليراجعها إن كانت في العدة.

فلو أوقع الرجعة فقالت حينئذٍ: «قد انقضت عدّتي» فالظاهر قبول قولها؛ لما عرفت من الرجوع إليها في ذلك، و أصالة الصحّة إنّما تدفع قولها إذا ادّعى هو الصحّة، و لا يمكنه ادّعاؤها حينئذٍ، فإنّه لا يعلم الصحّة إلا إذا علم البقاء في العدة، و لا طريق له إلى علمه إلا من قبلها.

و كذا مع تأريخهما للرجوع إليها في العدة و وقتها، و توقّف العلم بالصحّة على العلم بحال العدة [أن تعتدّ بالوضع أو الأشهر] «١» فلذا حملنا العبارة على ما سمعته، و قوله: «قدّم قوله» قرينه عليه [و مع ذلك فيمين الزوج على عدم العلم لا يكفي] «٢».

و في المبسوط: أنّها إن سبقت بالدعوى فادّعت انقضاء العدة، ثم ادّعى الرجعة قبل الانقضاء فالقول قولها مع يمينها، لأنّها مؤتمنة على فرجها و انقضاء عدّتها، و حكم بوقوع بينونة بقولها، فلا يقبل قول الزوج، و وجب عليها اليمين لجواز كذبها، فتحلف أنّها لا تعلم بالرجعة قبل الانقضاء.

و إن انعكس الأمر كان القول قوله مع يمينه، لأنّها ما لم يظهر انقضاء العدة، فالظاهر أنّها في العدة و يحكم بصحّة الرجعة، فإذا ادّعت الانقضاء قبل الرجعة لم يقبل منها، لأنّه أمر خفيّ تريد به رفع الرجعة التي حكم بصحّتها ظاهراً، و وجب

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في ن، ق.

(٢) ما بين المعقوفتين لم يرد في «ق، ي».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٧٦

عليه الحلف لجواز كذبها و صدقها، فيحلف أنّه لا يعلم أنّ عدّتها انقضت قبل الرجعة.

و إن اتفقت الدعويان أو جهل السابقة، فمنهم: من أقرع بينهما، فمن خرجت عليه فالقول قوله مع اليمين، و هو الأقوى عندنا. و منهم: من قال: القول قولها مع يمينها لإمكان صدق كل منهما، و الأصل أن لا رجعة «١».

و يمكن تنزيل عبارة الكتاب في المسألتين على موافقته، بأن يكون الفاء فيهما للتعقيب، أى لو ادّعت الانقضاء، ثم ادّعى الرجعة قدّم قولها، و إن انعكس قدّم قوله. لكنّ الأقوى عدم الافتراق بين الاقتران و ترتب أيتها فرضت على الأخرى.

[ثم كيف يكفى الزوج اليمين على عدم العلم بانقضاء العدة قبل الرجعة، و هو اعتراف بعدم العلم بصحة الرجعة؟] «٢».

و لو كانت المطلقة أمة و كذبها مولاها فى تصديق زوجها على وقوع الرجعة فى العدة أى فيما صدّقه عليه من وقوعها فيها و ادّعى خروجها قبل الرجعة لم يقبل منه إلّا مع البيّنة إذ لا يرجع فى العدة إلّا إلهنّ و لا يمين له على الزوج لتعلق النكاح بالزوجين فلا التفات إلى غيرهما، و الرجعة من توابعه، بل هو استدامة له و هى بيد الزوج على إشكال من ذلك، و من زوال النكاح بالطلاق و النزاع فى إعادته و فى ملك البضع.

و لو ارتدّت بعد الطلاق كتابية ففى المنع من الرجعة إشكال ينشأ: من كون الرجعية زوجة كما يفهم من الأخبار «٣» و الأحكام و الفتاوى، و لأنها لو لم تكن زوجة كانت الرجعة تجديد نكاح، و لو كان كذلك لافتقر إلى إذنها، فليست إلّا استدامة للزوجية. و من عدم صحة الابتداء بنكاحها فكذا الرجعة فإنها فى الحقيقة ابتداء نكاح، فإن الطلاق زوال له، و الزائل لا يعود، و إطلاق الزوجة عليها تجوز

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١٠٧.

(٢) ما بين المعقوفتين ليس فى ق.

(٣) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٧٢ ب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٦.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٧٧

لثبوت أحكامها لها، و هو لا يفيد الزوجية، و هو خيرة المبسوط «١».

فإن رجعت إلى الإسلام رجعت ما دامت فى العدة إن شاء، و كذا الإشكال لو طلق الذميمة المنكوحه، و هما ذميتان فأسلم و استدام نكاحها، و حرّمتا ابتداء نكاحها من مثل ذلك.

و الأقرب فى المسألتين جواز الرجوع لرجحان بقاء الزوجية، و منع أن الطلاق زوال لها، و إنّما هو تعريض لها للزوال.

و لو منعنا فيهما الرجعة فرجع افتقر إلى رجعة أخرى بعد الإسلام فى العدة، لفساد الأولى، فلا يتوهم أن الكفر مانع من أثرها، فإذا زال أثرت كما قيل «٢».

و لا يشترط علم الزوجة فى الرجعة و لا رضاها بلا خلاف كما فى المبسوط «٣» و إن كان لها أن تتزوج إذا انقضت العدة و لم تعلم بالرجعة و ليس عليها البحث.

فلو لم تعلم و تزوّجت بغيره ثم انكشف الحال ردّت إليه و إن دخل الثانى بعد العدة منه، لأنّ وطأها شبهة و لا يكون الثانى أحقّ بها دخل بها أو لا، و للعامّة فيه خلاف «٤».

و لو لم يكن للأول بينة بالرجعة و أنكرها الثانى حلف الثانى على عدم علمه بالرجوع و كانت زوجته و إن صدّقت الأول فإن نكل حلف الأول و ردّت إليه إن لم تنكرها و لو صدّقه الثانى و المرأة جميعاً ردّت إليه لأخذها بإقرارهما، و إن كان عليهما الاحتياط إذا اتّهما.

و لو صدّقه الثانى خاصية دون المرأة قبل إقراره فى حقّه و تحلف هى على نفي العلم و لا تردّ إذا حلفت إلى الأول و كذا إن

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١٠٩.

(٢) مسالك الأفهام: ج ٩ ص ١٩٠.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ١١١.

(٤) بداية المجتهد: ج ٢ ص ٩٣.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٧٨

اليمين المردودة من الثاني و حلفت هي على نفى العلم و إن كانت اليمين المردودة كالبينة، فإنها إنما هي بمنزلتها بالنسبة إلى المتداعيين و انفسخ نكاحها من الثاني بإقراره فيثبت لها نصف المهر الذي سمّاه لها الثاني إن لم يدخل بها و مع الدخول يثبت لها الجميع.

و المراد بانفساخ النكاح سقوط حقوق الزوجية عنها مع تسلطها على الفسخ أو إجباره على الطلاق أو طلاق الحاكم، و إلا فلا جهة لانفساخ النكاح بمجرد دعوى الزوج بطلانه مع ادّعاءها الصحة.

و تنصيف المهر ظاهر على تقدير تطليق الحاكم أو إجباره على الطلاق، و إلا احتمل، تنزيلاً لفسخها هذا منزلة الطلاق، و الأظهر أن لا شيء لها حينئذ كالفسخ للعيب.

و لو ادّعى الرجعة عليها أولاً، فإن صدّفته لم يقبل إقرارها على الثاني، و فى الرجوع عليها للأول بالمهر لمثلها إشكال ينشأ: من أنّها أقرت فلا تفويت منها حين الإقرار، و قبله يجوز أن لا تكون عالمه بالرجعة، فلا يكون تزوّجها إلا عن شبهة فلا تؤاخذ. و من أنّها فوتت بالتزوّج و إن كان عن شبهة، و التفويت إن كان مضمناً للمهر ضمّنه و إن لم يكن مفترطه، مع أنّها مفترطة بعدم البحث.

و إن كذّبت حلفت على انتفاء العلم بالرجعة إن قلنا بالغرم لمهر المثل مع التفويت لتدفعه عن نفسها و إلا نقل بالغرم فلا تحلف، لأنّه لا- فائدة له فإن نكلت حلف الزوج و غرمت المهر له، و لا- يحكم ببطلان النكاح و إن كانت اليمين للمردودة كالبينة لما عرفت.

فإذا زال نكاح الثاني بطلاق أو غيره و جب عليها تسليم نفسها إلى الأول كانت مصدّقة له أو لا، و يحلف، لأنّه لا طريق لها إلى العلم بالرجعة إلا من جهته، و لا- يحصل من جهته إلا بالبينة أو الحلف و تستعيد ما غرّمته له من المهر لئلا يجتمع له العوض و المعوّض من غير تجدد عقد.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٧٩

[و هنا فروع ستّة]

إشارة

فروع ستّة:

[الفرع الأول]

الأول: لو أقر بالرجعة في العدة قبل قوله فيما له و عليه، في العدة كان الإقرار أو بعدها لأنه يملك الرجعة حينئذٍ أي لأنها حقه، و لا- فعل فيها لغيره، و لا تعلم إلا من جهته، فإذا ادعاها قبلت إذا لم يعارضه غيره، و على المرأة أن تقبل منه من غير يمين، و كذا من أراد نكاحها، و هو لا ينافي تقديم قول غيره إذا أنكرها، أو تكليفه باليمين.

[الفرع الثاني]

الثاني: لو قال: راجعتك للمحبة و الإهانة أي لو قال أحدهما فإن فسّر المراجعة بالرجعة إلى النكاح و اللام بلام العلة، أو بآتي كنت أحبها أو أهيئها في النكاح فراجعتها إليه و أردت باللام معنى: «إلى» صحّ الرجوع. و لو قال: كنت أحبها قبل النكاح أو كنت أهيئها قبله فراجعتها إليه لم يصحّ الرجعة لأنه لم ينو أن يردّها إلى النكاح و لا رجعة إلّا بالتيّة و لا- يعلم نيته إلّا منه، و إن لم ينو بما بعد راجعتك شيئاً، أو مات قبل أن يبين حمل على الأول، لأنه الظاهر كما في المبسوط «١».

[الفرع الثالث]

الثالث: لو قال: «راجعتك» صحّ الرجوع به و إن لم يقل «إلى النكاح» أو «الزوجيّة» أو «إليّ» أو نحوها و إن كان أصرح، و لذا استحبّه بعض العامة «٢».

[الفرع الرابع]

الرابع: لو أخبرت بانقضاء العدة فراجع معتقداً لكذبها ثم كذبت نفسها في إخبارها صحّت الرجعة بالنسبة إليه لأخذها بإقرارها مع صدور الرجعة عنه مقرونة بالتيّة، فعليها ما على الزوجات لإقرارها. هذا و ليس لها ما لهنّ لإقرارها أوّلاً بانقضاء العدة الموجب لبطلان الرجعة.

[الفرع الخامس]

الخامس: صريح ألفاظ الرجعة: «راجعت» و «رجعت» و «ارتجعت»

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١٠٦.

(٢) انظر الحاوي الكبير: ج ١٠ ص ٣١٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٨٠

و الأقرب في «رددتها إلى النكاح» و «أمسكت» الصحّة مع التيّة للرجوع لكون الرجعة تمسكاً بالنكاح: و لا حاصر للفظه في غيرهما، مع قوله تعالى: «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ» «١» و قوله: «فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ» «٢» و لذا قيل بكونهما صريحين كما تقدّم «٣». و في الصحّة بلفظ التزويج أو النكاح بأن يقول: «تزوجتك» أو «نكحتك» مع نيّة الرجعة إشكال ممّا ذكر، و هو خيرة المبسوط «٤» و الخلاف «٥» و هو أقوى، و زيد أنّهما يُثبتان النكاح ابتداءً، فاستدامة أولى، و ضعفه ظاهر. و من أنّهما لتجديد النكاح بشرط رضاها. و ربّما قيل بكونهما صريحين.

و كذا الإشكال في أعدتّ الحلّ، و رفعت التحريم ممّا ذكر. و من أنّ المعيد و الراجع هو الشارع، و إنّما هو راجع إلى التمسك

بالزوجية، و أن الحل باق مع الطلاق الرجعي.

[الفرع السادس]

السادس: لو ادعى الرجعة و كانت الدعوى فى وقت إمكان إنشائها قدّم قوله لكونه فعله مع احتمال تقديم قولها للأصل فحينئذ لا يجعل إقراره بالرجعة إنشاءً لها، للتباين، مع احتمالها لها إن لم يعقبه بما ينافيها، كأن يقول: «راجعتك ثم طلقتك» لما عرفت من احتمال عدم اشتراط الإنشاء، و الاكتفاء بما يدل على التمسك بالزوجية، و لذا كان إنكار الطلاق رجعةً، و حينئذ لا نزاع بينهما. و لو أنكرت الرجعة ثم صدّقت «٦» حكم عليها بالرجعة و ألزمت بلوازمها، لإقرارها و إن كان فى إنكارها أولًا إقرار بالتحريم، لأنها و إن أقرت على نفسها بالحرمة، لكنها جحدت بذلك حقّ الزوج ثم أقرت، و لذا يُرجح جانبه و يحكم بثبوت النكاح.

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

(٣) اللمعة الدمشقية: ج ٦ ص ٤٩.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ١١٢.

(٥) الخلاف: ج ٤ ص ٥٠٦ مسألة ١٢.

(٦) فى قواعد الأحكام: صدّقت.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٨١

و هو بخلاف ما لو أقرت بتحريم رضاع أو نسب على رجل أجنبي، فإنه لما لم يتضمّن إنكاراً لحقه لم يكن لها الرجوع و الرضا بنكاحه، و إن أقرت به على زوجها ثمّ بانت منه، لم يكن لها العود إلى نكاحه و إن ألزمت باستدامة النكاح ما لم تبين، لتضمّن إقرارها حينئذ إنكار حقه.

و لو زعمت أنها لم ترض بعقد النكاح ثم رجعت فالأقوى القبول لحقّ الزوج مع احتمال العدم، لاشتراط صحّة العقد برضاها، و الأصل عدمه، و لا يعرف إلّا من جهتها، فإذا اختلف قولها حصل الاشتباه، و بقيت على أصل الحرمة. و هذا معنى ما يقال: إن إنكارها لفعل نفسها بمنزلة الإقرار بفعل، فلا يسمع إقرارها ثانياً، لكونه بمنزلة الإنكار.

و هو متّجه إذا لم يدّع الزوج رضاها أو صحّة العقد بل تحاوراً بينهما، و هو المراد هنا. و أمّا إذا ترافعا إلى الحاكم فادعى صحّة العقد و زعمت عدم الرضا، فإنه لا يسمع قولها ذلك و إن لم ترجع لادّعائها فساد العقد، فضلاً عمّا إذا رجعت و أبهم، لظهور أنّ الذى قواه هو قبول الرجوع، و هو فرع على قبول الإنكار قبله.

الفصل الثالث فى النكاح المحلّل و ما يتعلق بالزوج المحلّل

إشارة

الفصل الثالث فى النكاح المحلّل أو فيما يتعلّق بالزوج المحلّل

إشارة

و النظر فيه في أمور ثلاثة:

[النظر في الأمر الأول: من يقع به التحلل]

الأول: من يقع به أى فيه أو عليه التحلل « ١ » من النساء و هو كل امرأة طَلقت ثلاثاً مطلقاً أو على التفصيل كما عرفت إن كانت حرة، و طلقتين إن كانت أمه بالإجماع و النصوص المستفيضة الناطقة باعتبار ذلك بالزوجة « ٢ » دون الزوج، كما عند مالك « ٣ » و الشافعي « ٤ ».

و لما شمل ذلك من حرمت على الزوج الأول بتسع طلاقات أخرجها بقوله:

(١) في قواعد الأحكام: التحليل.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٩١ ب ٢٤ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١ و ٢.

(٣) المجموع: ج ١٧ ص ٧٢.

(٤) بدائع الصنائع: ج ٣ ص ٩٧.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٨٢

ممن يحلّ على الزوج الرجوع إليها بعد التحليل أى ما يعتبر فى التحليل.

فلو تزوّجت من طَلقت تسعاً للعدّة بالمعنى الذى عرفته لم تحلّ للأول كما عرفت.

و إذا طَلقت مرّة أو مرّتين ثمّ تزوّجت ففى الهدم للثلاث روايتان بحسبهما قولان أقربهما ذلك وفاقاً للأكثر.

فلو تزوّجت بعد طلقه أو طلقتين ثمّ رجعت إلى الأول بقيت على ثلاثٍ مستأنفاتٍ و بطل حكم السابقة.

و الرواية خبر رفاعه قال للصادق (عليه السلام): رجل طلق امرأته تطليقه واحدة فتبين منه، ثم يتزوجها آخر فيطلقها على السنة

فتبين منه، ثم يتزوجها الأول على كم هى عنده؟ قال: على غير شىء. ثم قال: يا رفاعه كيف إذا طلقها ثلاثاً ثمّ تزوّجها ثانية

استقبل الطلاق؟ و إذا طلقها واحدة كانت على اثنتين « ١ ».

و خبر عبد الله بن عقيل بن أبى طالب قال: اختلف رجلان فى قضيتى على (عليه السلام) و عمر فى امرأه طلقها زوجها تطليقه أو

اثنتين فتزوجها آخر فطلقها أو مات عنها، فلما انقضى عدتها تزوّجها الأول، فقال عمر: هى على ما بقى من الطلاق، فقال أمير

المؤمنين (عليه السلام): سبحان الله أ يهدم ثلاثة و لا يهدم واحدة « ٢ »؟! و يؤيدهما الاعتبار كما تبيننا عليه.

و الرواية الأخرى أخبار:

منها: صحيح الحلبيّ سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل طلق امرأته تطليقه واحدة ثمّ تركها حتى مضت عدتها فتزوجت زوجاً

غيره ثمّ مات الرجل أو طلقها فراجعها زوجها الأول، قال: هى عنده على تطليقتين باقيتين « ٣ ».

و منها: صحيح منصور عنه (عليه السلام) قال: هى عنده على ما بقى من الطلاق « ٤ ».

- (١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٦٣ ب ٦ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٤.
 (٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٦٣ ب ٦ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٣.
 (٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٦٤ ب ٦ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٦.
 (٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٦٥ ب ٦ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٩.
 كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٨٣

و نحوه خبر زرارة عن الباقر (عليه السلام) «١».

□
 ومنها: خبر علي بن أحمد عن عبد الله بن محمد قال له: روى عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يطلق امرأته على الكتاب و السنة تبين منه بواحدة، و تزوج زوجاً غيره فيموت عنها، أو يطلقها فترجع إلى زوجها الأول: أنها تكون عنده على تطليقتين و واحدة قد مضت «٢».

و حكي العمل بها عن بعض الأصحاب، و الأكثر أولوها تارة: بعدم اجتماع شرائط التحليل، و أخرى: بالتقية. و عندي أنه لا تعارض، لاحتمال أن يراد بكونها عنده على تطليقتين أنها تكون زوجته، و يجوز له الرجوع إليها بعد التطليقتين، فيفيد الهدم كالخبرين الأولين، و قوله: «واحدة قد مضت» يجوز أن يراد به أنها انهدمت. و إذا طلقت الحرّة ثلاثاً حرمت على الزوج بالإجماع و النص من الكتاب «٣» و السنة «٤» حتى تنكح غيره كان المطلق حراً أو عبداً.

و الأمة تحرم بطليقتين حراً كان المطلق أو عبداً، عند علمائنا كافةً.

و بالجملة لا اعتبار عندنا بالزوج في عدد الطلاق المحرم.

و لو راجع الأمة أو تزوجها بعد طلقه و بعد عتقها بعدها بقيت معه على واحدة لا اثنتين، وفاقاً للمشهور للأخبار، كصحيح محمد بن مسلم عن الباقر (عليه السلام) قال: المملوك إذا كانت تحته مملوكة فطلقها ثم أعتقها صاحبها كانت عنده على واحدة «٥».
 و صحيح الحلبي عن الصادق (عليه السلام) في العبد تكون تحته الأمة فطلقها تطليقة

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٦٥ ب ٦ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٦٤ ب ٦ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٧.

(٣) البقرة: ٢٣٠.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٥٧ ب ٤ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٩٨ ب ٢٨ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٨٤

ثم أعتقا جميعاً، قال: كانت تحته على تطليقة واحدة «١». و نحوه خبر هشام بن سالم عنه (عليه السلام) «٢». و زاد في المختلف: أنه أحوط «٣» و أنه لما طلقت طلقه تعلق بها التحريم بطلقة أخرى، و الأصل عدم الزوال بالعتق. و ضعفه ظاهر. و أبو علي نقلها إلى حكم الحرائر في عدد الطلاق «٤» و يؤيده الاعتبار.

و لا إشكال في أنه لو سبق العتق الطلاق حرمت بعد ثلاث.

الأمر الثاني: الزوج المحلل

[اشتراط أمور أربعة]

و يشترط فيه أمور أربعة:

[الشرط الأول البلوغ]

الأول: البلوغ، فلا اعتبار بوطء الصبيّ أمّا غير المراهق، فبالإتفاق كما هو الظاهر، و يتبه عليه ما اعتبر من ذوق العسيلة. و أمّا إن كان مراهقاً فكذلك، وفاقاً للتهذيب «٥» و النهاية «٦» و الجامع «٧» و الشرائع «٨» و السرائر «٩» و الغنية «١٠» على إشكال من ظاهر الآية «١١» و الأخبار، فإنّ الظاهر من نكاح زوج آخر استقلال كلّ منهما بالنكاح، خصوصاً قد وقع في الآية بعد ذلك قوله: «فَإِنْ طَلَّقَهَا» و الطلاق لا- يصدر إلّا عن البالغ، و لأنّ عليّ بن الفضل الواسطي كتب إلى الرضا (عليه السّلام): رجل طلق امرأته الطلاق الّذى لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فتزوجها غلام لم يحتلم، قال: لا حتّى يبلغ، و كتب ما حدّ البلوغ؟ فقال: ما أوجب الله على المؤمنين الحدود «١٢».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٩٨ ب ٢٨ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٩٨ ب ٢٨ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٤.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٧٦ ٣٧٧.

(٤) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٧٦.

(٥) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٣٢ ذيل الحديث ٩٧.

(٦) النهاية: ج ٢ ص ٤٤٠.

(٧) الجامع للشرائع: ص ٤٦٧.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٢٨.

(٩) انظر السرائر: ج ٢ ص ٦٧١.

(١٠) غنية النزوع: ص ٣٧٣.

(١١) البقرة: ٢٣٠.

(١٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٦٧ ب ٨ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٨٥

و من عموم الزوج و النكاح في الآية و الأخبار، و التعليق في الأخبار بذوق العسيلة «١» و المراهق أهل له، و هو خيرة المبسوط «٢» و الخلاف «٣» و أبي على «٤».

الثاني: الوطاء بإجماع من عدا سعيد بن المسيب كما في الخلاف «٥» و المبسوط «٦» قبلًا بلا خلاف، و هو المفهوم من ذوق العسيلة حتى تغيب الحشفة أو قدرها من مقطوعها، فإنه لا نكاح بمعنى الوطاء في عرف الشرع بدونها، و لانتفاء ذوق العسيلة بدونها غالباً، و لأنه لم يعهد في الشرع اعتبار ما دونها، فوقعه بمنزلة العدم مع بقاء أصل الحرمة. و لا يشترط الإنزال بل لو أكسل حلّت للعموم، و ما قيل: من كون العسيلة هي الإنزال «٧» إن سلم، فلا شبهة أنه لا يراد بذوقها إلا الالتذاذ بالوطاء، و لا يتوقف على الإنزال و إن كان معه أشد.

[الشرط الثالث: استناد الوطاء إلى العقد الدائم]

الثالث: استناد الوطاء إلى العقد الدائم للاشتراط في الآية بنكاح زوج غيره، و التعقيب بقوله تعالى: «فَإِنْ طَلَّقَهَا» فلو وطئ بالملك أو المتعة أو الإباحة لم تحل على الزوج كما هو في نحو خبر العلاء بن فضيل سأل أحدهما (عليه السلام) عن رجل زوج عبده أمته ثم طلقها تطليقتين أيراجعها إن أراد مولاهما؟ قال: لا، قال: أفرأيت إن وطئها مولاهما أ يحل للعبد أن يراجعها؟ قال: لا حتى تتزوج زوجاً غيره و يدخل بها «٨». و خبر الصيقل قال للصادق (عليه السلام): رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فتزوجها رجل متعة أ تحل للأول؟ قال: لا، لأن الله تعالى يقول:

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٦٦ ٣٦٧ ب ٧ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٠٩ ١١٠.

(٣) الخلاف: ج ٤ ص ٥٠٤ مسألة ٨.

(٤) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٨٧.

(٥) الخلاف: ج ٤ ص ٥٠٢ مسألة ٦.

(٦) لم يرد في ن، ق. المبسوط: ج ٥ ص ١٠٩.

(٧) نهاية المرام: ج ٢ ص ٦٦.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٩٧ ب ٢٧ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٨٦

«فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا» «١» و المتعة ليس فيها طلاق «٢».

[الشرط الرابع: انتفاء الردة]

الرابع: انتفاء الردة المبطله للنكاح قبل الوطاء فلو تزوجها المحلل أى الزوج الثاني الذى يكون محللاً لو اجتمعت الشرائط مسلماً ثم وطئها بعد ردته لم تحل لاستناد الوطاء إلى زنا أو شبهة لانفساخ عقده بالردة لعدم الدخول. أما لو وطئها وطئاً حراماً مستنداً إلى عقد صحيح باقٍ على صحته كالمحرم أو فى الصوم الواجب أو فى حال الحيض فإشكال، ينشأ، من كونه منهيّاً عنه، فلا يكون مراداً للشارع فلا يفهم من النكاح و ذوق العسيلة إلا المحلل من ذلك، مع أصل بقاء الحرمة،

و هو خيرة أبي علي (٣) و الشيخ (٤).

و من استناد النكاح أى الوطء إلى عقد صحيح فيصدق الزوجية، و الوطء و ذوق العسيلة عامان، مع ما عرفت فى أوائل النكاح من أن ظاهر الآية إرادة العقد بالنكاح، إنما فهم اشتراط الوطء بالسنة و الإجماع. و التحليل من أحكام الوضع، فلا ينافيه فساد الوطء، و هو خيرة الجامع (٥) و المختلف (٦).

[النظر فى الأمر الثالث: فى الأحكام]

النظر الثالث: فى الأحكام أو (٧) الأمر الثالث: أمر الأحكام، أو «فى» زائدة.

لو انقضت من الطلقة الثالثة مدّة، فادّعت التزويج و اجتماع شروط التحليل و المفارقة و انقضاء العدة قبل مع الإمكان بلا يمين كما

(١) البقرة: ٢٣٠.

(٢) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٣٦٩ ب ٩ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٤.

(٣) حكاه عنه فى مختلف الشيعه: ج ٧ ص ٣٨٧.

(٤) الخلاف: ج ٤ ص ٥٠٤ مسألة ٩.

(٥) الجامع للشرائع: ص ٤٦٧.

(٦) مختلف الشيعه: ج ٧ ص ٣٨٧ ٣٨٨.

(٧) فى المطبوع بدل «أو»: «أى».

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٨٧

فى المبسوط (١) و إن بعد لأن فى جملة ذلك ما لا يتوصل إليه إلا بقولها، و هو الوطء و العدة، و ربما لم يمكنها إثبات التزويج بموت الزوج و انتفاء الشهود و نحو ذلك.

و لا يبعد توجه مطالبتها بالبينه على ما يمكن إقامتها عليه من النكاح و الفراق.

و فى رواية حميد الصحيحه عن الصادق (عليه السلام) قبل إن كانت ثقة سأله (عليه السلام) عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فبانت منه، فأراد مراجعتها، فقال: إنى أريد مراجعتك فتزوجى زوجاً غيرى، فقالت: قد تزوجت زوجاً غيرك و حللت لك نفسى، أ يصدق قولها و يراجعها و كيف يصنع؟ قال: إذا كانت المرأة ثقة صدقت فى قولها (٢).

فالاحتياط تجنبها مع التهمة، و يحتمل الاستحباب.

و لو دخل المحلل فى البين أو دخل بها فادّعت الإصابة المحللة فإن صدقها حلت للأول بلا إشكال و إن كذبها فالأقرب وفاقاً للمحقق العمل بقولها ثقة كانت أو لا، و إن كانت ثقة كما فى الخبر لتعدّر إقامة البينة عليها و لا تدعى بينها و بين المحلل ليرجح قوله أو يكلف باليمين.

و كذا لو جهل الدخول بها وجوداً و عدماً، لا إذا علم العدم.

و قيل فى المبسوط يعمل بما يغلب على الظن من صدقه و صدقها احتياطاً لا وجوباً، لقوله: و إن قال الزوج الثانى: ما أصبتها فإن غلب على ظنه صدقها قبل قولها، و إن كذبها يجنبها و ليس بحرام (٣).

فإن رجعت عن دعواها الإصابة قبل العقد عليها للزوج الأول لم تحلّ عليه لأخذها بإقرارها و إلا يكن الرجوع إلا بعد العقد لم

يقبل رجوعها لأنه إقرار في حق الزوج، و دعوى لبطلان العقد.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١١١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٠ ب ١١ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ١١١ وفيه بدل «و إن كذبها»: و إن غلب كذبها.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٨٨

و لو طلق الذمّيّة ثلاثاً على وجه يصحّ بأن أوقع الطلقات أو اثنتين منها و هو كافر، أو جوّزنا رجوع المسلم إليها و إن لم نجوز له نكاحها ابتداءً فتزوجت بعد انقضاء العدة ذمياً و اجتمعت شرائط التحليل ثمّ بانت منه، و أسلمت حلّت للأوّل بعقد مستأنف. و كذا إن لم تُسلم، إن جوّزنا ابتداءً نكاح الذمّيّة، لصحّة نكاح الكفّار و صدق الزوجيّة، و ذوق العسيلة، و عدم الدليل على اشتراط الإسلام.

و كذا كلّ مشرك طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت بمشرك، فإنّها تحلّ للأوّل بعد إسلامها و قبله لصحّة أنكح الكفّار. و لثمة علمت اشتراط الحلّ بوطنى زوج غيره كما هو نصّ الآية علمت أنّه لو وطئ الأمّة مولاها لم تحلّ على الزوج إذا طلقها مرّتين و مع ذلك فقد نصّت عليه الأخبار و قد سمعت بعضها.

و لو ملكها المطلق لم يحلّ «١» عليه و طؤها بالملك إلّا أن تنكح زوجاً غيره لعموم الآية، و للأخبار، كحسن الحلبيّ سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل حرّ كانت تحته أمه فطلقها بائناً، ثمّ اشتراها هل يحلّ له أن يطأها؟ قال: لا «٢».

و صحيح بريد العجلي عنه (عليه السّلام) فى الأمّة يطلقها «٣» تطليقتين ثمّ يشترها، قال: لا حتّى تنكح زوجاً غيره «٤».

و عن بعض الأصحاب الحلّ اقتصاراً فيما خالف الأصل على اليقين، و هو المتبادر من الآية، و هو الحرمة من جهة النكاح، و لعموم «مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» «٥». و لصحيح عبد الله بن سنان سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل كانت تحته أمه فطلقها

اصفهانى، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج ٨، ص: ٨٨

(١) فى قواعد الأحكام: لم تحلّ.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٩٥ ب ٢٦ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٥.

(٣) فى وسائل الشيعة زيادة: زوجها.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٩٥ ب ٢٦ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٣.

(٥) المؤمنون: ٦.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٨٩

على السنّة فبانت منه، ثمّ اشتراها بعد ذلك قبل أن تنكح زوجاً غيره، قال: أليس قد قضى علىّ (عليه السّلام) فى هذه؟ أحلتها آية و حرّمتها اخرى، و أنا أنهى عنها نفسى و ولدى «١». و ليس نصّاً فى الحلّ، بل هو أقرب إلى الحرمة.

و لصحيح أبي بصير سأله (عليه السّلام) رجل كانت تحته أمه فطلقها طلاقاً بائناً «٢» ثم اشترها بعد، قال «٣» يحلّ له فرجها من أجل شرائها، و الحرّ و العبد في هذه المنزلة سواء «٤».

و إنّما يتمّ الاحتجاج لو كان «ثانياً» بالمثلثة، و يحتمل أن يكون بالموحدة من بينونة.

و لا تأثير للوطء المستند إلى العقد الفاسد أو الشبهة في التحليل لانتفاء الزوجية، و أصل بقاء الحرمة.

و المجبوب إذا بقى من ذكره ما يغيب في فرجها قدر الحشفة حلّت بوطئه مع اجتماع باقى الشرائط، لصدق الوطء و ذوق العسيلة.

و كذا الموجوء و الخصي إذا وطئها. و خبر محمّد بن مضارب سأل الرضا (عليه السّلام) عن الخصي يحلّل؟ قال: لا يحلّل «٥».

ضعيف محتمل لعدم الوطء.

و لا فرق بين أن يكون المحلّل حرّاً أو عبداً عاقلاً أو مجنوناً و كذا الزوجة للعموم، و الأصل.

و لو كانت صغيرة فوطئها المحلّل قبل بلوغ التسع أفضى أم لا فكالوطء في الحيض في الإشكال منشأ إلّا إذا جهل التحريم، و ربّما يقوى العدم هنا بظاهر الآية، فإنّ الصغيرة لا تنكح بنفسها.

-
- (١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٩٤ ب ٢٦ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١.
- (٢) في ق بدل «بائناً»: ثانياً.
- (٣) في ق زيادة «لا» كما زاداها في الاستبصار: ج ٣ ص ٣١٠ ح ١١٠٤.
- (٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٩٥ ب ٢٦ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٤.
- (٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٦٩ ب ١٠ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١.
- كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٩٠.

المقصد الرابع في العَدَد و أحكامها و هنا ثمانية فصول

إشارة

المقصد الرابع في العَدَد و أحكامها و فيه فصول ثمانية:

[الفصل الأوّل في غير المدخول بها]

الأوّل في غير المدخول بها و من بحكمها من الصغيرة و اليائسة، و حكمهنّ في الاعتداد و جوباً و عدمه.

لا عدّة على من لم يدخّل بها الزوج من طلاق أو فسخ بالنصّ «١» و الإجماع و إن استدخلت ماءه من غير جماع، أو ساحقت موطوءة حين قامت من تحته.

و الدخول يحصل بغيوبة الحشفة أو ما ساواها من مقطوعها في قُبُل أو دبر، أنزل أو لم يُنزل، و سواء كان صحيح الأنتيين أو مقطوعهما للأخبار «٢» و لصدق المسّ و الدخول و إن بعد الحمل. و اقتصر في التحرير على القُبُل «٣».

و لو كان مقطوع الذكر خاصّة أى دون الأنتيين قيل في المبسوط و جبت عليها العدّة إن ساحقها فإن كانت حاملاً فبوضع الحمل،

و إلاً فبالأشهر دون الأقرء «٤» لإمكان الحمل عادةً بالمساحقة مع بقاء

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٠٣ ب ١ من أبواب أقسام العدد.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١ ص ٤٦٩ ب ٦ من أبواب الجنابة.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٧٠ س ١١.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٢٣٨.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٩١

الأُنثيين، بخلاف ما إذا لم تبقيا، لانتفاء العادة بالحمل حينئذٍ.

ومن المعلوم أنّ الأصل في الاعتداد بالحمل والتحرّز عن اختلاط المائين. ولذا انتفى عمّن لا- يحتمل ذلك فيها. ولشمول المسّ والدخول لذلك ولغيره، خرج غيره عن الملامسة بسائر الأعضاء بالإجماع. ومسّ مجبوب الذكر والأُنثيين جميعاً بالعلم عادةً ببراءة الرحم، ويبقى هذا المسّ داخلاً من غير مخرج له.

والجواب: أنّ المسّ في عرف الشرع حقيقة أو مجازاً مشهور في الوطء. وكذا الدخول بها، فلا أقلّ من تبادره إلى الفهم، وإمكان الحمل إن اعتبر، وكان حاصلًا مع وجود الأُنثيين دون عدمهما، فينبغي أن لا يعتدّ بوطء مقطوعهما دون الذكر مع نصّه على الاعتداد به.

ولكن لو ظهر بها مع المساحقة حمل اعتدّت بوضعه للحقوق السبب به، والحكم بأنّه منه، مع قوله تعالى: «وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» «١».

وكذا لو كان مقطوع الذكر والأُنثيين فساحقتها فظهر حمل، اعتدّت بالوضع على إشكال من الفراش، وكون معدن المنى الصلب بنصّ الآية. ومن قضاء العادة بالعدم مع انتفاء الأُنثيين.

ولا- تجب عليها العدة فيما بينها وبين الله بالخلوة المنفردة عن الوطء وإن كانت كاملة بالبلوغ وعدم اليأس، أو كانت الخلوة تامة، كأن تكون في منزله، سواء وطئها فيما دون الفرج أو لا، للنصّ «٢» والاعتبار والأصل. وقد عرفت معنى ما ورد من الأخبار الحاكمة بكون الخلوة كالدخول وما وافقها من كلام الأصحاب.

ولو اختلفا حينئذٍ خلاها في الإصابة فالقول قوله مع يمينه

(١) الطلاق: ٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٠٢ ب ١ من أبواب العدد.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٩٢

في العدم كما في التحرير «١» للأصل، فإن أقامت شاهدين، أو شاهداً وامرأتين، أو شاهداً وحلفت، استحققت تمام المهر، وإلاً فلا، خلافاً لمن استظهر الإصابة بالخلوة، ورجّحه على الأصل.

وفي المبسوط: أنّ قضية أحاديث أصحابنا أنّه إن كان هناك ما يعلم به صدق قولها مثل: أن كانت بكرًا فوجدت كما كانت، فالقول قولها، وإن كانت ثيبًا، فالقول قوله، للأصل «٢».

و حقّ الكلام «فوجدت لا كما كانت» ولذا نسبه في التحرير إلى الاضطراب «٣». فكأنّ «لا» سقطت من القلم.

ثمّ الأنسب بهذا المقام أن يدعى الزوج الإصابة، فيحتمل أن يكون هو المراد، ويكون رجّح الظاهر، والعمل بالأخبار الحاكمة

بكون الخلوة بمنزلة الدخول «٤».

و لو دخل بالصغيرة و هي: من نقص سنّها عن تسع، أو اليائسة و هي: من بلغت خمسين سنة إن لم تكن قرشيّة أو نبطيّة أو ستين إن كانت قرشيّة أو نبطيّة، فلا- اعتبار به، و لا- يجب لأجله عدّة من طلاق و لا فسخ على رأى وفاقاً للمشهور، للأصل و براءة الرحم، و الأخبار كصحيح حمّاد بن عثمان سأل الصادق (عليه السّلام) عن التي قد يئست من المحيض و التي لا تحيض مثلها، قال: ليس عليها عدّة «٥». و خبر عبد الرحمن بن الحجّاج سمعه (عليه السّلام) يقول: ثلاث يتزوجن على كلّ حال: التي يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، قلت: و متى تكون كذلك؟ قال: إذا بلغت ستين سنة فقد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، و التي لا- تحيض و مثلها لا تحيض، قلت: و متى تكون كذلك؟ قال: متى لم تبلغ تسع سنين فإنّها لا تحيض و مثلها لا تحيض، و التي لم يدخل بها «٦».

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٧٠ س ١٢.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢٤٨.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٧٠ س ١٥.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٦ ب ٥٥ من أبواب المهور.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٠٥ ب ٢ من أبواب العدد ح ١.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٠٩ ب ٣ من أبواب العدد ح ٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٩٣

و خلافاً للسيد فأوجب عليهما الاعتداد بثلاثة أشهر «١» و هو ظاهر ابن شهر آشوب و قال ابن زهرة: إنّه المذى يقتضيه الاحتياط لقوله تعالى: «وَ اللَّائِي يئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ» «٢».

قال في الانتصار: و هذا صريح في أنّ الآيات من المحيض و اللائى لم يبلغن عدّتهنّ الأشهر على كلّ حال، لأنّ قوله تعالى: «وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ» «٣» معناه: و اللائى لم يحضن كذلك. و ذكر أنّ معنى: «إِنْ ارْتَبْتُمْ» ما ذكره جمهور المفسّرين و أهل العلم بالتأويل: من أنّكم إن ارتبتم فى عدّة هؤلاء و مبلغها، فاعلموا أنّ عدّتهنّ ثلاثة أشهر «٤».

و يعضده ما روى من قول ابى بن كعب: يا رسول الله إنّ عدداً من عدد النساء لم تُذكر فى الكتاب الصغار و الكبار و أولات الأحمال، فأنزل الله تعالى: «وَ اللَّائِي يئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ» إلى قوله: «وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» «٥» و أنّه لا يجوز أن يكون المراد الارتياب فى البأس و عدمه، للتعبير بـ «اللّائى يئسن من المحيض» و لأنّ الارتياب إن كان، فمهنّ لا من الرجال، لأنهم يرجعون إليهنّ فى المحيض و اليأس، فلو كان ذلك مراداً لقليل: إن ارتبنّ أو ارتبتنّ.

و لبعض الأخبار كصحيح الحلبيّ عن الصادق (عليه السّلام) قال: عدّة المرأة التي لا تحيض و المستحاضة التي لا تطهر و الجارية التي قد يئست و لم تدر ك الحيض ثلاثة أشهر «٦».

و خبر على بن أبى حمزة عن أبى بصير قال: عدّة التي لم تبلغ المحيض ثلاثة أشهر، و التي قد قعدت من المحيض ثلاثة أشهر «٧».

(١) الانتصار: ص ١٤٦.

(٢) غنية النزوع: ص ٣٨٢.

(٣) الطلاق: ٤.

(٤) الانتصار: ص ١٤٦.

(٥) تفسير القرآن لابن كثير القرشي: ج ٤ ص ٣٨١.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٠٧ ب ٢ من أبواب العدد ح ٨.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٠٧ ب ٢ من أبواب العدد ح ٦.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٩٤

و خبر ابن سنان عن الصادق (عليه السلام)، قال في الجارية التي لم تدرك الحيض: يطلقها زوجها بالشهور «١».

و خبر هارون بن حمزة الغنوي سأله (عليه السلام) عن جارية طلقت و لم تحض بعد، فمضى لها شهران ثم حاضت أ تعتد بالشهرين؟ قال: نعم و تكمل عدتها شهراً، قال: فقلت: أ تكمل عدتها بحيضة؟ قال: لا، بل بشهر مضى آخر عدتها على ما يمضى عليه أولها «٢».

و خبر أبي بصير عنه (عليه السلام) قال: عدّة التي لم تحض و المستحاضة التي لا تطهر ثلاثة أشهر «٣».

و الجواب: أمّا عن الآية فبأنه خلاف الظاهر من التعبير بالارتياب، و الأنسب الجهل. و من أنه لا كثير فائدة فيه حينئذٍ. و من تأويل الجزاء بالأمر بالعلم به و لا يتعين الصغار و الكبار في قول ابى لغير البالغة و اليائسة. مع أنه قد قدح فيه بأنه إن صحّ لزم تقدّم عدّة ذوات الأقراء، مع أنها إنّما ذكرت في البقرة و هي مدنيّة و تلك الآية في الطلاق و هي مكّيّة في المشهور، و لا يبعد الحمل على الارتياب في اليأس و عدمه التعبير باليأس، لجواز أن لا يراد «٤» باليأس ما هو المعروف عند الفقهاء، و لا الرجوع إليهنّ في الحيض عدمه، لأنّ ارتيابها يوجب ارتيابنا إذا راجعنا إليها، مع أنّ الرجوع إليها في اليأس المعتبر شرعاً ممنوع، فإنّه في الحقيقة خير عن السنّ.

و أمّا الأخبار فمحمولة على من بلغت و لكن لم تحض، أو انقطع حيضها لكن لم تبلغ سنّ اليأس.

أمّا الموت فيثبت فيه العدّة و إن لم يدخل بها الزوج و إن كانت

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٠٧ ب ٢ من أبواب العدد ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٠٨ ب ٢ من أبواب العدد ح ٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٣ ب ٤ من أبواب العدد ح ٩.

(٤) في ق، ط بدل «لا يراد»: يراد.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٩٥

صغيرة أو يائسة دخل أو لا- كما سيأتي، و لعلّ السرّ فيه أنّ الغرض من اعتداد المتوفّي عنها ليس مقصوداً على استبراء الرحم كالمطلّقة، بل قصد منه الحداد أيضاً.

الفصل الثاني في عدّة الحائل من الطلاق و فيه مطلبان

[المطلب الأول في ذوات الأقراء]

الأول في ذوات الأقراء الحرّة المستقيمة الحيض عدا من سيأتي استثنائها تعتدّ إذا دخل بها و كانت حائلاً بثلاثة أقراء بالنص «١» والإجماع، وفيه تنبيه على خطأ من زعم أنّ الأقراء جمع للقرء بالضم، بمعنى الحيض كقفل و أقفال، و الذي بمعنى الطهر بالفتح و جمعه قروء كحرب و حروب.

و هي الأطهار وفاقاً للمشهور. و في الخلاف و غيره الإجماع عليه «٢» لقوله تعالى: «فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ» «٣» فإنّ الظاهر كون اللام ظرفيّة، و الطلاق لا- يصحّ إلّا في الطهر فهو المعدود من العدّة. و للأخبار من العامّة و الخاصّة كحسن زرارة عن الباقر (عليه السلام) قال: القرء ما بين الحيضتين «٤». و كذا حسن محمّد بن مسلم و صحيح زرارة عنه (عليه السلام) قال: الأقراء هي الأطهار «٥». و حسنه عنه (عليه السلام) قال: إذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد انقضت عدّتها و حلّت للأزواج، قال: قلت له: إنّ أهل العراق يروون عن عليّ (عليه السلام) أنّه قال: هو أحقّ برجعته ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة، فقال: قد كذبوا «٦». و غيرها من الأخبار الناصّة على انقضاء العدّة بأول قطرة من الحيضة الثالثة «٧».

(١) وسائل الشيعّة: ج ١٥ ص ٤٢١ ب ١٢ من أبواب العدد.

(٢) الخلاف: ج ٤ ص ٤٤٦ مسألة ٢.

(٣) الطلاق: ١.

(٤) وسائل الشيعّة: ج ١٥ ص ٤٢٤ ب ١٤ من أبواب العدد ح ١.

(٥) وسائل الشيعّة: ج ١٥ ص ٤٢٤ ب ١٤ من أبواب العدد ح ٢.

(٦) وسائل الشيعّة: ج ١٥ ص ٤٢٦ ب ١٥ من أبواب العدد ح ١.

(٧) وسائل الشيعّة: ج ١٥ ص ٤٢٨ ب ١٥ من أبواب العدد ح ٨.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٩٦

و خلافاً لسائر «١» تمسّكاً بأخبار كالناصيّة على أنّ له الرجوع ما لم تنقض الثالثة، كصحيح محمّد بن مسلم عن الباقر (عليه السلام) في الرجل يطلق امرأته على طهر من غير جماع يدعها حتى في قرئها الثالث و يحضر غسلها ثمّ يراجعها و يشهد على رجعتها، قال: هو أملك بها ما لم تحلّ لها الصلاة «٢».

و خبر عبد الله بن ميمون عن الصادق (عليه السلام) قال: قال عليّ (عليه السلام): إذا طلق الرجل المرأة فهو أحقّ بها ما لم تغتسل من الثالثة «٣». و هي مع احتمال التقيّة يحتمل أن يراد فيها بالثالث الطهر الثالث، و يكون الأولى الرجوع إليها قبله.

و كالناصيّة على أنّها الحيضات، كصحيح الحلبيّ عن الصادق (عليه السلام) قال: عدّة التي تحيض و يستقيم حيضها ثلاثة أقراء و هي ثلاث حيض. و نحو صحيح ابن مسكان عن أبي بصير «٤». و هي مع احتمال التقيّة، يحتمل أن يكون المراد أنّ عليها أن تعتدّ ثلاث حيضات فإنّها لا تبين إلّا برؤية الثالثة. و أن يكون التفسير ب «ثلاث حيض» من الراوى.

و حكى الشيخ عن شيخه الجمع بين الأخبار بأنّه: إذا طلقها في آخر طهرها اعتدّت بالحيض، و إن طلقها في أوّلها اعتدّت بالأطهار «٥».

و لا فرق فى الاعتراد بثلاثة أقرأء بين الطلاق و الفسخ و إن اختصت الآية بالطلاق.
و سواء عندنا أن الحرّة تعتدّ بها كان زوجها حرّاً أو عبداً فلا عبرة بالزوج عندنا كما نطقت به الأخبار عموماً أو خصوصاً، كحسن
زرارة سأل الباقر (عليه السلام) عن حرّ تحتة أمه، أو عبد تحتة حرّة، فكم طلاقها و كم عدّتها؟ فقال:

(١) المراسم: ص ١٦٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٣٠ ب ١٥ من أبواب العدد ح ١٥.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٢٩ ب ١٥ من أبواب العدد ح ١٢.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٢٥ ب ١٤ من أبواب العدد ح ٧ و ذيله.

(٥) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٢٧ ذيل حديث ٤٣٨. و فيه بدل «اعتدّت بالأطهار»: اعتدّت بالأقرأء الّتى هى الأطهار.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٩٧

السنة فى النساء فى الطلاق، فإن كانت حرّة فطلاقها ثلاث و عدّتها ثلاثة أقرأء، و إن كان حرّاً تحتة أمه فطلاقها تطليقتان و عدّتها
قرءان «١».

و يُحتسب من الثلاثة الأقرأء القرء «٢» بعد الطلاق و إن كان لحظة بلا خلاف لصدق القرء عليها، و نطق الأخبار بالبينونة عند
رؤية الدم ثالثاً كما أنه لا خلاف فى اعتبار تمام الطهر بين الحيضتين فى القرءين الآخرين.

و لو حاضت مع انتهاء لفظة الطلاق من غير انفصال بينهما و إن بعد الفرض صحّ الطلاق، لوقوعه بتمامه فى الطهر، و لم يُحتسب
طهر الطلاق قرءاً و افتقرت إلى ثلاثة أقرأء أو مستأنفة بعد الحيض فلا تبيّن إلّا برؤية الدم الرابع. و الوجه ظاهر.

و لا خلاف عند من اعتبر الأطهار فى أنه إذا رأت الدم الثالث خرجت من العدة كما لا خلاف عندهم فى أنها لا تخرج ما لم تره
لما عرفت من اعتبار تمامية الطهرين الثانيتين، و قد عرفت الأخبار الناطقة بالخروج و ما يازائها، و وجوه الجمع بينها.

و لما عرفت ما تقدّم، عرفت أن أقلّ زمان تنقضى به العدة للمستقيمة الحيض ستة و عشرون يوماً هى أقلّ طهرين و حيضين و
لحظتان إحداهما لحظة الطهر بعد لفظة الطلاق، و الأخرى لحظة الدم الثالث، بل الأقلّ ثلاثة و عشرون يوماً و ثلاث لحظات، بأن
طلّقها بعد الوضع قبل رؤية النفاس ثم رأت لحظة.

و لكن الأخيرة دلالة على الخروج، لا جزء للعدة وفقاً للمحقّق «٣» فإنّ العدة إنّما هى ثلاثة أقرأء بالاتّفاق. و خلافاً للمبسوط قال:
لأنّ بها تكمل العدة «٤». قلنا: بل بها يظهر كمالها، و هو فى الحقيقة مصادرة. و ربّما قيل: لأنّ القرء

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٦٩ ب ٤٠ من أبواب العدد ح ١.

(٢) فى ط، ق بدل «القرء»: القُروء. و فى قواعد الأحكام بدلها: الطهر.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٣٤.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٢٣٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٩٨

هو الانتقال من الطهر إلى الحيض لا نفس الطهر، و هو ممنوع. و قد يتمسك بظاهر ما نطق من الأخبار: بأنّها تبيّن إذا رأت الدم
الثالث «١». و ضعفه ظاهر.

و للخلاف فوائد فلا يصحّ على المختار فيه أى اللحظة الرجعة إن اتّفتت فيه، و ممّا يعضده قول الباقر (عليه السلام) لإسماعيل

الجعفى: هو أملك برجعته ما لم تقع فى الدم من الحىضة الثالثة «٢».

و من فوائده أنه لو اتفق عقد الزوج الثانى فى صح على المختار.

و منها: إذا اتفق موت زوجها فى تلك اللحظة، فإنها لا ترث على المختار، و لا ينافيه خبر زرارة عن أحدهما (عليهما السلام)

قال: المطلقة ترث و تورث حتى ترى الدم الثالث، فإذا رآته فقد انقطع «٣».

و لو اختلفت عاداتها فى الوقت أو تعجل بها الدم صبرت فى الثالث إلى انقضاء أقل الحىض و إن قلنا بتحريضها بالرؤية، استصحاباً للعدة إلى حصول اليقين بالانقضاء.

و أطبقت الأصحاب و دلت الأخبار «٤» و الاعتبار على أن المرجع فى الحىض و الطهر إليها، فلو قالت: كان قد بقى بعد الطلاق

زمان يسير من الطهر، فأنكر، قدّم قولها و إن تضمن الخروج من العدة المخالف للأصل و إنما يقدم قولها مع احتمال الصحة.

و لذا لو ادعت الانقضاء قبل مضي أقل زمان تنقضى به العدة لم تقبل دعواها، فإن ادعت ذلك و صبرت حتى مضى زمان الأقل

ثم قال: غلطت أولاً فيما كنت ادعيته و الآن انقضت عدتي، قبل قولها

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٢٦ ب ١٥ من أبواب العدد.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٢٧ ب ١٥ من أبواب العدد ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٥٣٠ ب ١٣ من أبواب ميراث الأزواج ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢ ص ٥٩٦ ب ٤٧ من أبواب الحىض.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٩٩

لعموم الأدلة، و عدم المعارضة بالكذب السابق. و إن أصرت على الدعوى من غير تقييد بزمان بل إنما تقول: انقضت عدتي،

كما كانت تقوله أولاً.

ففى الحكم بانقضاء عدتها إشكال ينشأ: من ظهور كذبها فيما كانت تدعيه، و الظاهر اتحاد الدعويين فما تدعيه لا يقبل، و مجرد

انقضاء أقل الزمان لا يكفى فى الحكم بانقضاء العدة، و هو خيرة التحرير «١».

و من قبول دعواها الانقضاء لو استأنفتها الآن فيجعل الدوام كالاتئناف و هو الأقوى، وفاقاً لظاهر المبسوط «٢» لاختلاف اللفظ و

الزمان فى الدعوى، و أصالة الصدق، فليحمل الثانية على الوجه الصحيح، إذ لا ملازمة بين الدعويين فى الكذب، و لا فرق بين

أن تعترف بالغلط فى الأولى أو لا.

و أما إذا وقّت الدعوى الثانية، فلا إشكال فى القبول إن وقّته بما بعد أقل العدة، و العدم إن وقّته بما قبله.

و لا يشترط عندنا فى القرء أن يكون بين حىضتين للأصل و العموم. و ما فى بعض الأخبار من ذلك «٣» محمول على الغالب أو

التمثيل. و كذا قول ابن زهرة: و القرء المعتبر، الطهر بين الحىضتين بدليل إجماع الطائفة «٤» و قول ابن إدريس: و القرء بفتح

القاف عندنا: هو الطهر بين الحىضتين «٥». و قول الشيخ فى الاستبصار: و هو جمع ما بين الحىضتين «٦».

فلو طلقها قبل أن ترى الدم ثم ابتدأت بالحىض، احتسب الطهر بين الطلاق و ابتداء الحىض قرءاً، و زمان الاستحاضة كالطهر إذ

لا عبرة إلا بالخلو من الحىض، و هو مدلول القرء.

(١) انظر تحرير الأحكام: ج ١ ص ٧٠ س ٣٤.

(٢) انظر المبسوط: ج ٥ ص ١٠٠.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٢٤ ب ١٤ من أبواب العدد.

(٤) غنية النزوع: ص ٣٨٢.

(٥) السرائر: ج ٢ ص ٧٣٢.

(٦) الاستبصار: ج ٣ ص ٣٣٠ ذيل الحديث ١١٧٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٠٠

و لو استمرّ بها الدم مشتبهاً بأن تجاوز العشرة رجعت إلى عاداتها المستقيمة وقتاً و عدداً، أو أحدهما إن كانت، و أمكن اعتبارها، بأن لم يتقدّم على ما اعتادته من الوقت، و لا تأخرت عنه.

فإن لم تكن لها عادة مستقيمة رجعت في الوقت و العدد أو أحدهما إلى التميز مبتدئة كانت أو مضطربة.

فإن فقدته رجعت إلى عادة نساءها من قرابتها ثم أقرانها كما تقدّم في الطهارة إن كانت مبتدئة، لأنها التي نطقت الأخبار بروجوعها إلى نساءها (١) و لعلهم أطلقوا تكالماً على ظهوره ممّا مرّ في الطهارة. و ما في الإرشاد: من التصريح بالمضطربة دون المبتدئة (٢) فكأنه من سهو القلم.

و لابن إدريس هنا كلام لا يفهم قال: و إذا كانت المطلقة مستحاضة و تعرف أيام حيضها فلتعتد بالأقراء، و إن لم تعرف أيام حيضها اعتبرت صفة الدم، و اعتدت أيضاً بالأقراء، فإن اشتبه عليها دم الحيض بدم الاستحاضة، و لم يكن لها طريق إلى الفرق بينهما، اعتبرت عادة نساءها في الحيض فتعتد على عاداتهنّ في الأقراء. هكذا ذكره شيخنا في نهايته، و الأولى تقديم العادة على اعتبار صفة الدم، لأنّ العادة أقوى، فإن لم تكن لها نساء لهنّ عادة رجعت إلى اعتبار صفة الدم، و هذا مذهبه في «جمله و عقوده» فإن لم تكن لها نساء، أو كنّ مختلفات العادة، اعتدت بثلاثة أشهر و قد بانّت منه انتهى (٣).

فإن أراد تقديم عاداتها على التميز فهو كذلك، لكنّ الشيخ لم يقل بخلافه، و إن أراد تقديم عادة نساءها، فلم يقل به أحد و لا نفسه في الطهارة و لا هنا، فإنّ قوله: «فإن لم يكن لها نساء» إلى آخر الكلام مشعر بموافقة الشيخ، و لا كلام الشيخ في «الجمل» ممّا يوهّم ذلك، فضلاً عن أن يكون مذهبه.

(١) وسائل الشيعة: ج ٢ ص ٥٤٦ ب ٨ من أبواب الحيض.

(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ٤٧.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧٤١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٠١

فإن فقدت النساء أو اختلفن اعتدت بالأشهر لقول الصادق (عليه السلام) في خبر الحلبي: عدّة المرأة التي لا تحيض، و المستحاضة التي لا تطهر ثلاثة أشهر (١). و نحوه في خبر أبي بصير (٢).

قال ابن إدريس: هذا على قول من يقول: بكون حيض هذه في كلّ شهر ثلاثة أيام أو عشرة أيام أو سبعة أيام، ففي الثلاثة الأشهر يحصل لها ثلاثة أطهار، فأما على قول من يقول: تجعل عشرة أيام طهراً و عشرة أيام حيضاً، فيكون عدتها أربعين يوماً و لحظتين (٣).

و فيه: أنه لا يتعيّن الثلاثة الأشهر على القول الأوّل، بل يكفي شهران و لحظتان، بل اعتدادها بالأشهر، لورود النصّ به بخصوصه (٤).

و يمكن أن يكون السرّ فيه، أنّ العدّة لا بدّ من انضباطها، و إذا علمت بالروايات في الحيض، تخيّرت في تعيين أيام الحيض من

أى من أيام الشهر شاءت، فلا تنضب العدة.

و لو كان حيضها فى كل سنة أشهر أو خمسة أو أربعة اعتدت بالأشهر اتفاقاً كما فى الخلاف «٥» و السرائر «٦». و لنحو قول الباقر (عليه السلام) فى صحيح زرارة: أمران أيهما سبق إليها بانث به المطلقة المسترابة التى تسترب الحيض إن مرّت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانث بها «٧» و إن مرّت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانث بالحيض «٨». و أمّا نحو قول أحدهما (عليهما السلام) فى صحيح محمد بن مسلم فى التى تحيض

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٢ ب ٤ من أبواب العدد ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٣ ب ٤ من أبواب العدد ح ٩.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧٤١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٢ ب ٤ من أبواب العدد ح ٧.

(٥) الخلاف: ج ٥ ص ٥٧ مسألة ٥.

(٦) السرائر: ج ٢ ص ٧٤٢.

(٧) فى وسائل الشيعة بدل «بها»: منه.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١١ ب ٤ من أبواب العدد ح ٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٠٢

فى كل ثلاثة أشهر مرّة، أو فى ستة أو فى سبعة أشهر: إن عدتها ثلاثة أشهر «١». فلعله محمول على التحيض بعد كل ثلاثة أشهر. و لا يشترط فى الاعتداد بالأشهر وقوع الطلاق بحيث يتعقبه ثلاثة أشهر بيض، لإطلاق النصوص من الأخبار «٢» و الأصحاب. فلو كانت لا تحيض إلّا بعد ثلاثة، و طلقت حيث بقى إلى حيضها شهر، اعتدت بالأشهر أيضاً و إن رأت الدم بعد شهر، لصدق سبق ثلاثة أشهر بيض على ثلاث حيض، فإنه أعمّ من أن يكون بعد الطلاق من غير فصل أو مع الفصل، فيكون عدتها ثلاثة أشهر مع الحيض السابق و الطهر السابق عليه، و لا بعد فى اختلاف العدة باختلاف وقت الطلاق طولاً و قصرًا، بل هو واقع فى المعتدة بالأقراء.

و لو اعتدت من بلغت سنّ الحيض و لم تحض بالأشهر، ثم رأت الدم بعد انقضاء العدة لم يلزمها استئناف الاعتداد بالأقراء ثانياً اتفاقاً، لأنها بانث بانقضاء ما كان عليها.

و لو رأتها فى الأثناء اعتدت بالأقراء لدخولها فى عموم أدلتها و تعتد بالطهر السابق قرءاً خلافاً لبعض العامة «٣» بناءً على كون القرء هو الطهر بين الحيضتين.

و لو رأت الدم مرّة أو مرتين فى وجه ثم بلغت سنّ اليأس أكملت العدة بشهرين أو بشهر، لخبر هارون بن حمزة عن الصادق (عليه السلام) فى امرأه طلقت و قد طعنت فى السنّ فحاضت حيضة واحدة ثم ارتفع حيضها فقال: تعتد بالحيض و شهرين مستقبلين، فإنها قد يئست من المحيض «٤». و لأنها حين طلقت كانت مكلفة بالاعتداد، و لما تعدد اعتدادها بالأقراء، لزمها الاعتداد بالأشهر،

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٠ ب ٤ من أبواب العدد ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٠ ب ٤ من أبواب العدد.

(٣) الأمّ للشافعيّ: ج ٥ ص ٢١٥.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٦ ب ٦ من أبواب العدد ح ١. وفيه بدل «بالحيض»: بالحيضة.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٠٣

لقيامها مقامها. ولضعفهما يشكل إن لم يكن عليه إجماع، ولما لم يتضمّن الخبر إلّا الرؤية مرّة اقتصروا عليها.

ولو رأت الدم ثمّ انقطع عنها من غير بلوغها سنّ اليأس، بل كان مثلها تحيض، اعتدّت بثلاثة أشهر إن استمرّ الانقطاع ثلاثة فصاعداً، لما عرفت.

و بالجمله فقد عرفت أنّها تراعى الشهور و الحيض أيهما سبق خرجت العدة.

أمّا لو كانت لا- تحيض و مثلها تحيض، و اعتدّت بالأشهر و رأت الدم في الشهر الثالث فقد عرفت أنّها تنتقل إلى الاعتداد بالأقراء.

ولكن إن تأخّرت الحيضة الثانية أو الثالثة صبرت تسعة أشهر من حين الطلاق لتعلم براءة رحمها من الحمل ثمّ اعتدّت بعد ذلك بثلاثة أشهر للاستبراء، لخبر سورة بن كليب قال سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجل طلق امرأته تطليقة «١» على طهر من غير جماع بشهود طلاق السنّة، و هي ممّن تحيض فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلّا حيضة واحدة، ثمّ ارتفعت حيضتها حتّى مضت ثلاثة أشهر أخرى، و لم تدر ما رفع حيضتها، قال: إن كانت شابةً مستقيمة الطمث فلم تطمئ في ثلاثة أشهر إلّا حيضة، ثمّ ارتفع طمثها فلا تدرى ما رفعها، فإنّها تتربّص تسعة أشهر من يوم طلقها، ثمّ تعتدّ بعد ذلك ثلاثة أشهر، ثمّ تتزوج بعد ذلك إن شاءت «٢».

ولما كان الاعتداد بثلاثة آخر بعد التسعة خلاف الأصل، اقتصر فيه على ما هو ظاهر الخبر من رؤيتها الدم في الشهر الثالث. فلو رآته في الأوّل أو الثاني، احتمل الاكتفاء بالتسعة، و احتمل المساواة لما رآته في الثالث، للاشتراك في احتمال الحمل، بل أولويّتها منها.

و في رواية عمّار الساباطي أنّها تصبر سنه، ثمّ تعتدّ بثلاثة أشهر

(١) في وسائل الشيعة زيادة: واحدة.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٢٣ ب ١٣ من أبواب العدد ح ٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٠٤

قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجل عنده امرأة شابةً و هي تحيض في كلّ شهرين أو ثلاثة أشهر حيضةً واحدة، كيف يطلقها زوجها؟ فقال: أمر هذه شديد، هذه تطلق طلاق السنّة تطليقةً واحدةً على طهر من غير جماع بشهود، ثمّ تترك حتّى تحيض ثلاث حيض، متى حاضتها فقد انقضت عدّتها، قلت له: فإن مضت سنه و لم تحض فيها ثلاث حيض، قال: تتربّص بها بعد السنّة ثلاثة أشهر، ثمّ قد انقضت عدّتها، قلت: فإن ماتت أو مات زوجها، قال: فأيهما مات ورثه صاحبه ما بينه و بين خمسة عشر شهراً «١».

و نزلها قوم منهم: الشيخ في النهاية «٢» و ابنا حمزة «٣» و البراج «٤» و يحيى بن سعيد «٥» على احتباس الدم الثالث لنصوصيّة الأوّل في احتباس الثاني، و إنّما قيل في هذه: إنّها لم تحض في السنّة ثلاثاً، و لأنّه مناسب للاعتبار فإنّها عند احتباس الثاني تتربّص تسعة أشهر للحمل. و ثلاثة للعدة كما هو قضيّة الخبر الأوّل، و ذلك إن لم ترّ دمًا في الثلاثة بعد التسعة، فإن رأت دمًا في آخر الثلاثة أي آخر السنّة لم يكن بدّ من التربّص ثلاثة أخرى لتمرّ، عليها بيضاً، أو مع الدم الثالث، فليحمل الخبر الثاني عليه،

فإنَّ السائل إنَّما ذكر أنَّها لم تحض في السنة ثلاثاً، فاندفع ما في الشرائع من أنَّه تحكَّم «٦» من غير ابتناء على كون السنة أقصى مدَّة الحمل كما في النكت «٧».

و لم يعتبر ابن إدريس إلَّا التسعة أشهر، قال: لأنَّ في ذلك المطلوب من سبق الأشهر البيض الثلاثة أو وضع الحمل، وإنَّما ذلك خبر واحد، أورده شيخنا في نهايته إيراداً لا اعتقاداً «٨».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٢٢ ب ١٣ من أبواب العدد ح ١.

(٢) النهاية: ج ٢ ص ٤٨١.

(٣) الوسيلة: ص ٣٢٦.

(٤) المهذب: ج ٢ ص ٣٢٠.

(٥) الجامع للشرائع: ص ٤٧١.

(٦) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٣٦.

(٧) نكت النهاية: ج ٢ ص ٤٨٠.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ٧٤٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٠٥

و على كلِّ من هذه الأقوال يخالف الحكم في هذه الصورة ما تبين سابقاً من الاعتداد بأى الأمرين سبق من الأشهر الثلاثة البيض، أو بالأقراء الثلاثة.

فالمخلص أنَّها إن رأت الدم مرّة أو مرّتين ثم ارتفعت لليأس، لفقت بين العدّتين، و إلّا فإن استرابت بالحمل صبرت تسعة أشهر أو سنة أو خمسة عشر شهراً، و إلّا اعتدّت بأسبق الأمرين.

و قريب منه قول القاضى: إذا كانت المرأة ممّن تحيض و تطهر و تعتدّ بالأقراء إذا انقطع عنها الدم لعارض من مرض أو رضاع لم تعتدّ بالشهور، بل تتربّص حتى تأتى بثلاثة قروء و إن طال مدّتها، و إن انقطع لغير عارض و مضى لها ثلاثة أشهر بيض لم ترّ فيها دمًا فقد انقضت عدّتها، و إن رأت الدم قبل ذلك ثم ارتفع حيضها لغير عذر أضافت إليها شهرين، و إن كان لعذر صبرت تمام تسعة أشهر ثم اعتدّت بعدها بثلاثة أشهر، فإن ارتفع الدم الثالث صبرت تمام سنة ثم اعتدّت بثلاثة أشهر بعد ذلك «١».

[المطلب الثانى فى ذوات الشهور]

المطلب الثانى فى ذوات الشهور الحرّة التى لا تحيض، و هى فى سنّ من تحيض، المدخول بها تعتدّ من الطلاق و الفسخ و من وطء الأجنبيّ إن كان الوطاء عن شبهة بثلاثة أشهر اتّفاقاً، و للنصوص من الكتاب «٢» و السنة «٣».

فإن طلّقت فى أوّل الهلال بأن انطبق آخر لفظ الطلاق على الغروب ليله الهلال اعتدّت بالأهله اتّفاقاً، لانصراف الشهر إلى الهلالى فى عرف الشرع، بل و فى العرف العامّ نقصت أو كملت.

و إن طلّقت فى أثناء الشهر اعتدّت بهلالين بعد مضيّ ما بقى من الأوّل الذى وقع فيه الطلاق ثم أخذت من الثالث و هو رابع ما وقع فيه الطلاق كمال ثلاثين على رأى كما تقدّم فى أجل السلف، لإمكان الهالليّة فى الشهرين و تعدّره فى الباقي، فينصرف إلى العدديّ.

(١) المهذب: ج ٢ ص ٣٢٠.

(٢) الطلاق: ٤.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٣ ٤١٢ ب ٤ من أبواب العدد ح ٩٧.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٠٦

و فيه قولان آخران:

الأول: اعتبار العددي في الجميع، لأنه يُكْمَلُ الأوَّل من الثاني فينكسر، و يُكْمَل من الثالث فينكسر، فيُكْمَل من الرابع. والآخِر: اعتبار الهلالي في الجميع، لإمكان اعتباره و عدم الفوت من الشهر الأوَّل إلَّا من أوَّلِهِ، وهو العُدَى يجب تداركه من الرابع.

و لو انقضت العدة و نكحت آخر فارتابت بالحمل من الأوَّل لم يبطل النكاح لأصل الصحة و انتفاء الحمل، خصوصاً بعد مضي ثلاثة أشهر، فإنها مدة يستبين فيها الحمل إن كان، و لذا ضربت مدة للعدة كما نطق به نحو خبر محمد بن حكيم عن الكاظم (عليه السلام) قال له: المرأة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها ما عدتها؟ قال: ثلاثة أشهر، قال: جعلت فداك فإنها تزوجت بعد ثلاثة أشهر فتبين بعد ما دخلت على زوجها أنها حامل، قال: هيهات من ذلك يا بن حكيم، رفع الطمث ضربان: إمَّا فساد من حيضة فقد حل لها الأزواج و ليست بحامل، و إمَّا حامل فهو يستبين في ثلاثة أشهر، لأنَّ الله تعالى قد جعله وقتاً يستبين فيه الحمل «١».

و كذا لو ارتابت بالحمل بعد انقضاء العدة لم تنكح جاز نكاحها لذلك. و أمَّا خبر محمد بن حكيم قال للكاظم (عليه السلام): «المرأة الشابة التي تحيض مثلها. يطلقها زوجها فيرتفع طمثها كم عدتها؟ قال: ثلاثة أشهر، قال: فإنها ادعت الحبل بعد ثلاثة أشهر، قال: عدتها تسعة أشهر» «٢». فنزل على الأولوية و الاحتياط، أو على استبانة الحمل بها بعد الثلاثة. و لو ارتابت بالحمل قبل الانقضاء لم يجز لها أن تنكح عند الشيخ «٣» و إن انقضت العدة بالأشهر، لحصول الشك في انقضاء العدة و براءة

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٢ ب ٢٥ من أبواب العدد ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٢ ب ٢٥ من أبواب العدد ح ٢.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٢٤٠.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٠٧

الرحم، و ابتناء النكاح على الاحتياط، و إطلاق نحو قول الكاظم (عليه السلام) في حسن عبد الرحمن بن الحجاج: إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلاً، انتظر تسعة أشهر، فإن ولدت و إلَّا اعتدت ثلاثة أشهر، ثم قد بانت منه «١».

و الأقرب وفاقاً للشرائع «٢» جواز نكاحها إلَّا مع يقين الحمل لانقضاء العدة شرعاً، و أصل انتفاء الحمل، و تأييده بما عرفت. و على كل تقدير فلا إشكال في أنه لو ظهر بها حمل من الأوَّل بطل نكاح الثاني لظهور وقوعه في العدة اليقينية، فإن الأشهر و الأقراء إنما اعتبرنا لكونهما أمارتين على البراءة، فإذا علم الحمل لم يفيدا شيئاً.

الفصل الثالث فى عدّة الحامل من الطلاق و شبهه و تنقضى العدّة من الطلاق و الفسخ و وطء الشبهة بوضع الحمل من «٣» الحامل و إن كان بعد الطلاق بلحظة بالنص من الكتاب «٤» و السنّة «٥» و الإجماع، و لا اعتداد لها بالأقراء و الأشهر فى الأشهر، للنصوص، خلافاً للصدوق «٦» و ابن حمزة «٧» فقالا: إنّها تعتدّ بالأقرب من الأشهر و الوضع، إلّا أنّها لا تحلّ للأزواج ما لم تضع و إن بانت بمضى الأشهر، لقول الصادق (عليه السلام) فى خبر أبى الصباح الكنانى: طلاق الحامل واحدة، و عدّتها أقرب الأجلين «٨».

و هو مع الضعف، و المعارضة بالنصوص الكثيرة من الكتاب و السنّة يحتمل إرادة الوضع بأقرب الأجلين على أن يكون الأجلان هما الوضع و الأقراء، لكون الأقراء أصلاً بالنسبة إلى الأشهر. و يؤيده قوله (عليه السلام) فى صحيح أبى بصير: طلاق

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٢ ٤٤١ ب ٢٥ من أبواب العدد ح ١.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٣٦.

(٣) فى قواعد الأحكام بدل «من الحامل»: فى الحامل.

(٤) الطلاق: ٤.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٧ ب ٩ من أبواب العدد.

(٦) المقنع: ص ١١٦.

(٧) الوسيلة: ص ٣٢٥.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٨ ب ٩ من أبواب العدد ح ٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٠٨

الحبلى واحدة، و أجلها أن تضع حملها، و هو أقرب الأجلين «١». و نحوه فى حسن الحلبى «٢».

و فى الانتصار: أنّه عوّل على خبر زرارة عن الباقر (عليه السلام) «٣». فإن كان أشار به إلى ما فى الفقيه من قوله روى زرارة عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «طلاق الحامل واحدة، فإذا وضعت ما فى بطنها فقد بانت منه «٤». و قال الله تبارك و تعالى: «و أولاتُ الأحمالِ أجلهنّ أن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» «٥» فإذا طلقها الرجل و وضعت من يومها أو من غد، فقد انقضت أجلها و جائز لها أن تتزوج، و لكن لا يدخل بها زوجها حتى تطهر. و الحبلى المطلقة تعتدّ بأقرب الأجلين، و إن مضت بها ثلاثة أشهر قبل أن تضع فقد انقضت عدّتها منه، و لكنّها لا- تتزوج حتى تضع، فإن وضعت ما فى بطنها قبل انقضاء ثلاثة أشهر فقد انقضت أجلها. و الحبلى المتوفى عنها زوجها تعتدّ بأبعد الأجلين، إن وضعت قبل أن يمضى أربعة أشهر و عشرة أيام لم تنقض عدّتها حتى تمضى أربعة أشهر و عشرة أيام، و إن مضت لها أربعة أشهر و عشرة أيام قبل أن تضع لم تنقض عدّتها حتى تضع «٦». فالظاهر أنّ من قوله: «و قال الله تبارك و تعالى» من كلام الصدوق، و يحتمل أن يكون ابتداء كلامه من قوله: «و الحبلى المطلقة».

[انقضاء العدّة بالوضع شرطان]

و له أى لانقضاء العدة بالوضع، أو للوضع فى انقضائها به شرطان:

[الشرط الأول: أن يكون الحمل مَمَّن له العدة]

الأول: أن يكون الحمل مَمَّن له العدة، أو يحتمل أن يكون منه كولد اللعان، أمّا المنفَى قطعاً كولد الصبى أو المنترح أى البعيد عنها أزيد من أقصى الحمل، أى كما إذا كان الزوج أو الواطى صبياً أو بعيداً عنها، فإنّ الولد منفَى

(١) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤١٨ ب ٩ من أبواب العدد ح ٢.

(٢) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤١٩ ب ٩ من أبواب العدد ح ٦.

(٣) الانتصار: ١٤٨.

(٤) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤١٨ ب ٩ من أبواب العدد ح ١.

(٥) الطلاق: ٤.

(٦) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٣٢٩ باب طلاق الحامل ١٦٠ ح ١ و ذيله.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٠٩

عنها قطعاً فلا تنقضى به أى بوضعه عده بل لا بد لها من الاعتداد بالأشهر أو الأقرء، فإنّ الاعتداد بالوضع إنّما هو لبراءة الرحم، و لا مدخل لبراءته من ولد غير المطلق فى انقضاء عدتها منه. و النصوص من الكتاب «١» و السنه «٢» و إن عمّت، لكنّ الأسبق إلى الفهم كون الحمل من المطلق، فيبقى نصوص الاعتداد بالأقرء و الأشهر على عمومها «٣». على أنّ ما نصّ من الأخبار على عدم تداخل عدتي الطلاق و الوطء بشبهه، تدلّ على الاختصاص «٤» و الظاهر أنه لا خلاف فى ذلك.

و لو أتت زوجة البالغ الحاضر بولد لدون ستّه أشهر من الدخول لم يلحقه كما عرفت، فلا عبره فى العده بوضعه.

فإن ادّعت أنه وطئ قبل العقد للشبهه احتمل انقضاء العده به لتحقق الشرط، و هو احتمال أن يكون منه و الأقرب العدم، لأنه منفَى عنه شرعاً من أصله لانتفاء الفراش، و لا عبره بالاحتمال ما لم يستند إلى سبب شرعى بخلاف المنفَى باللعان، فإنّ النسب له ثابت بأصل الشرع بالفراش نعم لو صدّقها انقضت به بلا إشكال.

و لو طلق الحامل من زنا منه، أو من غيره اعتدّت بالأشهر لا بوضع الحمل اتّفاقاً و لو كان الحيض يأتيها مع الحمل أو وضعت قبل انقضاء الأشهر اعتدّت بالأقرء و نفاسها معدود من الحيض، و لم يعتبر الوضع لأنّ حمل الزنا كالمعدوم

[الشرط الثانى: وضع ما يحكم بأنّه حمل الشرط]

الثانى: وضع ما يحكم بأنّه حمل أى مستقرّ فى الرحم: آدمى أو مبدأ له علماً و هو ظاهر أو ظناً لقيامه مقام العلم فى الشرع إذا تعدّر

(١) الطلاق: ٤.

(٢) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤١٧ ب ٩ من أبواب العدد

(٣) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤١٠ ب ٤ من أبواب العدد.

(٤) وسائل الشيعه: ج ١٤ ص ٣٤٤ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

كشفت اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١١٠
العلم، ولأنها إذا عقلت دخلت في «أولات الأحمال» وربما أسقطت، فإن لم يعتبر الظن، لم يكن أجلها الوضع.
فلا عبرة بما يشك فيه اتفاقاً، إذ لا عبرة بمجرد الاحتمال مع مخالفته الأصل.

و سواء كان الحمل تاماً أو غير تام حتى المضغة التي لم يكن فيها تخطيط ظاهر ولا خفي. و العلقه إذا علم أنها حمل لشمول الحمل لجميع ذلك، بدليل اللغة و العرف و نصوص تحديد مدّة الحمل من الأخبار «١» و الأصحاب، خلافاً لما يوهمه كلام أبي علي «٢» من عدم اعتبار ما دون المضغة.

و لا- عبرة بالنطفة وفاقاً لابن حمزة «٣» لعدم العلم باستقرارها، و استعدادها لنشوء آدمي و إن ظن، أو علم صلاحيتها لذلك، للقطع بأنه لا يكفي و خلافاً للشيخ فاعتبرها أيضاً «٤» و هو خيرة التحرير «٥» و الجامع «٦» لعموم النصوص «٧» و هو ممنوع، لما عرفت.

و قال في التحرير: لا- فرق بين أن يكون الحمل تاماً أو غير تام بعد أن يعلم أنه حمل و إن كان علقه، سواء ظهر فيه خلق آدمي من عينين «٨» أو ظفر أو يد أو رجل، أو لم يظهر لكن تقول القوابل: إن فيه تخطيطاً باطنياً لا يعرفه إلا أهل الصنعة، أو تلقى دمماً متجسداً ليس فيه تخطيط ظاهر و لا باطن، لكن تشهد القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي ليخلق و تصوّر، أما لو ألقى نطفة أو علقه انقضت بها العدة «٩».

و ظاهره عدم اشتراطه في النطفة و العلقه العلم أو الظن بكونها مبدأ نشوء

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤١ ب ٢٥ من أبواب العدد.

(٢) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٥٢٨.

(٣) الوسيلة: ص ٣٢٥.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٢٤٠.

(٥) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٧١ س ٢٧.

(٦) الجامع للشرائع: ص ٤٧١.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٢١ ب ١١ من أبواب العدد.

(٨) في تحرير الأحكام بدل «عينين»: عين.

(٩) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٧١ س ٢٤.

كشفت اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١١١

آدمي، و هو ظاهر المبسوط أيضاً «١». و لعل الوجه فيه أن النطفة مبدأ مطلقاً شرعاً، و أن العلقه إنما أريد بها الدم الجامد المتكوّن من النطفة كما فسّرت به في بعض كتب اللغة. و ظاهر أنه مبدأ له البتة، و عبّر عن الدم الجامد الذي لا يعلم بكونه من النطفة بالدم المتجسد الخالي عن التخطيط.

و لو وضعت أحد التوأمين بانث من الأول، و لم تنكح غيره إلا بعد وضع الأخير عند الشيخ في النهاية «٢» و ابني حمزة و البراج «٣» لأب عبد الرحمن بن أبي عبد الله سأل الصادق (عليه السلام) عنها فقال: تبين بالأول، و لا تحل للأزواج حتى تضع ما في بطنها «٤» و للاحتياط، للشك في صدق الوضع بوضع أحدهما.

و أطلق أبو علي انقضاء العدة بوضع أحدهما «٥» و وجهه صدق الحمل عليه، و وضعه على وضعه.

و الأقرب وفاقاً للخلاف «٦» و المبسوط «٧» و السرائر «٨» و الشرائع «٩» و متشابه القرآن لابن شهر آشوب «١٠» تعلق بينونه بوضع الجميع للأصل، و ضعف الخبر، و لأن أحدهما بعض الحمل، و المفهوم من الوضع وضع الكل، و لأن الحكمه في الاعتداد استبراء الرحم، و لا تبرأ إلا بوضعهما.

و أقصى مدّة بين التوأمين ما دون ستّة أشهر بلحظة، لأنها أدنى مدّة الحمل، و مثل هذه المسامحة غير عزيز في كلامهم. و لا تنقضى العدة بانفصال بعض الولد لأنها لم تضع حملها فلو ماتت بعد خروج رأسه ورثها الزوج لموتها في العدة.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٤٠.

(٢) النهاية: ج ٢ ص ٤٤٣.

(٣) الوسيلة: ٣٢٥، المهذب: ج ٢ ص ٢٨٦.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٢٠ ب ١٠ من أبواب العدد ح ١.

(٥) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٥١٩.

(٦) الخلاف: ج ٥ ص ٦٠ مسألة ٨.

(٧) المبسوط: ج ٥ ص ٢٤١.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ٦٨٩.

(٩) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٣٧.

(١٠) متشابه القرآن: ج ٢ ص ٢٠٠.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١١٢

و لو خرج منه أى الولد قطعة منفصلة كيده، لم يحكم بالانقضاء حتى تضع الجميع لذلك.

و على القول بالانقضاء بوضع أحد التوأمين لا يقاس عليه وضع بعض الأعضاء المنفصلة، لانتفاء النص هنا، و عدم التردد في عدم صدق الحمل و وضعه.

و لكن لو خرج ما يصدق عليه اسم الآدمي لكن ناقصاً منه عضو كيد علم بقاؤها لا أنه خلق ناقصاً فالأولى الانقضاء لأن الحمل هو الآدمي أو مبدؤه، و هو هنا الآدمي، و هو صادق على الخارج، و الأعضاء إن اعتبرت فبالتابع. و يحتمل العدم، لتبادر وضع الكل و لم يضع الكل حينئذ، و لأن الوضع للبراءة و لا براءة، و هو خيرة الإيضاح «١».

و لو طلقت فادعت الحمل قبل منها، لأنها مأمونة على العدة و صبر عليها أقصى مدّة الحمل و هو هنا سنة تسعة أشهر للحمل، و ثلاثة للعدة على رأى وفاقاً للنهاية «٢» لقول الكاظم (عليه السلام) فى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج: إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلاً انتظر تسعة أشهر، فإن ولدت و إلا اعتدت ثلاثة أشهر، ثم قد بان منه «٣». و لما مرّ من خبر سورة بن كليب فى ذات الأقراء إذا تأخرت حيضتها الثانية «٤». و نحو قول الكاظم (عليه السلام) لمحيد بن حكيم: إنما الحمل تسعة أشهر قال: فتزوج؟ قال تحتاط بثلاثة أشهر «٥».

ثم لا يقبل دعواها كما نطقت به الأخبار «٦» لتجاوز أقصى الحمل و زيادة.

و قيل فى السرائر: يكفى مضى تسعة أشهر لما مرّ من أنها تأتى

(١) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٣٤٦.

(٢) النهاية: ج ٢ ص ٤٨٤.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤١ ب ٢٥ من أبواب العدد ح ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٢٣ ب ١٣ من أبواب العدد ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٢ ب ٢٥ من أبواب العدد حديث ٤.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤١ ب ٢٥ من أبواب العدد.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١١٣

على الحمل و انقضاء ثلاثة أشهر بيض (١) و هو قوَى من حيث الاعتبار، لكنّ الأوّل هو المعتمد، للأخبار (٢) من غير معارض. و لو طلق رجعيّاً ثمّ مات في العدة استأنفت عدّة الوفاة بلا خلاف كما في المبسوط (٣) لعموم الآية (٤) و الأصل، و لأنّها في حكم الزوجة، و للأخبار (٥) و إن قصرت عن الباقي عليها من عدّة الطلاق كالمستراية مع بقاء أكثر من أربعة أشهر و عشر عليها على إشكال: من عموم الأخبار. و من عموم أدلّة اعتداد المستراية، و عدم اقتضاء الآية و الأخبار إلّا تربص المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشرّاً و هو لا ينافي التربص أزيد، مع الأصل و الاحتياط، و تعلق العدة السابقة بذمتها، مع الجهل. يكون الموت فاسخاً لها، و كون الحكمة هي الاستبراء.

و قد يحتمل الاعتداد أربعة و عشرّاً بعد تمام التسعة أو السنة بناءً على أنّ عدتها ما بعد العلم بالبراءة من الحمل، فإنّه يحصل من التسعة أو السنة، و لما توفى عنها زوجها كانت عدتها الأربعة مع العشر فتعدّها بها، فقد جمعت بين أدلّة عدتي المستراية و المتوفى عنها.

و فيه: أنّ الاعتداد بعد يقين البراءة خلاف الأصل، فيقتصر على موضع الدليل.

و لو كان الطلاق بائناً لم يعتبر الوفاة، و لا اعتدت عدتها بل أتمت عدّة الطلاق و كفتها، لخروجها عن الزوجية، فلا يشملها النصوص. و خبر عليّ بن إبراهيم عن بعض أصحابنا في المطلقة البائنة إذا توفى عنها زوجها و هي في عدتها، قال: تعدد بأبعد الأجلين (٦) متروك، للقطع و الإرسال، أو محمول على الاستحباب.

(١) السرائر: ج ٢ ص ٧٤٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤١ ب ٢٥ من أبواب العدد.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٢٧٧.

(٤) البقرة: ٢٣٤.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٦٣ ب ٣٦ من أبواب العدد.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٦٤ ب ٣٦ من أبواب العدد ح ٦.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١١٤

و لو كان له زوجتان فصاعداً، فأبان واحدة، و كان البائن مبهماً و مات قبل التعيين و لم تعتبر القرعة اعتدت الحامل بأبعد الأجلين من أجل الحمل و الوفاة، و غيرها بأبعد الأجلين من أجل الطلاق كالمستراية أي كطلاقها، أو كأجل طلاقها إن بقي عليها أكثر من أربعة أشهر و عشر و الوفاة للاستصحاب و الاحتياط.

[الفرع الأول]

الأول: لو أتت المطلقة بولد لأقل من أقصى الحمل، أو له، و الاقتصار على الأقل، لندرة المطابقة، و هو كما عرفت سِنَّةٌ أو تسعة أشهر أو عشرة. فإن لم تنكح زوجاً غيره لحق الولد به و هو ظاهر، ثم إن كانت بائنة حسبت السنة من وقت الطلاق بلا إشكال، لحرمة الوطء بعده و كذا إن كانت رجعية حسبت السنة من وقت الطلاق، لا من وقت انقضاء العدة خلافاً للمبسوط «١» على إشكال: من زوال النكاح بالطلاق فيزول الفراش، و لذا لو وطئها لا بئنة الرجعة كان حراماً. و من إباحة الوطء في عدتها فيكون رجعة، و بقاء لوازم النكاح من التوارث و وقوع الظهار و الإيلاء، و بقاء المعلول دليل على بقاء العلة، فالنكاح باق، فكذا الفراش.

[الفرع الثاني]

الثاني: لو نكحت المطلقة غيره ثم أتت بولد لزمانٍ يحتمل التكوّن من الزوجين بأن لا يتجاوز الأقصى من الأول، و لا ينقص عن الأقل من الثاني لحق بالثاني إن كان النكاح صحيحاً إذ لو ألحقناه بالأول أبطلنا النكاح الثاني و لا سبيل إلى بطلان الصحيح بمجرد الاحتمال مع المخالفة للأصل، و الأخبار، و زوال الفراش الأول و ثبوت الثاني، و قد مرّ احتمال القرعة و أنّها مذهب الشيخ.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٤٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١١٥

و إن كان فاسداً مع الاشتباه عليه أقرع عندنا كما في المبسوط «١» لتساوي الاحتمالين، و أصالة انتفاء النسب عن كلّ منهما، مع انتفاء الفراش و صحّة النكاح عن الثاني.

و مدّة احتمال التولد من الثاني تحسب من الوطء لا من العقد الفاسد لأنه السبب للإلحاق لا العقد لانتفاء الفراش به. و عدّة النكاح الفاسد تبتدئ بعد التفرّق بانجلاء الشبهة لا بعد آخر وطئه قبل الانجلاء أو بعده على إشكال بالنسبة إلى ما قبل الانجلاء من الوطء لا ما بعده، فإنه حينئذٍ زانٍ لا عدّة منه. و ينشأ: من أنّ الشبهة ما كانت بمنزلة النكاح الصحيح، و الإنجلاء بمنزلة الفراق.

و من أنّه لما تبين فساده، تبين أنّ وطأها كان وطئاً للأجنبيّة، فتعدّد منه، و هو الأقوى.

[الفرع الثالث]

الثالث: لو وطئت امرأة بالشبهة «٢» و لحق الولد بالواطئ لبعث الزوج عنها بحيث لا يمكن إلحاق الولد به ثمّ طلقها الزوج اعتدّت منهما عدّتين، و لما حملت من الواطئ اعتدّت أوّلاً بالوضع من الوطء «٣» ثمّ استأنفت عدّة الطلاق بعد الوضع فإنّ عدّة الحامل لا تقبل التأخير.

[الفرع الرابع]

الرابع: لو اتفق الزوجان على زمان الطلاق و اختلفا فى وقت الولادة هل كان قبله أو بعده؟ كأن اتفقا على كون الطلاق فى الجمعة، و اختلفا فى أن الولادة فى الخميس أو السبت قدم قولها مع اليمين، لأنه اختلاف فى وقت فعلها و قولها فى أصل الفعل مقدم، فكذا فى وقته.

و لو اتفقا على زمان الوضع و اختلفا فى وقت الطلاق هل كان قبل الوضع أو بعده، قدم قوله مع اليمين لأنه اختلاف فى وقت فعله كذا فى المبسوط «٤» «٥».

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٤٦ و ٢٤٧.

(٢) فى قواعد الأحكام بدل «بالشبهة»: للشبهة.

(٣) فى قواعد الأحكام بدل «من الوطء»: من الواطئ.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٢٤١.

(٥) فى ط زيادة: و غيره.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١١٦

و فيه إشكال: من حيث إن الأصل عدم الطلاق و الوضع، فكان قول منكرهما مقدماً و الرجوع إليهن فى العدة إنما هو إذا تعينت العدة، بل و إذا لم يدع الزوج العلم بكذبها، و لذا حكم فى المبسوط «١» و غيره بأنهما إذا تداعيا مطلقاً فيقول الزوج: «لم تنقض عدتِك بالوضع فعليكِ الاعتداد بالأقراء» و تقول: «انقضت عدتى بالوضع» فالقول قوله. و فى المبسوط: لأن الأصل بقاء العدة «٢».

[الفرع الخامس]

الخامس: لو أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولدٍ لستة أشهر فصاعداً منذ طلقها، قيل فى المبسوط لا يلحق به الولد إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت انقضاء العدة «٣» لقبول قولها فى العدة و هو يستلزم الخروج عن الفراش المستلزم لانتفاء الولد، مع أصالة التأخر و اعتباره الانقضاء فى ابتداء المدّة، لما تقدم منه من أنها فى العدة فراش.

و يحتمل وفاقاً للشرائع «٤» الإلحاق به إن لم يتجاوز أقصى الحمل من الطلاق أو انقضاء العدة و «٥» لم تكن ذات بعل حملاً للولادة على أصلها، و هى الكائنة من النكاح الصحيح، و طرحاً لخبرها بالانقضاء مع ظهور المعارض، و كونه إقراراً فى حق الغير.

[الفرع السادس]

السادس: لو ادعت تقدم الطلاق على الوضع مثلاً فقال: لا أدري لم يكن ذلك جواباً عن قولها و لا معارضة فعلية يمين الجزم أو النكول أى يلزم بأن يجزم بالتأخر، فإن فعل و حلف عليه كان القول قوله، و إلا حكم عليه بالنكول، و لم يكن له الرجعة، و كان لها التزوج بمن شاءت.

و كذا لو جزم الزوج بالتأخر فقالت: لا أدري فله الرجعة، و لا تقبل دعواها مع الشك بل عليها الجزم أو النكول، و الوجه ظاهر، فإن الشك لا يعارض الجزم.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٤١.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢٤١.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٢٤٧.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٣٨.

(٥) فى قواعد الأحكام: أو.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١١٧

[الفرع السابع]

السابع: لو رأت الدم على الجبل لم تنقض عدتها من صاحب الحمل ولا من غيره بتلك الأقراء جعلنا الدم حيضاً أم لا لأن النصوص ناطقة بأن «أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن» (١).

و السرفيه أن المقصود من اعتبار الأقراء براءة رحمها، وهذه الأقراء لم تدل عليها.

وقد يتوهم: أنه يأتي على ما اختاره الصدوق (٢) و ابن حمزة (٣): من اعتبار الأشهر إن انقضت قبل الوضع، كما عرفت اعتبار الأقراء أيضاً إن كان متمسكاً فى ذلك الجمع بين نصي: «أولات الأحمال» و «ذوات الأشهر» لجريان مثله هنا. و هو ممنوع، إذ ليس فى ذوات الأقراء إلا التربص ثلاثة قروء، و هو لا ينفى الزائد، و التمسك به فى اعتبار الأشهر أيضاً ضعيف جداً، فإن سياق الآية نص فى تخصيص الحامل من ذوات الأشهر.

[الفرع الثامن]

الثامن: لو وضعت ما يشبهه حاله حكم بقول أربع من القوابل الثقات فإنه مما يعسر اطلاع الرجال عليه غالباً فإن حكمن بأنه حمل، انقضت العدة و إلا فلا إلا أن يحكم به رجلا ن أو رجل و امرأتان.

الفصل الرابع فى عده الوفاة

إشارة

الفصل الرابع فى عده الوفاة نطقت النصوص (٤) و الأصحاب جميعاً بأنه تعتد الحرة لوفاء زوجها بالعقد الدائم إن كانت حائلاً بأربعة أشهر و عشرة أيام، صغيرة كانت أو كبيرة، مسلمة أو ذميمة، دخل بها الزوج أو لا، صغيراً كان أو كبيراً، حراً أو عبداً، سواء كانت من ذوات الأقراء أو لا و لا عمل على ما فى خبر عمارة: من أنه لا عده عليها إن لم يدخل بها (٥).

(١) الطلاق: ٤.

(٢) المقنع: ص ٣٤٦.

(٣) الوسيلة: ص ٣٢٥.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٥١ ب ٢٠ من أبواب العدد.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٦٢ ب ٣٥ من أبواب العدد ح ٤. وفيه: محمد بن عمر الساباطي.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١١٨

و لا يشترط عندنا أن تحيض حيضه في المدّة لإطلاق الكتاب «١» و السنّة «٢». و للعامّة قول به «٣» و آخر باشرط أن ترى فيها الحيض كما اعتادته «٤».

و الشهور تعتبر بالأهله ما أمكن فإنّها المعروفة شرعاً و عرفاً و لا تعتبر بالأيام إلّا أن ينكسر الشهر الأوّل بأن يكون الباقي من الشهر المتوفى فيه الزوج أكثر من عشرة أيّام و عند الانكسار يحسب ثلاثة أشهر هلالية و يُكمل الشهر الأوّل ثلاثين يوماً أو يحسب الكلّ ثلاثين على الخلاف المتقدّم، و قد عرفت أنّ فيه وجهاً باعتبار الهلالية في الجميع.

و تبين بغروب الشمس من اليوم العاشر للاتّفاق على أنّ المراد بالعشر، عشر ليال و عشرة أيّام، خلافاً للأوزاعي فأبانها بطلوع الفجر العاشر «٥».

و لو كانت لا تعلم بالشهور كأن كانت عمياء و لم يتفق لها من يخبرها اعتدّت بمائة و ثلاثين يوماً استصحاباً للعدّة و الأهله.

و الحامل تعتدّ بأبعد الأجلين من وضع الحمل و مضى أربعة أشهر و عشرة [أيّام] بالإجماع و الأخبار «٦» و الجمع بين آيتي المتوفى عنها و أولات الأحمال، و لكنّ الظاهر أنّ آية: «أُولَاتُ الْأَحْمَالِ» في المطلّقات، و خالفت العامّة فأبانوها بالوضع و لو لمحّة بعد وفاته «٧».

و يجب عليها الحداد بالنصوص «٨» و الإجماع ممّن عدا الشعبي «٩» و الحسن البصري «١٠» حاملماً كانت أو حائلاً، صغيرة أو كبيرة [مسلمة]

(١) البقرة: ٢٣٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٥١ ب ٣٠ من أبواب العدد.

(٣) شرح فتح القدير: ج ٤ ص ١٤١.

(٤) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١٠٧.

(٥) شرح فتح القدير: ج ٤ ص ١٤١.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٥١ ب ٣٠ من أبواب العدد.

(٧) الامة: ج ٥ ص ٢٢٤.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٩ ب ٢٩ من أبواب العدد.

(٩) الخلاف: ج ٥ ص ٧٢ مسألة ٢٦.

(١٠) الخلاف: ج ٥ ص ٧٢ مسألة ٢٦.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١١٩

أو ذمّية [لعموم الأخبار «١»]. فيجنّب الولي الصغير ممّا على الكبيرة تجنّب، و نفى عنه الخلاف في الخلاف أوّلًا، ثمّ ذكر خلاف أبي حنيفة «٢» و تردّد فيه ابن إدريس «٣» و المصنّف في المختلف «٤» من ذلك. و من أنّه تكليف لا- يتوجه إلى الصغار، و تكليف الولي غير معلوم، و لا- مفهوم من أمرها بالإحداد، و هو الأقوى، وفاقاً للجامع «٥». و يؤيّد أنه الظاهر أنّ السرّ فيه أن لا يُرغب فيها، و لا رغبة بالصغيرة.

و في الأمة إشكال: من عموم الفتوى، و قوله (عليه السلام): «لا يحل لامرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث ليالٍ إلّا على زوج أربعة أشهر و عشرًا» «٦» و هو خيرة المبسوط «٧» و السرائر «٨» و ظاهر المفيد «٩» و الحسن «١٠» و التقى «١١» و سلار «١٢» و ابني: زهرة «١٣» و حمزة «١٤» حيث أطلقوا.

و من الأصل، و قول الباقر (عليه السلام) في صحيح زرارة: أنّ الأمة و الحرّة كلتيهما إذا مات عنهما زوجها سواء في العدة، إلّا أنّ الحرّة تحدّ و الأمة لا تحدّ «١٥» و هو خيرة النهاية «١٦» و الكامل «١٧» و المهذب «١٨» و الجامع «١٩» و الشرائع «٢٠» و النافع «٢١»

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٩ ب ٢٩ من أبواب العدد.

(٢) الخلاف: ج ٥ ص ٧٣ مسألة ٢٨.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧٣٩.

(٤) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٩٦.

(٥) الجامع للشرائع: ص ٤٧٢.

(٦) عوالي اللآلي: ج ٢ ص ١٤٣ ح ٤٠٠. و فيه: أكثر من ثلاثة أيام.

(٧) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦٥.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ٧٣٥.

(٩) المقنعة: ص ٥٣٥.

(١٠) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٩٦.

(١١) الكافي في الفقه: ص ٣١٣.

(١٢) المراسم: ص ١٦٥.

(١٣) غنية النزوع: ص ٣٨٥.

(١٤) الوسيلة: ص ٣٢٩.

(١٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٢ ب ٤٢ من أبواب العدد ح ٢. و التهذيب: ج ٨ ص ١٥٣ باب عدد النساء ح ١٢٨.

(١٦) النهاية: ج ٢ ص ٤٩١.

(١٧) حكاة عنه في مختلف الشيعة ج ٧ ص ٤٩٦.

(١٨) الموجود فيه خلاف ذلك، راجع المهذب: ج ٢ ص ٣٣١.

(١٩) الجامع للشرائع: ص ٤٧٢.

(٢٠) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٣٨.

(٢١) المختصر النافع: ص ٢٠١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٢٠

و المختلف «١» و الإرشاد «٢» و التلخيص «٣». و يؤيده أنّ الخبر النبوي لم يصل إلينا مسنداً، و إنّما الشيخ رواه مرسلًا، كذا في المختلف، و تعجب فيه من ابن إدريس، و شدّد النكير عليه حيث ترك مقتضى العقل، و هو أصل البراءة، و ما تضمّنته الرواية الصحيحة، و عوّل على هذا الخبر المقطوع مع ادّعائه أنّ الخبر الواحد المتّصل لا يعمل به فكيف المرسل؟

و هو أى الحداد ترك الزينة فى الثياب و البدن من الحد بمعنى المنع يقال: حدت حداداً، و أهدت إحداداً إذا تجنّب ذلك و من ذلك الادهان المقصود بها الزينة لترجيل الشعر و تحسينه أو لكونها من الطيب و التطيب مثل: استعمال الطيب فى البدن و الثوب و حملة من غير استعمال له فيهما و الصبغ فى الثوب إلّا الأسود و الأزرق لبعدهما غالباً عن الزينة و لو فرض التزيّن بهما أو بالأبيض كان فى حكم المصبوغ بغيرهما، و إنّما أفرد الثلاثة بالذكر إيضاحاً، لأنّها ربّما لا يفهم من الزينة.

و لا تمسّ طيباً بحيث يبقى عليها أثره و إن كان بمجرد المسّ.

و لا تدهن فى شعرها و غيره بمطيب كدهن الورد و البنفسج و شبههما، و لا بغيره فى الشعر لترجيله و تحسينه له، حتّى إن كانت لها لحيّة لم يجز لها أن تدهنّها كما فى المبسوط «٤» و يجوز فى غيره لانتفاء التزيّن به حينئذٍ.

و لا تختضب بالحنّاء أو غيره فى يديها و لا فى رجليها، و لا بالسواد فى حاجبيها، و لا تُخضّب رأسها بالسواد أو الحنّاء.

و لا تستعمل نحو الإسفيداج فى الوجه، و لا تكتحل بالسواد، و لا بما فيه زينة من غيره، كانت الزينة من لونه أو غيره، ففى المبسوط: إنهنّ

(١) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٩٧.

(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ٤٨.

(٣) التلخيص (سلسلة الينايع الفقهيّة): ج ٣٩ ص ٥٠٤.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٢١

يكتحلن بالصبر، لأنّه يحسّن العين و يطرى الأجفان. قال: فالمعتدّة ينبغى أن تتجنّبها، لما روت أم سلمة أنّ النبي (صلّى الله عليه و آله) قال لها: استعمليه ليلاً و امسحيه نهاراً «١».

و يجوز الاكتحال بما ليس فيه زينة كالتوتياء، و لو احتاجت إلى الاكتحال بالسود للعلمة جاز ليلاً إن اندفعت به الحاجة فإن تمكّنت من مسحه بالنهار و جب، و لا تتحلّى بالذهب، و لا بالفضّة و لا بغيرهما من الجواهر و غيرها ممّا يكون زينة لهنّ. و لا تلبس الثياب الفاخرة، و المراد بها كلّ ما فيه زينة.

فى المبسوط: و أمّا الأثواب ففيها زينتان: إحداهما: تحصل بنفس الثوب، و هو ستر العورة و سائر البدن، قال تعالى: «خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ» «٢». و الزينة الأخرى، تحصل بصبغ الثوب و غيره، فإذا أُطلق فالمراد به الثانى، و الأوّل غير ممنوع منه للمعتدّة و إن كان فاحراً، مثل: المروى المرتفع و السابورى و الديبقيّ و القصب الصقلّى و غير ذلك ممّا يتخذ من قطن و كتان و صوف و وبر، و أمّا ما يتخذ من الإبريسم قال قوم: ما يتخذ منه من غير صبغ جاز لبسه، و ما صبغ لم يجز، و الأولى تجنّبها على كلّ حال، و أمّا الزينة التى تحصل بصبغ الثوب فعلى ثلاثة أضرب: ضرب يدخل على الثوب لنفى الوسخ عنه كالكحلى «٣» و السواد، فلا تمنع المعتدّة من لبسه، لأنّه لا زينة فيه و فى معناه الديداج الأسود. و الثانى: ما يدخل على الثوب لتزيينه كالحمرّة و الصفرة «٤» و غير ذلك، فتمنع المعتدّة من ذلك، لأنّه زينة، و أمّا الضرب الثالث: فهو ما يدخل على الثوب و يكون متردداً بين الزينة و غيرها مثل أن يصبغ أخضر و أزرق، فإن كانت مُشبعة تضرب إلى السواد لم تمنع منها، و إن كانت صافية تضرب إلى الحمرّة منع منها و الزرقة كالخضرة انتهى «٥».

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦٤.

(٢) الأعراف: ٣١.

(٣) فى المبسوط: كالكحل.

(٤) فى ن، ق: كالصفرة و الخضرة.

(٥) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦٤ ٢٦٥.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٢٢

و لا يحرم عليها التنظيف لبدنها أو ثوبها و لا دخول الحمام و لا تسريح الشعر و لا السواك و لا قلم الأظفار لخروج التجنب عنها عن مفهوم الحداد، و لعموم استحبابها شرعاً و لا- السكنى فى أطيب المساكن و أزينها و لا- فرش أحسن الفرش، و لا- تزيين أولادها و خدمها لأن الإحداد إنما يتعلق بنفسها فى ثوبها أو بدنها.

[و هنا فروع ستة]

إشارة

فروع ستة:

[الفرع الأول]

الأول: لو مات الزوج فى عقدٍ فاسدٍ لم تعتدّ عدّة الوفاة لانتفاء الزوجية، و إن لم يعلما بالفساد إلى الوفاة بل تعتدّ مع الدخول مع الشبهة عدّة الوطء للشبهة بالوضع، أو بالأقراء، أو بالأشهر، و إنما يكن دخل بها فلا عدّة عليها، و كذا إن علما بالفساد و زنيا بالجماع.

[الفرع الثانى]

الثانى: لو طلق المريض بائناً ثم مات بمرضه ذلك و هى فى العدة ورثت لما مرّ من أنّها ترثه إلى سنة ما لم تتزوج و أكملت عدّة الطلاق و لا تنتقل إلى عدّة الوفاة، بخلاف الطلاق الرجعى لما تقدّم من «١» الاستشكال فى الثانية دون الاولى.

[الفرع الثالث]

الثالث: لو طلق إحدى امرأته و مات قبل التعيين أو عيّنه أى الطلاق أو محلّه و اشتبه فإن لم يكن دخل بهما اعتدّتا معاً للوفاء من باب المقدّمة و إن كان قد دخل بهما و حملتا اعتدّتا بأبعد الأجلين من الحمل، و الأربعة أشهر و عشر لذلك و إن لم تحملا اعتدّتا عدّة الوفاة إن كانتا من ذوات الشهور.
و لو كانتا من ذوات الأقراء اعتدّتا بأبعد الأجلين من مضى الأقراء و عدّة الوفاة للاستصحاب على التقديرين و لو كان الطلاق لهما رجعيّاً اعتدّتا للوفاء خاصّة، لما عرفت من الانتقال.

(١) فى ن، ق: مع.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٢٣

و إذا اعتدّتا بأبعد الأجلين فابتداء عدّة الوفاة من حين الموت و ابتداء عدّة الطلاق من وقته، إن كان قد طلق معيّنة ثم اشتبهه، حتّى لو مضى عليهما من وقت الطلاق قرء، اعتبر وجود قرءين في عدّة الوفاة أو بعدها و إن كان الموت عقيب الطلاق قبل الحيض اعتبر ثلاثة أقرء فيها أو بعدها.

و إن كان قد طلق واحده غير معيّنة و مات قبله أى التعيين فإن قلنا: الطلاق من حين وقوعه فكالأول، و إن قلنا: من حين التعيين اعتبر ابتداء الأقرء من وقت الموت، لعدم التعيين قبله، و يحتمل عدم اعتبار الأقرء حينئذٍ أصلاً، لعدم تماميّة الطلاق و لو عيّن قبل الموت انصرف الطلاق إلى المعيّنة.

[الفرع الرابع]

الرابع: لا حداد على غير الزوجة المتوفى عنها كالمطلقة بائناً و رجعيّاً، و الأمه فارقها مولاها بموت أو تزويج أو إخراج عن ملك و إن كانت أم ولد من مولاها و إن أعتقها، و لا الموطوءة بالشبهه و لا بالنكاح الفاسد و لا المفسوخ نكاحها و إن توفى عنهنّ، للأصل من غير معارض، و الإجماع، و نحو قول الصادق (عليه السلام) في خير زرارة: المطلقة تكتحل و تختضب و تطيب و تلبس ما شاءت من الثياب، لأنّ الله عزّ و جلّ يقول: «لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا» «١» لعلّها أن يقع في نفسه فيراجعها «٢». و حمل قول عليّ (عليه السلام) في خبر مسمع بن عبد الملك: «المطلقة تحدّ كما تحدّ المتوفى عنها زوجها و لا تكتحل و لا تختضب و لا تمتشط» «٣» على الاستحباب في الطلاق البائن.

[الفرع الخامس]

الخامس: لو تركت الإحداد «٤» في العدة احتسب بعدّها و إن

(١) الطلاق: ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٣٧ ب ٢١ من أبواب العدد ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٣٨ ب ٢١ من أبواب العدد ح ٥.

(٤) في قواعد الأحكام: الحداد.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٢٤

فعلت محرماً بترك الإحداد في المشهور، للأصل. و عموم «فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ» «١». خلافاً للتقيّ «٢» و السيّد الفاخر «٣» لأنّه كفيّة للاعتداد منهية، و هو عبادة فتفسد. و المقدمه الأولى ممنوعه.

[الفرع السادس]

السادس: لا- يجب الإحداد في موت غير الزوج على رجل و لا امرأة و لا يحرم عليها و لا عليه الحداد في موت غير الزوج أكثر من ثلاثة أيام و لا ما دونها للأصل في الجميع.

و للعامة قول بحرمته عليها أكثر من ثلاثة «٤» و هو ظاهر الجامع «٥» لما سمعت من قوله (صلى الله عليه و آله): «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث ليال إلّا على زوج» «٦» و لذا خصّها بالحكم.

الفصل الخامس فى المفقود عنها زوجها و لفظه «عن» لتضمين معنى البعد و الغيبة. إذا غاب الرجل عن امرأته فإن لم تكن الغيبة منقطه بأن عُرِف خبره بأنه حَيٌّ و جب الصبر أبداً إلى أن يحضر أو يفارقها بموت أو غيره، أنفق عليها أم لا للأصل و الإجماع و النص «٧».

و كذا إن أنفق عليها وليه أى المتولّى عنه الإنفاق، أياً مَنْ كان، من ماله أو مال نفسه و لو تبرّعاً، و إن جهل خبره و أرادت ما تريده النساء، كما نصّ عليه فى حسن الحلبيّ عن الصادق (عليه السّلام) قال: قلت: فإنّها تقول: أريد ما تريد النساء، قال: ليس ذلك لها و لا كرامه «٨».

و لو جهل خبره و لم يكن من ينفق عليها فإن صبرت على ذلك

(١) البقرة: ١٣٤.

(٢) انظر الكافي فى الفقه: ص ٣١٣.

(٣) حكاة عنه فى مسالك الأفهام: ج ٩ ص ٢٧٩.

(٤) انظر المجموع: ج ١٨ ص ١٨١.

(٥) الجامع للشرائع: ص ٤٧٢.

(٦) عوالى اللآلى: ج ٢ ص ١٤٣ ح ٤٠٠.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٩ ب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٩٠ ب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٤.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٢٥

فلا- كلام، و إلما رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجلها أربع سنين و يبحث عنه الحاكم هذه المدّة فى الجهة التى مضى إليها إن تعيّن، و إلّا فى الجهات الأربع فإن عرف حياته صبرت أبداً إلى أن يفارقها بموت أو غيره، أنفق عليها أم لا.

و على الإمام أن يُنفق عليها مدّة التبرّص و بعدها من بيت المال إن كانت فقيرة و لم ينفق عليها أحد، لأنّه من أعظم المصالح المنصوبة لبيت المال و إن لم يعرف حياته طلقها الحاكم و أمرها بالاعتداد عدّة الوفاة بعد الأربع سنين ثمّ إذا انقضت العدّة حلّت للأزواج بالنص «١» و الإجماع.

و لو صبرت بعد الأربع غير معتدّة لانتظار خبره جاز لها بعد ذلك الاعتداد متى شاءت بأمر الحاكم، بمعنى أنّ رضاها بالتبرّص لا يدفع اختيارها الفراق، للأصل و العموم. و فيه إشارة إلى أنّه لا- يحتسب من العدّة إلما ما تعتدّه من الأيام بعد إرادة الفراق و الاعتداد، فلو مضى بعد الأربع أربع أخر فصاعداً أو نازلاً ثمّ شاءت، اعتدّت بأربعة أشهر و عشرة أيام آخر.

[الفرع الأول]

الأول: ضرب أربع سنين إلى الحاكم كما هو نصّ الأخبار «٢» و الأصحاب فلو لم يرفع خبرها إليه فلا عدّة حتّى يُضرب لها المدّة ثمّ تعتدّ و لو كانت قد صبرت مائة سنة. و لو تعدّر الحاكم فلتصبر فهي مبتلاة. و فى السرائر: أنّها فى الغيبة مبتلاة، و عليها الصبر إلى أن يعرف موته أو طلاقه «٣». و فى الخلاف: أنّها تصبر أربع سنين ثمّ يرفع خبرها إلى السلطان لينظر من يتعرّف خبر زوجها فى الآفاق، فإن عرف له خبر لم يكن لها طريق إلى التزويج، و إن لم يعرف له خبر أمر وليه أن يُنفق عليها، فإن أنفق عليها فلا طريق لها إلى التزويج، و إن لم يكن له وليّ أمرها أن تعتدّ عدّة المتوفّى عنها زوجها، فإذا اعتدّت

(١) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٨٩ ب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٨٩ ب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧٣٧.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٢٦

ذلك حلّت للأزواج «١». و لا بدّ من حملة على أحد معنيين: الأوّل: أن يكون قوله: «ثمّ يرفع خبرها» إلى آخر الكلام بياناً و تفصيلاً لما قبله من الصبر أربع سنين. و الثانى: أنّها بعد ما رفعت أمرها إلى الحاكم و أمرها بالتربّص أربعاً فتربّصت، ترفع إليه ثانياً لينظر من أرسله لتعرّف حاله.

و ابتداء المدّة المضروبة و هى الأربع سنين من رفع القضية إلى الحاكم و ثبوت الحال من فقد الزوج و عدم من ينفق عليها عنده، لا من وقت انقطاع الخبر عنها أو عنه.

فإذا انقضت المدّة لم يفتقر إلى غير الأمر بالعدّة من الأمر بتربّص مدّة أخرى و إن افتقر إلى الطلاق كما سيأتى.

و لو لم يأمرها الحاكم بالعدّة بعد الانقضاء فاعتدّت بنفسها فالأقرب وفاقاً للمحقّق «٢» عدم الاكتفاء به و إن لم يشترط الطلاق، للأخبار «٣» و الاحتياط، و لأنّه من المسائل الاجتهادية المخالفة للأصل، لأصالة بقاء الزوجية، فلا يناط باجتهاد غير الحاكم. و يحتمل الاكتفاء كما يظهر من الأكثر، بناءً على أنّ البحث فى تلك المدّة مع عدم الظفر بخبره أمانة شرعية على الموت. و يدفعه: أنّ المعبر ظنّ الحاكم و مخالفة الحكم للأصل، فلا بدّ من القصر على المنصوص المجمع عليه.

[الفرع الثانى]

الثانى: لو جاء الزوج و قد خرجت من العدّة و نكحت فلا سبيل له عليها اتّفاقاً و إن جاء و هى فى العدّة فهو أملك بها «٤» اتّفاقاً، و النصوص ناطقة بالحكمين «٥». إلا إذا أوجبت طلاقها و كانت الطلقة الثالثة فلا يملكها و إن عاد فى العدّة. ثمّ الأخبار ناطقة بأنّ له المراجعة، و يوافقها كثير من العبارات

(١) الخلاف: ج ٥ ص ٧٧ مسألة ٣٣.

(٢) انظر النكت، بهامش النهاية: ج ٢ ص ٤٩٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٩ ب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(٤) في ن، ق بدل «بها»: لها.

(٥) المصدر السابق.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٢٧

فلو لم يراجع إلى انقضاء العدة «١» بانت منه، أوجبنا الطلاق أو لا.

و لو جاء بعد العدة قبل التزويج فقولان: الأقرب وفقاً للمقنع «٢» و المبسوط «٣» و السرائر «٤» و المراسم «٥» و الوسيلة «٦» و النافع «٧» و النكت «٨» أنه لا سبيل له عليها للأخبار «٩» و لأن حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق، فانقضاء العدة مسلط لها على نفسها، قاطع لتسلطه عليها. و خلافاً للمقنعة «١٠» و النهاية «١١» و الخلاف «١٢» و الجامع «١٣» بناءً على أن الاعتداد مبنئ على موته، فإذا ظهر الخلاف انكشف فساد الاعتداد و عدم الخروج من حباله، و لو لم يكن الإجماع على خلافه إذا نكحت لكان الحكم فيه كذلك. و لأن الحكم بالبينونة إنما هو لدفع الحرج عنها و لا حرج إذا جاء الزوج، و ذكر الشيخ «١٤» و المحقق «١٥» أن به رواية.

و هنا قول ثالث: هو خيرة المختلف و هو أنه إن قيل: بأن الولي أو الحاكم يطلقها ثم تعتد، لم يكن له عليها سبيل بعد العدة، لأنها عده بعد طلاق أمر به الشارع، و هو رافع للعصمة بينهما، بخلاف ما لو قلنا: باعتدادها من غير طلاق، فإنها إنما تعتد بناءً على الموت و قد انكشف الخلاف قال و لو لا صحة النكاح الثاني ظاهراً في نظر الشرع و عدم التفات الشارع إلى العقد الأول بعد التزويج ثانياً لأوجبنا فسخ النكاح الثاني «١٦».

(١) في ن، ق: المدة.

(٢) المقنع: ص ١١٩.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٢٧٨.

(٤) السرائر: ج ٢ ص ٧٣٧.

(٥) المراسم: ص ١٦٥.

(٦) الوسيلة: ص ٣٢٤.

(٧) المختصر النافع: ص ٢٠١.

(٨) النكت، بهامش النهاية: ج ٢ ص ٤٩٥.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٩ ب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(١٠) المقنعة: ص ٥٣٧.

(١١) النهاية: ج ٢ ص ٤٩٥.

(١٢) الخلاف: ج ٥ ص ٧٨ مسألة ٣٤.

(١٣) الجامع للشرائع: ص ٤٧٣.

(١٤) الخلاف: ج ٥ ص ٧٩ مسألة ٣٤.

(١٥) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٣٩.

(١٦) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٨٥.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٢٨

[الفرع الثالث]

الثالث: لو نكحت بعد العدة ثم ظهر موت الزوج قبل النكاح كان العقد الثاني صحيحاً، ولا عدة عليها ثانياً سواء كان موته قبل العدة بتمامها أو بعضها أو بعدها، لسقوط اعتبار عقد الأول في نظر الشرع بالفقد، فالفقد نازل منزلة الموت، ولذا تعتد عده، و ظهور الموت إنما يزيد المنزلة قرباً و العدة و العقد الثاني صحته، و إن تأخر عن العدة، فإنه إن ظهرت حياته بعد العقد لم يؤثر في صحته، فبعد العدة أولى، و لأن العقد الثاني محكوم بصحته شرعاً، فلا يحكم بفساده إلاً بدليل شرعي. و لا يكفي في الحكم بالفساد، أن إن أوجبنا طلاق الولي كانت العدة عده طلقه رجعيه و إن كانت في العدة كعدة الوفاة. و من حكمها أنه إذا تجدد الموت في أثنائها انتقلت إلى عدة الوفاة، و إن لم تعلم بالموت إلاً بعدها استأنفت عدة الوفاة.

[الفرع الرابع]

الرابع: هذه العدة كعدة الموت لا نفقة فيها على الغائب، و عليها الحداد على إشكال من أنه محكوم عليه بالموت. و من الأصل، و اختصاص النص «١» بمن مات زوجها، و الفقد غير الموت. و لو حضر قبل انقضائها ففي عدم الرجوع عليه بالنفقة لما مضى إشكال: من أنها إنما سقطت عنه لتنزله منزلة الميت، فإذا حضر انكشف الفساد. و يؤيده: أنه إذا حضر حينئذ كان أملك بها، فإنه يجعل العدة عده طلاق رجعي. و إن أوجبنا طلاقها فأظهر، بل يحتمل الرجوع و إن حضر بعد العدة، بل و بنفقة ما بعدها قبل النكاح إن جعلناه أولى بها حينئذ، للاشتراك في فساد ما بُنيت عليه العدة، و ظهور أنها محبوسة عليه في العدة، أو مع ما بعدها، بل ظهور فساد الاعتداد إن كان أولى بها ما لم تتزوج. و من أن العدة عده موت فلا يستتبع النفقة، و ظهور الحياة لا يغير حكم العدة، و لأن القضاء بأمر جديد.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٣٤ ب ٩ من أبواب النفقات.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٢٩

[الفرع الخامس]

الخامس: لو طلقها الزوج، أو ظاهر منها أو آلى فاتفق في العدة أو قبلها صحح، لبقاء العصمة بينهما، فورد على محله و لا دلالة لعدم وجوب النفقة عليه على زوال العصمة، و لكن في الطلاق نظر على القول بطلاقها، إذ لا يصح عندنا طلقتان بلا رجوع بينهما، نعم يصح إن تقدم عليها و كان طلاق الولي أو الحاكم لغواً. و لو أتم شيء منها بعدها لم يقع لزوال العصمة، إلاً على القول بأنه أملك بها قبل أن تتزوج.

[الفرع السادس]

السادس: لو أتت بولد بعد مضي ستة أشهر من دخول الثاني لحق به إن لم يدعه غيره، قطعاً و لو ادعاه الأول قيل له: من أي وجه

تدعيه فإن قال: للزوجية التي كانت بيني وبين أمه، لم يقبل اتفاقاً وإن ذكر الوطء سرّاً لم يقبل أيضاً، وفاقاً للمحقق «١» لزوال فراشه و ثبوت فراش الثاني.

وقيل في المبسوط: عندنا يقرع «٢» للإمكان، و ثبوت الفراش لهما، كما أنه يقرع إذا طلقها فتزوجت فولدت ما يمكن كونه منهما. وليس بجيد لرجحان الفراش مع العلم بوطء غير الزوج، فمع الاحتمال أولى.

[الفرع السابع]

السابع: لا توارث بينهما وبين الزوج لو مات أحدهما بعد العدة والتزوج بغيره، وكذا قبل التزوج إن قطعنا العصمة بانقضاء العدة.

ويتوارثان إن وقع الموت في العدة لبقاء العصمة وإن كانت العدة عدّة وفاء، ولذا كان له الرجوع متى حضر فيها، واحتمل العدم، لكون العدة عدّة وفاء. وهو ضعيف.

[الفرع الثامن]

الثامن: لو غلط الحاكم في الحساب فأمرها بالاعتداد فاعتدت وتزوجت قبل مضيّ مدّة التبرّص ومنها العدة بطل الثاني لوقوعه في العدة أو قبلها.

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٤٠.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢٨١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٣٠

و الأقرب أنها تحرم عليه مؤيّداً مع الدخول لأنه دخول «١» بذات بعل أو عدّة، إلّا إذا ظهر موت الأول قبل نكاحه، فإنه يحتمل عدم الحرمة إن تقدّم النكاح العدة كما تقدّم في النكاح «٢» لأنها «٣» ليست بذات بعل ولا عدّة. وخلاف الأقرب، العدم إن كان النكاح قبل الشروع في العدة، لأنها حينئذ لا يعلم كونها ذات بعل، والمحرم إن كان إنما هو نكاح ذات البعل، فلمّا لم يعلم بقيت على أصل الحلّ، وهو متّجه. لكن الاحتياط في الفروج مطلوب.

اصفهانى، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ١٤١٦ هـ ق

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام؛ ج ٨، ص: ١٣٠

ويحتمل العدم إن كان في العدة أيضاً، لكون المتبادر من العدة غيرها. وهو في غاية الضعف. ولو تبين موت الزوج قبل الشروع في العدة مع الغلط في الحساب فالأقرب صحّة العقد الثاني لأنه لم يقع على ذات بعل ولا عدّة. ويحتمل البطلان لابتنائه ظاهراً وفي زعم المتعاقدين على الاعتداد المبني على الخطأ. ولو عاد الزوج من سفره وقد ظهر الغلط في الحساب، وأنه لم يمض عليها أربع سنين وأربعة أشهر وعشرة أيام فإن لم تكن قد تزوّجت وجب لها نفقة جميع المدّة المفقودة هو فيها، وإن دخلت في الأربعة أشهر والعشرة أيام على وجه تقدّم.

و إن كانت قد تزوّجت سقطت نفقتها من حين الترويج، لأنها كأنها ناشز، فإذا فرّق بينهما، فإن لم يكن دخل بها الثاني عادت نفقتها على الأول في الحال لتمكّنه من الاستمتاع بها في الحال و إن دخل فلا- نفقة لها مدّة التربّص إلى أن تمكّن الثاني الاستمتاع، لا على الثاني، لأنه أي الوطء وطء شبهة لظهور فساد النكاح و لا على الأول، لأنها بعد باقية على حكم النشوز، و هي و إن كانت محبوسة عليه لكن لحقّ غيره و هو الثاني، لا لحقّ نفسه، فيجب عليه الإنفاق.

(١) في ن زيادة: متزوج.

(٢) كشف اللثام: ج ٧ ص ١٨٣.

(٣) في ن بدل «لأنها»: فإنها.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٣١

و لو رجع الزوج من سفره بعد موتها بعد الترويج المبتنى على الغلط في الحساب ورثها إن ماتت و لم تخرج مدّة التربّص و العدة لأنها ماتت و هي زوجته و يطالب الورثة الثاني بمهر مثلها إن دخل بها لظهور شبهة. و لو بلغها موت الأول بعد الترويج المبتنى على الغلط في الحساب أو قبله من غير تخلّل زمان العدة بينهما اعتدّت له بعد التفريق و ابتداء العدة من حين بلوغ الخبر. و إن مات الثاني بعد الدخول فعليها عدة و طء شبهة لا عدة الوفاة لما عرفت.

و لو ماتا و قد دخل الثاني فإن علمت السابق و كان هو الأول اعتدّت عنه أولاً بأربعة أشهر و عشرة أيام، أولها يوم موت الثاني أو افتراقهما، لظهور فساد النكاح، لا يوم موت الأول، أو بلوغ الخبر لأنّ العدة لا تجتمع مع الفراش الفاسد كالصحيح و فراشه قائم إلى وقت موته أو ظهور الفساد، فإذا انقضت هذه العدة اعتدّت من الثاني عدة شبهة، هذا إن لم تكن حاملاً من الثاني، و إلّا قدّمت عدته على عدة الزوج.

و إن سبق الثاني فإن كان بين المدّتين ثلاثة أقرء مثلاً مضت عدة الثاني فتعدّد عن الأول من حين بلوغ الخبر و إن كان المتخلّل بين المدّتين أقلّ من زمان عدة الثاني أكملت العدة من الثاني ثمّ اعتدّت من الأول و في المبسوط: أنها إن لم تكن حاملاً من الثاني انتقلت إلى العدة من الأول ثمّ تكمل العدة من الثاني، لأنّ عدة الأول وجبت عن سبب مباح و عدة الثاني عن سبب محظور، فكانت الأولى أقوى «١».

و لو لم تعلم السابق أو علمت المقارنة اعتدّت من الزوج ثمّ من وطء شبهة لكون الأولى أقوى، إلّا أن تكون حاملاً من الثاني.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٨٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٣٢

[الفرع التاسع]

التاسع: الأقرب وفاقاً للصدوق «١» و المفيد في العويص «٢» و ابني حمزة «٣» و الجنيد «٤» أنّ الحاكم بعد مدّة البحث يأمر الولي بأن يطلقها قال أبو عليّ: و إن لم يطلقها أمرها وليّ المسلمين أن تعتدّ «٥».

و قال الصدوق: إذا امتنع الوليّ أن يطلق أجبره الوالي على أن يطلقها، و إن لم يكن له وليّ طلقها السلطان «٦».

و قال ابن حمزة: إنّه يأمر الوليّ بالطلاق، فإن لم يكن له وليّ طلقها الحاكم «٧».

و في المبسوط: إنه إن كان له وليّ ينفق عليها فعليها الصبر، و إن لم يكن له وليّ فزق بينهما الحاكم «٨». فيجوز أن يريد بالتمييز الطلاق، و مراد المصنّف بتطبيق الحاكم ما يعمّ تطبيقه مع فقد الوليّ و إجباره الوليّ عليه.

و إنّما كان ذلك أقرب للرواية الصحيحة و الحسنه عن يزيد بن معاوية سأل الصادق (عليه السلام) عن المفقود كيف تصنع امرأته؟ قال: ما سكتت عنه و صبرت يخلى «٩» عنها، و إن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجّلها أربع سنين، ثم يكتب إلى الصقع المذى فقد فيه فيسأل عنه، فإن أخبر «١٠» عنه بحياة صبرت، و إن لم يخبر عنه بشيء حتى تمضى أربع سنين دعى وليّ الزوج المفقود فقيل له: هل للمفقود مال؟ فإن كان له مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته، و إن لم يكن له مال قيل للوليّ: أنفق عليها، فإن فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوج ما أنفق عليها، و إن أبى أن يُنفق عليها أجبره الوالي على أن يطلق تطليقه في استقبال العدة و هي طاهر،

(١) المقنع: ص ٣٥٣.

(٢) مصنّفات الشيخ المفيد، مسائل العويص: ص ٣١ مسألة ١١.

(٣) الوسيلة: ص ٣٢٤.

(٤) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٨٢.

(٥) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٨٢.

(٦) المقنع: ص ١١٩.

(٧) الوسيلة: ص ٣٢٤.

(٨) المبسوط: ج ٥ ص ٢٧٨.

(٩) في وسائل الشيعة بدل «يخلى»: فخلّ.

(١٠) في وسائل الشيعة بدل «أخبر»: خبر.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٣٣

فيصير طلاق الوليّ طلاق الزوج، فإن جاء زوجها قبل أن تنقضى عدتها من يوم طلقها الوليّ فبدا له أن يراجعها فهي امرأته، و هي عنده على تطليقتين، و إن انقضت العدة قبل أن يجيء و يراجع فقد حلت للأزواج، و لا سبيل للأول عليها «١».

قال الصدوق: و في رواية اخرى أنه إن لم يكن للزوج وليّ طلقها الوالي، و يُشهد شاهدين عدلين، فيكون طلاق الوالي طلاق الزوج، و تعتد أربعة أشهر و عشرًا ثم تتزوج إن شاءت «٢».

و لقوله (عليه السلام) في حسن الحلبيّ: فإن لم ينفق عليها وليه أو وكيله أمره أن يطلقها فكان ذلك عليها طلاقاً واجباً «٣».

و لأنّ أبا الصباح الكنائى سأل (عليه السلام) أي جبر وليه على أن يطلقها؟ قال: نعم، و إن لم يكن له وليّ طلقها السلطان «٤».

هذا مع الاستصحاب و عدم ظهور معارض لها، و لا خلاف في المسألة، فإن غاية الأمر السكوت عنها في مضمّر سماعه «٥» و عبارات أكثر الأصحاب. ثم مقتضى الطلاق أن تعتد عدته.

و لكن الحقّ الموافق لفتاوى الأصحاب أنّ العدة عدّة الوفاة للاحتياط من جهة اتفاق الأصحاب عليها، من صرح منهم بالطلاق و من لم يصرّح، و ورودها فيما سمعته من الخبر. و في مضمّر سماعه من غير معارض، و كونها أطول غالباً من عدّة الطلاق، فيكون أحوط من وجه من غير منافاة بين الطلاق و الاعتداد بها، إذ لا دليل من عقل أو نقل على اختصاصها بالوفاة.

- (١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٩ ب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١.
 (٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٢ ص ٥٤٧ ح ٤٨٨٤.
 (٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٩٠ ب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٤.
 (٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٩٠ ب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق ح ٥.
 (٥) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٣٩٠ ب ٤٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢.
 كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٣٤

[الفصل السادس في عدّة الأمة و فيه مطلبان]

إشارة

الفصل السادس في عدّة الأمة و فيه مطلبان و هي مدّة تربصها لنكاح أو شبهة و الاستبراء لرحمها بالتربص لملك اليمين، و لا بأس بإطلاق كل منهما على معنى الآخر، لكنّ الغالب في العرف ذلك.
 و فيه مطلبان:

[المطلب الأول في العدة]

الأول: في العدة، عدّة الأمة في الطلاق قُرءان إن كانت ذات قُرء بالنص «١» و الإجماع و إن كان زوجها حرّاً، و أقلّ ما يقعان فيه من المدّة ثلاثة عشر يوماً و لحظتان بل عشرة أيام و ثلاث لحظات، بأن طلقها بعد الوضع قبل النفاس بلحظة ثم رآته لحظة. و اللحظة الثانية أو الثالثة دلالة الخروج لا جزء للعدة كما مرّ، و لذلك لما سأل ليث المرادي الصادق (عليه السّلام) كم تعتدّ الأمة من ماء العبد؟ قال: حيضة «٢». لخروج الحيضة الثانية عن العدة. و يجوز أن يكون السؤال عن عدد الحيض الذي تعتده، مع ضعف الخبر، و معارضته بغيره من النصوص و الإجماع.
 و هل حكم الفسخ للنكاح للبيع أي حكم ما إذا بيعت أو بيع زوجها ففسخ المشتري نكاحهما حكم الطلاق؟ الأقرب ذلك لأنّ حكم الفسخ في الحرّة حكمه و يؤيّده الاستصحاب.
 و يحتمل أن لا يكون فيها إلّا الاستبراء، لخروجه عن مدلول لفظ الطلاق، و يؤيّده أصالة البراءة من الزائد، و الفرق بينها و بين الحرّة أنّه ليس للحرّة مدّة مضروبة لاستبراء رحمها أقلّ من عدّة الطلاق، فلا يمكن الحكم بالبراءة في أقلّ منها، بخلاف الأمة. و كذا الكلام في الفسخ للعيب، و إن كانت من ذوات الحيض أي بالغه غير يائسة و لكن لم تحض أو احتبس حيضها لا للباس أو الحمل

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٦٩ ب ٤٠ من أبواب العدد.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٠ ب ٤٠ من أبواب العدد ح ٦.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٣٥

فعدتها شهر ونصف، وهي في الأغلب خمسة وأربعون يوماً لندرة اتفاق مفارقة الطلاق لأول الهلال، فيعتبر كل من الشهر ونصفه بالثلاثين، وإن اتفقت المقارنة واتفق نقصان الشهر، فالعدة أربعة وأربعون. ولو كانت حاملاً فعدتها وضع الحمل من غير خلاف، لعموم آية «أولت الأحمال» (١) من غير مخصيص، وعدم براءة الرحم بدون الوضع.

وعدتها في الوفاة شهران وخمسة أيام وفقاً للأكثر، للأخبار، وهي كثيرة، كصحيح محمد بن مسلم عن الصادق (عليه السلام) قال: الأمة إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام (٢). وصحيح محمد بن قيس عن الباقر (عليه السلام) قال: طلاق العبد للأمة تطليقتان، وأجلها حيضتان إن كانت تحيض، وإن كانت لا تحيض فأجلها شهر ونصف، وإن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحرّة، شهران وخمسة أيام (٣).

وخلافاً للمقنع (٤) والبيان (٥) ومجمع البيان (٦) والسرائر (٧) والجامع (٨) وروض الجنان للشيخ أبي الفتوح (٩) لعموم الآية (١٠) وصحيح زرارة عن الباقر (عليه السلام): إن الأمة والحرّة كليهما إذا مات عنهما زوجها سواء في العدة، إلا أن الحرّة تحدد الأمة لا تحدد (١١) وصحيحه عنه (عليه السلام): كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّة كانت أو أمة، وعلى أي وجه كان [النكاح] (١٢) منه متعة أو تزويجاً أو ملك يمين،

(١) الطلاق: ٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٣ ب ٤٢ من أبواب العدد ح ٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٣ ب ٤٢ من أبواب العدد ح ١٠.

(٤) المقنع: ص ١٢١.

(٥) البيان: ج ٢ ص ٢٦٢.

(٦) مجمع البيان: ج ٢١ ص ٣٣٧.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ٧٣٥.

(٨) الجامع للشرائع: ص ٤٧١.

(٩) روض الجنان (تفسير الشيخ أبو الفتوح الرازي): ج ٢ ص ٢٧١.

(١٠) البقرة: ٢٣٤.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٢ ب ٤٢ من أبواب العدد ح ٢.

(١٢) ليس في نسخ كشف اللثام.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٣٦

فالعدة أربعة أشهر وعشراً (١). وخبر سليمان بن خالد عن الصادق (عليه السلام) قال: عدّة المملوك المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام (٢).

والجواب: تخصيص الآية بالأخبار (٣). ويؤيده أنه لم يتعرض لحكم الإمام في الطلاق أيضاً، وتخصيص الأخبار بأم الولد للمعارضه بغيرها، وللتصريح بالتفصيل في غيرها كما ستعرف، [و احتمال الأول المساواة في أصل الاعتداد] (٤).

وعدّة الحامل في الوفاة أبعد (٥) الأجلين من الوضع وشهرين وخمسة أيام.

ولو كانت أم ولد لمولها فعدتها من موت زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام إن كانت حائلاً، وأبعد الأجلين إن كانت حاملاً

كالحزّة، وفاقاً للشيخ «٦» وجماعه. وفي الخلاف «٧» وظاهر المبسوط «٨» الإجماع عليه، جمعاً بين الأخبار. ويدلّ على خصوصه خبر سليمان بن خالد سأل الصادق (عليه السّلام) عن الأُمّة إذا طُلقت ما عدّتها؟ قال: حيضتان أو شهران حتّى تحيض: قال: قلت: فإن توفّي عنها زوجها؟ فقال: إنّ عليّاً (عليه السّلام) قال في أمّهات الأولاد: لا يتزوَّجن حتّى يعتدّن أربعة أشهرٍ وعشراً وهنّ إماء «٩».

وصحيح وهب بن عبد ربّه سأله (عليه السّلام) عن رجل كانت له أمٌ ولد، فزوَّجها من رجل فأولدها غلاماً، ثمّ إنّ الرجل مات فرجعت إلى سيدها إله أن يطأها؟ قال:

(١) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٨٤ ب ٥٢ من أبواب العدد ح ٢.

(٢) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٧٣ ب ٤٢ من أبواب العدد ح ٥.

(٣) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٧١ ب ٤٢ من أبواب العدد.

(٤) ما بين المعقوفتين ليس فى ق، ن.

(٥) فى قواعد الأحكام: بأبعد.

(٦) التبيان: ج ٢ ص ٢٦٢.

(٧) الخلاف: ج ٥ ص ٨٠ مسألة ٣٨ وفيه: «لم يذكر عدّة الحامل».

(٨) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥١.

(٩) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٧٢ ب ٤٢ من أبواب العدد ح ١.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٣٧

تعتدّ من الزوج أربعة أشهرٍ وعشراً، ثمّ يطأها بالملك بغير نكاح «١».

فإنّهما دلّ على اعتداد أمّ الولد بذلك. فهما يؤيّدان أخبار مساواة الأُمّة للحزّة فى العدّة. فإذا أردنا الجمع بينها وبين الأخبار الأوّلة خصّصناها بأمّ الولد؛ لحصول الظنّ للخبرين بأنّها كذلك، والأخبار الأوّلة بغيرها، إذ ليس لنا ما ينصّ على أنّها كالحزّة. هذا فى وفاة الزوج.

وأمّا إذا توفّي السيد، فإن كانت مزوّجة من غيره فلا عدّة عليها إجماعاً، وإن لم تكن مزوّجة، اعتدّت أربعة أشهرٍ وعشراً، مدبّرة كانت أو لا، أمّ ولد أو لا، وفاقاً للجامع والنزهة لما سمعته من خبرى زرارة وسليمان بن خالد، وحسن الحلبيّ سأل الصادق (عليه السّلام) يكون الرجل تحته السريّة فيعتقها، فقال: لا يصلح أن ينكح حتّى تنقضى ثلاثة أشهر، وإن توفّي عنها مولاه فعدّتها أربعة أشهرٍ وعشراً «٢».

وخبر إسحاق بن عمّار سأل الكاظم (عليه السّلام) عن الأُمّة يموت سيدها، قال: تعتدّ عدّة المتوفّي عنها زوجها «٣».

وخبر زرارة عن الباقر (عليه السّلام): إذا غشيها سيدها ثمّ أعتقها، فإنّ عدّتها ثلاث حيض، وإن مات عنها فأربعة أشهرٍ وعشراً «٤».

وفى كتب الشيخ: أنّ المدبّرة تعتدّ كذلك. ولم يتعرّض لغيرها كما فعله المصنّف فيما سيأتى وكثير. وفى الكافي: أنّ أمّ الولد كذلك.

وقال ابن حمزة: الأُمّة إذا كانت عند سيدها ومات عنها، أو زوّجها من غيره ومات عنها وهى فى عدّة له عليها فيها رجعة كان عدّتها عدّة الحرائر، والمدبّرة إذا مات عنها سيدها وقد وطئها بملك اليمين، أو أعتقها قبل وفاته فعدّتها عدّة الحرائر، وإن

كانت حاملاً فعَدَّتْهَا أبعَد الأجلين، و إن لم يطأها فلا عدَّة عليها، و إن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٢ ب ٤٢ من أبواب العدد ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٤ ب ٤٣ من أبواب العدد ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٢ ب ٤٢ من أبواب العدد ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٥ ب ٤٣ من أبواب العدد ح ٥.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٣٨

لم يدبرها فعَدَّتْهَا عدَّة الإمام. و ظاهره متناقض، و لعله أراد بالأمة أوَّلًا أمَّ الولد.

و عند ابن إدريس و المصنّف في التحرير و المختلف لا- عدَّة على غير المدبّرة أو المعتقّة في الحياة، و إنّما عليها الاستبراء، للأصل. و جوابه المعارضة بالأخبار و الاحتياط.

و الذمّيّة كالحرة في الطلاق و الوفاة كما نصّ عليه الأصحاب، و دلّ عليه الأخبار «١» و عموم الكتاب «٢».

و قيل في حسن زرارة و موثقه عن الباقر (عليه السّلام): في الطلاق كالأمة قال: سألته عن نصرانيّة كانت تحت نصراني فطلّقها، هل عليها عدَّة منه مثل عدَّة المسلمة؟ فقال: لا، لأنّ أهل الكتاب مماليك للإمام، أ لا ترى أنّهم يؤدّون الجزية كما يؤدّي العبد الضريبة إلى مواليه؟ قال: و من أسلم منهم فهو حرّ يطرح عنه الجزية. قلت: فما عدَّتْهَا إن أراد المسلم أن يتزوَّجها؟ قال: عدَّتْهَا عدَّة الأمة حيضتان، أو خمسة و أربعون يوماً قبل أن تُسلم، قال: قلت له: فإن أسلمت بعد ما طلّقها، فقال: إذا أسلمت بعد ما طلّقها فإن عدَّتْهَا عدَّة المسلمة، قلت: فإن مات عنها و هي نصرانيّة و هو نصراني فأراد رجل من المسلمين أن يتزوَّجها قال: لا يتزوَّجها المسلم حتّى تعتدّ من النصراني أربعة أشهر و عشرًا عدَّة المسلمة المتوفّي عنها زوجها، قلت له: كيف جعلت عدَّتْهَا إذا طلّقت عدَّة الأمة، و جعلت عدَّتْهَا إذا مات عنها عدَّة الحرة المسلمة و أنت تذكر: أنّهم مماليك للإمام؟ فقال: ليس عدَّتْهَا في الطلاق مثل عدَّتْهَا إذا توفّي عنها زوجها «٣».

و لم نظفر بقائل من الأصحاب، و لا بما يتضمّن كونها كالأمة في الوفاة كما يظهر من العبارة.

و لو أعتقت الأمة ثمّ طلّقت أو فسخت النكاح ثمّ توفّي عنها زوجها فكالحرة أصالة.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٨ ب ٤٥ من أبواب العدد ح ٢.

(٢) البقرة: ٢٢٨ و ٢٣٤.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٧ ب ٤٥ من أبواب العدد ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٣٩

و لو طلّقت رجعيّاً ثمّ أعتقت، أكملت عدَّة الحرة لأنّها في حكم الزوجة، و لصحيح جميل عن الصادق (عليه السّلام): في أمة كانت تحت رجل فطلّقها ثمّ أعتقت، قال: تعتدّ عدَّة الحرة «١». و للإجماع كما في الغنية.

و لو كان الطلاق بائناً أكملت ما عليها من عدَّة الأمة للطلاق التي هي قرءان أو شهر و نصف أو الوضع، لأنّها أعتقت بعد ما بانت. و لصحيح محمّد بن مسلم عن الباقر (عليه السّلام): إذا طلق الحرّ المملوكة فاعتدّت بعض عدَّتْهَا منه ثمّ أعتقت، فإنّها تعتدّ عدَّة المملوكة «٢».

و يدلّ على التفصيل مع الإجماع كما في الخلاف خبر مهزم عن الصادق (عليه السّلام) في أمة تحت حرّ طلّقها على طهر بغير

جماع تطليقة ثم اعتقت بعد ما طلقها بثلاثين يوماً و لم تنقض عدتها، فقال: إذا أعتقت قبل أن تنقضى عدتها اعتدت عدّة الحرّة من اليوم الذي طلقها، و له عليها الرجعة قبل انقضاء العدّة، فإن طلقها تطليقتين واحدة بعد واحدة ثم أعتقت قبل انقضاء عدتها فلا رجعة له عليها، و عدتها عدّة الأمة (٣).

و لو طلق الزوج أمّ و ولد المولى رجعيّاً ثم مات في العدّة، استأنفت عدّة حرّة لما عرفت من أنّ المطلقة رجعيّاً إذا مات زوجها استأنفت عدّة الوفاة و أمّ الولد تعتدّ من زوجها عدّة الحرّة.

و لو لم تكن أمّ و ولد استأنفت عدّة أمه لما عرفت.

و لو كان الطلاق بائناً أتمت عدّة الطلاق لأن ذلك حكم المطلقة بائناً كما تقدّم.

و لو مات زوج الأمة ثم أعتقت في العدّة أكملت عدّة حرّة لصحيح جميل و هشام بن سالم عن الصادق (عليه السّلام) في أمه طلقت ثم أعتقت قبل أن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٣ ب ٥٠ من أبواب العدد ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٣ ب ٥٠ من أبواب العدد ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٢ ب ٥٠ من أبواب العدد ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٤٠

تنقضى عدتها، فقال: تعتدّ بثلاث حيض فإن مات عنها زوجها ثم أعتقت قبل أن تنقضى عدتها فإن عدتها أربعة أشهر و عشر (١). و لتغليب الحرّية، و الاستصحاب و الاحتياط، و صدق أنّها حرّة توفّي عنها زوجها فيدخّل في عموم النصوص.

و لو دبر المولى موطوءته اعتدت لوفاته بأربعة أشهر و عشرة أيّام لانعتاقها بموته، فتكون كالزوجة المتوفّي عنها زوجها. و لو أعتقها في حياته اعتدت بثلاثة أقرء إن كانت ذات قرء، و إلّا بثلاثة أشهر، أو وضع الحمل، لأنّها كالمطلقة الحرّة.

و يدلّ على الحكمين ما تقدّم من الأخبار و غيرها، كخبر أبي بصير: سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل أعتق وليدته عند الموت، فقال: عدتها عدّة الحرّة المتوفّي عنها زوجها: أربعة أشهر و عشر، و عن رجل أعتق وليدته و هو حيّ و قد كان يطأها، فقال: عدتها عدّة الحرّة المطلقة: ثلاثة قروء (٢).

و صحيح داود الرقيّ عنه (عليه السّلام) في المدبرة إذا مات عنها مولاها: أنّ عدتها أربعة أشهر و عشر من يوم يموت سيدها إذا كان سيدها يطأها. قيل له: فالرجل يُعتق مملوكته قبل موته بساعة أو بيوم ثم يموت، فقال: هذه تعتدّ بثلاثة أشهر (٣) أو ثلاثة قروء من يوم أعتقها سيدها (٤).

و في المبسوط: أنّها إن لم تكن ذات قرء أو حمل فإنما تعتدّ بشهر، و لا أعرف وجهه.

و لا اعتبار عندنا بحرّية الزوج و رقه في جميع ما تقدّم في الحرائر و الإماء، و إنّما العبرة بالزوجة كما نصّت به الأخبار.

و المعتق بعضها كالحرّة تغليبا للحرّية و استصحاباً. و للدخول في العمومات من غير علم بخروجها منها.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٢ ب ٥٠ من أبواب العدد ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٥ ب ٤٣ من أبواب العدد ح ٦.

(٣) في وسائل الشيعة بدل «بثلاثة أشهر»: بثلاث حيض.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٥ ب ٤٣ من أبواب العدد ح ٧.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٤١

والمكاتب المشروطة والمطلقة التي لم تؤد شيئاً كالأمه غيرها للعمومات و لو أدت المطلقة في الأثناء شيئاً أو المشروطة الجميع فكالحرّة أي فكما إذا تحرّرت بغير ذلك في الأثناء في أنها إن كانت رجعيّة أكملت عدّة الحرّة، وإلا فعدّة الأمه.

و لو اعتقت بعد مضيّ قرنين أو شهرٍ ونصفٍ لم تُضف إلى ما مضى تتمّة عدّة الحرّة وإن كان بلا فصل، لأنها خرجت بذلك من العدّة فبانت، ولا عبرة بالعتق بعد البيئونة.

و لو التحقت الذميّة بعد الطلاق بدار الحرب فسوّيت في أثناء العدّة، فالأقرب إكمال عدّة الحرّة تغليبا للحرّيّة واحتياطاً واستصحاباً، و يحتمل ضعيفاً انتقالها إلى عدّة الأمه إن كانت رجعيّة.

[المطلب الثاني في الاستبراء]

المطلب الثاني في الاستبراء و هو نفس التبرّص أو استعمال براءة الرحم بالتبرّص الواجب بسبب ملك اليمين عند حدوثه أي الملك و عند زواله، فمن ملك جاريّة موطوءة، يبيع أو غيره من استغنام أو صلح أو ميراثٍ أو أيّ سببٍ كان لم يجر له وطؤها إلا بعد الاستبراء في المشهور تحرّزاً عن اختلاط الأنساب، وللإجماع عليه في البيع، والأخبار «١» فيه و هي كثيرة.

و في الصحيح عن الحسن بن صالح عن الصادق (عليه السّلام) قال: نادى منادى رسول الله في الناس يوم أوطاس «٢»: أن استبرؤوا سباياكم بحيضة «٣».

و في موضع من المبسوط و السرائر إنكاره في غير البيع، للأصل. و عموم «مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» «٤».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥١٤ ٥١٥ ب ١٦ ١٧ ١٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٢) أوطاس: واد في ديار هوازن فيه كانت وقعة حنين (معجم البلدان: ج ١ ص ٢٨١).

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥١٥ ب ١٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(٤) النساء: ٣.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٤٢

فإن كانت حبلى من مولى أو زوج أو وطء شبهة أو مجهول لا من زنا، إذ لا حرمة له و لم ينقض مدّة الاستبراء إلا بوضعه أو مضيّ أربعة أشهر و عشرة أيّام، فلا يحلّ له وطؤها قبلاً قبل ذلك لصحيح رفاعه بن موسى سأل الكاظم (عليه السّلام) إن كان حمل فما لى منها إن أردت؟ فقال: لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ في حملها أربعة أشهر و عشرة أيّام، فإذا جاز حملها أربعة أشهر و عشرة أيّام، فلا بأس بنكاحها «١».

و أجازته ابن زهرة و سلّار مع العزل، و الشيخ في الخلاف و ابن إدريس مطلقاً، و ادعى عليه الإجماع في الخلاف. و يجوز في غير القبل لشمول «ما دون الفرج» في هذا الخبر و سائر الأخبار له. و يمكن المناقشة فيه، و الأولى تركه، لقول الصادق (عليه السّلام) لعبد الله بن محمّد: لا بأس بالتفخيز لها حتى تستبرئها، و إن صبرت فهو خير لك «٢». و لأن إبراهيم بن عبد الحميد سأل الكاظم (عليه السّلام) عن الرجل يشتري الجارية و هي حبلى أ يطؤها؟ قال: لا، قال: فدون الفرج قال: لا يقربها «٣».

و يكره الوطء في القبل بعدها قبل الوضع، لقول الباقر (عليه السّلام) في حسن محمّد بن قيس: لا يقربها حتى تضع ولدها «٤».

و فى حسن رفاعه بن موسى فى الائمة الجبلى يشترىها الرجل: أحلتها آية و حرمتها آية أخرى، و أنا ناه عنها نفسى و ولدى «٥». و نحو ذلك من الأخبار العامة «٦».

و لا يحرم، للإجماع كما فى الخلاف و الجمع بينها و بين صحیحه رفاعه.

- (١) وسائل الشیعة: ج ١٤ ص ٥٠٥ ب ٨ من أبواب نکاح العیید و الإمام ح ٣.
- (٢) وسائل الشیعة: ج ١٤ ص ٥٠١ ب ٥ من أبواب نکاح العیید و الإمام ح ١.
- (٣) وسائل الشیعة: ج ١٤ ص ٥٠٢ ب ٥ من أبواب نکاح العیید و الإمام ح ٥.
- (٤) وسائل الشیعة: ج ١٤ ص ٥٠٥ ب ٨ من أبواب نکاح العیید و الإمام ح ١.
- (٥) وسائل الشیعة: ج ١٤ ص ٥٠٥ ب ٨ من أبواب نکاح العیید و الإمام ح ٢.
- (٦) وسائل الشیعة: ج ١٤ ص ٥٠٥ ب ٨ من أبواب نکاح العیید و الإمام.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٤٣

و قوى التحريم فى التذكرة و اختاره الشهيد و هو خيرة المبسوط و التهذيب «١» و الاستبصار «٢» لعمومها و تأيدها، بعموم الآية «٣» و الاحتياط و الاستصحاب.

و فى المقنعة: فإذا مضى ذلك عليها و طئها إن أحبّ دون الفرج، فإن و طئها فيه فليعزل عنها، و اجتناب و طئها أحوط حتى تضع ما فى بطنها. و فى الخلاف: نفى الكراهة.

و لو كانت من ذوات الأقرء استبرأت بحیضة فى المشهور، و الأخبار به كثيرة «٤».

و يستحبّ بحیضتين، لقول الرضا (عليه السلام) لمحَمَّد بن إسماعيل، فى الصحيح: أستبرئها بحیضتين «٥». و لسعد بن سعد الأشعريّ: أهل المدينة يقولون: حیضة، و كان جعفر (عليه السلام) يقول: حیضتان «٦». و لمناسبته لعدّتها فى الطلاق، و لاستبراء ذات الأشهر بخمسة و أربعين يوماً.

و فى المبسوط: أنّها تستبرئ بطهر. و فى الخلاف: بطهرين.

و إن بلغت سنّ الحیض و لم تحض و لا حملت و لا آيست فبخمسة و أربعين يوماً فى المشهور، لأنّها عدّتها فى الطلاق. و لخبر ربيع بن القاسم سأل الصادق (عليه السلام) عن الجارية التى لم تبلغ الحیض و يخاف عليها الحبل، قال: يستبرئ رحمها الذى يبيعها بخمسة و أربعين ليلة، و الذى يشترىها بخمسة و أربعين ليلة «٧». و خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله: فى الرجل يشترى الجارية و لم تحض أو قعدت عن المحیض كم عدّتها؟ قال: خمسة و أربعون ليلة «٨».

(١) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٧٦ ذیل حدیث ٦١٥.

(٢) الاستبصار: ج ٣ ص ٣٦٢ باب ٢١٣.

(٣) الطلاق: ٤.

(٤) وسائل الشیعة: ج ١٤ ص ٥٠٨ ب ١٠ من أبواب نکاح العیید و الإمام.

(٥) وسائل الشیعة: ج ١٤ ص ٥٠٤ ب ٦ من أبواب نکاح العیید و الإمام ح ٥.

(٦) وسائل الشیعة: ج ١٤ ص ٥٠٨ ب ١٠ من أبواب نکاح العیید و الإمام ح ١.

(٧) وسائل الشیعة: ج ١٤ ص ٤٩٩ ب ٣ من أبواب نکاح العیید و الإمام ح ٧.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٤٩٩ ب ٣ من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٦.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٤٤

و فى موضع من المقنعة: استبرأؤها بثلاثة أشهر استضعافاً لمستند الأول، و استصحاباً و احتياطاً.

و خبر ابن سنان سأل الصادق (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجارية [و] «١» لم تحض، قال: يعتزلها شهراً إن كانت قد يئست «٢». ظاهر فى اليائسة: فإمّا أن يكون (عليه السلام) أعرض عن جواب السائل لمصلحته، أو يكون معنى «لم تحض» فى كلام السائل أنّها لم تحض منذ اشتراها. و حملة الشيخ على حيضة «٣» فكأنه حمل اليأس على حصوله بعد حيضة. و فى نسخ الكافى «٤» و الاستبصار «٥»: إن كانت قد مُست.

و كذا يجب على البائع الاستبراء بنحو ما ذكر كما نصّ عليه فى غيره فى ذات الأقرء و ذات الأشهر، للإجماع كما فى الخلاف و لما سمعته الآن من خبر ربيع بن القاسم، و لقول الصادق (عليه السلام) فى خبر حفص بن البخترى فى الرجل يبيع الأمة من رجل، قال: عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع «٦».

و هما لا يشملان التبرّص أربعة أشهر و عشرين إذا حملت، فإنّها ليست فى الحقيقة من الاستبراء فى شىء. و فى المقنعة: أنّه ينبغى للبائع الاستبراء.

و يسقط استبراء المشتري بإخبار البائع الثقة بالاستبراء فى المشهور، لنحو صحيح أبى بصير قال للصادق (عليه السلام): الرجل يشتري الجارية و هى طاهر، و يزعم صاحبها أنّه لم يمسه «٧» فقال: إن أمنتها فمسه «٨». و خبر حفص

(١) لم يرد فى نسخ كشف اللثام.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٣٧ ب ١٠ من أبواب بيع الحيوان ح ٤.

(٣) الاستبصار: ج ٢ ص ٣٥٨ ذيل حديث ١٢٨٥، و تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٧٢ ذيل حديث ٦٠١.

(٤) الكافى: ج ٥ ص ٤٧٣ ح ٧.

(٥) الاستبصار: ج ٣ ص ٣٥٨ ح ١٢٨٥.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٣٧ ب ١٠ من أبواب بيع الحيوان ح ٢.

(٧) فى وسائل الشيعة زيادة: منذ حاضت.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٠٤ ب ٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٤.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٤٥

ابن البخترى عنه (عليه السلام) فى الرجل يشتري الأمة من رجل فيقول: إنى لم أطأها، فقال: إن وثق به فلا بأس أن يأتيها «١».

و لم يسقطه ابن إدريس و لا ريب أنّه أحوط كما فى كتب الشيخ و موضع من المقنعة. و يؤيده صحيح محمد بن إسماعيل سأل الرضا (عليه السلام) عن الجارية التى تُشترى من رجل مسلم يزعم أنّه قد استبرأها أ يجزئ ذلك أم لا بدّ من استبرائها؟ قال: استبرأها بحضتين، قال: قلت: يحلّ للمشتري ملامستها؟ قال: نعم، و لا يقرب فرجها «٢».

و خبر عبد الله بن سنان قال للصادق (عليه السلام): أشترى الجارية من [الرجل] «٣» المأمون فيخبرنى أنّه لم يمسه منذ طمّث عنده و طهرت، قال: ليس بجائز أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضة، لكن يجوز لك ما دون الفرج، إنّ الذين يشترون الإمام ثمّ يأتونها قبل أن يستبرئوهنّ فأولئك الزناة بأموالهم «٤».

أو إذا كانت لامرأة و لم يعلم أنّه وطئها رجل فى المشهور، لأصالة البراءة. و الأخبار كصحيح رفاعه سأل الكاظم (عليه السلام)

عن الأمة تكون للمرأة فتبيعهها، فقال: لا بأس أن يطأها من غير أن يستبرئها «٥». و نحوه خبر حفص عن الصادق (عليه السلام) «٦». و لم يسقطه ابن إدريس، و جعل الشيخ في المبسوط و الخلاف استبراءها أحوط. و قال زرارة: اشترت جارية بالبصرة من امرأة فخبرتني أنه لم يطأها أحد فوقع عليها و لم أستبرئها، فسألت أبا جعفر (عليه السلام) عن ذلك، فقال: هو ذا أنا قد فعلت ذلك و ما أريد أن أعود «٧».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٣٨ ب ١١ من أبواب بيع الحيوان ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٠٤ ب ٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٥.

(٣) لم يرد في نسخ كشف اللثام.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٣٩ ب ١١ من أبواب بيع الحيوان ح ٥.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٠٤ ب ٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(٦) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٧٤ ح ٦٠٨. الاستبصار: ج ٣ ص ٣٦ ح ١٢٩٣.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٠٤ ب ٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٤٦

و قد يلحق بها الصغير و العنين و المحبوب و الغائب عنها غيبة طويلة، لا للحمل عليها، بل للعلم ببراءة الرحم من ماء المولى، مع عدم احتمال وطء الغير لها. و عبارة الخلاف قد تعطى وجود الخبر بجميع ذلك.

أو كانت صغيرة أو يائسة بلا خلاف، و يدلّ عليه الاعتبار و الأخبار، كخبر ابن أبي يعفور عن الصادق (عليه السلام) في الجارية التي لم تطمئ و لم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل، قال: ليس عليها عدّة، يقع عليها «١». و خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله سأله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجارية التي لم تبلغ المحيض، و إذا قعدت من المحيض، ما عدتها؟ و ما يحلّ للرجل من الأمة حتى يستبرئها قبل أن تحيض؟ قال: إذا قعدت من المحيض أو لم تحض فلا عدّة لها «٢».

ثم لا إشكال في أنّ الصغر بمعنى عدم بلوغ التسع مسقط للاستبراء، لكنّه لا يجوز الوطء، إلّا إذا بلغت قبل مضيّ مدّة الاستبراء. و ظاهر الخبر الأوّل جواز الوطء مطلقاً، فيجوز أن يكون المراد من لم يبلغ سنّ الحيض في عادة أمثالها و إن بلغت تسعاً.

أو كانت حاملاً إلّا على ما قوّاه في التذكرة، فإنّ التريّص أربعة أشهر و عشرًا ليس من الاستبراء في شيء.

أو حائضاً فإنّه يكفي تلك الحيضة في المشهور. و في الخلاف الإجماع عليه، و يدلّ عليه حصول العلم بالبراءة بذلك. و صحيح الحلبيّ سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية و هي حائض، قال: إذا طهرت فليمسّها إن شاء «٣». و خبر زرعة عن سماعة قال: سألته عن رجل اشترى جارية و هي طامث أو يستبرئ رحمها بحيضة أخرى أم يكفي هذه الحيضة؟ قال: لا، بل يكفي هذه الحيضة، فإن استبرأها بأخرى فلا بأس، هي بمنزلة فضل «٤».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٤٩٨ ب ٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٤٩٩ ب ٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٤٩٨ ب ٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٠٨ ب ١٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٤٧

و في السرائر: وجوب استبرائها بقرءين. و لعلّه أراد بتلك الحيضة و أخرى، و دليله: عموم الأمر بالاستبراء بحيضه، و بعض الحيضة ليس بحيضه، مع احتمال الوطء في الحيض.

و لو كان له زوجة فاشترها بطل النكاح لما تقدّم في النكاح و حلّ له و طؤها من غير استبراء فإنّ الاستبراء إنّما يكون من ماء الغير، خلافاً لبعض العامة.

و استبراء المملوك كافٍ للمولى لأنّ يده يد المولى، فإذا علم بحصول الاستبراء في يده فقد حصل في ملكه، و لا فرق بين أن لا يكون على المملوك دين أو كان و قضاها. و قال الشافعيّ: إن قضى الدين فلا بدّ من استبراء ثان.

و لو فسخ كتابه أمته لم يجب الاستبراء ما لم يكن و طؤها في البين غيره و طئاً محترماً، للأصل و عدم الانتقال عن ملكه. و الإجماع كما في الخلاف. خلافاً لبعض العامة، تنزيلاً لحرمة الاستمتاع بها بالملك بالمكاتبه منزلة الانتقال، و فسخ الكتابه منزلة العود إلى الملك.

و لو عاد المرتدّ: من المولى أو الأمة، حلّ الوطء من غير استبراء لمثل ذلك، إلّا إذا بيعت عليه، أو و طؤها غيره و طئاً محترماً، أو ارتدّ المولى عن فطره. و للعامة في ذلك وجهان.

و لو طلق الزوج لم تحلّ على المولى إلّا بعد العدة لعموم الأدلّة و تكفي عن الاستبراء كان المولى هو الأوّل أو آخر، وفاقاً للخلاف و للمبسوط في المولى الأوّل، لأنّنا إنّما أمرنا بتحصيل العلم بالبراءة بالتربّص إحدى المدد المعهودة و هو معنى الاستبراء، و أبيع لنا الوقوع عليها بعد ذلك، و قد حصل بانقضاء العدة، و الأصل البراءة من الزائد.

و خلافاً للسرائر و المبسوط في المولى المشتري لها في العدة، بناءً على أنّهما حكمان لمكلفين لا يتداخلان. و يظهر ضعفه بما ذكرنا، أو على كون الانتقال سبباً للاستبراء، و الأصل عدم تداخل الأسباب. و هو ممنوع.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٤٨

و لو أسلمت الحرّية بعد الاستبراء أو فيه لم يجب استبراء ثانٍ للأصل من دون معارض. و للعامة قول بالوجوب، بناءً على أنّه الآن تجدد ملكه الاستمتاع.

و كذا لو استبرأها في حال الإحرام أو الصوم أو الاعتكاف لذلك.

و لو مات مولى الأمة المزوّجة أو أعتقها أو لم تفسخ النكاح هي إن أعتقت، و لا الوارث إن مات، فيجوز أن يكون «تفسخ» بصيغة المجهول، كما يجوز أن يكون بصيغة المؤنث المعلوم لم يجب الاستبراء على الزوج و للعامة وجه بالوجوب ضعيف، مبني على أنّ الانتقال يوجب الاستبراء و إن كانت مشغولة بزواج.

و لو باعها من رجل و لم يسلم ثمّ تقايلا أو ردّ لعيبٍ أو خيار لم يجب الاستبراء للعلم بالبراءة، لانتفاء التسليم في الأوّل، و منع الوطء من الردّ في الثاني.

و في المبسوط: إذا باع جارية من امرأة ثقة و قبضها ثمّ استقالها فأقالته جاز له أن لا يستبرئها و يطأها، و الأحوط أن يستبرئها إن كان قبضها.

و هل يحرم في مدّة الاستبراء غير الوطء من وجوه الاستمتاع؟ إشكال: من الأصل، و انتفاء الموجب من احتمال اختلاط الماءين. و الأخبار: كصحيح محمّد بن إسماعيل قال للرضا (عليه السّلام): يحلّ للمشتري ملامستها؟ قال: نعم، و لا يقرب فرجها «١». و خبر عمّار قال للصادق (عليه السّلام): فيحلّ له أن يأتيها دون الفرج؟ قال: نعم قبل أن يستبرئها «٢». و ما مرّ من خبر التفخيز «٣» و غير ذلك. و هو خيرة المبسوط و الخلاف و موضع من التحرير و هو الأقوى، و نقل عليه الإجماع في الخلاف.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٠٤ ب ٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥١٦ ب ١٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٥.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٠١ ب ٥ من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٤٩

□ و من أنّها معتدّة من الغير، و أنّ من حام حول الحمى أوشك أن يقع فيه. و بعض الأخبار: كخبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله سأل الصادق (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجارية التي لم تبلغ المحيض، و إذا قعدت من المحيض، ما عدّها؟ و ما يحلّ للرجل من الأمة حتّى يستبرئها قبل أن تحيض؟ قال: إذا قعدت من المحيض أو لم تحض فلا عدّها لها، و التي تحيض فلا يقربها حتّى تحيض و تطهر «١». و هو مختاره في موضع من التحرير.

و لو وطئ المشتري في مدّة الاستبراء أو استمتع بغيره و حرّمناه لم يمنع ذلك كون المدّة محسوبةً من الاستبراء لعدم التنافي. نعم إن ظهر حمل لزم الاجتناب عنها حتّى تضع أو يعلم انتفاء الحمل و هي للبائع، أو تمضى أربعة أشهر و عشرة أيام. و يظهر منه أنّه لا يسقط به الاستبراء.

و تردّد الشهيد: من عدم الخروج عن العهدة. و من انتفاء الثمرة، إذ لو ظهر ولد يمكن تجدّده لحق به.

و لا يمنع وجوب الاستبراء على البائع أو المشتري من تسليم الجارية إلى المشتري بل إذا نقد المشتري الثمن وجب تسليمها إليه إلّا برضاه، جميلة كانت أو قبيحة، لأنّها مبيع لا خيار فيه، فإذا نقد الثمن وجب التسليم كسائر البياعات، و خصوصاً إذا كان الواجب هو استبراء المشتري. و قال مالك: إن كانت جميلة وضعت عند عدل للتهمة. و ضعفه ظاهر.

و يجوز أى: يصح بيع الموطوءة في الحال و إن أثم بترك الاستبراء، لعدم الدليل على البطلان، و لأنّه مقتضى وجوب الاستبراء على المشتري.

و لا يجوز تزويجها من غير الواطئ إلّا بعد الاستبراء للاتّفاق على حرمة نكاح الموطوءة و طئاً محترماً قبل الاستبراء، و الفرق بينه و بين البيع بين خلافاً لأبي حنيفة فأجاز التزويج و وطئ الزوج في الحال.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٤٩٩ ب ٣ من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٤.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٥٠

و لا يسقط الاستبراء إن أعتقها أو باعها فإنّه إذا علم الوطاء المحترم لم يجز النكاح ما لم يعلم براءة الرحم. و للعامة قول بالسقوط. و لهم قول آخر بأنّه إن استبرأها ثم أعتقها أو باعها لم يتزوج إلّا بعد استبراء ثان. و يمكن أن تكون العبارة إيماً إلى خلافه أيضاً.

[الفصل السابع في اجتماع العدّتين]

الفصل السابع في اجتماع العدّتين لو طلق بائناً و وطئ في العدة للشبهة، استأنفت عدّة كاملة و تداخلت العدّتان وفاقاً للمحقّق «١» لأنّ العدّتين إنّما تعلّقتا بواحد، و الموجب لهما حقيقة إنّما هو الوطاء، و إذا استأنفت عدّة كاملة ظهرت براءة الرحم بانقضائها. و للأخبار الناطقة بالتداخل مع مغايرة الواطئ للمطلق «٢» فمع الاتّحاد أولى، و أطلق الأكثر عدم تداخل العدّتين.

و لو وطئ المطلقة رجعيّاً فإن كان يعرفها و قصد وطأها كان رجعه كما عرفت، و إن وطئها بظنّها غير الزوجة لم يكن رجعه و

كان وطء شبهة له عدّة، و العدّتان تتداخلان لما عرفت، و لذلك وجب استئناف العدّة. و إذا قلنا بالتداخل فإن وقع الوطء في القرء الأوّل أو الثاني أو الثالث من عدّة البائن أو الرجعيّ فالباقي من العدّة الأولى يُحسب للعدّتين ثمّ يكمل الثانية و له أن يراجع إن كانت رجعيّة في بقيّة الأولى دون ما يخصّ الثانية للبينونة بانقضاء عدّة الطلاق. و لو وطئ امرأة بالشبهة ثمّ وطئها ثانياً بالشبهة تداخلت العدّتان كما كانتا تتداخلان مع صحّة أحد الوطءين، و كون الآخر عن شبهة لما عرفت.

و لا فرق عندنا بين كون العدّتين من جنسٍ واحدٍ أو جنسين، بأن يكون إحداهما مثلاً بالأقراء و الثانية بالحمل خلافاً للعامة، فإنّ لهم

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٤٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٣٤٤ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٥١

وجهاً بعدم التداخل إذا اختلف الجنس «١».

و لو طلق رجعيّاً و وطئها بظنّ أنّها غيرها بعد مضيّ قرء مثلاً فحملت و انقطع الدم كان له الرجعة قبل الوضع، لأنّ الحمل لا يتبعض ليحسب بعضه من الاولى و الباقي من الثانية فيكون جميع أيامه محسوباً من بقيّة الأولى و جميع الثانية لعموم آية «وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ» «٢». و لأنّ عدّتها الاولى كانت بالأقراء، و لا قرء في الحمل، و إنّما تنقلب إلى الأشهر إذا لم يكن حمل. و للعامة قول بسقوط الرجعة «٣» بناءً على سقوط عدّة الطلاق.

و لو طلقها رجعيّاً ثمّ راجعها ثمّ طلقها قبل الوطء بعد الرجعة استأنفت عدّة كاملة عندنا، رجعيّة كانت الطلقة الثانية أو بائنة، لأنّها في العدّة الرجعيّة زوجة، و الرجعة إنّما هي استبقاء «٤» الزوجيّة الاولى، فيشملها عمومات ما دلّ على اعتداد الزوجة المدخول بها بثلاثة أقراء أو أشهر. و للعامة قول بالبناء «٥». و لو فسخت النكاح في عدّة الرجعيّ ففي الاكتفاء بالإكمال أو الاستئناف إشكال: من أنّ الفسخ إنّما أفاد البينونة و زيادة قوّة في الطلاق من غير رجوع إلى الزوجيّة، أو حصول وطء محترم، و هو خيرة المبسوط «٦».

و من أنّ الطلاق و الفسخ سببان للعدّة و الأصل عدم التداخل، و لمّا كانت عدّتهما حقيّين لمكّلف واحد، و أبطل الفسخ حكم الطلاق، و لذا لا تثبت له معه الرجعة، استأنفت عدّة الفسخ.

و لو خالعتها بعد الرجعة قيل في المبسوط لا عدّة عليها «٧» بناءً على أنّ الرجعة أبطلت حكم الطلاق من العدّة و خالعتها قبل الدخول، فكان كما لو أبانها ثمّ تزوّجها بعقد جديد ثمّ طلقها قبل الدخول. و ليس بجيد فإنّ

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١٢٨.

(٢) الطلاق: ٤.

(٣) الشرح الكبير: ج ٩ ص ١٤٣.

(٤) في «ن»: استيفاء الزوجيّة.

(٥) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١٢٧ ١٢٨.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦٨.

(٧) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥٠.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٥٢

المطلقة الرجعية باقية على حكم الزوجية (١) فإنما وقع الخلع في النكاح الذي وقع فيه الدخول.

أما لو خالعا بعد الدخول ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول فلا عدة عليها على رأى وفاقاً للشيخ (٢) و المحقق، لأنه طلاق في نكاح لم يقع فيه الدخول (٣) فيشملة العمومات مع حصول العلم ببراءة الرحم بحيضة قبل الخلع، فإنه لا يجوز إلا في طهر لم يجامع فيه.

و في المهذب: عليها إكمال ما بقي من العدة (٤) استصحاباً لما لزمها من العدة، و للدخول في عموم أدلة اعتداد المطلقات مع صدق المس و إن كان في نكاح آخر، و منع حصول العلم ببراءة الرحم إلا بثلاث حيض أو ثلاثة أشهر مثلاً لا بحيضة، كما يرشد إليه الأخبار (٥) و الاعتداد بها.

و لو تزوجت المطلقة في العدة بغير المطلق لم يصح و لم ينقطع عدة الأول و هو ظاهر.

فإن وطئها الثاني عالماً بالتحريم كان زانياً لا عبرة بوطنه فهي باقية في عدة الأول و إن حملت منه و لا عدة للثاني و عدة الأول لا تنقضى قبل الوضع، لما عرفت من أن الحمل لا يتبع.

و لو كان جاهلاً بالتحريم كان لوطئه حرمة، فيجتمع عليها عدتان و لا يخلو إما أن حملت أو لا، فإن لم تحمل أتمت عدة الأول لسبقها بلا مانع من إتمامها و استأنفت أخرى للثاني.

و هل للأول أن يتزوجها إن كان الطلاق بائناً في تنية عدته؟ الأقرب المنع، لأن وطء الثاني يمنع من نكاحها بعد امتداد الزمان إلى انقضاء العدة الأولى، لكونها في عدته ففي (٦) القرب أولى و إن لم تكن في

(١) في ق، ن: «الرجعية».

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥٠.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٤٦.

(٤) المهذب: ج ٢ ص ٣٢٢.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤١٠ ب ٤ من أبواب العدد.

(٦) في قواعد الأحكام: فمع.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٥٣

عدته، و قد يمنع الأولوية فإنها ليست بزوجة الغير و لا معتدة منه، غاية الأمر حرمة الوطء. و لأن التزويج الصحيح في الظاهر بالثاني يسقط عدته أي الأول، فإنها صارت به فراشاً للثاني، و الاعتداد لا يجامع الاستفراش فيثبت حكم عدة الثاني و لو في الزمان المحسوب من عدة الأول فيمتنع عليه أي الأول الاستمتاع بها ما لم تخرج من عدة الثاني.

و كل نكاح لم يتعقبه جل الاستمتاع كان باطلاً فإنه علة تاممة له، و لذا لا يجوز له نكاح المَحْرَم و المَحْرَمَة، و الحيض و الصغر و نحوهما إنما يمنع من بعض وجوه الاستمتاع.

و الفرق بينه و بين الرجعة ظاهر، فإنها استدامة للنكاح، و الاستدامة تجامع موانع الاستمتاع، إذ لو وطئت زوجته لشبهه كانت عليها العدة، و حرم الاستمتاع بها على الزوج.

و إن نوقش في تمامية عتية النكاح لحل الاستماع، قلنا: إنه علة تاممة لخلوص المرأة عن حقوق الغير و تخلصها له كسائر العقود، و

هي هنا مشغولة بحق الزوج الثاني.

و الصواب الاقتصار عليه في الاستدلال، لأنه يرد على ما ذكره منع إسقاط التزويج عدّة الأول، إلّا في الظاهر قبل ظهور الفساد، و هو لا يفيد ثبوت حكم عدّة الثاني مطلقاً.

و دليل خلاف الأقرب: أنه لا مانع كما عرفت إلّا الاشتغال بحق الواطئ شبهة في الجملة. و منعه ممنوع، فإنه لا يمنع منه استدامة، فلم لا يجوز أن لا يمنع منه ابتداءً. و يظهر ضعفه من الاتفاق على أنه ليس لأجنبي أن ينكح امرأة في عدّة شبهة، و ليس إلّا للاشتغال بحق الغير و هو مشترك، و إن لم تأخذ هنا في عدتها، إذ لا ملازمة بين الاعتداد و الاشتغال. و لو كان طلاق هذه المرأة رجعيّاً جاز له الرجعة بلا إشكال لأنّ طريقها أي الرجعة طريق الاستدامة و لا إشكال في استدامة الموطوءة

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٥٤

شبهة و لهذا جوّزناها أي الرجعة في الإحرام مع امتناع الابتداء فيه.

و لو حملت فإن كان الحمل من الأول اعتدّت بوضعه له و للثاني بثلاثة أقرأ بعد الوضع و لا تداخل، و إن كان من الثاني اعتدّت بوضعه له و أكملت عدّة الأول بعد الوضع فإنّ ضرورة الحمل من الثاني دعت إلى تقديم عدّته على إكمال عدّة الأول. و إن كان الطلاق رجعيّاً كان له الرجعة في زمن الإكمال دون زمان الحمل لأنه ليس من عدّته في شيء، و إنّما له الرجعة في عدّته، فإنّها في عدّة الغير محرّمة عليه.

و فيه: أنّ الرجعة استدامة، و هي لا تنافي الاعتداد من الغير.

و في المبسوط: أنّ مذهبنا أنّ له الرجعة في زمن الحمل، قال: لأنّ الرجعة تثبت بالطلاق، فلم تنقطع حتى تنقضي العدّة، و هذه ما لم تضع الحمل و تُكمل عدّة الأول، فعدها «١» لم تنقض، فثبت الرجعة عليها و له الرجعة ما دامت حاملاً، و بعد أن تضع مدّة النفاس، و إلى أن تنقضي عدّتها بالأقراء. قال: و إذا قلنا: لا رجعة له عليها في حال الحمل ما دامت حاملاً لا رجعة، فإذا وضعت ثبت له عليها الرجعة، و إن كانت في مدّة النفاس لم تشرع في عدّتها منه، لأنّ عدّة الأول قد انقضت فثبت له الرجعة و إن لم تكن معتدّة عنه في تلك الحال كحالة الحيض في العدّة «٢».

قلت: و يؤيّده أنّ المانع من الرجعة إنّما كان الاعتداد من الغير و قد انقضت.

و لو انتفى الحمل عنهما أكملت بعد وضعه عدّة الأول، و استأنفت عدّة للأخير و للعامة قول بأنّه إن كان الطلاق بائناً اعتدّت بالوضع عن أحدهما لا بعينه «٣» لإمكان أن يكون منه، لأنه لو أقرّ به لحقه، ثمّ تعدّد بعد الوضع عن الآخر بثلاثة أقرأ استظهاراً. و إن كان رجعيّاً اعتدّت به عن الأول، ثمّ بثلاثة أقرأ عن الثاني.

(١) في المصدر: فعندنا.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢٧١.

(٣) انظر المدونة الكبرى: ج ٢ ص ٤٤٠.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٥٥

و لو احتمل أن يكون منهما قيل في المبسوط يقرع عندنا «١» فتعدّد بوضعه لمن يلحق به فإن لحق الأول اعتدّت بعد الوضع للثاني بثلاثة أقرأ، و إن لحق الثاني أكملت بعد الوضع عدّة الأول.

و الأقرب أنه للثاني، لأنها الآن فراشه فيشملة «الولد للفراش» و فراش الأول قد زال بالطلاق، و للأصل، و الأخبار «٢».

و لو نكحت في العدة الرجعية فحملت من الثاني اعتدت له بوضعه، ثم أكملت بعد الوضع عدة الأول، و للأول الرجعة في تتمه العدة لا زمان الحمل و هذا تكرر لما تقدم، إنما نشأ من طغيان القلم.

و بالجملة لا تتداخل العدتان إذا كانتا لشخصين في المشهور، و حكى الإجماع عليه في الخلاف «٣» لأنهما حقان لمكلفين بسبيين، و الأصل عدم التداخل.

و لحسن الحلبي سأل الصادق (عليه السلام) عن المرأة «٤» يموت زوجها فتضع و تزوج قبل أن تمضي لها أربعة أشهر و عشرًا، فقال: إن كان دخل بها فرق بينهما ثم لم تحل له أبدًا و اعتدت بما بقي عليها من الأول، و استقبلت عدة أخرى من الآخر ثلاثة قروء، و إن لم يكن دخل بها فرق بينهما و اعتدت بما بقي عليها من الأول، و هو خاطب من الخطاب «٥». و نحوه عن عبد الكريم عن محمد بن مسلم «٦».

و لإجماع الصحابة كما ذكره المرتضى في الطبريات قال: لأنه روى أن امرأة نكحت في العدة ففرق بينهما أمير المؤمنين، و قال (عليه السلام): أيما امرأة نكحت في عدتها فإن لم يدخل بها زوجها الذي تزوجها فإنها تعتد من الأول، و لا عدة عليها

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٦٨ ب ٥٨ من أبواب نكاح العيب و الإمام.

(٣) الخلاف: ج ٥ ص ٧٦٧٥ مسألة ٣١.

(٤) في وسائل الشيعة زيادة: الحلبي.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٣٤٦ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ٦.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٣٤٤ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٥٦

للثاني و كان خاطبًا من الخطاب، و إن كان قد دخل بها فرق بينهما و تأتي ببقية العدة عن الأول ثم تأتي عن الثاني بثلاثة أقراء مستقبلة.

و روى مثل ذلك عن عمر بعينه، و أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها فنكحت في العدة، فضربها عمر و ضرب زوجها بمخففة و فرق بينهما، ثم قال: أيما امرأة نكحت في عدتها فإن لم يدخل بها زوجها الذي تزوجها فإنها تعتد عن الأول و لا عدة عليها للثاني، و كان خاطبًا من الخطاب، و إن كان دخل بها فرق بينهما و أتت ببقية عدة الأول ثم تعتد عن الثاني، و لا تحل له أبدًا و لم يظهر خلاف لما فعل فصار إجماعاً «١» انتهى.

و عن أبي علي: أنهما يتداخلان «٢». و كذا قال الصدوق في موضع من المقنع، قال: إذا نعى إلى امرأة زوجها فاعتدت و تزوجت، ثم قدم زوجها فطلقها و طلقها الآخر فإنها تعتد عدة واحدة ثلاثة قروء «٣». مع قوله في موضع آخر: إذا تزوج الرجل امرأة في عدتها و لم يعلم، و كانت هي قد علمت أنه بقي من عدتها ثم قذفها بعد علمه بذلك، فإن كانت علمت أن العدى عملت محرّم عليها فقدّمت على ذلك فإن عليها الحدّ حدّ الزاني، و لا أرى على زوجها حين قذفها شيئاً، فإن فعلت بجهالة منها ثم قذفها ضرب قاذفها الحدّ و فرق بينهما، و تعتد من عدتها الاولى، و تعتد بعد ذلك عدة كاملة «٤».

و دليل التداخل أصالة البراءة، و حصول العلم بالبراءة بالاعتداد بأطولهما، و بعض الأخبار: كصحيح زرارة عن الباقر (عليه السلام): في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها، قال: يفرق بينهما و تعتد عدة واحدة منهما جميعاً «٥». و نحو صحيح

(١) قاله في الناصريّات: ص ٣٦٢ مسألة ١٧١.

(٢) العبارة المحكيّة عنه خلاف ذلك، انظر مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٥٢٥.

(٣) المقنع: ص ٣٥٤.

(٤) المقنع: ص ٣٢٨. وفي النسخ: ولا أدري على زوجها .. شيئاً، وما أثبتناه من المصدر.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٣٤٧ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها ح ١١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٥٧

أبي العباس عن الصادق (عليه السلام) «١».

وخبر زرارة عن الباقر (عليه السلام): في امرأة فقدت زوجها أو نعى إليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها وقال: تعتدّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّة واحدة «٢».

وحملها الشيخ على عدم دخول الثاني بها «٣». فما فيها من أنّها «تعتدّ منهما» بمعنى أنّه لا عدّة عليها من الثاني.

والحدّ يسقط مع وطء الشبهة كسائر الحدود تسقط بالشبهات وتجب العدّة للواطئ بشبهة وإن كانت المرأة عالمة، ويلحق به لا بها الولد، وتحدّ المرأة، ولا مهر لها مع علمها بالتحريم كلّ ذلك بالنص «٤» والإجماع.

وإن انعكس الأمر بأن كان عالماً وهي جاهلة، لحق بها الولد دونها، وحدّ دونها، ولها المهر، ولا عدّة عليها، وإن لم يكن الولد ولد زنا كما نصّ عليه الأصحاب، فإنّ العدّة إنّما هي حقّ الواطئ، فإذا لم يحترم وطؤه لم يكن له عدّة.

ولو كانت الموطوءة شبهة أمةً لغيره وجب عليه قيمة الولد لمولاه يوم سقط حيناً كما تقدّم، لكونه لواء ملكه ولحق به أى بالواطئ وعليه المهر لأمثالها إن لم يسم لها أو مطلقاً لمولاهما وإن كانت زانية.

وقيل في المقنع «٥» والنهائية «٦» والمهذب «٧» والوسيلة «٨» والجامع «٩»: يلزمه العشر لقيمتها إن كانت بكرةً أو نصفه «١٠» إن كانت ثيباً، وقد تقدّم جميع ذلك في النكاح.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٣٤٧ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها ح ١٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٦٨ ب ٣٨ من أبواب العدد ح ٢ مع اختلاف.

(٣) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٣٠٨ ذيل حديث ١٢٨٠.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٣٤٨ و ٣٤٩ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها ح ١٧ و ١٨.

(٥) المقنع: ص ٣١٣.

(٦) النهاية: ج ٢ ص ٣٤٢.

(٧) المهذب: ج ٢ ص ٢١٧.

(٨) الوسيلة: ص ٣٠٣.

(٩) الجامع للشرائع: ص ٤٤٧.

(١٠) في قواعد الأحكام: نصف العشر.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٥٨

وابتداء عدّة الطلاق من حين وقوعه، حاضراً كان الزوج أو غائباً بالإجماع كما في الناصريّات «١» ويدلّ عليه الأصل، و العمومات والخصوصات، كقول الباقر (عليه السلام) في صحيح محمّد بن مسلم: إذا طلق الرجل وهو غائب فليشهد على ذلك،

فإذا مضى ثلاثة أقرأ من ذلك اليوم انقضت عدتها «٢». وفي حسن زراره و محمد بن مسلم و بريد بن معاوية في الغائب إذا طلق امرأته: أنها تعتد من اليوم الذي طلقها «٣».

[و عند التقى تعتد من بلوغ الخبر، لظاهر الآيتين، و لأن العدة عبادة لا بد لها من التية «٤» «٥»].

و ابتداء عده الوفاء من حين بلوغ الخبر وفاقاً للأكثر. و في الناصريات: أن عليه الاتفاق، لشذوذ المخالف «٦». و في السرائر: بغير خلاف بين أصحابنا «٧» للحداد كما تضمنته الأخبار «٨» أي: لأنه يجب عليها الحداد في العدة، و لا تحد ما لم يبلغها الخبر فلا تعتد إلا حينئذ، و الروايات بذلك كثيرة، كقول الباقر (عليه السلام) في صحيح محمد بن مسلم: و المتوفى عنها زوجها و هو غائب تعتد من يوم يبلغها، و لو كان قد مات قبل ذلك بسنة أو سنتين «٩». و في حسن بريد بن معاوية: المتوفى عنها تعتد من يوم يأتيها الخبر، لأنها تحد عليه «١٠». و قول الرضا (عليه السلام) في حسن البنزطي: المتوفى عنها زوجها تعتد حين يبلغها، لأنها تريد أن تحد له «١١».

(١) مسائل الناصريات: ص ٣٥٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٤ ب ٢٦ من أبواب العدد ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٤ ب ٢٦ من أبواب العدد ح ٣.

(٤) الكافي في الفقه: ص ٣١٣.

(٥) ما بين المعقوفتين ليس في ن، ق.

(٦) مسائل الناصريات: ص ٣٦٠.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ٧٣٩.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٦ ب ٢٨ من أبواب العدد.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٨ ب ٢٨ من أبواب العدد ح ٨.

(١٠) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٦ ب ٢٨ من أبواب العدد ح ٣.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٩ ب ٢٨ من أبواب العدد ح ١٤.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٥٩

و استدلل أيضاً بقوله تعالى: «يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ» «١» فإنها إن اعتدت من الموت لم يحصل إلا مرور الزمان عليها لا تربصها بنفسها، و آية الطلاق و إن أعطت ذلك بظاهرها، لكنها عورضت بما صرفها عن الظاهر.

و إذا كان الاحتساب من البلوغ للحداد فيشكل في الأمة إذ لا حداد عليها. و الأقرب أنها كذلك، لعموم الأدلة هنا و إن اختصت هذه العلة بغيرها. و سوى أبو علي بينها و بين عده الطلاق «٢» لصحيح الحلبي قال للصادق (عليه السلام): امرأة بلغها نعي زوجها بعد سنة أو نحو ذلك، فقال: إن كانت حبلى فأجلها أن تضع حملها، و إن كانت ليست بحبلى فقد مضت عدتها إذا قامت لها البينة أنه قد مات من «٣» يوم كذا و كذا، و إن لم يكن لها بينة فلتعتد من يوم سمعت «٤». و خبر الحسن بن زياد سأله (عليه السلام) عن المطلقة يطلقها زوجها فلا تعلم إلا بعد سنة، و المتوفى عنها زوجها فلا تعلم بموته إلا بعد سنة، قال: إن جاء شاهدان عدلان فلا تعتدان و إلا تعتدان «٥».

[و يجوز أن يكون معناها: إذا قامت البينة و إن كان جاء شاهدان عدلان قبل ذلك فاعتدت، و لكن إنما حصل لها العلم بعد سنة أو نحوها «٦»].

و للشيخ قول: بأنها في المسافة القريبة تعتدّ من الموت، و في البعيدة من السماع «٧» لقول الصادق (عليه السلام) في صحيح منصور بن حازم: إن كان مسيرة أيام فمن يموت زوجها تعتدّ، و إن كان من بعد فمن يأتيها الخبر، لأنها لا بدّ أن تُحدّ له «٨».

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٢) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٩٨.

(٣) في وسائل الشيعة بدل «من»: في.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٨ ب ٢٨ من أبواب العدد ح ١٠.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٨ ب ٢٨ من أبواب العدد ح ٩.

(٦) ما بين المعقوفين ليس في ق.

(٧) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٦٥ ذيل حديث ٥٧١.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٩ ب ٢٨ من أبواب العدد ح ١٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٦٠

و تعتدّ و إن كان المخبر فاسقاً لأنّ الأصل و ظاهر الآية الاعتداد من الموت، و إنّما عدلنا عنهما للأخبار، و هي إنّما تضمّنت بلوغ الخبر، و لخصوص الخبرين اللذين سمعتهما الآن إلّا أنّها لا تنكح إلّا بعد الثبوت، لأنّه لا يجوز إلّا مع العلم بالخلوّ عن الزوج. و الاعتداد من الطلاق من وقوعه إنّما هو إذا علمت الوقت و لو لم تعلم وقت الطلاق اعتدّت من حين البلوغ اتفاقاً كما يظهر، و لحسن الحلبيّ سأله الصادق (عليه السلام) عن الرجل يطلق امرأته و هو غائب عنها من أيّ يوم تعتدّ؟ قال: إن قامت لها بينة عدلٍ أنّها طلّقت في يوم معلوم و تيقّنت، فلتعتدّ من يوم طلّقت «١».

و تدخل في العلم به العلم به جملة، كما إذا بعدت المسافة بحيث يعلم أنّه لا يبلغها الخبر إلّا بعد أيام كذا.

و لو تزوّجت بعد عدّة الطلاق و لم تعلم بالطلاق ظنّته أم لا، لم تحرم عليه و إن دخل بها، و صحّ النكاح إذا صادف خروج العدّة لأنّه نكاح امرأة خالية عن الزوج و عدّته واقعاً و إن حرم التزويج، و فسد ظاهراً من جهة انتفاء العلم بالخلوّ. نعم يتوجه الفساد إذا كانا أو أحدهما عالمين بفساده، لانتفاء القصد إلى النكاح حينئذٍ.

و كذا الأمة المتوفّى عنها زوجها إن لم توجب عليها الحداد و قلنا لذلك: إنّ عدّتها من حين الموت لا- من بلوغ الخبر إذا تزوّجت بعد انقضاء عدّة الوفاة بعد الموت و لم تعلم بوفاة، بخلاف الحرّة المتوفّى عنها زوجها إذا تزوّجت كذلك. نعم إذا اعتدّت بإخبار الفاسق ثمّ نكحت قبل العلم بالموت، صحّ النكاح إذا صحّ الخبر كالمطلّقة السابقة، إلّا مع العلم بالفساد كما عرفت.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٤ ب ٢٦ من أبواب العدد ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٦١

[الفصل الثامن في السكنى و النفقة و فيه مطالب ثلاثة]

الفصل الثامن فى السكنى و النفقة و إنما اقتصر على السكنى لكثرة مباحثها. و فيه مطالب ثلاثة:

[المطلب الأول فى المستحق لها]

الأول: فى المستحق لها المطلقة إن كانت رجعية استحقَّت السكنى و النفقة مدَّة العدة من الطلاق حاملاً كانت أو حائلاً بالنص «١» و الإجماع، و أمَّا إذا وُطئت لشبهة و تأخّرت عدّتها من الطلاق كلّاً أو بعضاً عن عدّتها من الشبهة، و لم تجوز الرجعة فى عدّة الشبهة فقد عرفت الإشكال فيه فى النكاح. و إنّما تستحقّهما «٢» يوماً فيوماً كما مرّ فى الزوجة.

و إن كانت [بائناً «٣»] لم تستحقّ عندنا نفقةً و لا- سكنى، سواء بانّت بطلاق أو خلع أو فسخ، إن كانت حائلاً و يدلّ عليه مع الإجماع الأخبار كقول الباقر (عليه السّلام) فى خبر زرارة: إنّ المطلقة ثلاثاً ليس لها نفقة على زوجها «٤». و خبر عبد الله بن سنان سأل الصادق (عليه السّلام) عن المطلقة ثلاثاً هل لها سكنى و نفقة؟ قال: لا «٥». و قوله (عليه السّلام) فى خبر رفاعة: المختلعة لا سكنى لها و لا نفقة «٦».

و من العامّة من أثبتتهما لها. و منهم من أثبت السكنى دون النفقة «٧».

و إن كانت حاملاً استحقّت النفقة و السكنى إلى أن تضع بالنصوص و الإجماع، و إن اختلف فى أنّ ذلك للحمل أو للحامل. و لا فرق بين الذمّية و المسلمة فى الاستحقاق و عدمه بلا خلاف، لعموم الأدلّة.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٣١ ب ٨ من أبواب النفقات.

(٢) فى ط، ن: تستحقّها.

(٣) فى قواعد الأحكام: بائنة.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٣٢ ب ٨ من أبواب النفقات ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٣٣ ب ٨ من أبواب النفقات ح ٥.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٥ ب ١٣ من أبواب الخلع و المبرأة ح ٢.

(٧) راجع المجموع: ج ١٨ ص ٢٧٦ ٢٧٧.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٦٢

أمّا الأُمّة فلا يجب على السيد كما مرّ فى النكاح تسليمها إلى الزوج دائماً أى ليلاً و نهاراً لأنّ له حقّاً فى خدمتها، و لكن له أن يستخدمها فى وقت الخدمة و هو النهار غالباً و إنّما عليه أن يسلمها إلى الزوج فى وقت الفراغ و هو الليل غالباً، و قد ينعكس الأمر، و لذا أبهم، و لذلك لا تستحقّ النفقة كما عرفت، لانتهاء التمكين التام.

فإن سلّمها إلى الزوج دائماً استحقّت النفقة و السكنى فى زمان النكاح، و كذا إن سلّمها إليه دائماً فى العدة الرجعية استحقّتهما. و لو رجعت المختلعة فى البذل استحقّت النفقة و السكنى من حين علم الزوج بالرجوع، لانقلابها رجعية، و سيأتى استشكله فيه و الموطوءة للشبهة لا- سكنى لها و لا- نفقة للأصل من غير معارض و كذلك المنكوحه نكاحاً فاسداً، و أمّ الولد إذا أعتقها سيدها.

أما لو كانت إحداهنَّ حاملاً من الواطئ أو المولى فإنَّها تستحقُّ النفقة و السكنى على إشكال تقدّمت الإشارة إليه في النكاح من الإشكال في كونهما للحمل أو للحامل.

ولا نفقة اتِّفاقاً للمتوفَّى عنها زوجها ولا سكنى من مال الزوج، إذ لا مال له فإن كانت حاملاً قيل في النهاية «١» والكافي «٢» و المقنع «٣» و الفقيه «٤» و الوسيلة «٥» و غيرها ينفق عليها من نصيب الحمل من الميراث، لقول الصادق (عليه السّلام) في خبر أبي الصباح الكناني: المرأة المتوفَّى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها المذى في بطنها «٦» و قول أحدهما (عليهما السّلام) في صحيح محمّد

(١) النهاية: ج ٢ ص ٤٠٩.

(٢) الكافي في الفقه: ص ٣١٣.

(٣) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٩٣.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٥١٠ ذيل حديث ٤٧٩٠.

(٥) الوسيلة: ص ٣٢٩.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٣٦ ب ١٠ من أبواب النفقات ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٦٣

ابن مسلم: المتوفَّى عنها زوجها ينفق عليها من ماله «١» بناءً على عود الضمير على الولد، وإن لم يجر له ذكر.

و الأقرب السقوط وفاقاً للحسن «٢» و ابن إدريس «٣» و المحقّق «٤» و المفيد في التمهيد «٥» كانت النفقة للحمل أو للحامل، للأصل و الأخبار، و هي كثيرة كصحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السّلام) سأله عن المتوفَّى عنها زوجها إلها نفقة؟ قال: لا، ينفق عليها من مالها «٦» و حسن الحلبيّ سأل الصادق (عليه السّلام) عن الحلبيّ المتوفَّى عنها زوجها هل لها نفقة؟ قال: لا «٧».

و لأنّ نفقة الأمّ إنّما تجب على الولد إذا كانت معسرة و هي موسرة بما ورثته. و هو ممنوع. و لأنّه لا مال للولد ما لم يتولّد فكيف ينفق عليها من مالها؟

و لا يفيد ما في النكت: من أنّه يعزل له نصيب من التركة فمنه ينفق عليها «٨». و ما في الجامع: من أنّه ينفق عليها من نصيبه إن كانت معسرة «٩» لأنّه تعريض لمال الورثة للتلف.

و في المختلف: أنّه إن كانت النفقة للحمل أنفق عليها، و إلّا فلا «١٠».

و في خبر السكونيّ عن جعفر عن أبيه عن عليّ (عليه السّلام): نفقة الحامل المتوفَّى عنها زوجها من جميع المال حتّى تضع «١١». و هو مع الضعف و المعارضة للإجماع و الأخبار «١٢» يحتمل الاستحباب، و أنّ الإنفاق من الجميع حتّى

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٣٥ ب ٩ من أبواب النفقات ح ٤.

(٢) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٩٣.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧٣٨.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٤٥.

(٥) حكاة عنه في السرائر: ج ٢ ص ٧٣٨.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٣٥ ب ٩ من أبواب النفقات ح ٦.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٣٤ ب ٩ من أبواب النفقات ح ١ لم يرد الخبر في ن.

(٨) نكت النهاية: ج ٢ ص ٤٩٠.

(٩) الجامع للشرائع: ص ٤٧٢.

(١٠) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٩٣.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٣٦ ب ١٠ من أبواب النفقات ح ٢.

(١٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٣٤ ب ٩ من أبواب النفقات.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٦٤

إذا وضعت الولد حياً أخذت النفقة من نصيبه.

و لو طلقها رجعيّاً ناشراً لم تستحقّ سكنى و لا نفقة لأنّها في صلب النكاح لا تستحقّها ففي العدة أولى إلّا أن تكون حاملاً منه و

قلنا: النفقة للحمل، و لو أطاعت في أثناء العدة استحقّت لأنّ استحقاقها فيها لا يتبع استحقاقها في النكاح.

و كذا لو نشزت في أثناء العدة سقطت السكنى و النفقة، إلّا أن تكون حاملاً و قلنا: النفقة للحمل فإن عادت استحقّت.

و لو فسخت نكاحه لردّته عن غير فطرة استحقّت النفقة و السكنى ما دامت في العدة، لأنّها بمنزلة الرجعيّة، فإنّه إن عاد إلى

الإسلام استمرت الزوجيّة، فالفسخ مجاز.

و لو فسخ نكاحها لردّتها لم تستحقّ شيئاً و إن كان يمكن الرجوع بعودها إلى الإسلام، لأنّها نشزت بالارتداد.

[المطلب الثاني في صفة السكنى و أحكامها]

إشارة

المطلب الثاني في صفة السكنى و أحكامها.

لا يجوز للمطلقة رجعيّاً أن تخرج من بيتها أى البيت الذى طلقت فيه ما لم تضطرّ، و لا يجوز للزوج إخراجها بالإجماع و النصّ

عليهما «١» إلّا أن تأتى بفاحشة مبينة بكسر الياء أى ظاهرة. أو فتحها أى مظهرة و هو على ما فى النهاية «٢» أن تفعل ما يوجب

حدّاً، فتخرج لإقامته عليها، و هو مناسب لمعناها اللغويّ و العرفيّ.

و لكن لا ينحصر هنا فى ذلك، بل أدنى ما تخرج له كما ذكره المحقق «٣» و على بن إبراهيم «٤» [و غيرهما] «٥» أن تؤذى أهل

الزوج الساكنين هناك و تستطيل عليهم بلسانها قال فى النهاية: و قد روى أن أدنى

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٣٤ ب ١٨ من أبواب الطلاق.

(٢) النهاية: ج ٢ ص ٤٨٤.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٤٢.

(٤) تفسير القمى: ج ٢ ص ٣٧٤.

(٥) لم يرد فى ن.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٦٥

ما يجوز له مع إخراجها أن تؤذى أهل الرجل «١». وفي التبيان اقتصر عليه وقال: وهو المروى عن أبي جعفر (عليه السلام) و
أبي عبد الله (عليه السلام) «٢». وكذا اقتصر عليه في الخلاف «٣» والمبسوط «٤» ومجمع البيان «٥» والجامع «٦» وغيرها، و
لعلمهم إنما أرادوا بيان الأدنى كما في النهاية لا القصر عليه.

و استدلل عليه في الخلاف بالإجماع. وعموم الآية. وبإخراجه (صلى الله عليه وآله) فاطمة بنت قيس لما بذت على بيت
أحمائها «٧».

وفي خير سعد بن عبد الله عن القائم (عليه السلام): أنها السحق دون الزنا، قال (عليه السلام): لأن المرأة إذا زنت وأقيم عليها
الحد ليس لمن أرادها أن يمتنع بعد ذلك من التزوج بها لأجل الحد، وإذا سحقت وجب عليها الرجم، والرجم خزي، ومن قد
أمر الله عز وجل برجمه فقد أخزاه، ومن أخزاه فقد أبعدته، ومن أبعدته فليس لأحد أن يقربه «٨».

ولو اضطرت إلى الخروج كأن كان منزلها في طرف البلد وخافت على نفسها بذلك جاز نقلها إلى موضع مأمون. وكذلك إذا
كانت بين قوم فسقة، أو خافت انهدام المنزل، أو كان مستعاراً ففسخ المعير أو مستأجراً فانقضت مدته ولم يمكن التجديد، أو
أمكن بأكثر من اجرة المثل جاز له إخراجها إلى أقرب المواضع إليه فالأقرب، كما في المبسوط «٩» وغيره. وفيه نظر ولها أيضاً
الخروج.

و إذا انتفت الضرورة، فهل يجب العود إلى المنزل؟ وجهان: من وجوب الكون فيه، خرج منه ما دعت إليه الضرورة، فيتقدّر
بقدرها. ومن أنه حرم الخروج

(١) النهاية: ج ٢ ص ٤٨٤.

(٢) التبيان: ج ١٠ ص ٣١.

(٣) الخلاف: ج ٥ ص ٧٠ مسألة ٢٣.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥٣.

(٥) مجمع البيان: ج ١٠ ص ٣٠٤.

(٦) الجامع للشرائع: ص ٤٧٢.

(٧) الخلاف: ج ٥ ص ٧١ مسألة ٢٣.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٤٠ ب ٢٣ من أبواب العدد ح ٤.

(٩) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥٥.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٦٦

و الإخراج، إلما في الصور المستثناة، والأصل البراءة من وجوب العود والإعادة، وهو الأقوى، فيما دعت الضرورة إلى الخروج
بالسكنى في غير المنزل، لا لحاجة من زيارة أو حج أو حد، وإلا فالأقوى الأول.

و لو طلقت في منزل «١» دون مستحقها من المنازل فإن رضيت بالمقام فيه، وإلا جاز لها الخروج والمطالبة بمسكن يناسبها وإن
كانت رضيت به في النكاح، و عليه نقلها إلى أقرب المواضع إلى ذلك، فالأقرب، كما في المبسوط «٢» وغيره. وفيه نظر كما
تقدم.

و تردد المحقق في المطالبة هنا «٣» من أن الظاهر ما ذكره المفسرون من كون «بُيوتِهِنَّ» بمعنى البيوت المسكونة لهن في النكاح

و هي عامية. و من أن لها المطالبة في النكاح فيستصحب. و لانتفاء الضرر و الحرج. و احتمال أن يكون المراد في الآية البيوت اللائقة بهن.

و الظاهر أنها إذا لم تكن رضية في النكاح و كانت مقهورة على الكون فيه ضعف التردد فيه، لتبادر غيره من «بئوتهن». و لو تمكن الزوج من ضم بقعة أخرى و لو بابتاعها أو استيجارها إليها أي إلى المنزل لكونه بقعة تصير باعتبارها مسكناً لمثلها لزمه ذلك إن لم يلزمه به غرامة أو ضرر فوق ما يلحقه من نقلها إلى آخر. و لو كان المنزل مسكن أمثالها لكنّه يضيق عنها و عن الزوج و جب عليه الارتحال عنها. و إذا سكنت في مسكن أمثالها بعيدة عن الزوج و أهله فاستطالت عليه و عليهم لم تخرج منه بل يؤدبها الحاكم بما تنزجر «٤» به لأنه لا فائدة في النقل، و المتيقن من الاستثناء في الآية الإتيان بفاحشة مضطرة إلى الخروج.

(١) في قواعد الأحكام بدل «منزل»: مسكن.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥٤.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٤٣.

(٤) في ن، ق: تزجر.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٦٧

و لو اتفقا على الانتقال من مسكن أمثالها إلى غيره مثله أو أزيد أو أدون لم يجز، و منعها الحاكم من الانتقال من مساكن أمثالها إلى غيره لأن حق الله تعالى تعلق بالسكنى هنا، لئيه عن الخروج و الإخراج بخلاف مدة النكاح فإن السكنى فيها لحق الزوج، و لذا لو لم يطالب بها لم يلزمه الإسكان و لم يتعلق بها أمر أو نهى عن الخروج.

و أجازة الحلبيان «١» بناء على أن المسكن لا يخرج عن حقهما، فإذا رضيا بالخروج جاز. و هو ممنوع، بل ظاهر قوله تعالى: «لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً» «٢» أن العلة في ذلك التعريض للرجعة.

و للأخبار كقول الصادق (عليه السلام) في حسن الحلبي، لا ينبغي للمطلقة أن تخرج إلا بإذن زوجها حتى تنقضى عدتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر «٣». و قوله (عليه السلام) في خبر معاوية بن عمارة: المطلقة تحج في عدتها إن طابت نفس زوجها «٤». و هي لا تدل على المتنازع، و هو الانتقال من المسكن إلى مسكن.

و لو طلقت في مسكن أزيد من مساكن أمثالها بأن يكون دارين ينفرد كل واحد بمراقبتها أو داراً مشتملة على بيوت أو ساحة زائدة على استحقاتها جاز للزوج بناء حاجز بينهما إن لم يضرها ذلك فيما يستحقه.

و لو أراد الزوج أن يساكنها في دار واحدة بأن يكون في بيت منها و هي في بيت آخر فإن كانت المطلقة رجعية لم يمنع عندنا، لأن له وطءها و مقدماته و يكون رجعة، و إن لم ينوها كما عرفت فالخلوة بها أولى، خلافاً للامة «٥».

(١) الكافي في الفقه: ص ٣١٢. الغنية (الجوامع الفقهية): ص ٥٤٤ س ٢٠. و في ق بدل «الحلبيان»: التقى و ابن زهرة.

(٢) الطلاق: ١.

(٣) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٤٣٤ ب ١٨ من أبواب العدد ح ١.

(٤) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٤٣٩ ب ٢٢ من أبواب العدد ح ٢.

(٥) انظر المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١٨٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٦٨

و إن كانت بائنه منع للنهي عن الخلوة بامرأة أجنبيّة إلّا أن يكون معها من الثقات من يحتشمه الزوج فلا يمنع، و لكن يكره لعسر التحرّز من النظر إليها.

[وهنا ثلاثة عشر فرع]

إشارة

فروع ثلاثة عشر:

[الفرع الأول]

الأول: إذا اضطرت إلى الخروج خرجت بعد نصف الليل، و عادت قبل الفجر إن تأدّت به الضرورة، لأنّه زمان احتباس الناس غالباً عن الخروج. و لقوله في مقطوعه سماعه: فإن أرادت زيارة خرجت بعد نصف الليل، و لا تخرج نهائراً «١». و فى خبر أبى العباس قال للصادق (عليه السّلام) فى المّتوفّى عنها زوجها: أ رأيت إن أرادت أن تخرج إلى حقّ كيف تصنع؟ قال: تخرج بعد نصف الليل و ترجع عشاء «٢».

و فى المبسوط: و إن لم تكن ضرورة لكن حاجة مثل: شراء قطن أو بيع غزل، فلا يجوز لها الخروج ليلاً للآية، و أمّا النهار فيجوز فيه الخروج للمعتدة عن وفاء، و أمّا المطلقة قال بعضهم: لها ذلك. و قال آخرون: ليس لها ذلك، و الأول أظهر فى رواياتنا، و روى ذلك عن النّبى (صلّى الله عليه و آله) «٣» انتهى. و لعلّ ذلك لأنّ ما ذكره من الحاجة لا تقضى بالليل غالباً.

[الفرع الثانى]

الثانى: لا تخرج فى الحيّة المندوبة إلّا بإذنه فإنّها ليست من الضرورات الملجئة، و أمّا الجواز بالإذن فلأخبار، كما سمعته من خبر معاوية بن عمّار، و هذا الخروج ليس ممّا لا يفيد فيه الإذن، فإنّه الانتقال للسكنى كما عرفت. و الأحوط عدم الخروج. و تخرج فى الواجب المضيق و إن لم يأذن لكونه من الضرورات. و أمّا الموسّع فإنّ جوّزنا لها الخروج فى المندوب بالإذن، ففيه بالإذن أولى، و أمّا بدون الإذن فلا.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٣٥ ٤٣٦ ب ١٩ من أبواب العدد ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٥٠ ب ٢٩ من أبواب العدد ح ٣.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٦٩

و كذا تخرج إلى ما تضطرّ إليه و لا و صلة لها إليه إلّا بالخروج و إن لم يأذن و لها أن تخرج فى العدة البائنه أين شاءت و إن كانت حاملاً بالاتفاق كما يظهر منهم، و لقول الكاظم (عليه السّلام) فى الصحيح لسعد بن أبى خلف: إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة، فقد بانّت منه ساعة طلقها و ملكت نفسها، و لا سبيل له عليها و تذهب «١» حيث شاءت، و لا نفقة لها، قال سعد: قلت أ ليس الله تعالى يقول: «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ»؟ «٢» فقال: إنّما عنى بذلك التى تطلق تطليقه بعد

تطليقه فتلك التي لا تُخرج ولا تُخرج حتى تطلق الثالثة، فإذا طلقت الثالثة، فقد بانت منه ولا نفقة لها «٣». و خبر عبد الله بن سنان سأله (عليه السلام) عن المطلقة ثلاثاً على السنة هل لها سكنى أو نفقة؟ قال: لا «٤». وهو لا ينافي ما مرّ من استحقاق البائن الحامل النفقة والسكنى.

والمُتوفى عنها زوجها أيضاً تخرج أين شاءت وتبيت أي موضع أرادت للأصل من غير معارض، وللأخبار كخبر سليمان بن خالد سأل الصادق (عليه السلام) عن امرأة توفى عنها زوجها أين تعتد في بيت زوجها أو حيث شاءت؟ قال: حيث شاءت، ثم قال: إن علياً (عليه السلام) لما مات عمر أتى أم كلثوم فأخذ بيدها فانطلق بها إلى بيته «٥».

وأما نحو صحيح محمد بن مسلم «سأل أحدهما (عليهما السلام) عن المتوفى عنها زوجها أين تعتد؟ قال: حيث شاءت ولا تبيت عن بيتها» «٦» فإنما يدل على النهي عن الخروج عن البيت أي بيت كان، وحمله الشيخ على استحباب الاعتداد في البيت الذي كانت فيه في حياة الزوج «٧».

(١) في وسائل الشيعة: بدل «تذهب»: تعتد.

(٢) الطلاق: ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٣٦ ب ٢٠ من أبواب العدد ح ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٣٣ ب ٨ من أبواب العدد ح ٥.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٥٧ ب ٣٢ من أبواب العدد ح ١.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٥٧ ب ٣٢ من أبواب العدد ح ٢.

(٧) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٦٠ ذيل حديث ٥٥٦.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٧٠

[الفرع الثالث]

الثالث: لو ادعى عليها غريم أحضرها مجلس الحكم إن كانت بزرةً واحتج إلى الإحضار بجحدها أو ادعائها الإعسار وإلا فلا يجوز الإحضار، بل يبعث من ينظر بينها وبين خصمها أو يستوفى الحق.

ولو وجب عليها حد أو قصاص أو امتنع من أداء دين ثابت جاز للحاكم إخراجها لإقامته وحبسها حتى تخرج من الدين إن كانت بزرة، وإلا أقيم عليها أو حبست في بيتها.

[الفرع الرابع]

الرابع: اليدوية تعتد في المنزل الذي طلقت فيه وإن كان بيتها من وبر أو شعر فلا يجوز لها الخروج، ولا له الإخراج عن القطعة من الأرض التي عليها القبّة أو الخيمة، ويجوز تبديلهما، فإن البيت هو المأوى.

فلو ارتحل النازلون به أي المنزل، وهو يعطى أن لا يكون عليها إلا الاعتداد في ذلك الصقع وإن انتقلت من بقعة إلى أخرى منه، ويجوز أن يريد بقربه ارتحلت معهم إن لم يبق فيه أهله، للضرورة من الوحشة والخوف إن كان وإن بقي أهلها فيه أقامت معهم إن أمنت بهم وإن لم يكن لها أهل إلا الزوج.

ولو رحل أهلها الذين كانت تستأنس بهم في بيتها وبقي من النازلين من فيه منعةً وتأمين معهم، فالأقرب وفاقاً للمبسوط «١»

جواز الارتحال مع الأهل، دفعاً لضرر الوحشة بالتفرّد عنهم و إن بقي معها الزوج. أمّا لو هربوا أى النازلون عن الموضع لعدوّ، فإن خافت هربت معهم و إن لم يهرب، أو ينتقل أهلها للضرورة و إلّا أقامت إن بقيت أهلها لأنّ أهلها لم ينتقلوا و لا هى خائفه، فلا بها ضرورة الخوف، و لا ضرورة الوحشة.

[الفرع الخامس]

الخامس: لو طلقها و هى فى السفينه، فإن كانت تلك السفينه مسكنًا لها اعتدّت فيها لأنّها بيتها و إلّا بأن كان لها مسكن، و إنّما انتقلت

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦٠.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٧١

إلى السفينه فى السفر، ففى المبسوط أنّها إن شاءت عادت إلى منزلها فاعتدّت فيه، و إن شاءت مضت فى السفر ثمّ عادت إلى المنزل «١» إن بقي من العده شىء، و إلّا أسكنها حيث شاء.

و هل له حينئذٍ إسكانها فى سفينه تكون معه فى السفر تناسب حالها؟ الأقرب ذلك خصوصاً إذا اعتادت السكنى فى السفن و إن لم يكن تلك السفينه مسكنًا لها، لعموم «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ» «٢» و مناسبه حدوث الرجعه مع الأصل، فإنّ النهى إنّما وقع عن الخروج و الإخراج عن البيوت، فإن دخلت السفينه فى «البيوت» فلا- إخراج، و إلّا فليست فى بيت ليحصل الخروج عنه. و يحتمل العدم حملًا للإسكان على الغالب.

[الفرع السادس]

السادس: لو طلقت و هى فى دار الحرب لزمها الهجرة إلى دار الإسلام كان بيتها فى دار الهجرة أم لا، لعموم ما دلّ على وجوب الهجرة إلّا أن تكون فى موضع لا تخاف على نفسها و لا دينها.

[الفرع السابع]

السابع: لو حجر الحاكم بعد الطلاق عليه للإفلاس كانت أحقّ بالعين أى عين المسكن من الغرماء مدّة العده و إن لم يدخل فى المستثنيات للمديون، لتعلّق حقّها بالعين، و تقدّمه.

و ربّما قيل: بالضرب مع الغرماء، بناءً على أنّ حقّها يتجدّد يوماً فيوماً كما مرّ. و يندفع بالتعلّق بالعين، و قد يدفع بمنع التجدد، و الفرق بينها و بين الزوجه، فإنّ استحقاق الزوجه للتمكين، و هو متجدّد بخلافها. و لو سبق الحجر على الطلاق لم تكن أحقّ بالعين، فإنّ الزوجه إنّما تستحقّ الإسكان دون عين المسكن و ضربت مع الغرماء بأجره المثل لمسكن مثلها و الباقي من اجرة المثل يبقى فى ذمّه الزوج فإنّ حقّها و إن تأخر عن حقوقهم، لكنّه ثبت لها بغير اختيارها، فهو كما لو أتلّف المفلس مالاً على إنسان، مع أنّ سببه فى الحقيقه الزوجيه المتقدمه.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦١.

(٢) الطلاق: ٦.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٧٢

و تضرب بأجرة جميع العدة أمّا إن لم يتجدّد حقّها يوماً فيوماً، فظاهر، و إن تجدد، فلأنه كلّ يوم من الحقوق الثابتة لها بغير اختيارها مع تقدّم السبب بخلاف الزوجة فإنّها إنّما تضرب بأجرة يوم الحجر لمقارنته حقّها فيه للحجر و تأخر ما بعده. و كذا تضرب بالأجرة لو كان المسكن لغيره ثمّ حجر عليه تقدّم الحجر أو الطلاق، لانتفاء التعلّق بالعين هنا، و ذلك إن لم يرض صاحب المسكن بالكون فيه و كان له ذلك، كأن كان عاريه، أو كان رضى بالكون فيه بأجرة مقدّرة من غير إيقاع صيغته، أو كان الحجر مسلطاً للمؤجر على الفسخ و فسخ.

[الفرع الثامن]

الثامن: إذا ضربت بأجرة المثل مع الغرماء فإن كانت معتدّة بالأشهر فالأجرة معلومة، و إن كانت معتدّة بالأقراء أو بالحمل، ضربت مع الغرماء بأجرة سكنى أقلّ الحمل لأنه المتيقّن، و لا عبرة بالعادة فيه، لعدم الدليل على اعتبارها شرعاً بخلاف عادة الأقراء. و لأنّ غاية ما يفيد ضبط المدّة إن وضعت كاملاً و ربّما أسقطت، و عدم الإسقاط لا يصير عادة، فإنّ أسبابه غالباً خارجيّة بخلاف القراء و الحمل نفسه و زمانه مع الكمال، فإنّ عمدة السبب في ذلك الأسباب الداخليّة من مزاج الرحم و نحوه. خلافاً للمبسوط فاعتبرها «١». و للعامّة قول باعتبار العادة الغالبة «٢» و هي تسعة أشهر.

أو بأجرة سكنى مدّة العادة في الأقراء إن كانت. و ظاهر المحقّق عدم اعتبارها «٣».

فإن لم تكن عادة ضربت بأقلّ مدّة الأقراء و هي ستّة و عشرون يوماً و لحظتان، أو ثلاثه و عشرون، و ثلاث لحظات، أو ثلاثه عشر، و لحظتان، أو عشرة، و ثلاث لحظات. و للعامّة قول باعتبار الغالب «٤» و هو ثلاثة أشهر،

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥٥ ٢٥٦.

(٢) المجموع: ج ١٨ ص ١٣٥.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٤٤.

(٤) المجموع: ج ١٨ ص ١٣٩.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٧٣

فإن وافقت [العدة] «١» المدّة المضروبة تبين صحّة الضرب، و رجعت على الزوج المُفلس بياقي الأجرة إذا أيسر. فإن لم تضع أو لم تجتمع الأقراء في المدّة المقدّرة أخذت نصيب الزائد تُضرب به أيضاً مع الغرماء، لأنه تبين استحقاقها للزائد، فهي كغريم ظهر بعد المضاربة، و إن رجعت على المُفلس إذا أيسر فقد أحسنت إلى الغرماء.

و يحتمل أن لا يكون لها إلّا الرجوع عليه دون الضرب، لأنّ حين المضاربة قدّرنا حقّها بما قدّرناه مع تجويز الزيادة، فلا يتغيّر الحكم، بخلاف غريم لم يكن يعلم به أصلاً.

و قد يفرّق بين ما إذا قسّم المال أو لم يقسّم، و للعامّة قول بنفى الاستحقاق مطلقاً، و آخر بنفيه في الأقراء دون الحمل «٢» لتمكّنها من إقامة البيّنة على الوضع دونها.

و لو فسد الحمل قبل أقلّ المدّة أو اجتمعت الأقراء قبل العادة رجعت عليها بالتفاوت تضرب هي و الغرماء فيه، و يرجع بالباقي على الزوج إذا أيسر، إلّا أن يكون رجوع التفاوت ممّا يوجب الوفاء بالغرّامات.

[الفرع التاسع]

التاسع: لو طَلَّقها غائِباً أو غاب بعد الطلاق و لم يكن له مسكن مملوك و لا مستأجر كان حَقُّها من السكنى كسائر الحقوق الثابتة على الغائب، فإن [لم يتطوَّع أحد بالمسكن لها و] «٣» كان له مال اكترى الحاكم من ماله مسكناً لها، و إلا استدان الحاكم عليه [قدر] «٤» اجرة المسكن، و له أن يأذن لها فى الاستدانة عليه.

و لو استأجرت من دون إذنه، فالوجه رجوعها عليه أمكن الاستدانة أم لا كما هو قضية الإطلاق، لأنَّ السكنى حقٌّ ثابت لها، لها المطالبة بها

(١) لم يرد فى ن، ق.

(٢) راجع المجموع: ج ١٨ ص ١٦٣.

(٣) لم يرد فى ن، ق.

(٤) لم يرد فى ن، ق.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٧٤

متى حضر من غير توقّف على الحاكم، و فى المبسوط «١» و التحرير «٢»: أنه إنّما لها الرجوع إن لم يمكن الاستدانة.

[الفرع العاشر]

العاشر: لو سكنت فى منزلها و هو حاضر مَلِيٌّ و لم تطالب بمسكن فليس لها المطالبة بالأجرة كان له منزل أو لا، استأذنته فى الكون فيه أو لا لأنَّ الظاهر منها حينئذٍ التطوُّع و إن كان له منزل مملوك أو مستأجر أو مستعار أو سكنت مع نهيته، فأظهر.

اصفهانى، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج ٨، ص: ١٧٤

و لو قالت: كنت قصدت الرجوع عليه بالأجرة و لم يكن له منزل و لا من يتطوَّع له ففیه إشكال من معارضة الأصل و الظاهر، و الرجوع أقوى. و ظاهر الشيخ «٣» و المحقّق العدم «٤».

و لو استأجرت بنفسها مسكناً فسكنت فيه و هو حاضر لم تستحقَّ أجرته، لأنَّها تستحقُّ السكنى حيث يسكنها لا حيث تتخيّر نعم لو امتنع من الإسكان ففعلت رجعت بأجرة مثل مسكن مثلها.

و لو طَلَّقَت و هى فى منزلها كان لها المطالبة بمسكن غيره، أو بأجرة مسكنها مدّة العدة كانت سامحته فى الزوجية أم لا.

[الفرع الحادى عشر]

الحادى عشر: لو مات بعد الطلاق الرجعى سقط حَقُّها من بقیة العدة لانقلاب عدّتها عدّة البائن إلا مع الحمل على رأى من رأى الإنفاق عليها من نصيب الولد.

و أطلق الشيخ بقاء استحقاتها، فلم يجوز للورثة قسمة المنزل المملوك له إلا بعد انقضاء العدة، قال: لأنها استحققت السكنى في الدار على الصفة التي هي عليها، فإذا قسمت كان في قسمتها ضرر عليها فلم يجر ذلك، كما لو اكرت جماعة داراً من رجل ثم أرادوا قسمتها لم يكن لهم ذلك، لأن المستأجر استحق منفعتها

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦١.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٧٦ س ٢٢.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦١.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٤٥.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٧٥

على صفتها و في قسمتها ضرر عليه «١». و اعترض عليه بأنّها إنّما تستحق الإسكان مع الحمل من نصيب الولد و هو أحد الوراث.

[الفرع الثاني عشر]

الثاني عشر: لا تسلط للزوج عليها في غير الرجعي و إن كانت حاملاً بل لها أن تسكن حيث شاءت و إن قلنا باستحقاقها السكنى مع الحمل، فإنّه من حقها ليس له فيه حق.

[الفرع الثالث عشر]

الثالث عشر: لو طلقها رجعيّاً ثمّ باع المنزل، فإن كانت معتدة بالأقراء لم يصحّ البيع و إن كانت لها عادة مستقيمة فيها لتحقق الجهالة في المبيع، لاستثناء السكنى في هذه المدة المجهولة منه، و لا يفيد استقرار العادة، لجواز تخلفها إلا أن تكون جهالة يتسامح بمثلها و هو بعيد، لتردد العدة حينئذٍ بين سنة و عشرين يوماً و لحظتين، و خمسة عشر شهراً، أو سنة أو تسعة أشهر. نعم إن استثنى في البيع أقصى المدة صحّ بلا إشكال.

و إن كانت معتدة بالأشهر صحّ لانضباط المنفعة المستثناة، و لا يضرّ إمكان تجدد الحيض و الموت، فإنّ الظاهر استثناء الأشهر الثلاثة، فالمنفعة معلومة. نعم لو اشترط استثنائها صريحاً كان أولى.

و لكن إن تجدد الحيض، فإن انقضت العدة قبل الأشهر كان الباقي للبائع، و كذا إن ماتت، و إن انقضت بعدها قدّمت، لسبق حقها في العين، فيحتمل تسلط المشتري على الفسخ، لتبعض الصفة، و العدم، لقدومه عليه حيث رضى بكونها فيه في العدة. و إن مات الزوج و لم تنقض الأشهر، انتقلت السكنى الباقية إلى ورثته، و الكلام في استحقاتها ما مرّ و الحمل كالأقراء في الجهالة.

[المطلب الثالث في إذن الانتقال قبل الطلاق]

المطلب الثالث في إذن الانتقال قبل الطلاق.

لو كانت تسكن منزلاً كان ملكاً لزوجها أو استأجره أو استعاره

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥٦.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٧٦

فأذن لها في الانتقال إلى منزل آخر، تقدّم الإذن على الانتقال، أو انتقلت ثم أذن ثم طلقها و هي في المنزل الثاني اعتدّت فيه لأنه صار بيتها فيشملة النهى عن الخروج والإخراج.

و لو أذن، و لكن طلقها و هي في الأول قبل الانتقال، اعتدّت فيه لأنّ الثاني إنّما يصير بيتها إذا انتقلت و أوت إليه.

و لو طلّقت و هي في طريق الانتقال اعتدّت في الثاني وفاقاً للمبسوط «١» و الشرائع «٢» لأنها مأمورة بالانتقال عن الأول فخرج عن بيتها.

و للشافعية ثلاثة أوجه أخرى: اعتدادها في الأول، لأنها لم تحصل في مسكن آخر قبل الطلاق. و تخيرها بينهما، لأنها غير حاصلّة في شيء منهما مع تعلّقها بهما. و اعتبار القرب، فإن كانت أقرب إلى الأول اعتدّت فيه، و إن كانت أقرب إلى الثاني اعتدّت فيه «٣».

والمعتبر في الانتقال إنّما هو بالبدن لا بالمال أو العيال، خلافاً لأبي حنيفة فعكس «٤».

فلو انتقلت ببدنها إلى الثاني بتيّة السكنى فيه و لم تنقل رحلها سكنت فيه، و لو نقلت رحلها و لم تنتقل بعدُ سكنت في الأول. و لو انتقلت إلى الثاني ثم رجعت إلى الأول لنقل رحلها، أو لغرض آخر فطلّقت فيه اعتدّت في الثاني لأنه بيتها الآن، و المضى إلى الأول كالمضى إلى زيارة أو سوق.

و لا فرق بين أن يكون الانتقال انتقال قرار أو لا، بأن تكون تتردد و تنقل أمتعتها إليه و هي غير مستقرّة في أحدهما، فإنه حينئذٍ كالمأمورة بالانتقال التي في الطريق.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥٧.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٤٤.

(٣) انظر المجموع: ج ١٨ ص ١٦٩ الموجود فيه وجهان.

(٤) انظر الهداية: ج ٢ ص ٧٨.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٧٧

و قال بعض العامة: إن كانت مترددة كذلك، فإن طلّقت في الثاني اعتدّت فيه، و إن طلّقت في الأول فاحتمالان «١».

و لو أذن لها في السفر ثم طلقها قبل الخروج اعتدّت في منزلها، سواء نقلت رحلها و عيالها إلى البلد الثاني أو لا و سواء كان السفر سفر حاجة أو سفر نقله، لأنها طلّقت و هي مقيمة فيه.

و لو خرجت من المنزل إلى موضع اجتماع القافلة في البلد أو ارتحلوا أي القافلة معها فطلّقت قبل مفارقة المنازل أي بيوت البلد فضلاً عمّا بعدها و كان السفر سفر نقله فالأقرب الاعتداد في الثاني و إن كانت في البلد، إذ لا فرق بين المنزلين في بلد أو بلدين، و قد عرفت أنّها إذا طلّقت و هي في الطريق بين المنزلين اعتدّت في الثاني.

خلافاً للشيخ قال: لأنها ما لم تفارق البلد فهي في حكم المقيمة «٢». يعنى أنّ البلد كالمنزل، فكما أنّها إن طلّقت و هي في المنزل الأول اعتدّت فيه، فكذا إذا طلّقت و هي في البلد الأول اعتدّت فيه، و الاعتداد فيه إنّما يكون في ذلك البيت، فيلزم

الاعتداد فيه، و ما لم تخرج عن البنيان فهي في البلد، و للعامة قول بتخيرها بين البلدين «٣».

و لو كان سفرها للتجارة أو الزيارة أو نحوهما، و بالجملة لغير النقلة ثم طلّقت و قد شرعت في السفر، فارقت البنيان أو لا فالأقرب

أنها تتخير بين الرجوع و المضي في سفرها لأن المنزل الأول خرج عن بيتها بالإذن في الخروج، و لم يعين لها منزل آخر يتعين عليها الخروج إليه، و لأن في إزام العود عليها إبطال أهبة السفر إن لم تتجاوز البنيان، و المشقة من غير الوصول إلى المقصد، و الانقطاع عن الرفقة إن تجاوزت، و كل ذلك ضرر. و في خروج البيت عن بيتها نظر، للفرق الظاهر بين سفرى النقلة و الحاجة.

(١) لم نعر عليه.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥٨.

(٣) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١٨٦.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٧٨

و الشيخ حكم بالاعتداد في البلد إن لم تُفارق البنيان مطلقاً، و قال: إن فارتق البنيان ففيه مسألتان: إحداهما: أن يكون أذن لها في الحج أو الزيارة أو التزهة و لم يأذن في إقامة مدة مقدرة. و الثانية: أذن لها في ذلك. ففي الأولى لا يلزمها العود، فإنه ربما كان الطريق مخوفاً و تنقطع عن الرفقة، فإن أرادت العود كان لها ذلك، و إن نفذت في وجهها، فإن كان أذن لها في الحج فإذا قضت حجها لم يجز لها أن تقيم بعد قضائه، و إن كان أذن لها في التزهة أو الزيارة، فلها أن تقيم ثلاثة أيام، فإذا مضت الثلاث أو قضت حجها، فإن لم تجد رفقة تعود معهم و خافت في الطريق فلها أن تقيم، لأنه عذر، و إلا فإن علمت من حالها أنها إذا عادت إلى البلد أمكنها أن تقضى ما بقى من عدتها لزمها ذلك، و إلا فقال بعضهم: لا يلزمها العود بل لها الإقامة في موضعها. و قال آخرون: يلزمها العود، لأنها مأمورة بالعود غير مأمورة بالإقامة، و هو الأقوى. و في الثانية: إن طلقت و هي بين البلدين فكما لو طلقت بين المنزلين. و إن طلقت و هي في البلد الثاني فلها الإقامة ثلاثة أيام «١».

و هل لها الإقامة المدة المضروبة؟ قولان، فإن لم تكن لها فالحكم كما في المسألة الأولى.

و عند الشافعية: إن لم تُفارق البنيان فوجهان: تخيرها بين العود و المضي كما ذكره المصنف و تحتم العود، لأنها لم تشرع في السفر، فهي كما لو لم تخرج من المنزل «٢». و وجه ثالث قريب: إن كان سفرها لحج تخيرت، و إنما وجب العود، و إن فارتق تخيرت. و لهم وجه ضعيف: أنها إن لم تقطع مسافة يوم و ليلة لزمها الانصراف «٣».

و عن أبي حنيفة: إن لم يكن بينها و بين المسكن مسيرة ثلاثة أيام لزمها الانصراف، و إن كان الموضع موضع إقامة أقامت و اعتدت فيه، و إلا مضت في سفرها «٤».

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥٨ ٢٥٩.

(٢) المجموع: ج ١٨ ص ١٦٩.

(٣) الحاوي الكبير: ج ١١ ص ٢٦١.

(٤) المجموع: ج ١٨ ص ١٧٣.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٧٩

و لو نجزت حاجتها من السفر ثم طلقت رجعت إلى منزلها إن بقى من العدة إن رجعت إليه ما يفضل عن مدة الطريق إذ لا بيت لها سواه، فيجب الاعتداد فيه و لو يوماً و إلا يفضل الشيء. فلا يجوز لها الرجوع، لأنه لا يفيد، و لا يجوز لها الخروج إلا إذا أدى إلى الاعتداد في المنزل.

و لو أذن لها في الاعتكاف فاعتكفت ثم طلقتها و هي في الاعتكاف خرجت إلى بيتها للاعتداد، بإجماع علمائنا كما في التذكرة

«١» ولأنه واجب مضيّق لا قضاء له كالجمعه، خلافاً لبعض العامة «٢».

وقضته إن كان واجباً أى استأنفته كما فى المبسوط «٣» و فى المعتمر «٤» و التذكرة «٥» و المنتهى «٦» إن لم تشتط، و إلّا بنت. و فى الخلاف أطلق البناء «٧».

و يجب عليها الخروج سواء تعيّن زمانه بالنذر و شبهه أو بالكون ثالثاً على إشكال من التعارض. و قطع الشهيد حينئذٍ بالاعتداد فى المسجد «٨». و فى الإيضاح: إنّ على الخروج فى القضاء إشكالاً، من أنّ العذر ليس باختيارها، و الزمان لم يقبل الاعتكاف، فظهر عدم انعقاد النذر و عدم صحّة اليومين.

و من الوجوب بالنذر أو باعتكاف اليومين و لم تفعل فيجب القضاء «٩» أو لا.

و لو أذن لها فى الخروج إلى منزل آخر ثمّ طلقها و هى فى الثانى ثمّ اختلفا فقالت: نقلتني فأنا أعتدّ فى الثانى، و قال: ما نقلتك و إنّما أذنت لك فى المضىّ إلى الثانى لزيارة أو حاجة أو نحوهما احتمال تقديم قولها، لأنّ ظاهر الإذن فى المضىّ إليه أنّه للنقله. و احتمال تقديم قوله،

(١) تذكرة الفقهاء: ج ١ ص ٢٩٢ س ٢١.

(٢) الحاوى الكبير: ج ٢ ص ٥٠٤.

(٣) المبسوط: ج ١ ص ٢٩٤.

(٤) المعتمر: ج ٢ ص ٧٤٠.

(٥) تذكرة الفقهاء: ج ١ ص ٢٩٢ س ٢٤.

(٦) منتهى المطلب: ج ٢ ص ٦٣٦ س ٣.

(٧) الخلاف: ج ٢ ص ٢٤٠ مسألة ١١٧.

(٨) الدروس الشرعيّة: ج ١ ص ٢٩٩.

(٩) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٣٧٤.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٨٠

لأنه اختلاف فى قصده و للأصل، فإنّه كما أنّهما إذا اختلفا فى أصل الإذن كان القول قول منكره، فكذا الاختلاف فى كفيّته و هو أقرب وفاقاً للشيخ «١».

هذا إذا لم يعارضه من القرائن ما يدلّ على رضاه بالانتقال، و كذا إذا ادّعت أنّه قال لها: «أخرجى للنقله» فأنكر فإنّ الأصل عدم الزيادة.

و إن اتّفقا على أنّه قال: «انتقلى أو «٢» أقيمى» لكنّه ادّعى أنّه ضمّ إليه قوله: «للزّهة» و نحوه فأنكرت، اتّجه «٣» تقديم قولها.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٥٩.

(٢) فى ن، ق: و.

(٣) فى ق بدل «فأنكرت اتّجه»: فاتّجه.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٨١

الباب (الثاني في الخلع) و فيه مقصدان:

[المقصد الأول في حقيقة الخلع]

الأول: حقيقته و هو بالضمّ إزالة قيد النكاح بفديّة من الزوجه، و كراهة لها لزوجهها من دون كراهته لها و سُمِّي خلعاً من الخلع لأنّ المرأة تخلع لباسها من لباس زوجها أى تخلع نفسها التي هي لباس الزوج من الزوج المذى هو لباسها قال الله تعالى: «هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ» (١) و شرعيته ثابتة بالكتاب (٢) و السنّة (٣) و إجماع المسلمين. و في وقوعه بمجرّده من غير إتيان بلفظ الطلاق قولان: أجودهما الوقوع، وفاقاً للصدوق (٤) و المفيد (٥) و المرتضى (٦) و سلار (٧) و ابن سعيد (٨) للإجماع كما يظهر من السيّد (٩). و الأخبار، كصحيح ابن بزيع سأل الرضا (عليه السلام)

(١) البقرة: ١٨٧.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

(٣) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ من أبواب الخلع و المباراه.

(٤) المقنع: ص ٣٤٨.

(٥) المقنعه: ص ٥٢٨.

(٦) مسائل الناصريّات: ص ٣٥١.

(٧) المراسم: ص ١٦٢.

(٨) الجامع للشرائع: ص ٤٧٥.

(٩) مسائل الناصريّات: ص ٣٥١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٨٢

عن المرأة تبارى زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع، هل تبين منه بذلك أو هي امرأته ما لم يتبعها بطلاق؟ قال: تبين منه، و إن شاء أن يردّ إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعل، قال: فقلت: إنّه قد روى أنّها لا تبين منه حتّى يتبعها بطلاق، قال: ليس ذلك إذا خلع، فقلت: تبين منه؟ فقال: نعم (١). و قول الصادق (عليه السلام) في خبر حمران: و كانت تطليقةً بانه لا رجعة له عليها، سمى طلاقاً أو لم يسمّ (٢). و قول الباقر (عليه السلام) في خبر زرارة: فإذا فعلت ذلك، فهي أملك بنفسها من غير أن يسمّى طلاقاً (٣).

و يجوز أن يكون ذلك من كلام الراوى، أى قال (عليه السلام) ذلك من غير أن يسمّى طلاقاً.

و أما قول الصادق (عليه السلام) في حسن محمّد بن مسلم: «و كانت تطليقةً بغير طلاق يتبعها» (٤) و خبر ابن أبي عمير (٥) عن سليمان بن خالد: «قال: قلت: أ رأيت إن هو طلقها بعد ما خلعهما أ يجوز عليها؟ قال: و لم يطلقها و قد كفاه الخلع، و لو كان الأمر إلينا لم نُجز طلاقاً» (٦) فيحتملان إلقاء الطلاق بعد الخلع في العدة قبل الرجعة، و الدلالة على أنّها بانة بالخلع، و هو أعم من أن يتوقّف صيغته على لفظ الطلاق أو لا.

و ما فى الفقيه من قوله: «و فى روايه حمّاد عن الحلبيّ عن أبى عبد الله (عليه السّلام) قال: عدّه المختلعه عدّه المطلقه، و خلعهها طلاقها، و هى تجزى من غير أن يسمّى طلاقاً» (٧). فيحتمل أن يكون قوله: «و هى تجزى من غير أن يسمّى طلاقاً» من كلام

- (١) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ من كتاب الخلع و المبراهه ح ٩.
- (٢) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٩٧ ب ٦ من كتاب الخلع و المبراهه ح ٤.
- (٣) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٩٣ ب ٣ من كتاب الخلع و المبراهه ح ١٠.
- (٤) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٩١ ب ٣ من كتاب الخلع و المبراهه ح ٣.
- (٥) الموجود فى نسخ كشف اللثام: ابن أبى عيسى.
- (٦) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ من كتاب الخلع و المبراهه ح ٨.
- (٧) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٥٢٣ ح ٤٨٢١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٨٣

الصدوق. و أمّا نحو قول الصادق (عليه السّلام) فى حسن الحلبيّ: «و كان الخلع تطليقه» (١) فليس من الدلاله عليه فى شىء. و القول الآخر للشيخ (٢) و ابنى زهره (٣) و إدريس (٤). و حكى ابن زهره الإجماع عليه (٥). قال الشيخ: و هو مذهب جعفر بن سماعه و الحسن بن سماعه و على بن رباط، و ابن حذيفه من المتقدمين، و مذهب على بن الحسين من المتأخرين، فأما الباكون من فقهاء أصحابنا المتقدمين فلست أعرف لهم فتيا فى العمل به.

و استدّلوا بالإجماع. و هو ممنوع. و بالأصل و الاحتياط. و بخبر موسى بن بكر عن الكاظم (عليه السّلام) قال: المختلعه يتبعها الطلاق ما دامت فى عدّه (٦).

و أنت تعرف أنّ الظاهر أنّه يجوز أن تطلق مرّه أخرى ما دامت فى العدّه، و ذلك بأن ترجع فى البذل فيراجعها الزوج ثم يطلقها، و أمّا فهم أنّه لا بدّ من الإتيان فى الصيغه فبعيد جدّاً، هذا مع ضعف السند.

و بنحو خبر زراره عن الصادق (عليه السّلام) قال: ما سمعت منى يشبه قول الناس فيه التقيّه، و ما سمعت منى لا يشبه قول الناس لا تقيّه فيه (٧).

و الأخبار التى ظاهرها الوقوع من غير إتيان الطلاق موافقه لقول الناس، فلا بدّ من حملها على التقيّه، و هو إنّما يتمّ لو عارضها ما لا يشبه قول الناس، و لم يظفر بمعارض سوى ما ذكره من خبر موسى بن بكر، و قد عرفت ما فيه.

و بأنّ الطلاق بشرط لا يقع، و من شرط الخلع أن يقول الرجل: إن رجعت فيما

- (١) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٩١ ب ٣ من كتاب الخلع و المبراهه ح ٢.
- (٢) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٩٧ ذيل حديث ٣٢٧ ٣٢٨.
- (٣) الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ص ٥٥٢ س ٣٣.
- (٤) السرائر: ج ٢ ص ٧٢٦.
- (٥) غنيه النّزوع: ص ٣٧٥.
- (٦) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٩٠ ب ٣ من كتاب الخلع و المبراهه ح ١.
- (٧) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ من كتاب الخلع و المبراهه ح ٧.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٨٤

بذلت فأنا أملكك ببضعك، وهذا شرط فلا تقع به فُرقة. وهو ممنوع، بل من حكمه أنها إذا رجعت كان له الرجوع وانقلبت رجعية بعد البينونة، و لو سلم فهو ليس بشرط للخلع أو الفراق، وإنما هو شرط البينونة.

وبقول الصادق (عليه السلام) في حسن الحلبي: لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقها إلا للعدّة «١». وقوله في خبر أبي بصير: لو كان الأمر إلينا لم يكن الطلاق إلا للعدّة «٢». وما في خبر سليمان بن خالد من قوله: و لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً «٣».

ولا دلالة لشيء من ذلك عليه، فإن المفهوم من هذه العبارات أن المختلعة لو طلقت بعد الخلع كان لغواً، كما أن الطلقة بعد الطلقة لغو ما لم يراجعها. نعم لو قيل «لو كان الأمر إلينا لم نجز إلا الطلاق» دلّ على ذلك.

وهل على المختار هو فسخ فلا ينقص به عدد الطلاق ولا تحرم بالاختلاع ثلاثاً أو طلاق فينقص به عدده؟ قولان: أجودهما الثاني، وفاقاً لأبي علي «٤» و الصدوق «٥» و علم الهدى «٦» و المفيد «٧» و ابن زهرة «٨» للأخبار وهي كثيرة، كما تقدّم من خبري حمران والحلبي «٩» قال المرتضى: على أن الفسخ لا يصح في النكاح، ولا الإقالة «١٠».

والقول الأول للشيخ على التنزل، لأنه ليس بلفظ الطلاق «١١» و قد سمعت في الطلاق ما أفاد الحصر في لفظه «١٢» و لأنه لو كان طلاقاً لكان قوله تعالى بعده: «فَإِنْ طَلَّقَهَا» «١٣» طلقة رابعة، و حكى هذا الدليل عن ابن عباس «١٤».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩١ ب ٣ من كتاب الخلع و المباراة ح ٢.

(٢) المصدر السابق.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ من كتاب الخلع و المباراة ح ٨.

(٤) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٩٦.

(٥) المقنع: ص ٣٤٨.

(٦) مسائل الناصريات: ص ٣٥١.

(٧) المقنعة: ٥٢٨.

(٨) غنية النزوع: ص ٣٧٥.

(٩) تقدّم في ص ١٨٨ ١٨٩.

(١٠) مسائل الناصريات: ص ٣٥٢.

(١١) الخلاف: ج ٤ ص ٤٢٤ مسألة ٣.

(١٢) تقدّم في ص ٣٣ ٣٢.

(١٣) البقرة: ٢٣٠.

(١٤) المجموع: ج ١٧ ص ١٥ و المبسوط للسرخسي: ج ٦ ص ١٧١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٨٥

وفيه: أنه إنمّا يتم لو تعيّن أن يكون الخلع مغايراً للطلقتين. و هو ممنوع، لم لا يجوز أن يراد «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً» في الطلقتين «إِلَّا أَنْ يَخَافَا.. فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» «١» فيهما؟

وهو إمّا حرام: كأن يكرهها لتخالعه و تُسقط حقّها عنه، فإن فعل فلا يصحّ بدلها، و لا يسقط حقّها، و يقع الطلاق رجعيّاً إن تبع به وفاقاً للمبسوط، لأنه أوقعه باختياره «٢».

و يحتمل البطلان كما احتملته العامية (٣) بناءً على أنه إنما قصد به الطلاق بإزاء الفداء المُكره عليه، خصوصاً مع اعتقاد صحته الخلع مع الإكراه.

و إلاً يتبع بالطلاق بطل فلم يقع خلع و لا طلاق.

و كذا في الحرمة و البطلان لو منعها حقها من النفقة الواجبة و سائر ما تستحقه كالقسمه حتى خالغته على إشكال من كونه إكراهاً، و قوله تعالى: «فَإِنْ طِبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا» (٤).

و من منع كونه إكراهاً، فإن عدولها عن مطالبه الحق إلى الاختلاع باختيارها، و الآية إنما دلت على أنهن إن لم يطبن نفساً فليس الأكل هنيئاً مريئاً. و هو خيرة المبسوط قال: و أما عندنا فالعذى يقتضيه المذهب أن نقول: إن هذا ليس بإكراه، لأنه لا دليل عليه. (٥).

و إتيًا مباح: بأن تكره المرأة الرجل لدينه أو خلقه أو نحوهما، فتخاف أن لا تقيم حدود الله في زوجها بأن لا تطيعه و لا تجيبه فتبذل له مالاً ليخلعها عليه كما في قصة جميلة بنت أبي عبد الله بن أبي أو في حبيبة بنت سهل الأنصارية، و زوجها ثابت بن قيس بن شماس، قالت لرسول الله (صلى الله عليه و آله): فرق بيني و بينه، فأني أبغضه و لقد رفعت طرف الخباء فرأيتته يجيء في أقوام، و كان أقصرهم قامه و أقبحهم وجهاً، و أشدهم سواداً و إنني أكره الكفر بعد الإسلام، فقال ثابت:

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) المبسوط: ج ٤ ص ٣٤١.

(٣) الحاوي الكبير: ج ١٠ ص ٦.

(٤) النساء: ٤.

(٥) المبسوط: ج ٤ ص ٣٤١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٨٦

مرها يا رسول الله فترد على الحديقه التي أعطيتها، فخالعته عليها (١). و يقال: إنه أول خلع في الإسلام.

و الدليل على الإباحة إذا ظهرت منها الكراهة حتى خيف أن لا تقيم حدود الله هو الكتاب (٢) و السنة (٣).

و لما كانت الكراهة غالباً لا تعلم إلا بالقول أو الفعل، و الفعل لا يدل غالباً إلا بأن تفعل المخالفة لزوجها، و الآية صريحة في أن الخوف كافٍ في الاختلاع لم يبق إلا القول، فلا بد من أن تقول ما يدل على ذلك كما قالت زوجة ثابت: إنني أكره الكفر بعد الإسلام.

و في رواية: لا أنا و لا ثابت لا يجمع رأسى و رأسه شيء (٤). و هو معنى قول الصادق (عليه السلام) في حسن الحلبي: لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها: و الله لا أبرُّ لك قسماً، و لا أطيع لك أمراً، و لا أغتسل لك من جنباه، و لأوطنن فراشك و لأذنن عليك بغير إذنك، و قد كان الناس يرخصون فيما دون هذا، فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلَّ له ما أخذ منها، و كانت عنده على تطليقتين باقيتين، و كان الخلع تطليقه، و قال (عليه السلام): يكون الكلام من عندها (٥). و قوله في حسن محمد بن مسلم: لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول: «و الله لا أبرُّ لك قسماً، و لا أطيع لك أمراً، و لأذنن في بيتك بغير إذنك، و لأوطنن فراشك بغيرك» فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلَّ له ما أخذ منها، و كانت تطليقه بغير طلاق يتبعها، و كانت بائناً بذلك، و كان خاطباً من الخطاب (٦) و نحوهما من الأخبار (٧).

(١) السنن الكبرى للبيهقي: ج ٧ ص ٣١٢. و مسند أحمد بن حنبل: ج ٦ ص ٤٣٣ مع اختلاف. و المبسوط: ج ٤ ص ٣٤٢.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المبرأة.

(٤) سنن البيهقي: ج ٧ ص ٣١٣ مع اختلاف.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٥٢٣ ح ٤٨٢١.

(٦) الاستبصار: ج ٣ ص ٣١٥ ح ١١٢٣.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المبرأة.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٨٧

إلما أنه لا بد من التلطف بهذه الألفاظ بخصوصها، و ينص عليه قول الباقر (عليه السلام) في صحيح محمد بن مسلم: إذا قالت المرأة لزوجها جملة: «لا أطيع لك أمراً» مفسراً و غير مفسر حلّ له أن يأخذ منها، و ليس له عليها رجعة «١». و خبر سماعة قال للصادق (عليه السلام): لا يجوز للرجل أن يأخذ من المختلعة حتى تتكلم بهذا الكلام كله، فقال: إذا قالت له: «لا أطيع الله فيك» حلّ له أن يأخذ منها ما وجد «٢». و لذا ترى الأصحاب يصرحون بأنه تكفى الكراهة منها علمت من قولها أو من غيره.

و إماماً مستحب وفاقاً لابن إدريس «٣» و المحقق «٤» بأن تقول: لأدخلن عليك من تكرهه أما عدم الوجوب، فلأصل من غير معارض، فإنها لم تأت بمنكر ليجب النهي عنه، ثم النهي لا ينحصر في المخالعة، و أما الاستحباب، فللتحرز من وقوعها في المأثم و ليطيب قلبها و يزول ما بينهما من الشحاء.

و قيل في النهاية «٥» و الغنية «٦» و الوسيلة «٧» يجب و حمل على تأكد الاستحباب. و في الشرائع: و فيه رواية بالوجوب «٨». و لم نظفر بها.

ثم الشيخ و ابن حمزة أوجبا الخلع، و ابن زهرة أوجب الطلاق. و يحتمل أن يكون ذلك مراد الأولين، و أن يكونا أوجبا أو استحباباً خصوص الخلع، لأنه بائن، و لو طلقها من غير خلع فلعلها لا تنتهي عن المنكر.

ثم لم أر من الأصحاب من فرق بين أن تكرهه أو تقول له ذلك بالإباحة على الأول، و الاستحباب أو الوجوب على الثاني، إلّا المصنف.

قال الشيخ: و إنما يجب الخلع إذا قالت المرأة لزوجها: «إني لا أطيع لك أمراً و لا أقيم لك حدّاً و لا أغتسل لك من جنابة». و لأوطنن فراشك من تكرهه إن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المبرأة ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المبرأة ح ٢.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧٢٤.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٣.

(٥) النهاية: ج ٢ ص ٤٧٠.

(٦) غنية النزوع: ص ٣٧٥.

(٧) الوسيلة: ص ٣٣١.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٣.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٨٨

لم تُطَلِّقني». فمتى سمع هذا القول أو علم من حالها عصيانه «١» في شيء من ذلك وإن لم تنطق به، وجب عليه خلعهها «٢». وقال ابن إدريس بعد حكايته قوله (رحمه الله): وجب عليه خلعهها على طريق تأكيد الاستحباب دون الفرض والإيجاب، قال: وإلا فهو مخير بين خلعهها وطلاقها، وإن سمع منها ما سمع بغير خلاف، لأنَّ الطلاق بيده، ولا أحد يُجبره على ذلك «٣». وقال ابن زهرة: وأمَّا الخلع فيكون مع كراهة الزوجة خاصة لا الرجل، وهو مخير في فراقها إذا دعت إليه حتى تقول له: لئن لم تفعل لأعصين الله بترك طاعتك ولأوطئن فراشك غيرك، أو يعلم منها العصيان في شيء من ذلك، فيجب عليه والحال هذه طلاقها «٤».

وقال ابن حمزة: وما يوجب الخلع أربعة أشياء: قولاً من المرأة أو حكماً، فالقول أن تقول: «أنا لا أطيع لك أمراً ولا أقيم لك حداً، ولا أغتسل لك من جنبه وأوطئن فراشك من تكرهه» والحكم أن يعرف ذلك من حالها «٥». وأما سائر الأصحاب فاقترضوا على ذكر صحته وحبلى ما يأخذه منها، وذكروا أن ذلك إذا كرهته وظهر عصيانها له. نعم توهمه عبارة المحقق، ولكن ليست نصاً فيه. قال في الشرائع في تعداد الشرائط: وأن تكون الكراهية منها، ولو قالت: لأدخلن عليك من تكرهه لم يجب خلعهها، بل يستحب «٦». ونحوه في النافع «٧».

ولو خالعهما والأخلاق ملتزمة لم يصح الخلع بالإجماع والنص من الكتاب «٨» والسنة «٩» ولا يملك الفدية.

(١) في خ: عصيانها.

(٢) النهاية: ج ٢ ص ٤٦٩.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧١٤.

(٤) غنية التزوع: ص ٣٧٤ ٣٧٥.

(٥) الوسيلة: ص ٣٣١.

(٦) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٣.

(٧) المختصر النافع: ص ٢٠٣.

(٨) البقرة: ٢٢٩.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ من كتاب الخلع والمباراة.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٨٩

ولو طلقها حينئذ بعوض لم يملكه بصريح الآيات «١» والأخبار «٢» ووقع الطلاق رجعيًا كما في الشرائع «٣» والجامع «٤». وفيه احتمال البطلان كما تقدّم.

ولو أتت بالفاحشة وهي كل معصية كما في التبيان «٥» ومجمع البيان «٦» وأحكام القرآن للراوندي «٧». أو ما مرّ من أقوالها إذا كرهت الزوج كما في تفسير علي بن إبراهيم «٨» جاز عضلها لتفدى نفسها للآية «٩».

وقيل والقائل بعض العامة إنّه منسوخ بآية الجلد «١٠».

قال في المبسوط: وقيل: إن هذه الآية منسوخة كما نسخت آية الحبس بالفاحشة من الحبس إلى الحدود، وهي قوله: «وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ» «١١» فنسخ الحبس بأن تُجلد البكر مائة وتُغرب عامًا، وقد أباح الله الطلاق فهو قادر على إزالة الزوجية و

الخلاص منها، فلا- معنى لعضلها حتى تفتدى نفسها ببذل، قال: و الأول أقوى، لأنه الظاهر، و لا دليل على أنها منسوخة «١٢» انتهى.

و لم أظفر من الأصحاب بمن ذهب إلى ذلك.

فلو ضربها لنشوزها بحيث جاز الضرب، جاز حينئذٍ خلعها و لم يكن ذلك إكراهاً و إن لم تكن ترضى بالفراق «١٣» ما لم تضرب فإن الضرب مشروع مأمور به، و النشوز من الفاحشة، و الآية نصت على جواز الأخذ إذا أتت بفاحشة «١٤» من غير قيد.

(١) البقرة: ٢٢٩، النساء: ٤ و ١٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المبرأة.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٥.

(٤) الجامع للشرائع: ص ٤٧٦.

(٥) التبيان: ج ٣ ص ١٥٠.

(٦) مجمع البيان: ج ٣ ص ٢٤.

(٧) رواه ابن عباس، انظر فقه القرآن للراوندي: ج ٢ ص ١٦٤.

(٨) تفسير القمي: ج ١ ص ٧٥.

(٩) النساء: ١٩.

(١٠) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ١٧٤.

(١١) النساء: ١٥.

(١٢) المبسوط: ج ٤ ص ٣٤٣.

(١٣) في ن بدل «الفراق»: بالفداء.

(١٤) النساء: ١٩.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٩٠

و يجوز الخلع بسطان و غيره اتفاقاً كما في الخلاف «١» «٢» للأصل و العمومات.

و قول الباقر (عليه السلام) في خبر زرارة: «و لا يكون ذلك إلّا عند سلطان» «٣» إمّا على التقية أو الاستحباب. و ظاهر أبي عليّ و جوب كونه عند سلطان «٤».

و ليس له الرجعة، سواء أمسك العوض أو دفعه إليها بالنص «٥» و الإجماع، و يؤيده ما في الآية من أنه افتداء. قال في الخلاف: و حقيقة الافتداء الاستنقاذ و الاستخلاص، كافتداء الأسير بالبذل، فلو أثبتنا الرجعة لم يُحمل الافتداء على حقيقته «٦».

نعم لو رجعت هي في البذل جاز له الرجوع في العدة كما دلّت عليه الأخبار «٧» و الظاهر أنه لا خلاف فيه.

و لكن قال ابن حمزة: إمّا أطلقا أو قيدت المرأة بالرجوع فيما افتدت، و الرجل بالرجوع في بعضها، و كلاهما جائز، فإن أطلقا لم يكن لأحدهما الرجوع إمّا برضاء الآخر، و إن قيدوا لم يخل إمّا لزمتهما العدة أو لم تلزم، فإن لزمتهما جاز الرجوع ما لم تخرج من العدة، فإن خرجت منها أو لم تلزم العدة لم يكن لهما الرجوع بحالٍ إلّا بعقد جديد و مهر مستأنف «٨». و نفى عنه البأس في المختلف «٩». بناءً على أنه معاوضة، فلا بدّ من التراضي.

و حكى الشيخ عن الحسن بن سماعه و غيره أنّ من شرطه أن يقول الرجل: إن

- (١) الخلاف: ج ٤ ص ٤٢٤ مسألة ٤.
- (٢) في ق بدل «الخلاف»: المبسوط. راجع المبسوط: ج ٤ ص ٣٤٤.
- (٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩٣ ب ٣ من كتاب الخلع و المبراة ح ١٠.
- (٤) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٩٧.
- (٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المبراة ح ١. وص ٤٩٥ ب ٥ ح ١. وص ٤٩٦ ب ٥ ح ٣.
- (٦) الخلاف: ج ٤ ص ٤٢٧ ذيل مسألة ٦.
- (٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩٨ ب ٧ من كتاب الخلع و المبراة.
- (٨) الوسيلة: ص ٣٣٢.
- (٩) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٩٩.
- كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٩١
- رجعت فيما بدلت فأنا أملك ببضعك «١». و ربما يظهر ذلك من الصدوق «٢» و المفيد «٣».
- و قد مرَّ أن الأقرب أنه ليس له أن يتزوج بأختها و لا برابعة بعد رجوعها في البذل لأنها صارت رجعية.
- و هل له ذلك قبله؟ إشكال «٤» من الأصل و بينونة، و صحيح أبي بصير سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل اختلعت منه امرأته أ يحلَّ له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضى عدَّة المختلعة؟ قال: نعم قد برئت عصمتها منه، و ليس له عليها رجعة «٥». و هو خيرة الجامع «٦». و من إمكان الرجعة و الاحتياط، و هو الأجود.
- فإن جَوَزناه ففعل فرجعت في البذل في العدَّة فالأقرب جواز رجوعها ذلك، للأصل، مع احتمال العدم كما في الجامع «٧» بناءً على أن رجوعها مستلزم لجواز رجوعه، و انتفاء اللازم يدلُّ على انتفاء الملزوم.
- و يندفع بمنع الملازمة مطلقاً، ثم منع انتفاء اللازم، لجواز مفارقة الأخت و الرابعة بحيث يجوز مراجعتها في العدَّة.
- و ليس له حينئذٍ رجعة في البذل، و قد تزوج بالأخت أو الرابعة أن يراجع «٨» إلا أن يفارقهما.
- و لو كانت المخالعة تطليقةً ثالثة، فالأقرب أنه لا رجعة لها في بذلها للملازمة بين رجعتها و جواز رجعته بالذات و إن منع منها مانع كنيكاح الأخت، و هنا امتنعت الرجعة بالذات، لأنها بمنزلة المعاوضة، فإنه لم يرض بالطلاق إلا بالعوض. مع احتمال الصحة، للعموم، و منع الملازمة مطلقاً، و العموم ممنوع، إذ لم نظفر بخبر عام.

(١) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٩٧ ذيل حديث ٣٢٩.

(٢) المقنع: ص ٣٤٨.

(٣) المقنعة: ص ٥٢٨ ٥٢٩.

(٤) في بعض نسخ قواعد الأحكام زيادة: منشأه من حيث بينونة و من حيث إنها مترلزلة.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٤ ب ١٢ من كتاب الخلع و المبراة ح ١.

(٦) الجامع للشرائع: ص ٤٧٧.

(٧) الجامع للشرائع: ص ٤٧٦.

(٨) في قواعد الأحكام بدل «يراجع»: يرجع.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٩٢

و لو رجعت و لمّا يعلم حتى خرجت العدة، فالأقرب صحّة رجوعها للأصل. مع احتمال العدم، لانتفاء اللازم و منع رجوعه لانقضاء العدة.

و لو رجع و لم يعلم برجوعها زاعماً صحته فصادف رجوعها و العدة صحّ لوقوعه مع القصد في محلّه.

و أمّا إن لم يعتقد الصحّة و لا ذهولاً، فالظاهر عدم الصحّة، لامتناع «١» القصد حينئذٍ إلى الرجعة.

نعم إن راجع بالفعل و لم تشترط التّية صحّ و لا يصحّ طلاقها عندنا قبل الرجوع في البذل و لا بعده ما لم يرجع في النكاح بعد رجوعها في البذل، لما عرفت أنّ الخلع طلاق، و عندنا لا يقع طلقان ليس بينهما رجوع.

[المقصد الثاني في أركانه و فيه مطالب سبعة]

إشارة

المقصد الثاني في أركانه و فيه مطالب سبعة، و الأربعة الأخيرة من تتمّة الثالث، أو الثلاثة الأخيرة من تتمّة الثالث و الرابع، و لذا صارت من مطالب الأركان.

[المطلب الأول: في الخالع]

الأول: الخالع و يشترط فيه: البلوغ و العقل و الاختيار و القصد، فلا يقع من الصغير و إن كان مراهماً إلّا على الروايات المتقدمة في الطلاق بنفاذ طلاقه «٢» و قد عرفت ضعفها سنداً و دلالة.

و لا من المجنون المطبق و لو كان الجنون يعتوره أداراً صحّ حال إفاقته لانتفاء المانع و صدوره عن أهله.

و لو ادّعت وقوعه حال جنونه و ادّعى وقوعه حال الإفاقة أو بالعكس فالأقرب تقديم مدّعى الصحّة لأنها الأصل، و يحتمل الخلاف، لأصالة عدم الوقوع و بقاء النكاح و البراءة من العوض.

و لا من المكره إلّا مع قرينه الرضا كأن يكرهه على الخلع بمائه

(١) في ن بدل «لامتناع»: لانتفاء.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٢٤ ب ٣٢ من أبواب مقدماته و شرائطه ح ٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٩٣

فيخلعها بمائتين أو بفضّة فيخلعها بذهب إلى غير ذلك من نحو ما مرّ في الطلاق و غيره.

و لو ادّعى الإكراه لم يقبل إلّا مع البيّنة لمخالفته الأصل، و يستردّ منه المال و تكفى القرينة فإنّه عبارة عن أنّه لم ينو بالصيغة معناها، و إنّما أوقعها خوفاً، و هو من الأمور الباطنة التي لا يطّلع عليها إلّا من قبله، مع التأييد بأصالة بقاء النكاح، و لذلك فالظاهر

قبول قوله مع يمينه و إن لم تكن قرينه، ما لم تكن القرينة على خلافه، و كذا لو ادّعت إكراهها.

و لو ادّعت إكراهه لم يقبل و إن أقامت بينة، إلّا أن تشهد بإقراره، لأنها إنّما يطّلع على قرائن الإكراه، و ربّما تحققت و أوقع الصيغة قاصداً بها معناها مختاراً لها «١».

و لا يقع مع السكر الراجع للقصد، و لو لم يرفع قصده صحّ و يقبل قوله فى القصد و عدمه مع اليمين لأنّه لا يعرف إلّا من قبله.
و كذا لا يقع مع الغضب الراجع للقصد و يرجع إليه فى ذلك و لا مع الغفلة و السهو.
و لو خالغ ولىّ الطفل بمهر المثل صحّ إن قلنا هو فسخ لأنّ له التصرف فى أموره بالعقود، و فسخ ما يفسخ منها و إلّا بل كان طلاقاً فلا لأنّه لا يملك الطلاق عن المولى عنه.
و لو خالغ بدونه لم يصحّ إلّا مع المصلحة و فيه إشارة إلى الفرق بين الإيقاعين، فإنّه بدون مهر المثل لا شبهة فى أنّه لا يصحّ إلّا مع المصلحة، و به مختلف فيه، فقد اختلف فى أنّه لا بدّ فى تصرفات الوليّ من اعتبار المصلحة أو يكفى انتفاء المفسدة.
و أبطل فى الخلاف خلع الوليّ، و ادعى الإجماع عليه «٢». و وافقه ابن سعيد «٣».
و لو خالغ السفية بعوض المثل وافق مهر المثل أو خالفه، و يحتمل

(١) فى ط وى بدل «لها»: له.

(٢) الخلاف: ج ٤ ص ٤٢٢ مسألة ٢٩.

(٣) الجامع للشرائع: ص ٤٧٥.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٩٤

إرادة مهر المثل كما فى التذكرة «١» و غيرها صحّ لأنّه اكتساب، و إنّما اشترط عوض المثل بناءً على كونه معاوضة. و يحتمل الصحة بما دونه كما يعطيه كلام التحرير «٢» لأنّه بعد التسليم إنّما يأخذ عوض البضع، فإنّما أتلّف على نفسه بضعاً، و هو ليس من المال ليحجر عليه فى استبداله، و أخذه العوض ليس إلّا اكتساباً للمال، و لا تقدير لذلك مع أنّ الصحيح كونه طلاقاً، و إذا نفذ طلاقه مجاناً فمع العوض أيّاً ما كان أولى، و تردّد فى التذكرة «٣».

و لا يقبضه أى العوض بل إنّما يقبضه وليّه فإن سلّمته إليه لم تبرأ، فإن كان باقياً أخذه منه وليّه و برئت فإن كان معيناً تعيّن أخذه منه، و إلّا تخيّر بين الأخذ منه و منها، فتستردّ منه.

و إن أتلّفه كان للوليّ مطالبته و إن علم بالقبض قبل الإلتلاف فتوانى فى أخذه منه إلى أن أتلّفه، و إنّما يطالبها به أى بعوض المثل الذى وقع عليه الخلع، لأنّه الذى استحقّه المولى عليه لا بمهر المثل إن خالفه فى المقدار، كما قال به بعض العامة «٤» لأنّه غيره، و صحة المطالبة، لأنّه لم يتحقّق التسليم شرعاً، كانت عالمة بالسفه أو لا، علمت الحكم الشرعى أو لا.

و ليس لها الرجوع على السفية بعد فكّ الحجر عنه لأنّها سلّطته على إتلافه بتسليمه إليه كانت عالمة بحاله أم لا، إذ من حقّها البحث.

و الأقرب أنّ لها المطالبة مع الجهل بالسفه أو حكمه، لأنّها لم تسلّطه عليه مجاناً، و نفى فى التذكرة البأس عن التضمين مطلقاً بعد فكّ الحجر عنه «٥».

و لو أذن لها الوليّ فى الدفع إليه، فالأقرب براءة ذمّتها لأنّه دفع مأذون فيه ممّن له الولاية، فكان مجزئاً، و هو متّجه إذا كان بمراعاته له، فإنّه بمنزلة التسليم إليه، و أمّا مع الغيبة و انتفاء المراعاة فلا، لاحتمال تفريط الوليّ بذلك، و عدم نفوذ هذا الإذن منه.

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٧٩ س ٣١.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٨ س ١٩.

(٣) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٧٩ س ٢٩.

(٤) الحاوي الكبير: ج ١٠ ص ٨٥.

(٥) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٧٩ س ٢٠.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٩٥

و في الصبى لو أذن لها الولي في التسليم إليه إشكال مّا مرّ في السفية. و من أنه ليس أهلاً للتسليم بخلاف السفية، و يتّجه التفصيل المتقدّم.

و كذا الإشكال في المجنون من ذلك، و أقربيه فيهما عدم البراءة.

و هل لها إن سلّمت إليهما بإذن الولي الرجوع على الولي مع التلف و جهلها الحكم؟ أقربيه ذلك، لأنّه سبب التلف، و السبب هنا راجح على المباشر. و يحتمل عدم ضعيفاً؛ لتفريطها بالجهل.

و هل للعبد الخلع بغير إذن مولاه؟ أقربيه ذلك إن جعلناه طلاقاً فإنّ الطلاق بيده، و إذا نفذ مجاناً فبالعوض أولى، مع احتمال الفساد لكونه معاوضة.

أو جعلناه فسخاً على إشكال من كونه فسخاً بعوض فهو معاوضة. و من أنه ليس معاوضة محضة، و إلّا كان العوضان مالين. و قطع في التحرير بالصحة من غير فرق «١».

و العوض لمولاه و عوض المكاتب له لانتفاء سلطنة المولى عنه، فلا تبرأ بدفع العوض إليه إن لم يكن مكاتباً إلّا بإذن المولى و لو دفعت العوض إلى العبد من غير إذن المولى فأتلفه رجع عليها المولى و رجعت عليه بعد عتقه، بخلاف المحجور عليه لغير الرقّ لأنّه حجر عليه لحفظ ماله، فلو جعلناه عليه رجوعاً بعد الحجر لم يفد الحجر شيئاً بخلاف العبد، فإنّه إنّما حجر عليه لاشتغاله بحقّ المولى، و لأنّه حجر عليه لحقّ نفسه، و هو يناسب انتفاء الضمان عنه مطلقاً، و الحجر على العبد لحقّ المولى، و هو يناسب ضمانه إذا خلى عن حقّه.

و يصحّ الخلع من المريض لأنّه إمّا طلاق و إذا جاز مجاناً فبالعوض أولى أو معاوضة كالبيع و إن كان بدون مهر المثل لأنّه إذا جاز الطلاق

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٠ س ٦.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٩٦

مجاناً فبالعوض [و إن قلّ] «١» أجوز، و لو كان معاوضة فغايتها أن يكون محاباةً يعتبر من الثلث. و عن الحسن بن محمّد بن القاسم الهاشمي أنّه سمع الصادق (عليه السلام) يقول: لا ترث المختلعة و المبارئة و المستأمرة في طلاقها من الزوج شيئاً إذا كان منهنّ في مرض الزوج و إن مات في مرضه، لأنّ العصمة قد انقطعت منهنّ و منه «٢».

و يصحّ خلع المحجور عليه للفلس لأنّه من أهله، و الحجر عليه إنّما هو لحقّ الغرماء، فلا يحجر إلّا فيما يضرّهم. و يصحّ خلع المُشرك ذميّاً و حربيّاً لعموم الأدلّة.

فإن تعاقدا الخلع بعوض صحيح، ثمّ ترافعا إلينا قبل الإسلام أو بعده منهما أو من أحدهما قبل القبض أو بعده كلّاً أو بعضاً أمضاه الحاكم. و إن كان العوض فاسداً كالخمر و الخنزير، ثمّ ترافعا بعد التقابض، فلا اعتراض قبل الإسلام أو بعده، إلّا إذا تقابضا بعد الإسلام فسيأتى.

و إن كان الترافع قبله أى التقابض لم يأمره بقبضه «٣» و أوجب عليها القيمة عند المستحلين كما في المبسوط «٤». و للعامّة قول

بإيجاب مهر المثل «٥».

و إن تقابضا البعض أوجب عليها بقدر الباقي من القيمة، و لو أسلما ثم تقابضا ثم ترافعا أبطل القبض و أوجب القيمة و لا شيء عليهما إلّا إذا كانا علما بالحرمة فيعزّرها كما في المبسوط «٦».

[المطلب الثاني: في المختلعة]

المطلب الثاني: المختلعة و يشترط فيها ما تقدّم في الخالع و لولّى الصغيرة اختلاعا مع

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في ن.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٤٩٦ ب ٥ من كتاب الخلع و المبرأة ح ٤.

(٣) في قواعد الأحكام بدل «بقبضه»: بإقباضه.

(٤) المبسوط: ج ٤ ص ٣٧١.

(٥) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٢٠٣. كفاية الأخيار: ج ٢ ص ٥٠.

(٦) المبسوط: ج ٤ ص ٣٧١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٩٧

المصلحة و أن تكون طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع إن كانت مدخولاً بها غير يائسة و لا صغيرة و لا حامل و كان الزوج حاضراً معها قلنا بأنه طلاق أو فسخ بالاتفاق كما في الخلاف «١».

و ينصّ عليه الأخبار كقول الصادق (عليه السّلام) في خبر حمران: لا يكون خلع و لا تخيير و لا مبارأة إلّا على طهر من المرأة من غير جماع و شاهدين يعرفان الرجل و يريان المرأة و يحضران التخيير و إقرار المرأة أنّها على طهر من غير جماع يوم خيّرهما «٢».

و قول الباقر (عليه السّلام) في صحيح محمّد بن مسلم: لا طلاق و لا خلع و لا مبارأة و لا خيار إلّا على طهر من غير جماع «٣».

و في المراسم: و شروط الخلع و المبرأة شروط الطلاق، إلّا أنّهما يقعان بكلّ زوجة «٤». و هو يعطى وقوعهما في الحيض و طهر المواقعة.

و قال ابن إدريس: يريد أنّه بائن لا رجعة مع واحد منهما، سواء كان مصاحباً للطلق الأولى أو الثانية، قال: لأنّه لمّا عدّد البوائن ذكر ذلك، فالمعنى أنّهما بينان كلّ زوجة، و حكى عن الراوندى: أنّه أراد المتمتع بها. و قال: و هذا خطأ محض، لأنّ المبرأة لا بدّ فيها من طلاق، و المتمتع بها لا يقع بها طلاق «٥».

و أن تكون الكراهية منها لا منه وحده، فلا يجوز أخذ العوض، و لا منهما، فيكون مبارأة. و يصحّ خلع الحامل و إن رأت الحيض كالطلاق. قال زرارة: لا يكون إلّا على مثل موضع الطلاق إمّا طاهراً و إمّا حاملاً «٦».

و قد سبق ما نصّ على أنّ خمساً يُطلقن على كلّ حال، منهنّ: الحامل «٧». و عن بعض الأصحاب أنّها إن حاضت لم يجز خلعها و إن جاز طلاقها، و لعلّه مبنيّ

(١) الخلاف: ج ٤ ص ٤٢٢، مسألة ٢.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٣٠٤ ب ٢٣ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩٧ ب ٦ من كتاب الخلع و المبرأة ح ٣.

(٤) المراسم: ص ١٦٢.

(٥) السرائر: ج ٢ ص ٧٣١.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩٨ ب ٦ من كتاب الخلع و المبرأة ح ٦.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠٩ ب ٢٧ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٣.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٩٨

على كونه فسحاً، مع عموم ما سمعته من الخيرين.

و كذا يصحّ خلع غير المدخول بها معه أى الحيض اتفاقاً لكونها من الخمس و كذا اليائسة و إن وطئها فى طهر المخالعة لذلك و كذا لو وطئ الصغيرة جاز له خلعها إذا بذل الولي لذلك، و لكن فى جواز خلع الصغيرة مطلقاً خلاف، ففى النهاية الجواز «١». و فى المبسوط «٢» و الجامع «٣» المنع منه، و هو أجود، لانتفاء الكراهة منها. و فى التحرير: لأنه لا حظ لها فى إسقاط مالها «٤». و ضعفه ظاهر.

و للولي الخلع عن المجنونة و الكلام فيها كالكلام فى الصغيرة و على الجواز فإنما يبذل الولي مهر مثلها فما دون إلا مع المصلحة فيما زاد، كما مرّ فى ولي الزوج.

و لو خالعت المريضة ب دون مهر المثل أو به صحّ و خرج العوض من الأصل زاد على الثلث أم لا، لأنه معاوضة لا محاباة فيها، فلا يقصر عن نكاح المريض بمهر المثل.

و لو زاد عليه فالزيادة من الثلث وفقاً للمبسوط «٥» للمحاباة.

فلو خالعت على مائة مستوعبة لمالها و مهر مثلها أربعون صحّ له ستون أربعون من الأصل و عشرون ثلث الباقي، و هو ستون إن لم يكن له دين أو وصية. و خلافاً للخلاف «٦» و الجواهر «٧» و أحكام القرآن للراوندى «٨» قالوا: لعموم الآية «٩» من غير مخصص.

و لو خالعت الأمة فبذلت بإذن مولاه صحّ، فإن أذن فى قدرٍ معيّنٍ فبذلته تعلق بما فى يدها إن كانت مأذوناً لها فى التجارة، و إن لم تكن

(١) النهاية: ج ٢ ص ٤٧١.

(٢) المبسوط: ج ٤ ص ٣٧٢.

(٣) الجامع للشرائع: ص ٤٧٥.

(٤) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٩ السطر الأخير.

(٥) المبسوط: ج ٤ ص ٣٧٠.

(٦) الخلاف: ج ٤ ص ٤٤١ مسألة ٢٨.

(٧) جواهر الفقه: ص ١٧٩ مسألة ٦٣٥.

(٨) فقه القرآن للراوندى: ج ٢ ص ٢٠٧.

(٩) البقرة: ٢٢٩.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ١٩٩

مأذوناً لها في التجارة تعلق بكسبها إن كانت مكتسبه كما أنّ العبد المأذون في النكاح يبذل المهر ممّا في يده أو من كسبه. و لو لم تكن ذات كسب تعلق بذمتها، تتبع به إذا أعتقت و أيسرت كما في المبسوط «١».

و لو قيل: يتعلق بالسيد مع الإذن مطلقاً كما قلنا في مهر المأذون في النكاح كان حسناً لأنّ الإذن فيه إذن في لوازمه، و لا فرق بين ما في كسبه أو ما في يده و سائر أموال السيد، و إن قلنا بتملك المملوك فلا إشكال في التعلق بذمتها و أدائها من مالها فعلاً أو قوّة من غير ترّبص لعتق.

و لو بذلت عيناً بإذنه استحقّها، و كذا لو بذلتها فأجاز، و لو أطلق الإذن انصرف إلى مهر المثل فما دون و محله ما تقدّم من الكسب أو ما في يدها أو ذمتها أو ذمّة السيد.

و لو لم يأذن صحّ الخلع و تعلق العوض بذمتها دون كسبها تتبع به بعد العتق و يتّجه حينئذٍ اختيار الزوج إن لم يعلم بالحال. و للعامّة قول بالبطلان «٢».

و كذا لو أذن و أطلق فزادت على مهر المثل. أو عيّن قدرأ فزادت عليه كانت الزيادة في ذمتها تتبع به خلافاً لبعض العامّة «٣» فأفسد الزائد.

و لو خالعت على عينٍ من مال سيدها وقع الخلع بعوضٍ فاسدٍ إن لم يجز المولى، و عليها مثلها أو قيمتها تتبع به بعد العتق و له الخيار إن لم يعلم بالحال، و يحتمل البطلان، لأنّه خالعتها على عينٍ مستحقّة لم يسلم له، و المثل و القيمة غيرها. و المكاتبه إن خلعت نفسها فكالقرن إن كانت مشروطه يتعلّق ما

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٦.

(٢) المدوّنة الكبرى: ج ٢ ص ٣٥١ و الحاوي الكبير: ج ١٠ ص ٨٢.

(٣) الحاوي الكبير: ج ١٠ ص ٨٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٠٠

بذلته مع الإذن بما في يدها مع الإذن في التجارة أو كسبها إن كانت مكتسبه و بذمتها مع عدمه و كذا مع عدم الإذن في الخلع. و إن كان مطلقه فلا اعتراض عليها للمولى وفاقاً للمبسوط «١» و غيره، لأنّ كسبه «٢» بينه و بين المولى، و لكن سيأتى أنّه ليس له التصرف في كسبه بما ينافي الاكتساب إلّا بإذنه، فلا يتّجه الفرق بينه و بين المشروطه. و بذل السفية فاسد لا يوجب شيئاً إلّا بإذن الولي كما صرح به في التحرير «٣» كسائر تصرفاته، و لا بدّ من رعاية المصلحة و كذا الصبيّة و إن أذن الولي لأنّها ليست من أهل العبارة.

[المطلب الثالث في الصيغة]

المطلب الثالث في الصيغة و هو أن يقول خالعتك أو خالعتك على كذا أو فلانة أو أنتٍ مختلعة على كذا لصراحة الجميع من غير ما يفيد الحصر، و مختلعة بمنزلة طالق لا مطلقه.

و لا يقع عندنا ب «فاديتك» مجرداً عن لفظ الطلاق، و لا «فاسختك» و لا «أبتك» و لا «بتك» و لا بالتقاييل لأنّ الكلّ كنايةات، و لا يقع عندنا بالكنايةات. و ادعى بعض العامّة كون الأوّلين صريحين «٤» فالأوّل للفظ الآية «٥» و الثاني أصرح من لفظ الخلع، بناءً على كونه فسحاً.

و يقع بلفظ الطلاق بلا خلاف كما في المبسوط «٦» لأنه طلاق، و الآية إنما تضمنت أخذ الفدية في الطلاق و يكون بائناً مع ذكر الفدية و إن تجرد عن لفظ الخلع نعم على القول بأن الخلع المجرد عن الطلاق فسخ، لا يكون هذا فسخاً و لكنه خلع، إذ لا قائل بوجوب تجريد الخلع عن الطلاق، أو بكونه فسخاً مطلقاً، و إنما الخلاف فيما إذا تجرد عن الطلاق، فليس هذا نوعاً من الطلاق مغايراً

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٧.

(٢) كذا، و المناسب تأنيث الضمائر.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٨ س ١٥.

(٤) الحاوي الكبير: ج ١٠ ص ٩.

(٥) البقرة: ٢٢٩.

(٦) المبسوط: ج ٤ ص ٣٤٤.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٠١

للخلع، لا- يشترط فيه الكراهة كما قيل «١» فإنّ النصوص من الكتاب «٢» و السنّة «٣» صريحة في النهي عن أخذ الفدية، إلّا أن يخاف ألاً يقيما حدود الله.

و إذا قال: خالعتك أو خلعتك على كذا فلا بدّ من القبول إن لم يسبق منها السؤال فإنه اقتداء، و بمنزلة المعاوضة لا يتم إلّا برضا الطرفين فإن سبق السؤال منها و جب أن يقع الإيجاب عقبه بلا فصل فيكون السؤال بمنزلة القبول، و كأنه لا خلاف في الاكتفاء بذلك، و يدلّ عليه الأصل و ظواهر الأخبار «٤» و كونه طلاقاً.

و أمّا الاتصال، فلنّما يتطرق احتمال رجوعها عمّا رضيت به من العوض، و لا ينحصر لفظ السؤال في شيء. و لعلّ السرّ في انحصار اللفظ من طرفه دونها، لزومه من طرفه دونها.

و لا- يجب التطابق بين لفظ السؤال و الإيجاب، إذا لم يكن الخلع المجرد فسخاً، فلو قالت: «طلّقتني بألف فقال: خلعتك بها» أو بالعكس صحّ.

و لا بدّ من سماع شاهدين عدلين لفظه معاً كالطلاق لأنّه طلاق، و للأخبار «٥».

و لو افتراق لم يقع كالطلاق و يشترط تجريده من شرط لا يقتضيه الخلع لأنّه يدفع الإيقاع. و لو شرط ما يقتضيه الخلع صحّ لأنّه في الحقيقة ليس شرطاً، و إنّما هو تصريح بالمتضمّن مثل: إن رجعت رجعت بل ظاهر المقنع «٦» و المقنعة «٧» و المراسم «٨» لزوم التعرّض له، و قد نصّت الأخبار «٩» عليه في المبارأة.

(١) نهاية المرام: ج ٢ ص ١٢٨.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

(٣) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المبارأة.

(٤) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المبارأة.

(٥) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٤٦٩ ب ٦ من كتاب الخلع و المبارأة.

(٦) المقنع: ص ٣٤٨.

(٧) المقتضى: ص ٥٢٨ ٥٢٩.

(٨) المراسم: ص ١٦٢.

(٩) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٥٠٠ ب ٨ من كتاب الخلع و المبرأة.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٠٢

أو شرطت هي الرجوع في الفدية متى شاءت.

أما لو قال: «خلعتك إن شئت» لم يصحّ وإن شاءت، أو إن ضمنّت لى ألفاً، أو إن أعطيتنى ألفاً و ما شاكله لانتفاء الإيقاع و كذا متى، أو مهما، أو أى وقت، أو أى حين و نحو ذلك، لإفادتها التعليق المنافى للإيقاع.

و لو قال: خلعتك على ألفٍ على أنّ لى الرجعة متى شئت لم يصحّ إلما أن يضمّ إليه قوله: «إن رجعت» فإنّه شرط مخالف لمقتضى الخلع.

و كذا لو طلق بشرط الرجعة إذا طلق بعوضٍ فإنّه إذا قيد به كان خلعاً فينافية شرط الرجعة، بخلاف ما إذا تجرّد عن العوض فإنّه لا ينافية.

و لو قال: خلعتك بألف مثلاً و لم يعقبه بالطلاق و نوى بالخلع الطلاق ففى وقوعه خلعاً أو طلاقاً إشكالاً أما الخلع فمن أنّه لا خلاف فى وقوعه مع التعقيب بالطلاق، و لا معنى له إلما الطلاق بالعوض و قد أراده. و من أنّ الخلع ليس من ألفاظ الطلاق عندنا، فلا يقع به الطلاق و إن أراده كسائر الكنايات و لم يرد به معناه ليقع الخلع، فلا هو طلاق، و لا هو خلع مجرّد، و لا مقرون بالطلاق. و أيضاً من أنّ الخلع إذا تجرّد هل هو طلاق أو فسخ؟ فإن كان طلاقاً وقع، و إن كان فسخاً كان فى وقوعه إشكالاً: من مغايرة الفسخ للطلاق. و من أنّ الطلاق فسخ و شىء آخر.

و أما الطلاق فمن الخلاف فى أنّ الخلع المجرّد فسخ أو طلاق، فإن كان طلاقاً كان من صرايح الطلاق، و إلما كان من كناياته. و لو نوى ب «فسخت» إذا فسخ لعيب الطلاق لم يقع لكونه من الكنايات و هل يلزم النكاح؟ الأقرب ذلك لأنّ الفسخ فورى و لم يوقعه، بل نية الطلاق الترام بالنكاح، فهو كما لو طلقها صريحاً لكن هنا تطلق لا هناك.

و يحتمل عدم اللزوم، لأنّ الطلاق إنّما يكون التراماً بالنكاح إذا صحّ، و هنا لم يصحّ. و ضعفه ظاهر. و لما عرفت من أنّه فسخ و شىء آخر. و يندفع بأنّه فسخ تابع للنكاح، و هو لا يفيد.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٠٣

و لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها مجرّداً عن لفظ الطلاق لم يقع على القول بأنّه طلاق و لا على الآخر أما على الآخر فظاهر، لأنّها طلبت الطلاق. و أما على الأوّل فلأنّ ظاهرها طلب صريح الطلاق، و المتفق على كونه طلاقاً، و هو ليس صريحاً، و لو سلّم ففيه خلاف، فما أوقعه ليس طلاقاً، و هى لم تطلب الخلع فلم يقع شىء منهما.

و فى المبسوط: و على ما يذهب إليه بعض أصحابنا من أنّ بلفظ الخلع تقع الفرقة ينبغى أن يقول: يقع «١». و هو أقوى، إلما أن تصرّح بطلب المتفق على كونه طلاقاً، لما عرفت من أنّه حينئذٍ من صرايح الطلاق.

و لو طلبت منه خلعاً بعوضٍ معيّنٍ فطلق به وقع الطلاق لصدوره عن أهله بلفظه الصريح. و ربّما احتتمل ضعيفاً بطلانه، لأنّه علق الطلاق بالعوض و كان رجعيّاً لا خلعيّاً.

و لم يلزم البذل إن قلنا: إنّ أى الخلع فسخ فإنّه أوقع غير ما طلبته، فلا ينزّل طلبها منزلة القبول و كان خلعيّاً.

و يلزم البذل على أنّه طلاق أو مفتقر إليه فإنّها على التقديرين إنّما طلبت الطلاق بعوض.

و لو ابتداءً فقال: أنت طالق بألفٍ أو و عليك ألف صحّ الطلاق لصدور صريح لفظه عن أهله فى محلّه، و كان رجعيّاً، و لم يلزمها

الألف إذا لم يتعقبه القبول، لما عرفت: من أنه لا بد في الخلع من القبول أو ابتداء السؤال.
و لو تبرّعت بعد ذلك بضمائها لا على وجه يكون قبولاً لذلك الإيجاب لأنه ضمان ما لم يجب، و لو دفعته فهي هبة، و لا يصير
الطلاق على التقديرين بائناً و يزيد قوله «أنت طالق و عليك ألف» أنه إن لم تعقبه لقبول لم يلزم العوض، كما في المبسوط، لأنه
أوقع الطلاق مجزداً. أو استأنف بقوله: «و عليك ألف» كما إذا قال «أنت طالق و عليك حجج». قال: و إن تصادقا على أن

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٤٨.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٠٤
كلامه كان جواباً لاستدعائها مثل أن يتفقاً أن هذا جواب لقولها: «طلّقتني طلقاً بألف فقال: أنت طالق و عليك ألف» لزمها
الألف، لا بقوله: «و عليك ألف» بدليل أنه لو أجابها فقال: «أنت طالق» و سكت لزمها الألف «١».
و لو قالت: طلقني أو خالعتني بألفٍ مثلاً فالجواب على الفور لما عرفت: من أن سؤالها بمنزلة القبول، و أن الخلع من المعاوضات،
و لا بد في جميعها من تقارن الإيجاب و القبول.
فإن أخر و أتى بلفظ الطلاق و لم يتعقبه قبول فالطلاق واقع، و لكن رجعي إن جازت الرجعة، إلما على ما عرفته من احتمال
البطلان، إذ لم يقصد إلّا الطلاق بعوض و لا عوض عليها.
و يصح الإيقاع منه و من وكيله حاضراً أو غائباً، إلّا على القول بأنه طلاق مع القول بأنه لا يجوز التوكيل في الطلاق مع الحضور،
و كما يجوز التوكيل منه يجوز منها.
و يستحب للموكل أيّاً من كان تقدير البذل، و يجوز بدونه، فينصرف إلى مهر المثل.
و هل يتولّى البذل و الإيقاع جميعاً و كيل واحد عنهما؟ الأقرب الجواز للأصل، و كفاية التغير اعتباراً، كما هو المختار في سائر
العقود.
و يحتمل الجواز هنا و إن منعناه في سائر العقود، بناءً على أن البذل جعله و الخلع إيقاع.

[المطلب الرابع في الفدية]

المطلب الرابع في الفدية و هي العوض عن نكاح قائم لم يعرض له الزوال لزوماً و لا جوازاً لكونه افتداءً، و الافتداء إنّما يصح إذا
كانت في قيد النكاح.
و لما تضمّن من الأخبار «٢» أنه لا يقع إلّا على مثل محلّ الطلاق. فلا يقع

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٥٨.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٤٩٠ ب ٣ من كتاب الخلع و المبرأة.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٠٥

الخلع بالباينة و لا- بالرجعية و لا- بالمرتدة عن الإسلام و إن عادت في العدة خلافاً للعامة، فلمهم قول بالوقوع بالرجعية لكونها
كالزوجة، و بالمرتدة موقوفاً «١».

و يشترط في الفدية العلم بها من الطرفين و التمولّ كما في سائر المعاوضات، و للعامة قول بجواز الجهل «٢» فينصرف إلى مهر

المثل.

و كل ما يصح أن يكون مهراً صح أن يكون فديةً عيناً و ديناً و لا تقدير فيه للأصل و العمومات بل يجوز أن يكون زائداً عمّا وصل إليها من مهرٍ و غيره للعمومات و خصوصات أخبار «٣».

و لو بذلت ما لا يصح تملكه مطلقاً كالحز أو لا يصح للمسلم خاصية كالخمر، فسد الخلع عندنا، و للعامية قول بالصحة و الانصراف إلى مهر المثل «٤».

فإن أتبع بالطلاق كان رجعيّاً. و لو خلعتها على عينٍ مستحقّةٍ إمّا مغصوبةً أو لا، فإن علم بالحال فسد الخلع من أصله إن لم يتبعه بالطلاق و لا يبعد القول بالوقف إلى الإجازة و إن أتبعه به فسد خلعاً، و كان رجعيّاً، و إن لم يعلم استحقاتها قيل في المبسوط بطل الخلع «٥». و يحتمل الصحة و يكون له المثل إن كان مثلياً و «٦» القيمة إن لم يكن مثلياً كما في المسألة الآتية، إذ لا يعقل الفرق بينهما، و الأصل في العقود الصحة مع أنه ليس معاوضةً محضةً.

و لو خلعتها على خلّ في ظنهما فبان خماً صح، و كان له بقدره خلّ كما [مر] «٧» في المهر. و للعامية قول بالرجوع إلى مهر المثل «٨».

(١) لم نعر عليه.

(٢) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ١٨٧.

(٣) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٤٩٣ ب ٤ من كتاب الخلع و المباراة.

(٤) المجموع: ج ١٧ ص ٢٥ و ٢٨.

(٥) المبسوط: ج ٤ ص ٣٥٧.

(٦) في قواعد الأحكام: أو.

(٧) لم يرد في ن، ق.

(٨) المجموع: ج ١٧ ص ٢٨.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٠٦

و لو خالعتها على غير معيّن القدر أو الجنس أو الوصف أو حمل الدائية أو الجارية أو ما في بطنهما بطل عندنا، إلا أن يعيناه بالقصد فسيأتي.

و كذا لو قال: «خالعتك» «١» و لم يذكر شيئاً، و لا ينصرف إلى مهر المثل عندنا في شيء من ذلك، خلافاً للعامية «٢». و منهم من قال في الحمل: إن خرج سليماً كان هو العوض و إلا فمهر المثل، و كذا ما في بطنها «٣». و منهم من قال فيما في بطنها: إن لم يظهر حمل لم يستحق شيئاً «٤» و لو كان العوض غائباً فلا بدّ من ذكر جنسه، و قدره، و وصفه بما يرفع الجهالة، و تكفى المشاهدة في الحاضر عن معرفة القدر كالمهر، لاندفاع معظم الغرر بها.

فلو كان حاضراً و رجعت في البذل ثم اختلفا في القدر فالقول قوله مع اليمين للأصل.

و في الجامع قيل: يتحالفان، و يجب مهر المثل، و قيل: تحلف الزوجة «٥».

و إطلاق النقد و الوزن ينصرف إلى غالب البلد و إن تعدّد بطل و لو عيّن انصرف إليه غالباً و غيره.

و يصحّ البذل منها، و من و كيلها، أو وليها عنها، و ممن يضمنه بإذنها فإنه بمنزلة إقراضها، و الدفع و كاله عنها.

و هل يصحّ البذل من المتبرّع؟ الأقرب المنع وفاقاً للشيخ «٦» و غيره، لخروجه عن معنى الخلع، فإنما أضيف الافتداء في الآية «٧»

و الأخبار « ٨ » إليها.

و يحتمل الصّحة بناءً على أنّ البذل ليس إلّا افتداءً أو جعالةً، و ما يوقعه الزوج

(١) فى قواعد الأحكام: خلعتك.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٢٥.

(٣) الحاوى الكبير: ج ١٠ ص ٦٢ و المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ١٩٠.

(٤) الحاوى الكبير: ج ١٠ ص ٦٢ و المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ١٩٠.

(٥) الجامع للشرائع: ص ٤٧٧.

(٦) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٥.

(٧) البقرة: ٢٢٩.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المبرأة.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٠٧

ليس إلّا إيقاعاً، و يجوز الافتداء من غير المفتدى و الجعالة، كما يجوز الترام مال ليعتق عبده أو يطلق زوجته.

و يضعف بأنّ الكلام فى صحته على وجه يكون عوض الخلع و وقوعه خلعاً، و يجوز عود الضمير إلى الضمان، أى هل يصحّ الضمان من المتبرّع؟ الأقرب العدم، لأنّه ضمان ما لم يجب، فلا يصحّ إلّا فيما دلّ عليه الدليل، كضمان من يقول: «ألق متاعك فى البحر و علىّ ضمانه» و لأنّه لا بدّ فى الخلع من إيجاب و قبول، و القبول إنّما يكون من المرأة، فلا يصحّ من الأجنبيّ. و يحتمل الصّحة لكونه فى معنى الافتداء، و هو يصحّ من الأجنبيّ. و ضعفه ظاهر، إلّا أن يكون وكيلاً لها فى الخلع، كما فى المبسوط «١».

أمّا لو قال: طلقها على ألفٍ من مالها بأن يخلعها عليها و تقبل هى و علىّ ضمانها، أو طلقها علىّ عبدها هذا كذلك.

و علىّ ضمانه، صحّ لوقوعه جامعاً للإيجاب و القبول من أهله، فإن رضيت بدفع البذل فلا كلام فإن لم ترضَ بدفع البذل صحّ الخلع أى لم يقدح ذلك فى صحته لوقوعه صحيحاً، و غاية عدم رضاها به أن يكون رجوعاً عن البذل.

و ضمّن المتبرّع بدل الألف، أو قيمة العبد كما فى المبسوط «٢» على إشكال من أنّه ضمان ما لم يجب. و من أنّه إذا مسّيت الحاجة إلى مثله صحّ، كقوله: «ألق متاعك فى البحر و علىّ ضمانه».

و يصحّ جعل الإرضاع فديةً للأصل و العموم بشرط تعيين المدّة و المرتضع، و كذا يصحّ جعل النفقة على نفسه أو غيره من ولد و غيره فديةً بشرط تعيين المدّة و قدرها من المأكول و الملبوس و وصفها بحيث ينضبط، كما ينضبط المبيع فى السلم فإن عاش الولد الذى جعل إرضاعه

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٥.

(٢) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٠ ٣٦١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٠٨

أو الإنفاق عليه عوضاً فى تمام المدّة استوفاه الولد بنفسه بأن تُنفق هى عليه. أو الأب بأن يأخذ منها و ينفق عليه.

فإن كان زهيداً فى تمام ما شرط عليها من النفقة، فيكفيه بعضها فالزيادة للزوج، و إن كان رغبياً فطلب الزيادة فالزيادة عليه إن

كان الولد فقيراً. ولا يتفاوت الحال في الرضاع.

و لو مات الولد في الأثناء استوفى الأب قدر نصيبه من الباقي فإنّ العوض له، و الولد إنّما هو محلّ البذل. و للعامة قول بانفساخ العقد «١» لتعدّر الوصول إلى ما عيّن عوضاً، فهو كالخلع على عين خرجت مستحقّة، أو كعوض تلف قبل القبض.

و على المختار فإن كان العوض رضاعاً رجع عليها بأجره المثل للرضاع في بقيّة المدّة و إن كان نفقته رجع عليها بالمثل إن كان مثلياً أو القيمة إن لم يكن مثلياً، و لا يجب عليها دفعه أى العوض من الأجره أو النفقة معجلاً لأنّ موت الولد لا مدخل له في أجل الدين ليقبله حالاً بل إنّما يجب عليها إدراراً في المدّة كما في حياة الولد. و للعامة قول بالحلول «٢».

و لو خلعه على أن تكفل بولده عشر سنين مثلاً جاز إذا بيّنا مدّة الرضاع من ذلك حولاً أو حولين أو غيرهما إن كان فيه أى في الكفل رضاع، و لا يحتاج إلى تقدير اللبن مرّات بل يكفي تقدير مدّته، و يفترق إلى تعيين نفقة باقى المدّة قدرها و جنساً في الطعام و الأدم و الكسوة، فإذا انقضت مدّة الرضاع كان للأب أن يأخذ ما قدر «٣» من الطعام و الأدم كلّ يوم، و يقوم هو بما يحتاج إليه الصبيّ. و له أن يأذن لها في إنفاقه. و لو مات في مدّة الرضاع لم يكن له أن يأتي بغيره للرضاع بل يتعيّن الأجره،

(١) المجموع: ج ١٧ ص ٢٧.

(٢) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ١٩٣.

(٣) في النسخ: ممّا قرّر، و ما أثبتناه من المتن.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٠٩

لاختلاف الرضاع باختلاف الأطفال، و لذا كان المعتر في تعيينه تعيين «١» الطفل و المدّة، و للعامة قول بالإتيان بمثله «٢». و لو لم يحمل الصبيّ إليها للرضاع مع إمكانه حتّى انقضت المدّة، ففي استحقاقه العوض نظر من الشكّ في استناد التقصير إليه أو إليها.

و لو تلفت الفدية قبل القبض لزمها عندنا مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن مثلياً. و للعامة قول بالانصراف إلى مهر المثل «٣».

و لو كانت مطلقةً موصوفةً فوجدها دون الوصف، كان له الرّدّ و المطالبة بما وصف لعدم وصول حقه إليه. و لو كانت معينةً فبانت معينةً، فله الرّدّ و المطالبة بالمثل، أو القيمة إن لم يكن مثلياً، أو الإمساك بالأرش فإنّ الوصف كالجزء، فبقواته فات من العوض جزء، فيتخيّر بين أخذ عوض الجزء الفائت خاصّة، و بين الرّدّ و أخذ عوض الجميع، جبراً لتبعّض الصفقة، و ليس كالبيع «٤» في التخيير بين الإمساك بالأرش و الرّدّ مع الفسخ. فإنّ الطلاق إذا وقع لزم و لم يقبل الانفساخ. و للعامة قول بالانصراف إلى مهر المثل إذا رده «٥».

و لو شرط كون العبد حبشياً فبان زنجياً أو بان الثوب الأبيض بحسب الشرط أسمر فكذلك لفوات الوصف فيهما دون الذات. و لو شرط كونه إبريسماً فبان كثناناً فله قيمة الإبريسم، و ليس له إمساك الكثنان لمخالفة الجنس فهو فائت الذات. و لو خالعتين بفديّة واحدة صحّ للعلم بالعوض، و هو المجموع و كانت عليهما بالسوية وفاقاً للأكثر، لذكرها في مقابلهما. و خلافاً لابن سعيد «٦» فقسطها على حسب مهر المثل، و توقّف بينهما في المختلف «٧» و قسطها

(١) في ن: تعين.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٢٤ ٢٧.

(٣) المجموع: ج ١٧ ص ٢٤.

(٤) فى ق بدل «البيع»: المبيع.

(٥) المجموع: ج ١٧ ص ٢٥.

(٦) الجامع للشرائع: ص ٤٧٧.

(٧) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٠٣.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢١٠

القاضى «١» على حسب المسمى، و ربما يكون تجوز عن مهر المثل، و للعامة قول بلزوم مهر المثل على كل منهما «٢».

[المطلب الخامس فى سؤال الطلاق]

المطلب الخامس فى سؤال الطلاق لو قالت: «طلّقتى بألفٍ» فالجواب على الفور فإنّه بمنزلة القبول، و الجواب بمنزلة الإيجاب فإن تأخر فالطلاق رجعى إن أتى بلفظ الطلاق، أو كان الخلع طلاقاً و لا فدية عليها و لو قالت: «طلّقتى بها متى شئت» لم يصحّ البذل، و كان الطلاق رجعيّاً و إن أجاب على الفور، لأنّ القبول لا يقبل التعليق كالإيجاب.

و لو قالتا: «طلّقتنا بألفٍ» فطلّق واحدةً و لم يصرّح بالعرض كان له نصف الألف على المختار، و على حسب مهر مثلها على الآخر. و قد يستشكل فيه كما فى التحرير «٣»: لجواز أن لا تبذل إلّا مع طلاق الضرّة. و إن أجاب بطلاق واحدة بالألف لم يقع إلّا أن يتعقّبها منها القبول.

فإن عقّب بطلاق الأخرى كان رجعيّاً و لا فدية عليها لتأخر الجواب و كذا لو ابتداءً فقال: خالعتكما أو أنتما طالقتان بألفٍ، فقبلت إحداهما. و فرق بعضهم فلم يوقع بهذا شيئاً، لأنّ القبول لا يوافق الجواب، كما لو قال: بعثكما هذا العبد بألف فقبل أحدهما.

و لو قال فى جواب سؤالهما أنتما طالقتان و لم يقل بألف طلّقتا و استحقّ العوض أجمع عليهما.

و بالجملة لا يجب فى الجواب ذكر العوض المذكور فى السؤال، لانصرافه إليه، كما إذا قيل: بعثك كذا بكذا، فقال: اشتريت.

و لو قالت: طلّقتى ثلاثاً على أنّ لك على ألفاً فطلّقتها قيل فى

(١) المهذب: ج ٢ ص ٢٧٢.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٢٩.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٠ س ٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢١١

المبسوط «١» لا يصحّ، لأنّه طلاق بشرط كما فى قوله تعالى: «هَلْ أَتَيْتُكَ عَلَىٰ أَنْ تُعَلِّمَنِي مِمَّا عَلَّمْتَ رُشْدًا» «٢».

و الوجه أنّه طلاق فى مقابلة عوض، فلا يعدّ شرطاً فإنّ هذه الصيغة ليست من حقيقة الشرط فى شىء، و لذا وقع عوضاً للبضع فى قوله تعالى: «أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَابٍ» «٣» و جواز التجوز بها عنه لا يقدح فى الصحّة.

فإن قصدت الثلاث ولاءً لم يصحّ البذل، و لو طلّقها ثلاثاً مرسلأ أى ولاءً، كما يرشد إليه عبارة التحرير «٤» لأنّه بذل على فعل فاسد، فلا عبرة به شرعاً. و لأنّه لم يفعل ما سألته لأنّه لم تقع إلّا الطلقة الأولى، إلّا أن تكون سألته التلّفظ بالطلقات الثلاث ولاءً و

إن لم تقع إلّا واحدة منها.

وقيل في المبسوط له ثلث الألف لوقوع الواحدة «٥» و الألف لما بذلتها بإزاء الثلاث تقسّط عليها بالسويّة.

وفيه نظر لما سيأتي. وربما قيل: له الألف حملاً للبذل على ما يقع من الثلاث.

وفي الكنز والإيضاح: أنّ الإرسال أن يقول: «أنت طالق ثلاثاً» «٦» «٧» و حينئذٍ فالمناسب أن يريد بقوله: «ولاء» عدم تخلّل الرجعة، أعمّ من أن يكون مرّة أو مرّات، و تخصيص الإرسال، لأنّه عبارة صحيحة في الجملة على القول بوقوع واحدة. و لو قصدت ثلاثاً برجعيتين صحّ لأنّ البذل على أفعال صحيحة شرعاً فإن طلق ثلاثاً كذلك فله الألف وفاقاً للمحقّق على الجعالة «٨» لا على الخلع، و إلّا لزم تراخي الإيجاب عن السؤال، و جواز مراجعة الزوج في الخلع من غير رجوعها في البذل.

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٤٧.

(٢) الكهف: ٦٦.

(٣) القصص: ٢٧.

(٤) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٩ س ١٦.

(٥) المبسوط: ج ٤ ص ٣٥٢.

(٦) كنز الفوائد: ج ٢ ص ٦٢٨.

(٧) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٣٩٠.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢١٢

إلّا أن يقال: إنّ البذل إنّما هو على الثالثة، و قد يلتزم كونه خلعاً و يقال بأنّ المبادرة إلى الطلقة الأولى كافية. فإنّ هذا التراخي ممّا لا بدّ منه كالتراخي بين السؤال و آخر الجواب. و أمّا المراجعة فإمّا مستثناء، لتعلّق الغرض هنا بالبينونة و لا يتمّ إلّا بها، أو لأنّ البذل إنّما هو على الثالثة، أو على المجموع من حيث هو مجموع، فكلّ طلقة لا عوض عليها إلّا من حيث إنّها جزء ماله عوض، أو أنّها لما سألت ذلك فكانت و كفته في الرجوع في البذل.

و إن طلق واحدة قيل في المبسوط له الثلث «١» لما مرّ و فيه نظر لأنّ مقابلة الجميع بالجملة لا تقتضى مقابلة الأجزاء بالأجزاء خصوصاً و الطلقة ليست متقوّمة، و العمدة هنا الثالثة إن لم يختصّ بها البذل.

و لو قالت: طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً ولاءً، فإن قال: الألف في مقابلة الأولى أي قوله: أنت طالق في المرّة الأولى جواب استدعائها فله الألف، و وقعت بائنة و لغت الباقيتان. و إن قال: في مقابلة الثانية فالأولى رجعيّة لوقوعها بلا بذل و لا فدية له و الباقيتان باطلتان. و لو قال: في مقابلة الجميع وقعت الأولى خاصّة.

قيل في المبسوط و له ثلث الألف «٢» لفهم التوزيع من كلامه، و لما رضيت بالألف عوضاً، فقد رضيت بثلاثها. فتوافق الإيجاب و القبول.

و لو قيل: له الألف، كان وجهاً حيث أوقع ما طلبته [فإنّه إنّما أوقع طلقة] «٣» واحدة بالعوض لبطلان الآخرين، و كونه في مقابلة الجميع في قوّة الكون في مقابلة واحدة. و أيضاً لا دليل على التوزيع، خصوصاً و الأخيرتان فاسدتان.

وفيه وجه: بأنّه لا شيء له، لعدم توافق السؤال و الجواب.

و لو صرح بالتوزيع احتمل البطلان من رأسه، لأنّه إنّما نوى الطلاق بعوض و لم تقبله هي. و الصحّة و عدم استحقاقه شيئاً. و الصحّة و استحقاقه الثلث.

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٥٣.

(٢) المبسوط: ج ٤ ص ٣٥٣.

(٣) ما بين المعقوفتين لم يرد في ن، ق.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢١٣

و لو قالت: إن طَلَّقْتَنِي فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الصَّدَاقِ لَمْ يَصَحِّحِ الْإِبْرَاءُ، لَوْ قَوَّعَهُ مَشْرُوطاً وَ الشَّرْطُ يَنَافِي الْإِنْشَاءَ، وَ الْإِبْرَاءُ إِنْشَاءٌ وَ كَانَ الطَّلَاقُ إِنْ «١» أَوْ قَوَّعَهُ رَجْعِيًّا لَعَدِمَ بَدَلَ لَهُ.

و لو قالت: طَلَّقْتَنِي عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ، وَ لَمْ يَذْكَرِ الْأَلْفَ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لَمْ أَقْصِدِ الْجَوَابَ، لِيَقَعَ رَجْعِيًّا لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَعْرِفُ إِلَّا مِنْهُ، وَ لَا مَانِعَ لَهُ إِلَّا مِنْ إِرَادَتِهِ ذَلِكَ عَقْلاً أَوْ شَرْعاً، فَإِنْ أَتَهَمْتَهُ حَلْفَتَهُ.

و لو كانت معه على طَلْقِهِ، فَقَالَتْ: طَلَّقْتَنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً سِوَاكَ اِكْتَفَى بِقَوْلِهِ: أَنْتَ طَالِقٌ، أَوْ قَالَ: طَالِقٌ ثَلَاثًا، أَوْ طَالِقٌ وَ طَالِقٌ، فَإِنَّهُ عَلَى كُلِّ إِنَّمَا طَلَّقَ وَاحِدَةً كَانَ لَهُ ثَلَاثُ الْأَلْفِ وَفَاقًا لِلْمَحَقِّقِ «٢» لظهور التوزيع. و عدم ملكه إلاً واحدة لا ينافي التوزيع بتلك النسبة، أو حملها لبذلها على الصحيح و هو البذل على الثلاث على وجه يصح ثم على التوزيع، إلاً أن يعلم أنها أرادت الثلاث في هذا النكاح أو التلّفظ بالثلاث فلا يصحّ البذل، أو أراد تمام العوض بقوله: «أنت طالق» مع أنها لم ترد إلاً البذل على الجميع موزعاً أو غيره، فلا يستحقّ شيئاً، و في الطلاق وجهان، أو أرادت البذل على الثالثة، و أراد الطلاق بتمام العوض فله الكلّ.

و قيل في المبسوط «٣» له الألف مع علمها بأنها على طَلْقِهِ لِأَنَّ مَعْنَاهُ حِينَئِذٍ كَمَلَّ لِي الثَّلَاثُ لِتَحْصُلِ الْبَيْنُونَةِ حَمَلًا لِبَذْلِهَا عَلَى الصَّحِيحِ مَا لَمْ تَصْرَحْ بِإِرَادَتِهَا الْفَاسِدِ وَ الثَّلَاثُ مَعَ جَهْلِهَا بِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهَا إِلَّا طَلْقُهُ وَاحِدَةً. وَ لِلْعَامِيَةِ قَوْلٌ بِأَنَّ لَهُ الْأَلْفَ مُطْلَقًا «٤» لِمَسَاوَاةِ الْوَاحِدَةِ الثَّلَاثُ فِي الْبَيْنُونَةِ.

فإن ادّعى علمها بالحال و أنكرته قدّم قولها مع اليمين للأصل، و الظاهر، و كذا لو قالت: بذلت في مقابلة طَلْقِهِ فِي هَذَا النِّكَاحِ وَ طَلَّقْتِنِي فِي نِكَاحٍ آخَرَ لِذَلِكَ.

(١) في ن، ط: لو.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٦.

(٣) المبسوط: ج ٤ ص ٣٥٢.

(٤) المجموع: ج ١٧ ص ٤٣ ٤٤.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢١٤

و في المبسوط: أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَ يَسْقُطُ الْمَسْمُومِيُّ، وَ يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ «١». وَ لَعَلَّهُ نَظَرَ إِلَى أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي الْعَوْضِينَ، فَهِيَ تَدْعَى أَنَّ الْعَوْضَ ثَلَاثٌ، وَ هُوَ أَنَّهُ وَاحِدَةٌ، وَ هُوَ يَدْعَى أَنَّ عَوْضَ مَا أَوْقَعَهُ أَلْفٌ، وَ هِيَ أَنَّهُ ثَلَاثًا، فَتَعَارَضَا.

و لو كانت على طَلَّقْتِنِي فَطَلَّقْتِنِي اثْنَتَيْنِ عَلَى وَجْهِ يَصَحُّ مَعَ قَوْلِهَا: «طَلَّقْتَنِي ثَلَاثًا» بِأَلْفٍ فَإِنْ كَانَ مَعَ عِلْمِهَا بِالْحَالِ اسْتَحَقَّ الْجَمِيعَ عَلَى قَوْلِ الشَّيْخِ وَ الثَّلَاثِينَ عَلَى الْمُخْتَارِ وَ إِنْ كَانَ مَعَ جَهْلِهَا اسْتَحَقَّ الثَّلَاثِينَ عَلَى الْقَوْلِينَ.

و إن كانت على طَلَّقْتِنِي، وَ قَالَتْ ذَلِكَ وَ طَلَّقَ وَاحِدَةً اسْتَحَقَّ الثَّلَاثُ مَعَ جَهْلِهَا عَلَى الْقَوْلِينَ وَ مَعَ عِلْمِهَا الثَّلَاثُ أَيْضًا عَلَى الْمُخْتَارِ وَ النِّصْفَ عَلَى قَوْلِ الشَّيْخِ لِأَنَّهَا بَدَلَتْ الْأَلْفَ حِينَئِذٍ فِي تَكْمِلَةِ الثَّلَاثِ، وَ يَحْتَمَلُ عَلَى قَوْلِهِ أَيْضًا أَنْ لَا يَسْتَحَقُّ إِلَّا الثَّلَاثَ، لِأَنَّ هَذِهِ

الطلاق لم يتعلّق بها من تحريم العقد شيء فلا- فرق بينها وبين الاولى الواقعة قبل السؤال، فلا يجوز حمل كلامها على تكميل الثلاث، بمعنى الإتيان بالباقيتين، فإنّه إنّما حمل على التكميل فيما تقدّم لحصول البينونة، فإنّما أن يحمل على الثالثة حسب، أو على جملة الثلاث، لا يجوز الأول، لاقتضائه فساد الخلع للفصل فتعيّن الثاني، وهو يقتضى التقييد كذلك.

و لو قالت: «طلّقتى عشراً بألفٍ» فطلّقها واحدهً فله عُشر الألف، فإن طلقها ثانيةً فله خمسها كما يقتضيه التوزيع فإن طلقها ثالثةً فالجميع «٢» لأنه لا يملك أزيد منها وقد حصل بها مقصودها من البينونة.

و المحصل أنّ حمل كلامها على البذل الصحيح يوجب حمل العشر على أقصى مالها من الطلقات، فإذا حصل الأقصى استحقّ المسمّى، و ظاهر تلفّظها بالعشر يوجب التوزيع، فما لم يحصل مقصودها اعتبر التوزيع على إشكال

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٥٢.

(٢) فى قواعد الأحكام: فإن طلق ثالثةً فله الجميع.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢١٥

من ذلك. و من صحيح أنّ البذل يوجب تنزيل العشر على الثلاث فعليها التوزيع، و الزائد لغو، فله الثلث بالواحدة و الثلثان بالثنتين.

اصفهانى، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام؛ ج ٨، ص: ٢١٥

و ممّا عرفته من جواز اعتبار التوزيع بالنسبة، و إن لم يملك الموزّع عليه، فله العشر بالواحدة و العشران بالثنتين و ثلاثة أعشار بالثلاث، و يقوى إذا زعمت أنّه يملك العشر.

و لو قالت: «طلّقتى ثلاثاً بألفٍ» فقال: «أنت طالق واحدةً بألفٍ و ثنتين مجاناً» فالأقرب أنّ الاولى لا تقع إلّا أن تجدد القبول عقبيها لأنه ما رضى بها إلّا بالألف «١» و هى ما قبلت إلّا بثلاثها، و الثنتان بعدها لا تقعان إلّا أن يأتى بصيغة الطلاق الشرعى فتقع الثانية و أمّا بهذا اللفظ فكلاً.

و يحتمل أن يكون له بالأولى ثلث الألف لصدور صريح الطلاق من أهله بعوض مع قبولها لثلاثة، لظهور التوزيع من كلامها، فصحّ الطلاق، و صحّ الثلث من العوض ليوافق الإيجاب و القبول عليه، و إذا جعلنا البذل جعالةً، فهى قد جعلت على كلّ طلقه ثلث الألف و قد فعل.

و يحتمل بطلان الفدية لأنّها بذلتها على الثلاث، و لا تقع الثلاث عندنا إلّا برجعتين. و تخلّل الرجعة يوقع الفصل بين السؤال و الجواب، و هو يبطل الخلع. و لعدم توافق السؤال و الجواب.

و وقوع الأُولى رجعيّة لصدور صريح لفظ الطلاق من أهله، و الزيادة لغو. و فى الإيضاح: أنّه الّذى استقرّ عليه رأى المصنّف (رحمه الله) «٢».

و لو قال فى جوابها أنت طالق واحدةً مجاناً و اثنتين بثلى الألف أو بالألف وقعت الأُولى رجعيّة و بطلت الثنتان لوجوه تعرفها. و لو قالت: «طلّقتى نصف طلقه بألفٍ» أو «طلّقتى نصفى بألفٍ» فطلّق بلفظ صحيح وقع رجعيّاً و إن قصد الفداء أو صرح به و

(١) فى قواعد الأحكام: بألف.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٣٩٤.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢١٦

الفدية لأنها بذلت على ما لا عبرة به شرعاً. وقد يحتمل ضعيفاً بطلان الطلاق إذا لم يقصده إلا بالفدية، لما أنه لم ينو ما يقع. ولو قال أبوها: «طلقها وأنت برىء من صداقها» فطلق صرح بالبراءة أو لا صحح الطلاق رجعيًا ولم يبرأ من الصداق، لأنها إن كانت رشيدة لم يملك أبوها التصرف فى مالها بغير إذنها، وإلا لم يصح، إذ لا حظ لها فيه. كذا فى المبسوط «١». وقد مضى الكلام فى مخالعة الولي.

ولا يلزمها الإبراء إن كانت رشيدة، أو لا يلزمها ما فعله أبوها من الإبراء، إلا إذا لم تكن رشيدة وقلنا بجواز مخالعة الولي ولا يضمه الأب للأصل من غير معارض.

ولو كانت على طلقه، فقالت: «طلقني ثلاثاً بألفٍ واحدةً فى هذا النكاح واثنتين فى غيره» لم يصح فى الاثنتين لأنه لا يملكهما فإذا طلق الثالثة وهى الواحدة الباقية فى هذا النكاح، كما نص عليه فى التحرير «٢» استحق ثلث الألف.

[المطلب السادس فى بقايا مباحث الخلع والتنازع]

المطلب السادس فى بقايا مباحث الخلع والتنازع لو قال: «طلق زوجتك وعلى ألف» لزمه الألف مع الطلاق لأنه جعله صحيحاً شرعاً ولا يقع الطلاق بائناً لما عرفت من أنه ليس بخلع، لكن إن رجع الزوج فقيل: للباذل الرجوع، وهو يتم إن علم أو ظن أن غرضه جعل على الإبانة، ولا يجوز له الرجوع فى البذل ما لم يرجع الزوج، وهو ظاهر.

أما لو قال: «خالعها على ألف فى ذمتي» ففى الوقوع إشكال مما تقدم فى بذل المتبرع أو ضمانه. واحتمال أن يريد جعل ذلك له زيادة على الفدية التى تبذلها المرأة.

ولو اختلعت بوكالتها ثم بان أنه كاذب بطل الخلع، ولم يتوقف على

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٠.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٩ س ٢٥.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢١٧

الإجازة، لأن البذل فى النصوص إنما أضيف إليها، وإن تلفظ بالطلاق توجه وقوعه رجعيًا على ما مر ولا ضمان إذ لم يقع الطلاق، للأصل من غير معارض، ويتجه الضمان إذا وقع الطلاق وخصوصاً البائن، للغرور. ويحتمل ضمان مهر المثل لتفويته البضع عليه. ويضعف بأن المطلق هو المفوت.

ولو كان المختلع أباهما وهى صغيرة أو مجنونة صحح بالولاية وقد مضى الكلام فيه، وأن الأجود العدم، ولا يصح بالوكالة لأنها غير أهل للتوكيل.

ولو اختلفا فى أصل بذل العوض قدم قولها مع اليمين، وحصلت البيونة من طرفه أخذاً بإقراره ولها المطالبة بحقوق العدة. ولو

اتَّفقا على ذكر القدر و اختلفا في الجنس فالقول قول المرأة وفقاً للمبسوط «١» و الجواهر «٢» و الشرائع «٣» و غيرها، قالوا: لأنَّ الرجل يدعى، فعليه البيّنة، و لعلهم أرادوا أنّها هي الباذلة، فكان القول قولها، فإنّها أعرف بما بذلت، و إلّا فكلّ منهما مدّع من جهة، منكر من اخرى، و عليها يمين جامعة لنفي ما يدّعيه و إثبات ما تدّعيه. و في الجامع حكاية قول بالتحالف «٤». و حكى في المبسوط عن العامّة «٥» و هو أولى، فإذا تحالفا ثبت مهر المثل، إلّا أن يزيد على ما يدّعيه.

و لو اتَّفقا على ذكر القدر و إهمال الجنس و اختلفا في الإرادة، قيل في المبسوط يبطل «٦» «٧» و هو الأقوى، لأنّ قول كلّ منهما في إرادته مسموع، فيظهر اختلاف المرادين. و قيل في الشرائع يقدم قولها «٨» و هو أقرب لأنّه ليس إلّا من الاختلاف في الجنس. و للعامّة قول بالتحالف لذلك «٩» و هما

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٨.

(٢) جواهر الفقه: ص ١٧٨ مسألة ٦٣٢.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٦.

(٤) الجامع للشرائع: ص ٤٧٧.

(٥) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٨.

(٦) في قواعد الأحكام: بطل.

(٧) المبسوط: ج ٤ ص ٣٤٩.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٦.

(٩) المجموع: ج ١٧ ص ٥٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢١٨

يتّجهان إذا كانت الدعوى فيما اتّفتت عليه الإرادتان، فيقول أحدهما: أردنا كذا، و الآخر أردنا كذا. و مبنى القول الأوّل على أن يقول أحدهما: أردت كذا، و الآخر أردت كذا، فلا اختلاف.

و لو اتَّفقا على ذكر القدر و نية الجنس الواحد صحّ الخلع وفقاً للشيخ «١» و المحقّق «٢» للأصل، و إطلاق النصوص، و خروجه عن مَحْوِضَةِ المعاوِضَةِ.

و لو قالت: سألتك ثلاث تطليقاتٍ بألف فأجبتني، فقال: بل سألت واحدةً بالألف فأجبتك فقد اتَّفقا على الألف و تنازعا في مقدار المعوّض فيقدم قولها في جعل الألف في مقابلة الثلاث لأنّه فعلها، و لأنّ الأصل عدم استحقاقه لها بواحدة. فإن أقام شاهداً واحداً حلف معه و أخذ الألف لأنّ قصده إثبات المال و يكفي فيه شاهد و يمين و يقدم قوله في عدد الطلاق للأصل، و لأنّه فعله.

فإن أقامت المرأة شاهداً واحداً على عدده الذي تدّعيه لم تحلف معه لأنّها لا تُثبت المال و لم تقبل شهادته و إذا لم تكن لهما بيّنة تحالفا و ثبت ثلث الألف، لأنّها تحلف أنّها لم تبذل الألف بطلقه، و هو يحلف أنّه لم يطلق غير طلقه، و قال الشافعية: ثبت مهر المثل «٣».

و فيه أنّهما اتَّفقا على استحقاقه الألف و وقوع معوّضها، و إنّما اختلفا في قدر المعوّض، و إنّما يظهر أثر الخلاف في جواز مراجعته إيّاها إذا رجعت في البذل و عدمه، فينبغي أن لا يعتبر إلّا قوله فيحلف، و يرجع إليها إن رجعت، و لا معنى لأخذه الألف بشاهد و يمين، لأنّ المال ثابت لا يفتقر إلى الإثبات، و لا لثبوت الثلث، أو مهر المثل بالتحالف، لاتّفاقهما على استحقاقه الألف و

(١) راجع المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٨.

(٢) راجع شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٦.

(٣) الام: ج ٥ ص ٢٠٧.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢١٩

و لو ادعى عليها الاختلاع فأنكرت، و قالت: اختلعتني أجنبي صحيحاً أو فاسداً قدّم قولها مع اليمين في نفي العوض عنها، للأصل و بانت بقوله بمعنى أخذه بإقراره، فلا يكون لها مراجعتها.

إلما أن يقال: إن إنكارها البذل رجوع فيه، و لها ما للرجعيات، و عليها ما عليهنّ ما دامت في العدة إن ادعى إيقاع الطلاق عليها بلفظه أو بلفظ الخلع إن كان طلاقاً.

و لا شيء له على الأجنبي؛ لاعترافه بأنه لم يبذل.

و كذا لو قال: خالعتك على ألف في ذمتك، فقالت: بل في ذمة زيد في أن القول قولها في نفي العوض و حصول البيونة، لكن البيونة هنا حاصله بالنسبة إليهما إن صحّ الاختلاع على ذمة الغير، و إن ادعت الكون على ذمة الغير على وجه يفسد به الخلع توجه أن القول قوله، لأنها تدعى الفساد. و أطلق القاضي: أن القول قوله، لأن الأصل في عوض الخلع ثبوته في ذمتها «١».

أمّا لو قالت: «خالعتك بكذا و ضمنه عنّي فلان، أو يزنه عنّي» لزمها الألف ما لم تكن لها بينة على ضمانه عنها، لأنها أقرت بها و ادعت الضمان.

و لو اتفقا على ذكر القدر و اختلفا في ذكر الجنس بأن ادعى ألف درهم فقالت: «بل ألفاً مطلقاً» فإن صدّفته في قصد الدراهم فلا بحث لما عرفت من أن القصد كالذكر و إلّا قدّم قولها لأصالة البراءة و بطل الخلع و يحتمل تقديم قوله، لأصالة الصحة، و مبنى الوجهين كون الخلع عقداً، أو إيقاعاً و جعله.

و لو قال: «خالعتك على ألف في ذمتك» فقالت: «بل على ألف لي في ذمة زيد» قدّم قولها لأن البذل فعلها. و لأصالة البراءة مع اتفاقهما على الصحة.

و لو قال: خالعتك على ألف لك في ذمة زيد و صدّفته عليه فظهر براءة ذمته لزمها الألف لكونها أولى بلزوم العوض من العين التالفه قبل

(١) راجع المهذب: ج ٢ ص ٢٦٩.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٢٠

القبض، لعدم التعيين، بل التقييد بكونها في ذمة زيد ممّا لا يزيداها في نفسها أو صفتها خصوصية، و إنّما هو بمنزلة أن تقول: إنّي أخذها من زيد و أسلمتها، أو أنّ زيدا و كيل في تسليمها إليك.

و كذا لو خالعتها على ألف في منزلها فلم يكن فيه شيء فإنّ الكون في مكان مخصوص لا يعين الألف و إن كان أقوى تقييداً بما في ذمة زيد، و ليس التقييد به إلّا بمنزلة أن تقول: أرفعتها من المنزل و أسلمتها إليك، أو صر إلى المنزل و اقتبضها.

و يصحّ التوكيل في الخلع من كلّ منهما من الرجل في شرط العوض عليها و قبضه و إيقاع الطلاق أي الخلع إن كان طلاقاً، و إلّا فإنّما هو شرط العوض إن اشترط بالتعقيب بالطلاق، فالمراد إيقاع الطلاق بعد لفظ الخلع الذي هو شرط العوض، أو فسخ إن لم

يشترط. و يمكن تعميم الطلاق له، يعنى أنّ كلّاً من جزئى الإيجاب الّذى هو إيقاع الطلاق و شرط العوض قابل للتوكيل، و كذا ما يستلزمه وقوع الخلع من القبض.

و من المرأه فى استدعاء الطلاق أى الإبانة و تقدير العوض و تسليمه أى كلّ من الثلاثه قابل للتوكيل. و يصحّ التوكيل من كلّ منهما مطلقاً كما فى غيره من العقود و يقتضى ذلك أى الإطلاق من أىّ منهما كان مهر المثل كما يقتضى فى البيع مثلاً ثمن المثل، لأنّه المتبادر من الإطلاق، لكونه المحكّم.

فإذا أطلقت المرأه اقتضى الخلع بمهر المثل حالاً بنقد البلد بمعنى جواز ذلك للوكيل فإن خالع بدونه أو مؤجلاً أو بأدون من نقد البلد صحّ لأنّه زاد خيراً، و تعلق غرضها فى النادر بتمام مهر المثل، أو الحلول، أو بنقد البلد لا يدفع جواز ذلك مع الإطلاق، فإنّ الإطلاق ينصرف إلى الغالب.

و إن زاد فالأقرب بطلان الخلع وفقاً للمحقّق «١» لفعله غير ما و كلّ فيه،

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٦.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٢١

و قد عرفت عدم وقوع الفضولى منه. و فى المبسوط «١» الانصراف إلى مهر المثل، لأنّ الفاسد بعض العوض. و يتّجه عليه أن يتخير الزوج فى الرجوع و إن لم ترجع فى البذل، إذ لم يرض حين الإيقاع إلماً بالزائد. و للعامة قول بأنّه فضولى موقوف على إجازتها، فإن أجازت ثبت المسمّى، و إلّا مهر المثل «٢».

و لو كان التوكيل فى استدعاء الطلاق بعوض و أطلق فاستدعاه الوكيل بأزيد من مهر المثل، و فعل الزوج أو كان التوكيل ليّبعه أى الخلع بالطلاق و فى كثير من النسخ «أو أتبعه» أى الزوج الخلع بالطلاق و إن لم يستدعه الوكيل قيل فى الشرائع «٣» وقع الطلاق، لصدور صريحه من أهله رجعيّاً لفساد البذل و لا فديّة لفسادها و لا يضمن الوكيل للأصل، و لأنّه ضمان ما لم يجب. و كلّ من وقوع الطلاق، و انتفاء الفديّة، و الضمان فيه نظر.

فالأوّل: لأنّه و إن صدر صريح لفظه من أهله، لكن لم يقصد إلّا إلى إيقاعه بعوض فيحتمل البطلان إذا فسد العوض خصوصاً و ليس إلّا الخلع على المختار و قد حكم بفساده.

و الثانى: لاحتمال الانصراف إلى مهر المثل كما قاله الشيخ «٤» بل تمام الفديّة كما يظهر الآن.

و الثالث: لأنّه غرّه و فوّت عليه البضع، فلا أقلّ من ضمانه الزائد على مهر المثل و مهر المثل على الزوجه، و إذا لم يُضف الاستدعاء و العوض إليها و قلنا بصحّه بذل الأجنبيّ قوى الضمان، كما فى المبسوط «٥» إلّا أن يدعى أنّ الظاهر الوكالة، لكون الأصل و الغالب فى الافتداء الزوجه.

و كذا البحث لو عيّنت له قدرأ فخالع عليه، أو دونه، أو أكثر لكنّ

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٨.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٣٥.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٦.

(٤) انظر المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٩.

(٥) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٥.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٢٢

الشيخ هنا قوى البطلان في الأكثر «١» و لم يصرفه إلى المسمى، و لا أعرف الفارق. و للعامّة قولٌ بالانصراف إلى مهر المثل، و آخر بالانصراف إلى الأكثر من المسمى و مهر المثل «٢».

أمّا لو خالغ على شيءٍ من مالها و ضمن، فإنّ الضمان عليه إذا لم ترض، و يصحّ الخلع كما في المبسوط «٣» و قد عرفت الكلام في ضمان المتبرّع.

و لو بذلت أو بذل الوكيل خمرًا أو خنزيرًا فسد البذل مع إسلام أحدهما عندنا. و للعامّة قولٌ بالانصراف إلى مهر المثل «٤» و صحّ الطلاق رجعيًا إن أتبع به مع ما عرفت من احتمال البطلان.

و لو أطلق الزوج لو كيّله فطلق أي أبان بمهر المثل حالًا من نقد البلد صحّ، و كذا إن كان أكثر أو أجود نقدًا. و لو كان دون مهر المثل، أو مؤجلًا أو أدون من نقد البلد بطل الخلع عند الشيخ «٥» أيضًا. و للعامّة قولٌ بالانصراف إلى مهر المثل، و آخر باختيار الزوج، فإن ردّ كانت له الرجعة «٦».

و كذا يبطل من أصله إن كان الموكّل فيه أو الموقع أو الخلع طلاقًا أو أتبع الخلع به أي بالطلاق. و يتّجه على قول المحقّق أن يقع الطلاق، و يفسد الفدية «٧».

و كذا لو عيّن له قدرًا فطلق أو خالغ بأقلّ منه أو أدون بلا خلاف كما في المبسوط «٨» لأنّه أوقع طلاقًا غير مأذون فيه. و كذا إن خالغها أو طلقها على نحو الخمر و أحدهما مسلم، لذلك.

و لو قال له: «طلقها يوم الخميس» فطلق يوم الجمعة فالأقرب البطلان لأنّه إيقاع ما لم يؤذن فيه، و كثيرًا ما يتعلّق غرضه بالوقوع في الخميس،

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٨.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٣٣.

(٣) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٨ ٣٦٩.

(٤) المجموع: ج ١٧ ص ٣٣.

(٥) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٩.

(٦) المجموع: ج ١٧ ص ٣٣.

(٧) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٦.

(٨) المبسوط: ج ٤ ص ٣٦٩.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٢٣

للتفاوت به في العدة و النفقة، بل هذا التوكيل بمنزلة العزل في الجمعة. و يحتمل الصحّة ضعيفًا من أنّ الإذن في الشيء إذن في آثاره، و أثر الطلاق في الخميس يبقى إلى الجمعة و ما بعدها، فكأنّه أتى ببعض المأذون فيه دون بعض.

و لو طلقها يوم الأربعاء بطل قطعًا، لانتفاء هذا الاحتمال الضعيف فيه.

و إذا خالغها أو بارأها ثبت له العوض المسمى، و لم يسقط ما لكل واحدٍ منهما فرض من حقّ غير العوض لا ماضٍ و لا مستقبل، سواء كان الحقّ من جهة النكاح كالصداق و غيره أو من غير جهته سوى النفقة المستقبلية إلّا أن تكون حاملًا و كانت النفقة للحمل ما لم ترجع في العوض، ففي استحقاق النفقة حينئذٍ إشكال تقدّم في الطلاق، و استقرّب هناك الوجوب مع العلم

بالرجوع.

و لو خالعهما على نفقة عدتها سواء تلفظ بلفظ العدة أم خالعهما على نفقة أيام آتية تكون عدته إذا تم الخلع لم يصح، لاستلزام الثبوت النفى أى ثبوت النفقة نفيها، و ثبوت الخلع نفيه، فإن نفقة العدة لما جعلت عوض الخلع لزم ثبوتها، إذ لا يصح بذل ما لم يثبت، و لما استدعت الخلع لزم نفيها، إذ لا نفقة للمختلعة، و يلزم من ذلك لزوم نفى الخلع من ثبوته.

و إن كانت حاملاً لم يصح أيضاً لتجدد استحقاق نفقة كل يوم فيه و احتمالها للزوال كل يوم، فهو خلع على ما لم يثبت، و لم يعلم ثبوته قطعاً. أو المراد لاستلزام الثبوت النفى و إن كانت حاملاً، لأن النفقة ليست مما يثبت استحقاقها جملة، بل يتجدد كل يوم فى يومه، فإن اكتفى فى صحة الكون عوضاً بمثل هذا الاستحقاق، لزم أن يثبت كل يوم ليصح عوضاً، فينتفى للافتداء بها. و لو خالعهما على نفقة ماضية صح مع علمها جنساً و قدراً، و لو قالت: بغنى عبدك و طلقنى بألفٍ ففعل صح كل من البيع و الطلاق. خلافاً

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٢٤

لبعض العامة، فأبطل البيع، و جعل الألف فى الخلع، و أفسد البذل، و جعل عليها مهر المثل «١».

و على المختار بسطت الألف على مهر المثل و قيمته بالنسبة، حتى إذا انفسخ أو فسد أحدهما، سقط عنها من الألف بتلك النسبة إن لم يسر الفساد إلى الآخر.

و لو خالعهما قبل الدخول بنصف مهرها فلا شيء له عليها إذا لم يقبضه لأنه طلاق قبل الدخول و هو منصف و لم يقبضه، فقد افتدت بما عليه من المهر.

و لو خالعهما بالجميع قبل الدخول لزمها دفع النصف و إن لم تكن قبضته لأنها افتدت بضعف ما عليه. و قد تقدم فى النكاح احتمال أن لا يكون عليها شيء.

[المطلب السابع فى المبارأة]

المطلب السابع فى المبارأة و هى قسم من الخلع، خصه الفقهاء باسمها، و القسم الآخر باسم الخلع.

و صيغتها «بارأتك على كذا فأنت طالق» و لو قال عوض بارأتك: «فاسختك» أو «ابنتك» أو «بتتك» أو غير ذلك من الكنايات صح، لأن الاعتبار إنما هو بصيغة الطلاق و هى العلة فى البيونة و هذه الألفاظ إنما هى لقبول ما بذلته، أو استدعاء البذل.

و لو حذف هذه الألفاظ و اقتصر على قوله: أنت و فى بعض النسخ: فأنت، على أن يكون جواباً لاستدعائها طالق على كذا، أو بكذا صح و كان مبارأة، إذ موضوعها «٢» الطلاق بعوض و الآية إنما تضمنت الافتداء فى الطلاق.

و يشترط فيها ما شرط فى الخلع: من بلوغ الزوج و عقله و قصده

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ١٩٥.

(٢) فى ن، ق: موضعها.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٢٥

و اختياره، و كذا المرأة و يزيد أن لا تكون سفیهة، و حكم وليهما ما تقدم و أن تكون طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع إذا «١» كانت مدخولاً بها غير يائسة و لا حامل و لا صغيرة إن جوزنا مبارأة الولي عنها و كان الزوج حاضراً لكونها طلاقاً. و للأخبار فعن

زرارة و محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام): لا مبارأة إلا على طهر من غير جماع بشهود «٢». و في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج سأل الصادق (عليه السلام) هل يكون خلع أو مبارأة إلا بطهر؟ فقال: لا يكون إلا بطهر «٣». إلى غير ذلك من الأخبار. و قد سمعت عبارة سَلار «٤».

و أن تكون الكراهية من كل منهما لصاحبه فهو الفارق بينها و بين الخلع، فسأل سماعه الصادق و الكاظم (عليهما السلام) «٥» عن المبارأة كيف هي؟ قال يكون للمرأة على زوجها شيء من صداقها، أو من غيره، و يكون قد أعطاهما بعضه، و يكره كل واحد منهما صاحبه، فتقول المرأة: ما أخذت منك فهو لي، و ما بقى عليك فهو لك و أبارئك، فيقول لها الرجل: فإن أنت رجعت في شيء مما تركت فأنا أحق ببضعك «٦». فعليه يحمل حسن محمد بن مسلم: سأل الصادق (عليه السلام) عن امرأة قالت لزوجها: لك كذا و كذا و خل سبيلي. فقال: هذه المبارئة «٧».

أو يقال: تخصيص المبارأة بما ذكره اصطلاح جديد، فما في الخبر مرادف للخلع. و أن تكون الفدية بقدر المهر أو أقل، فتحرم عليه الزيادة، بخلاف الخلع أما حرمة الزيادة فلا خلاف فيه، و أما إباحة قدره فعليه المعظم. و يؤيده

(١) في قواعد الأحكام: إن.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩٨ ب ٦ من أبواب الخلع و المبارأة ح ٧.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩٦ ب ٦ من أبواب الخلع و المبارأة ح ١.

(٤) المراسم: ص ١٦٢.

(٥) في وسائل الشيعة بدل «فسأل سماعه الصادق و الكاظم (عليهما السلام)»: عن سماعه قال: سألته.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٠ ب ٨ من أبواب الخلع و المبارأة ح ٣.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩٤ ب ٤ من أبواب الخلع و المبارأة ح ٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٢٦

عموم الكتاب. و قول الصادق (عليه السلام) في صحيح أبي بصير: فلا يحل لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر، فما دونه «١».

و لم يبح الشيخ «٢» و الحسن «٣» و الصدوقان «٤» و ابن حمزة «٥» إلا الأقل، لما تقدم من خبر سماعه عن الصادق و الكاظم

(عليهما السلام) «٦». و لقول الباقر (عليه السلام) في حسن زرارة: المبارئة يؤخذ منها دون الصداق، و المختلعة يؤخذ منها ما

شئت، أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر، و إنما صارت المبارئة يؤخذ منها دون المهر، و المختلعة يؤخذ منها ما شاء، لأن

المختلعة تعتدى في الكلام و تكلم بما لا يحل لها «٧». و ما في خبر عثمان بن عيسى عن سماعه من قوله: و ليس له أن يأخذ من

المبارئة كل الذي أعطاه «٨».

و حكى عليه الإجماع في الخلاف «٩» و الأول أقوى، و إن كان الثاني أحوط، و تحمل هذه الأخبار على الفضل.

و إتباعها بلفظ الطلاق إجماعاً كما في المبسوط «١٠» و الغنية «١١» و الشرائع «١٢» و الاستبصار «١٣» و السرائر «١٤». و قول الباقر

(عليه السلام) في خبر حمران: المبارئة تبين من ساعتها من غير طلاق «١٥». و قول الصادق (عليه السلام) في خبر جميل بن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠١ ب ٨ من أبواب الخلع و المبارأة ح ٤.

(٢) المبسوط: ج ٤ ص ٣٧٣.

(٣) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٠٠.

(٤) المقنع: ص ٣٤٩.

(٥) الوسيلة: ص ٣٣٢.

(٦) راجع: ص ٢٢٥.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩٤ ب ٤ من أبواب الخلع و المبارأة ح ١.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩٤ ب ٤ من أبواب الخلع و المبارأة ح ٤.

(٩) الخلاف: ج ٤ ص ٤٤٠ مسألة ٢٤.

(١٠) المبسوط: ج ٤ ص ٣٧٣.

(١١) غنية التزوع: ص ٣٧٥.

(١٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥٨.

(١٣) الاستبصار: ج ٣ ص ٣١٩ ذيل حديث ١١٣٧.

(١٤) السرائر: ج ٢ ص ٧٢٣.

(١٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠١ ب ٩ من أبواب الخلع و المبارأة ح ٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٢٧

درّاج: المبارأة تكون من غير أن يتبعها الطلاق «١» يحملان على التقيّة، و إن لم يذهب العامّة إلى إفراز قسم يسمّى المبارأة، فلا شكّ أنّهم يُوقعون الطلاق بلفظها، لكونه من كناياته. أو الأوّل على أنّها تبين من غير طلاق آخر أى لا- يتوقف بينونها على كمال الثلاث. و الثانى على مثل ذلك بأن تكون المبارأة بمعنى البيونة فالمعنى: أنّ البيونة تحصل من غير أن يتبع المبارأة طلاق، و هو إنّما ينفي الطلاق بعد المبارأة، و المبارأة عندنا تشتمل على الطلاق، فلا يفيد إلّا أنّه لا حاجة فى البيونة إلى طلاق آخر، و لهذا يظهر لك أنّهما إنّما يدلّان على الاستغناء عن الطلاق بعد إيقاع المبارأة. و لا ينافى ذلك الافتقار فى عقد المبارأة إلى الطلاق بوجه.

و احتمال الشيخ: أن يكون الثانى بمعنى أنّ المبارأة إنّما هى البذل منها و القبول منه، و هو يحصل قبل التلفّظ بالطلاق و إن لم يزل النكاح «٢» إلّا إذا اتبع بالطلاق. و فى النافع إشارة إلى الخلاف، لنسبته إلى الأكثر «٣». و لم نظفر بالمخالف. و يظهر التردّد من الجامع، لاقتصاره على ذكر الخبرين، و ما ذكره الشيخ من الاتّفاق على الإتيان بالطلاق «٤». و فى الخلع خلاف عرفته و يقع الطلاق فيها بائناً ما لم ترجع فى الفديّة فى العدة و إن لم يرد الزوج الرجوع فى المشهور. و يشترط إرادته عند ابن حمزة «٥» كما فى الخلع. و الأولى اشتراطه الرجوع عليها إذا رجعت. للأخبار كقول الصادق (عليه السلام) فى صحيح الحلبي: المبارأة أن تقول المرأة لزوجها: لك ما عليك و اتركنى فتركها، إلّا أن يقول لها: فإن ارتجعت فى شىء منه فأنا أملكك ببضعك «٦».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٢ ب ٦ من أبواب الخلع و المبارأة ح ٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٠٢ ذيل حديث ٣٤٦.

(٣) مختصر النافع: ص ٢٠٤.

(٤) الجامع للشرائع: ص ٤٧٨ و المبسوط: ج ٤ ص ٣٧٣.

(٥) الوسيلة: ص ٢٣٢.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٠ ب ٨ من أبواب الخلع و المبارأة ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٢٨

و ليس للرجل عليها رجعة ما لم ترجع فإن رجعت في العدة كان له الرجوع و لعله صرح بذلك مع فهمه من الجملة المتقدمة،
لدفع ما قد يتوهم من أنه لما كانت الكراهة هنا مشتركة أمكن أن يكون لكل منهما الرجوع قبل رجوع الآخر.

و مباحث الرجوع هنا كالخلع، فإذا خرجت العدة و لم ترجع، أو كانت الطلقة الثالثة، أو لا عدة فيها كأن كانت صغيرة أو يائسة لم
يكن لها الرجوع. و جميع مباحث الخلع آتية هنا.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٢٩

[الباب الثالث في الظهار]

إشارة

الباب الثالث في الظهار و فيه مقصدان و اشتقاقه من الظهر، لتشبيههم الزوجة بالمركوب للركوب على الظهر، أو من ظهر عليه
ملكه.

و فيه مقصدان:

[المقصد الأول في أركانه، و فيه أربعة أركان]

إشارة

الأول في أركانه، و هي أربعة

[الركن الأول: في الصيغة]

و هي: أنتِ عليّ كظهر أمي مثلاً أو هذه، أو زوجتي إن لم يكن له إلّا زوجة، أو عيّنها بالتيه، أو لم نشترط التعيين أو فلانة.
و بالجملة كلّ لفظٍ أو إشارة تدلّ على تميّزها من غيرها. و لا اعتبار باختلاف ألفاظ الصفات «١» مثل: أنت منى، أو عندي، أو
معي وفاقاً للشيخ «٢» و المحقق «٣» للأصل، و الاحتياط، و عموم النصوص «٤».

و يشكل بأنّ المذكور في الأخبار بلفظ: «عليّ» و كذا فسّر في اللغة و التفاسير مع أصالة البراءة.

و لو حذف حرف الصلة، فقال: أنت كظهر أمي وقع لمثل ذلك. و فيه

(١) في بعض النسخ: الصلات.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٩.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٦١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٦ ب ١ من كتاب الظهار.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٣٠

ما عرفت. و استشكل فيه في التحرير (١) لأنه بدون الصلوة يحتمل أن يراد أنها كظهر أمه على غيره. و لو حذف لفظه الظهر، و قال: أنت [عليّ] كأُمّي، أو مثل أُمّي. فإن نوى الكرامة و التعظيم، أو أنها كأُمّه في الكبير، أو «٢» الصفة لم يكن شيئاً اتفاقاً و إن قصد الظهر قيل في المبسوط وقع «٣» لعدم اعتبار لفظ الظهر، لما سيأتي من وقوعه بالتشبيه بالشعر و نحوه، و سيأتي ضعفه. و للأصل، و الاحتياط.

و فيه إشكال من ذلك. و من الأصل و الخروج عن مفهوم اللفظ، و هو خيرة أبي عليّ «٤». و لو قال: جُمَلتِكِ أو ذاتِكِ أو نفسِكِ أو بدنِكِ أو جسمِكِ أو كلِّكِ عليّ كظهر أُمّي وقع لعدم الخروج عن مفهوم الظهر. و للأصل و الاحتياط.

و لو قال: أنت أُمّي، أو زوجتي أُمّي، فهو كقوله: أنت كأُمّي فإنّ من البين إرادته التشبيه. و لو قال: أُمّي امرأتِي، أو أُمّي مثل امرأتِي لم يكن شيئاً فإنّ إرادته تشبيه الزوجة بها في الحرمة من مثل هذه العبارة ممّا لا يساعده الوضع، و إن جازت إرادته بتكلف، فيكون من الكنايات الخفية.

و لو شبه عضواً من امرأته بظهر أمه، فالأقرب عدم الوقوع للأصل. و مخالفة المعهود، و لعدم اختصاص التحريم بجزء منها دون جزء. خلافاً للمبسوط «٥» و الوسيلة «٦» بناءً على أنّ حرمة العضو إنّما يتصوّر إذا حرم الكلّ مع الإتيان بلفظ الظهر، فهو أولى بالوقوع من المسألة الآتية، و ذلك كأن يقول:

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦١ س ٩.

(٢) في قواعد الأحكام بدل «أو»: و.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٩.

(٤) حكاها عنه في تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦١ س ١٣.

(٥) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٩.

(٦) الوسيلة: ص ٣٣٤.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٣١

يَدِكِ عليّ كظهر أُمّي، أو فرجِكِ، أو ظهرِكِ، أو بطنِكِ أو رأسِكِ أو جلدِكِ و للعامة «١» قول بالوقوع بتشبيه ما يعبر به عن الكلّ من الأعضاء كالرأس و العنق دون غيره. و كذا لا يقع بتشبيه الجزء المشاع كالنصف و الثلث لذلك، خلافاً للوسيلة «٢». و لو عكس فقال: «أنت عليّ كيد أُمّي» أو شعرها، أو بطنها، أو فرجها فالأقرب عدم الوقوع أيضاً وفاقاً للمرتضى «٣» و بنى زهرة «٤» و إدريس «٥» و شهر آشوب و ظاهر الأكثر. للأصل، و ظاهر اللفظ و الأخبار و الإجماع كما ادّعوه. و خلافاً لإبراهيم بن هاشم، و الشيخ «٦» و ابني حمزة «٧» و البراج «٨» للإجماع كما ادّعى في الخلاف «٩» و الاحتياط. و قول الصادق (عليه السلام) في مرسل يونس: المظاهر إذا ظاهر من امرأته فقال: هي عليه كظهر أمه، أو كيدها، أو كرجلها، أو كسرها، أو كشيء منها ينوي بذلك التحريم، فقد لزمه الكفارة في كلّ قليل منها أو كثير «١٠». و هو ضعيف بالجهل و الإرسال.

و خبر سدير سأل الصادق (عليه السلام) عن الرجل يقول لامرأته: أنت عليّ كسعر أُمّي، أو ككفها، أو كبطنها، أو كرجلها، قال: ما عني [به]؟ إن أراد به الظهر فهو الظهر «١١». و هو ضعيف سنداً و دلالة، لجواز رجوع الضمير في قوله (عليه السلام): «فهو الظهر» إلى الظهر، فيكون كلامه إنكاراً لوقوع الظهر، أي إن عني به الظهر فليس بشيء، لأنه الظهر، و هو مشتقّ من الظهر،

فلا مدخل لغيره فيه.
و كذا لا يقع لو قال: كروح أُمِّي، أو نفسها، فإنَّ الروح ليست محلًّا

(١) انظر المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٦٤.

(٢) الوسيلة: ص ٣٣٤.

(٣) الانتصار: ص ١٤٢.

(٤) غنية التزوع: ص ٣٦٦.

(٥) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٩.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٩.

(٧) الوسيلة: ص ٣٣٤.

(٨) المهذب: ج ٢ ص ٢٩٨.

(٩) الخلاف: ج ٤ ص ٥٣٠ مسألة ٩.

(١٠) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٧ ب ٩ من كتاب الظهار ح ١.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٧ ب ٩ من كتاب الظهار ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٣٢

للاستمتاع فهي أولى بالفساد من الأعضاء، و النفس مشتركة بين الذات و الناطقة، و لا استمتاع بالناطقه.

و لو قال: «أنتِ عليّ حرام» فليس بظهار و إن نواه للأصل، و الخروج عن اللفظ و النصوص، و للأخبار كخبر زرارة، سأل الباقر (عليه السلام) عن رجل قال لامرأته: أنتِ عليّ حرام، فقال: لو كان لي عليه سلطان لأوجعت رأسه، و قلت: الله أحلها لك فما حرّمها عليك؟ إنّه لم يزد على أن كذب، فعم أن ما أحلّ الله له حرام، و لا يدخل عليه طلاق و لا كفارة. فقال زرارة: قول الله عزّ و جلّ: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ» فجعل فيه الكفارة، فقال: إنّما حرم عليه جاريته مارية، و حلف أن لا يقربها، فإنّما جعل عليه الكفارة في الحلف و لم يجعل عليه في التحريم «١».

و كذا لو قال أنتِ عليّ حرام كظهر أُمِّي وفاقاً للشيخ «٢» على إشكال: من الأصل، و مخالفه الغالب، و ما في الأخبار «٣» من لفظه، و ادعى الإجماع عليه في الخلاف «٤» و المبسوط «٥».

و من صحيح زرارة سأل الباقر (عليه السلام) عن الظهار، فقال: هو من كلّ ذى محرم أمّ أو أخت أو عمّية أو خالته، و لا يكون الظهار في يمين، قال: و كيف يكون؟ قال: يقول لامرأته و هي طاهر في غير جماع: أنتِ عليّ حرام مثل ظهر أُمِّي أو أختي، و هو يريد بذلك الظهار «٦».

و ما في خبر حمران عن الباقر (عليه السلام) في سبب نزول الآية من أنّ الرجل قال لها: أنتِ عليّ حرام كظهر أُمِّي، إلى قوله (عليه السلام) لَمَّا قال الرجل الأوّل لامرأته: أنتِ

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٩٢ ب ١٥ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٢.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٥١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٧ ب ٩ من كتاب الظهار.

(٤) الخلاف: ج ٤ ص ٥٣٣ مسألة ١٦.

(٥) المبسوط: ج ٥ ص ١٥١.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١١ ب ٩ من كتاب الظهار ح ١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٣٣

علّي حرام كظهر أمّي، قال: فمن قالها بعد ما عفا الله و غفر للرجل الأوّل فإنّ عليه تحرير رقبته «١». ولأنّه إنّما زاد تصريحاً بالمراد، و هو اختيار التحرير «٢» و المختلف «٣».

و أمّا لو قال: «أنتِ علّي كظهر أمّي حرام» أو «أنت حرام أنت كظهر أمّي» أو «أنت طالق أنت كظهر أمّي» للرجعيّة، أو «أنت كظهر أمّي طالق» وقع من غير إشكال إذا قصد، لإتيانه بالصيغة كاملة من غير تخلّل شيء، و غاية ما زاده أن يكون لغواً، و لا بدّ من أن يقصد ب «حرام» في الاولى، و «طالق» في الأخيرة كونه خبراً ثانياً، لئلا يبقى إشكال، و وقوع الظهار بالمطلقة رجعيّاً ممّا صرح به في المبسوط «٤» و غيره، و نفى عنه الخلاف فيه، و يدلّ عليه أنّها من نساءه فيعمّها النصوص «٥».

و لو قال: «أنت طالق كظهر أمّي» وقع الطلاق إذا قصد، لصدور صيغته صحيحة و لغا الظهار لنقصان صيغته و إن قصدهما. و قيل في المبسوط «٦» إن قصدهما و الطلاق رجعيّ وقعا و كان قوله: «كظهر أمّي» خبراً ثانياً فكأنّه قال: «أنتِ طالق، أنتِ كظهر أمّي» و فيه نظر: فإنّ التية غير كافية في العقود و الإيقاعات من دون الصيغة و الصيغة هنا إمّا ناقصة أو مفصولة، فلا تجدى التية. و يقعان معاً لو قال: «أنتِ كظهر أمّي طالق» فقصدتهما على إشكال من الإشكال في لزوم ذكر الزوجة صريحاً في الطلاق من غير فصل، لما مرّ من احتمال الوقوع بنحو «نعم» و «يا طالق».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٦ ب ١ من كتاب الظهار ح ٣.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦١ س ١٨.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٢٥.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٧.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٧ ب ١٠ من كتاب الظهار.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ١٥١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٣٤

و المراد من العبارة، إمّا الفرق بين الصيغتين عنده، لورود الرخصة في الطلاق بلفظ «نعم» في بعض الأخبار كما مرّ بخلاف الظهار، فالصيغة الثانية أقرب إلى الوقوع.

أو الفرق بينهما من جهة الاستشكال في الاولى من جهة أخرى من التردّد في وقوع الظهار بالمطلقة. أو لا فرق بينهما عنده، و إنّما فرّق بينهما لتنصيب الشيخ على الاولى دون الثانية، فكأنّه قال: إن عبّر بالصيغة الأولى فقال الشيخ: يقعان بها. و هو عندي مشكل. و إن عبّر بالثانية ففيه الإشكال أيضاً.

و لو قال: «أنا مظاهر» أو «علّي الظهار» لم يصحّ و إن نوى إنشاءه، للأصل. و الخروج عن الصيغة المعهودة في العرف و الأخبار «١».

و لو ظاهر من واحدة ثمّ قال لأخرى: «أشركتِك معها» أو «أنت شريكها» أو «كهى» لم يقع بالثانية ظهار سواء نوى به الظهار أو أطلق عندنا، لمثل ذلك. و للعامة قول بالوقوع إذا نوى «٢».

الركن الثاني: المظاهر و يشترط بلوغه و رشده و اختياره و قصده، فلا يقع ظهار الصبي و إن كان مميزاً، و لا المجنون المطبق، و لا من يناله الجنون أدياراً إلّا وقت صحته، و لا المكره مع عدم القصد و لا فاقداً لقصد غيره كالسكران و المغمى عليه و الغضبان غضباً يرفع قصده، و النائب و الساهى و العابث به فإنما الأعمال بالنيات. و قال الباقر (عليه السّلام): لا يكون ظهار فى يمين، و لا فى إضرار، و لا فى غضب «٣». و قال الصادق (عليه السّلام): لا طلاق إلّا ما أُريد به الطلاق، و لا ظهار إلّا ما أُريد به الظهار «٤». و سئل عن الظهار الواجب، فقال: الذى يريد به الرجل الظهار

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٦ ب ١ من كتاب الظهار.

(٢) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٨٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ من كتاب الظهار ح ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٠ ب ٣ من كتاب الظهار ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٣٥

بعينه «١». إلى غير ذلك. و لم يعتبر العامّة التية «٢» و لهم قول بوقوع ظهار السكران «٣».

و لو ظاهر و نوى به الطلاق أو بالعكس لم يقع أحدهما عندنا، لأننا نعتبر الصيغة مع التية، و قال الصادق (عليه السّلام): لا يقع ظهار عن طلاق، و لا طلاق عن ظهار «٤». خلافاً للعامّة «٥».

و يصحّ من العبد للعمومات، و خصوص نحو خبر محمّد بن حمران سأل الصادق (عليه السّلام) عن المملوك أ عليه ظهار؟ فقال: عليه نصف ما على الحرّ صوم شهر «٦». و للإجماع كما فى الخلاف «٧». و عن بعض العامّة المنع «٨».

و من الكافر على رأى وفاقاً لبنى إدريس «٩» و سعيد «١٠» للعموم، و خلافاً للشيخ «١١» و القاضى «١٢» و ظاهر ابنى الجنيد «١٣» و شهر آشوب، و ظاهر المبسوط الإجماع عليه، و استدللّ عليه بأنّه حكم شرعى فكيف يصحّ ممّن لا يُقرّ به؟ و بأنّ من لوازمه التكفير إذا عاده، و هو عبادة لا يصحّ منه «١٤». و ضعفهما ظاهر، فإنّ الكفر لا يمنع من وقوعه و ترتّب أحكامه عليه و إن لم يصحّ منه التكفير، فإن له تصحيحه بالإسلام. و قيل: بل يصحّ عتقه و إطعامه «١٥».

و يقع من الخصيّ و الخنثى إن جاز نكاحه و المجهوب و إن لم يتمكّنوا من الوطء إن حرّمنا بالظهار جميع ضروب الاستمتاع

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٠ ب ٣ من كتاب الظهار ح ٢.

(٢) بدائع الصنائع: ج ٣ ص ٢٣١.

(٣) المبسوط للسرخسى: ج ٦ ص ٢٣٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٣٤ ب ٢٠ من كتاب الظهار ح ١.

(٥) المبسوط للسرخسى: ج ٦ ص ٢٢٩.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٢ ب ١٢ من كتاب الظهار ح ١.

(٧) الخلاف: ج ٤ ص ٥٢٥ مسألة ١.

(٨) عمدة القارئ: ج ٢٠ ص ٢٨٢.

(٩) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٨.

(١٠) الجامع للشرائع: ص ٤٨٣.

(١١) الخلاف: ج ٤ ص ٥٢٥ مسألة ٢.

(١٢) جواهر الفقه: ص ١٨٧ مسألة ٦٦١.

(١٣) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٠٨.

(١٤) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٥.

(١٥) نسبة فخر المحققين إلى بعضهم و لم يسمه، راجع إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٤٠٥.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٣٦

و إلما لم يقع، لانتفاء أثره، لامتناع وطئهم، و هو ظاهر في غير الخنثى. و قيل فيه: إنه يجوز أن تكون امرأة و آله الرجل زيادة، فلا يتحقق الوطء الصادر من الرجال، مع أنه مناط الظهار، و لا يبعد أن يريد به العنين لغلبة التعنين في الخنثى. و لا يصحّ من المرأة سواء قالت: «أنا عليك كظهر أمك» أو «أنت عليّ كظهر أمي» أو «كظهر أبي» أو نحو ذلك للأصل، مع الخروج من المعهود و النصوص. و قول أمير المؤمنين (عليه السلام) في خبر السكوني: إذا قالت المرأة: زوجي عليّ كظهر أمي فلا كفارة عليها (١). و قول الصادق (عليه السلام) في مرسل ابن فضال: لا يكون الظهار إلّا على مثل موضع الطلاق (٢).

[الركن الثالث: في المظاهرة]

الركن الثالث: المظاهرة أي المظاهر منها.

و يشترط أن تكون مملوكة الوطء له، فلا يقع بالأجنبيّة عندنا، للأصل، و الخروج عن النصوص، خلافاً لأبي حنيفة و مالك (٣) و إن علّقه على النكاح بأن يقول: «متى تزوّجتك فأنّ عليّ كظهر أمي» خلافاً لمالك (٤) و الشافعي (٥). و أن تكون طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع إن كان زوجها حاضراً أو بحكمه و هي ممّن تحيض مثلها إلّا إذا كانت حاملاً إن كانت تحيض، بالإجماع و النصوص كما سمعته من خبري زرارة و ابن فضال (٦). خلافاً للعامة (٧). و إنّما يعتبر الطهر كذلك وقت الإيقاع لا وقت حصول الشرط إن أوقعه مشروطاً و أجزناه، للأصل و العموم، فإنّ وقت الظهار وقت إيقاعه.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٣٤ ب ٢١ من كتاب الظهار ح ١ و فيه بدل «عليها» عليهما.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٠ ب ٢ من كتاب الظهار ح ٣.

(٣) المحلّي: ج ١٠ ص ٥٤.

(٤) المدوّنة الكبرى: ج ٣ ص ٥٩ و ٦٠.

(٥) في كتابه خلاف ذلك: أي لم يقع الظهار. راجع الأمّ: ج ٥ ص ٢٧٨.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ من كتاب الظهار ح ٢ و ٣.

(٧) الأمّ: ج ٥ ص ٢٧٦.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٣٧

و لو كان غائباً بحيث لا يعرف حال زوجته صحَّ لصحة الطلاق، و نصَّ الأخبار على وقوعه على مثل موضع الطلاق «١». و كذا لو كانت يائسةً أو صغيرةً و إن كان حاضراً.

و هل يشترط العقد؟ فيه نظر، و المروى في عدّة أخبار أنّه يقع بالموطوءة بملك اليمين أى التى من شأنها الوطء بملك اليمين. و بالجمله ظهار المولى من أمته، فسأل ابن أبى يعفور الصادق (عليه السّلام) فى الحسن، عن رجل ظاهر من جاريتته، قال: هى مثل ظهار الحرّة «٢». و فيه: أنّه يجوز عود ضمير «جاريتته» إلى السائل.

و سأله، أو الكاظم (عليه السّلام) حفص بن البخترى فى رجل كان له عشر جوارٍ فظاهرٍ منهنّ جميعاً بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفّارات «٣». و سأل إسحاق بن عمّار الكاظم (عليه السّلام) عن الرجل يظاهر من جاريتته، فقال: الحرّة و الأمة فى هذا سواء «٤». و فيه: جواز فتح الهاء من «يظاهر».

و سُئل أحدهما (عليهما السّلام) فى صحيح محمّد بن مسلم عن الظهار على الحرّة و الأمة؟ قال: نعم «٥». و ليس من الدلالة فى شىء.

و سأل الحسين بن مهران الرضا (عليه السّلام) عن رجل ظاهر من امرأته و جاريتته ما عليه؟ قال: عليه لكلّ واحدة منهما كفّارة «٦». و قال زرارة للباقر (عليه السّلام): إننى ظاهرت من أمّ ولد لى ثمّ وقعت عليها ثمّ كفّرت، فقال: هكذا يصنع الرجل الفقيه، إذا واقع كفّر «٧». و ليس نصّاً، و هو اختيار إبراهيم بن هاشم

(١) و سائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ من كتاب الظهار.

(٢) و سائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢١ ب ١١ من كتاب الظهار ح ٤.

(٣) و سائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢١ ب ١١ من كتاب الظهار ح ٣.

(٤) و سائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٠ ب ١١ من كتاب الظهار ح ١.

(٥) و سائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٠ ب ١١ من كتاب الظهار ح ٢.

(٦) و سائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٥ ب ١٤ من كتاب الظهار ح ٢.

(٧) و سائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ من كتاب الظهار ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٣٨

و الحسن «١» و الشيخ «٢» و ابنى حمزة «٣» و سعيد «٤» و المصنّف فى غير الكتاب «٥» و زيد فى دليله: عموم النصوص، لأنّها امرأته و نساؤه. و فى الخلاف الإجماع عليه «٦».

و خالف المفيد «٧» و سلار «٨» و التقي «٩» و القاضى «١٠» و ابن إدريس «١١» فلم يوقعوه بها، للأصل، و عدم الفهم من نسائهم، و لا من امرأته عرفاً، و نطق الأخبار بأنّه إنّما يقع على مثل موضع الطلاق، مع ضعف الأخبار الدالّة على الوقوع دلالة فيما عرفت و سنداً فى الباقي، و إن وصفوا خبر حفص ب «الحسن» ففيه كلام.

و لخبر حمزة بن حمران سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل جعل جاريتته عليه كظهر امّه، فقال: يأتيها و ليس عليه شىء «١٢». و صحيح عبد الله بن المغيرة، قال: تزوّج حمزة بن حمران ابنه بكير فلما أراد أن يدخل بها قال له النساء: لسنا ندخلها عليك حتّى تحلف لنا، و لسنا نرضى أن تحلف بالعتق لأنك لا تراه شيئاً، و لكن احلف لنا بالظهار، فظاهر من أمّهات أولادك و جواريك، فظاهر منهنّ. ثمّ ذكر ذلك لأبى عبد الله (عليه السّلام) فقال: ليس عليك شىء ارجع إليهنّ «١٣».

و يمكن الجواب بالحمل على نفى شىء من العقوبة إذا كفّر، و حمل الثانى على الحلف بالظهار كما ربّما يرشد إليه لفظ «هنّ» و

- (١) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٢٠.
 - (٢) الخلاف: ج ٤ ص ٥٢٩ مسألة ٨.
 - (٣) فيه خلاف ذلك راجع: الوسيلة: ص ٣٣٥.
 - (٤) الجامع للشرائع: ص ٤٨٥.
 - (٥) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦١ س ٤. تبصرة المتعلمين: ص ١٥٠. إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ٥٥.
 - (٦) الخلاف: ج ٤ ص ٥٢٩ مسألة ٨.
 - (٧) المقنعة: ص ٥٢٤.
 - (٨) المراسم: ص ١٦٠.
 - (٩) الكافي في الفقه: ص ٢٠٤.
 - (١٠) المهذب: ج ٢ ص ٢٩٨.
 - (١١) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٩.
 - (١٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢١ ب ١١ من كتاب الظهار ح ٦.
 - (١٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٣ ب ٦ من كتاب الظهار ح ٣.
 - (١٤) في ن، ق زيادة: كما ربّما يرشد إليه لفظهنّ.
- كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٣٩

و هل يشترط كون العقد دائماً؟ خلاف عرفته في النكاح أقربه الوقوع بالمستمع بها وفاقاً للأكثر، و قد عرفت الكلام من الطرفين. و هل يشترط الدخول؟ المرويّ صحيحاً عن الصادقين (عليهما السلام) اشتراطه فروى محمّد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام) في المرأة التي لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع عليها إيلاء و لا ظهار «١». و سأل الفضيل بن يسار الصادق (عليه السلام) عن رجل مملّك ظاهر من امرأته، قال: لا يلزمه شيء و لا يكون ظهار، و لا إيلاء حتّى يدخل بها «٢». و به قال الشيخ و ادّعى عليه الإجماع «٣» و وافقه ابنا حمزة «٤» و سعيد «٥» و قيل في المقنعة «٦» و المراسم «٧» و الغنية «٨» و السرائر «٩» لا يشترط للعموم مع كون الخبرين خبري آحاد لا يصلحان لتخصيص الكتاب. و للاحتياط.

و على الاشتراط يقع مع الوطء دُبْرًا لأنّه دخول أو في حال صغرهما، أو جنونها ظرف للوقوع، أي يقع ظهار بها و لو وطئت دُبْرًا، أو كانت صغيرة، أو مجنونة و إن حرم الدخول بالصغيرة، و لم تكن هي و المجنونة أهلاً للترافع. و لو جعلناه ظرفاً للوطء لم يتّجه تخصيص المجنونة.

ثمّ هو المناسب لغيره، كالمبسوط و الشرائع «١٠» و التحرير «١١» و قال في المبسوط: و أمّا بعد الدخول بها فإنّه يصحّ ظهارها، صغيرة كانت أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة، بكرًا أو ثيبًا، مدخولًا بها أو غير مدخول، يقدر على جماعها أو لم يقدر،

- (١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٨ من كتاب الظهار ح ٢.
- (٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٨ من كتاب الظهار ح ١.
- (٣) الخلاف: ج ٤ ص ٥٢٦ مسألة ٣.

(٤) عبارته: «كون المرأة غير مدخول بها» و الظاهر زيادة كلمة «غير» راجع الوسيلة: ص ٣٣٤.

(٥) الجامع للشرائع: ص ٤٨٣.

(٦) المقنعة: ص ٥٢٤.

(٧) المراسم: ص ١٦٠.

(٨) غنية النزوع: ص ٣٦٧.

(٩) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٩.

(١٠) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٦٤.

(١١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦١ س ٦.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٤٠

لعموم الآية «١». و لا يظهر لهذا الكلام معنى، إلما أن يكون المراد سواء كانت الثيوبه للدخول بها أم لغيره [أو يكون المراد بالدخول الخلوة] «٢».

و يقع بالرتقاء و المريضة التي لا تُوطأ إلا المريضة التي لا يمكن له وطؤها قبل الظهر قبلًا و لا دبراً إن اشترطنا الدخول، فيجوز إدخال الجملة في حيز قوله: «على الاشتراط» و الابتداء بها.

و لا فرق في الوقوع بين أن تكون حرّة أو أمة، مسلمة أو ذمّية اتفاقاً، و قد سمعت ما نصّ من الأخبار على الأمة «٣» و غيرها من الأخبار. و الكتاب يعمّ الكلّ.

و الأقرب اشتراط التعيين كما نصّ عليه في الانتصار «٤» و الغنية «٥» و السرائر «٦» و الجامع «٧» و حكى عليه الإجماع في الانتصار «٨» و الكلام فيه كالكلام في الطلاق، و إنّما قوى هناك عدم الاشتراط، فإنّه أنسب بالاحتياط في الفروج.

[الركن الرابع: في المشبه بها]

الركن الرابع: المشبه بها لا خلاف في صحته إذا شبه بالأُمّ نسباً بلفظ الظهر.

و هل يقع لو شبهها بغيرها من المحرّمات نسباً أو رضاعاً، كالأخت و العمّة و الخالة و بنت الأخ و بنت الأخت و الأُمّ من الرضاة و غيرها؟ خلاف، أقرب: الوقوع إن جاء بصيغة الظهر وفاقاً للأكثر. و منهم: من صرح بالمحرّمات رضاعاً كالشيخ في المبسوط «٩» و ابنى سعيد «١٠» للأخبار كما تقدّم من صحيح زرارة عن الباقر (عليه السلام). و حسن جميل بن درّاج قال للصادق (عليه السلام): الرجل

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٦.

(٢) ما بين المعقوفتين لم يرد في ن، ق.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٠ ب ١١ من كتاب الظهر.

(٤) الانتصار: ص ١٤١.

(٥) غنية النزوع: ص ٣٦٦.

(٦) السرائر: ج ٢ ص ٧١٠.

(٧) الجامع للشرائع: ص ٤٨٣.

(٨) الانتصار: ص ١٤١.

(٩) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٩ و ١٥٠.

(١٠) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٦١، الجامع للشرائع: ص ٤٨٣.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٤١

يقول لامرأته: أنت عليّ كظهر عمّته أو خالته، قال: هو الظهار «١». و كلّ ذى محرم، فى خبر زرارة «٢» يشمل المحرّمات رضاعاً. ولقوله (عليه السلام): «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» «٣» و ضعفه ظاهر.

و لم يوقعه ابن إدريس بالتشبيه بغير الأم «٤» للأصل. و كونه المعهود المفهوم من اللفظ. و اقتصار الآية عليه. و خير سيف التمار قال للصادق (عليه السلام): الرجل يقول لامرأته: أنت عليّ كظهر أختى أو عمّتى أو خالتي، فقال: إنّما ذكر الله الأمّهات، و إنّ هذا لحرام «٥». و قوله: «إنّ هذا لحرام» إنّما دلّ على الحرمة، و لا يستلزم وقوع الظهار به على وجه يترتب عليه أحكامه. و لو شبّهها بعضو غيره أى الظهر من غير الأم كييد الأخت و رجلها لم يقع قطعاً لانتفاء الدليل، خلافاً لابن حمزة «٦» لاشتراك الأعضاء فى الحرمة.

و لو شبّهها بمحرّمه بالمصاهرة على التأييد لا جمعاً خاصّة كأّم الزوجة و بنتها مع الدخول و زوجة الأب و زوجة الابن لم يقع وفقاً للمبسوط «٧» و المهذب «٨» و ظاهر كلّ من نصّ على التعميم للنسب و الرضاع للأصل، و خلّو الأخبار عن ذكر شىء منهنّ. و اختار الوقوع فى المختلف، للاشتراك فى العلة «٩» و عموم كلّ ذى محرم. و للعامية قول بوقوعه بالتشبيه بمن حرمت عليه أبداً «١٠» أى من أوّل كونه نسباً أو رضاعاً أو مصاهرة، لا بمن كانت مباحة له ثم حرمت كحليّة الابن، و كمن أرضعته و كانت قبل الإرضاع حلالاً له.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١١ ب ٤ من كتاب الظهار ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١١ ب ٤ من كتاب الظهار ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٢٨٠ ب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ١.

(٤) السرائر: ج ٢ ص ٧١٠.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١١ ب ٤ من كتاب الظهار ح ٣.

(٦) الوسيلة: ص ٣٣٤.

(٧) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٩.

(٨) المهذب: ج ٢ ص ٢٩٩.

(٩) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤١٥.

(١٠) المجموع: ج ١٧ ص ٣٤٤ ٣٤٥.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٤٢

و كذا لو شبّهها بمحرّمه لا- على التأييد بل جمعاً كأخت الزوجة و عمّتها و خالتها و المطلقة ثلاثاً للعدّة بلا خلاف، كما فى المبسوط «١» للأصل، و انتفاء الدليل.

و هل تدخل الجدة تحت الأمّ إن اقتصرنا فى وقوع الظهار عليها؟ إشكال من التردّد فى فهمها من الأمّ إذا أطلقت. و نفى فى

المبسوط الخلاف في الوقوع بها من الأب كانت، أم من الأم، قربت أو بعدت «٢».

و لو شَبَّهها بظهر أبيه، أو أخيه، أو ولده لم يقع لأنهم ليسوا من محلّ الاستمتاع في شيء وإن عمّ الولد البنت. و للأصل، و الخروج عن المعهود و النصوص، فإنّ المعروف من ذى المحرم في مثل هذا المقام بالنسبة إلى الرجال النساء، و للعامة قول بالوقوع «٣».

□
و كذا لو شَبَّهها بالأجنبيّة أو بزوجة الغير و لو بزوجة النبي (صلى الله عليه و آله) أو الملائنة أو المفضأة أو المطلقة تسعاً و إن كانت كلّ منهنّ ممّن تأبّد تحريمها فإنّ العمدة إنّما هو النصّ و الإجماع.

[المقصد الثاني في أحكامه]

المقصد الثاني في أحكامه الظهار حرام لاتصافه في الآية «٤» بالمنكر، و قيل في التهذيب و الاستبصار لا عقاب فيه «٥» في الآخرة لتعقبه بالعمو و الغفران، و هما و إن لم يقيّدا بهذا الفعل لكن سياق الكلام يدلّ عليه عند البلغاء. و يدفعه: أنّه لا دلالة له على العفو بلا توبة و تكفير فلم لا يجوز حمله عليه؟ كما في التبيان «٦» و غيره. و يشترط في صحّته عند جميع أصحابنا حضور شاهدين عدلين

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٩.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٩.

(٣) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٥٨.

(٤) المجادلة: ٢.

(٥) انظر تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٤ ذيل حديث ٤٤ و الاستبصار: ج ٣ ص ٢٦١ ذيل حديث ٩٣٥.

(٦) التبيان: ج ٩ ص ٥٤٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٤٣

يسمعان نطق المظاهر و ينصّ عليه قول الباقر (عليه السّلام) في حسن حمران: لا- يكون ظهار إلّا على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين مسلمين «١».

و قطع أكثر الأصحاب باشتراط العدالة، و ممّن لم يذكرها السيّد و الشيخ، و زاد ابن حمزة: الحرّيّة «٢».

و لا- يقع يميناً بالاتّفاق كما في الانتصار «٣» لنفي اليمين بغير اسم الله تعالى في الأخبار. و نفيه بخصوصه فيما تقدّم من صحيح زرارة «٤» و نحوه. و جعله يميناً كأن يقول: «إن فعلت كذا ففلانة عليّ كظهر أمّي» و ينوى به الانزجار عن الفعل، أو يقول: «إن لم أفعل» و ينوى الانبعاث عليه.

و لا معلقاً على وقت كقوله: «أنت عليّ كظهر أمّي إذا جاء شهر كذا، أو يوم كذا» لأنّه ينافى الإيقاع و إنّما جاز التعليق بالشرط للنصوص «٥» خلافاً للمبسوط «٦» فأجازه. و ربّما قيل: إذا جاز التعليق بالشرط فبالصفة كالوقت أولى. و قد يمنع الأولويّة. و قد يدعى العكس، لأنّ الشرط محتمل الوقوع حين الإيقاع، فيمكن إرادة الوقوع حينه، بخلاف الصفة. و وهنه ظاهر، بل المعتمد هو النصّ، و هو موجود في الشروط دون الصفة.

و لا في إضرار وفاقاً للنهاية «٧» و الوسيلة «٨» لقول الباقر (عليه السّلام) في حسن حمران: لا يكون ظهار في يمين و لا في إضرار

«٩». و يحتمل الوقوع كما هو ظاهر الأكثر، لعموم الآية «١٠» و سائر الأخبار.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ من كتاب الظهار ح ١.

(٢) الوسيلة: ص ٣٣٤.

(٣) الانتصار: ص ١٤١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١١ ب ٤ من كتاب الظهار ح ١.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ من كتاب الظهار.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ١٥٠.

(٧) النهاية: ج ٢ ص ٤٦٥.

(٨) الوسيلة: ص ٣٢٤.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ من كتاب الظهار ح ١.

(١٠) المجادلة: ٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٤٤

وقوله على رأيٍ يحتمل الاختصاص «١» بالإضرار كما يفهم من الشرحين «٢». و به و بالتعليق، لما عرفت من وقوع الخلاف فيه. والعموم للثلاثة، لعدم ثبوت الإجماع على عدم وقوعه يميناً، ولم يتعرّض له الأكثر، مع عموم ما دلّ على وقوعه مشروطاً. وقول الصادق (عليه السلام) في خبر عبد الرحمن بن الحجاج: إذا حلف الرجل بالظهار فحنت فعليه الكفارة قبل أن يواقع، وإن كان منه الظهار في غير يمين فإنما عليه الكفارة بعد ما يواقع «٣».

فلو حلف به أو علّقه بانقضاء الشهر أو دخوله مثلاً أو قصد به الإضرار لم يقع على المختار.

وهل يقع موقوفاً على شرطٍ؟ الأقرب ذلك وفقاً للصدوق «٤» و الشيخ «٥» و المحقق «٦».

فلو قال: «أنت عليّ كظهر أمّي إن دخلت الدار» أو «إن شاء زيد» فدخلت، أو شاء وقع للأخبار، وهي كثيرة كقول الصادق (عليه السلام) في صحيح حرمان: الظهار ظهاران، فأحدهما أن يقول: «أنت عليّ كظهر أمّي» ثم يسكت، فذلك الذي يكفر قبل أن يواقع، فإذا قال: «أنت عليّ كظهر أمّي إن فعلت كذا و كذا» ففعل و حنت، فعليه الكفارة حيث يحث «٧».

و خلافاً للسيد «٨» و بنى زهرة «٩» و إدريس «١٠» و سعيد «١١» و البراج «١٢» لمنافاته الإيقاع.

(١) في ن، ق: يحتمله.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٤١١. كنز الفوائد: ج ٢ ص ٦٤٦.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٤ ب ٦ من كتاب الظهار ح ٦.

(٤) المقنع: ص ٣٥٢.

(٥) المبسوط: ج ٥ ص ١٥٤.

(٦) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٦٢.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ من كتاب الظهار ح ٧، وفيه: عن حريز.

(٨) الانتصار: ص ١٤١.

(٩) غنية التزوع: ص ٣٦٦.

(١٠) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٩.

(١١) الجامع للشرائع: ص ٤٨٣.

(١٢) المهذب: ج ٢ ص ٣٠١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٤٥

وخبر القاسم بن محمد الزييات، قال للرضا (عليه السلام): إنني ظاهرت من امرأتي، فقال له: كيف قلت؟ قال: قلت: أنتِ عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا، فقال له: لا شيء عليك ولا تعد «١». وخبر ابن بكير عن رجل من أصحابنا عن رجل قال للكاهنم (عليه السلام): إنني قلت لامرأتي: أنتِ عليّ كظهر أمي إن خرجت من باب الحجر فخرجت، فقال: ليس عليك شيء، فقال: إنني قويت على أن أكفر، فقال: ليس عليك شيء، فقال: إنني أقوى على أن أكفر رقبته و رقبتي، فقال: ليس عليك شيء، قويت أو لم تقو «٢».

وهما مع الضعف يحملان على اليمين. و يحتمل الأول نفى الشيء عليه قبل حصول الشرط. و لقول الصادق (عليه السلام) فيما مر من مرسل ابن فضال: لا يكون الظهار إلّا على مثل موضع الطلاق «٣». و ظاهر الموضع المرأة، و للإجماع كما في السرائر «٤» والغنية «٥» و ربّما يظهر من الانتصار «٦».

ثمّ المصنّف وافق المحقّق «٧» في ترجيح نفى وقوعه معلّقاً و وقوعه مشروطاً ثمّ تنظر فيه فقال و في الفرق بينه و بين المعلق نظر: من خروج التعليق من النصوص. و من أنّ الوقوع مشروطاً يدلّ على عدم اشتراط التنجيز و إرادة الإيقاع بنفس الصيغة فيه، و إذا لم يشترط ذلك لم يكن فرق بين الشرط و التعليق، بل قد يكون التعليق أولى بالوقوع كما عرفت.

و على المختار من وقوعه مشروطاً لو علّقه بظهار الضرة ثمّ ظاهرها وقعا. و لو علّقه بظهار فلانة الأجنبية مع وصفها بالأجنبيّة مريداً إيقاعه بها و هي أجنبيّة فإن قصد المواجهة لها باللفظ و النطق به صحّ

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٠ ب ١٦ من كتاب الظهار ح ٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٣ و فيه بدل «أقوى»: قويت.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٣٢ ب ١٦ من كتاب الظهار ح ١٣.

(٤) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٩.

(٥) غنية التزوع: ص ٣٦٧.

(٦) الانتصار: ص ١٤١.

(٧) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٦٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٤٦

الظهار مع المواجهة به للأجنبيّة لوقوع الشرط و إن قصد الظهار الشرعي لم يقع لعدم وقوعها بها، و إن أطلق ففيه وجهان: كما في المبسوط «١» و التحرير «٢»: من احتمال التعليق على الاسم، و على الصفة.

و كذا لو قال: أجنبيّة على الحائية و اقتصر عليها من دون ذكر فلانة.

و لو قال: فلانة من غير وصف بالأجنبيّة فتزوجها و ظاهرها وقعا معاً و الكلّ ظاهر. و يظهر من الشرائع احتمال العدم في الأخير «٣» و لعله لكون الشرط حين إيقاع الصيغة غير مشروط.

و لو علّقه بمشيئة الله و قصد الشرط لم يقع و هو المراد ممّا في المبسوط: من الإطلاق «٤» لعدم العلم بوقوعه، بل العلم بعدم

وقوعه و إن قصد التبرك وقع للتنجيز. □
 و لو قال: «أنتِ عليّ كظهر أمي إن لم يشأ الله» فإن كان عدلياً يعتقد أنه تعالى لا يريد القبائح و المعاصي وقع إن عرف التحريم فإنه في المعنى منجز حينئذ.
 و إن كان أشعرياً فإشكال من الجهل بوقوع الشرط الموجب لاستصحاب الحل، و الحكم بعدم وقوع الظهار. و من لوازم وقوعه، شاء الله أو لم يشأ، فإنه إن شاء لم يجوز أن لا يقع، لكون المشيئة عندهم سبباً تاماً لوقوع الشيء، و إن لم يشأ تحقق الشرط فيتحقق المشروط، و لزوم عدم وقوعه على التقديرين أيضاً، فإنه إن شاء فقد انتفى الشرط، فانتفى المشروط، و إن لم يشأ لم يقع، إذ ما من شيء إلا بمشيئة الله. و يندفع بأنه يلزم منه بطلان التعليق فلا يقع الظهار، لأنه إنما أوقعه معلّقاً.
 و لو علق بالنقيضين كقوله: «أنتِ عليّ كظهر أمي إن شاء الله»

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١٥٣.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦١ س ٢٥.

(٣) حيث نسبه إلى الشيخ و إن حسنه، راجع شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٦٣.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ١٥٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٤٧

أو «لم يشأ» أو «إن دخلت الدار» أو «لم تدخل» وقع لأنه في معنى نفى التعليق في الحال أو في الزمان المقيد به إن أوقعنا المعلق. و لو علق بأمرين على الجمع لم يقع مع وقوع أحدهما، و يقع مع وقوعهما، و إن وقعا على البديل إلا أن يأتي بما ينص على التعليق بوقوعهما مجتمعين، [أو الجملة معطوفة على الشرطية، يعنى و يقع مع أحدهما لو علق بهما على البديل] «١».
 و أما إذا كان الظهار منجزاً، أو وقع شرطه أفاد تحريم و طء الزوجة مثلاً و بالجملة المظاهر منها حتى يكفر. و الأقرب وفاقاً للشيخ «٢» و جماعة تحريم غيره من ضروب الاستمتاع لشمول المس لها لغه، و لم يثبت نقله إلى الجماع. و خلافاً لابن إدريس «٣» لادّعائه الاتفاق على إرادة الجماع بالمسيس هنا لا تحريمه عليها للأصل من غير معارض، فإن تشبّهت بغيرها حتى وطئها، أو استدخلت ذكره و هو نائم لم تفعل حراماً.

و لا يحل الوطء حتى يكفر بالعتق، أو الصيام، أو الإطعام على الترتيب كما نصت عليه الآية «٤».

ثم حرمة الوطء قبل العتق، أو الصيام مجمعٌ منصوصٌ عليه، و المشهور قبل الإطعام ذلك، لعموم الأخبار «٥». و لم يحرمه أبو علي «٦» في الإطعام، لخلو الكتاب عن الأمر بتقديمه. و لخبر زرارة قال للباقر (عليه السلام): إنني ظاهرت من أم ولد لي ثم وقعت عليها ثم كفرت، فقال: هكذا يصنع الرجل الفقيه إذا واقع كُفراً «٧». و حسنه قال

(١) ما بين المعقوفتين ليس في ق، ن.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٥٤ و ١٥٥.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧١١.

(٤) المجادلة: ٣ و ٤.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٦ ب ١٥ من كتاب الظهار.

(٦) حكاة عنه في مسالك الأفهام: ج ٩ ص ٥٢٨.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ من كتاب الظهار ح ٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٤٨

للصادق (عليه السلام): رجل ظاهر ثم واقع قبل أن يكفر، فقال: أو ليس هكذا يفعل الفقيه «١»؟ وحملاً على الظهار المشروط بالمواقعة، ويمكن الحمل على الإنكار، خصوصاً الأول، والمزاح، كقوله (عليه السلام) لعمار: هكذا يتمرغ الحمار «٢» مع أن الأول لا يدل إلا على التكفير إذا واقع. و أما جواز التأخير وتعدد الكفارة به أو عدمه، فلا دلالة له على شيء من ذلك، وإن اعتمدنا على الثاني كان التأخير أفضل، ولعله لا يقول به.

ولو كان مكفراً بالصوم ووطئ خلال الصوم نهائياً أو ليلاً قبل مسمى التتابع بصوم شهر و يوم، أو بعده استأنف عند الشيخ «٣» و المحقق «٤» للنص على وجوب تقديم صيام الشهرين على المسيس. وإذا وطئ في الأثناء ثم أكمل الشهرين لم يصم الشهرين قبل المسيس. ولما سيأتي من وجوب كفارتين إذا وطئ قبل التكفير، ويصدق هنا الوطء قبله، فيلزم كفارتان تامتان، والأصل عدم وجوبهما مع إيجاب إتمام ما يحلله الوطء، ولا قال به أحد.

وقيل في السرائر «٥» و الجامع «٦» لا يبطل التتابع لو وطئ ليلاً إذ لا معنى لتتابع الصوم إلا عدم تخلل الإفطار، وإنما أمرنا بصيام شهرين متتابعين، وهو صادق مع الوطء ليلاً، وغاية ما فهم من الآية وجوب تقديم هذا الصوم المتتابع على الوطء، وأنه آثم بالوطء في خلاله، ولا دليل على الاستئناف. ولأن الاستئناف لا يجديه شيئاً، فإنه لا يصدق على المستأنف أنه قبل الوطء، ولا وجوب كفارتين عليه يوجب الاستئناف، بل إحداهما ما تخلله الوطء.

وقد بينى الخلاف على أن الكفارتين إذا وطئ قبل التكفير، هل هما للظهار فينقطع التتابع، أو إحداهما عقوبة، فتكون هي الأولى، وتعين الثانية لتكفير الظهار؟

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٣٠ ب ١٦ من كتاب الظهار ح ٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١ ص ٩٧٧ ب ١١ من أبواب التيمم ح ٨.

(٣) الخلاف: ج ٤ ص ٥٤٠ مسألة ٢٤.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٦٦.

(٥) السرائر: ج ٢ ص ٧١٤.

(٦) الجامع للشرائع: ص ٤٨٤.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٤٩

وعلى الأول هل يكفي الاستئناف عن كفارة الوطء قبل كمال التكفير على القول بلزوم كفارتين إن وطئ قبل التكفير؟ إشكال من التردد في كون الوطء قبل التكفير، لاحتمال أن يراد قبل الشروع فيه وقبل الإتمام.

و الأقرب أن الوطء إن وقع ليلاً وجب الإتمام دون الاستئناف مطلقاً قبل إتباع الشهر الأول بيوم وبعده، وفقاً لابن إدريس و سعيد «١» لما عرفت. و وجب التكفير ثانياً وفقاً للجامع «٢» لصدق الوطء قبل التكفير، إذ لا تكفير إلا بتمام الصيام.

و كذا إن وقع نهائياً بعد أن صام من الثاني شيئاً، وإن وقع نهائياً و كان قبله استأنف لفقد التتابع و كفر ثانياً بعد الاستئناف، فإن تقدم الوطء على التكفير هنا أظهر.

ولو عجز عن الكفارة بجميع خصالها و ما يقوم مقامها من صوم ثمانية عشر يوماً، أو ما قدر عليه كفاه الاستغفار المقرون بالتوبة. و حل الوطء على رأي وفقاً لابن إدريس «٣» و المحقق «٤» لقول الصادق (عليه السلام) في خبر إسحاق بن عمار: إن الظهار إذا

عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر الله، و لينو أن لا- يعود قبل أن يواقع ثم ليواقع، و قد أجزأ ذلك عنه من الكفارة، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفر به يوماً من الأيام فليكفر، و إن تصدق بكفه فأطعم نفسه أو عياله فإنه يجزئه إذا كان محتاجاً، و إن لا يجد ذلك فليستغفر الله ربّه و ينوى أن لا يعود، فحسبه بذلك و الله كفارة «٥». و في خبر داود بن فرقد الاستغفار توبه و كفارة لكل من لم يجد السبيل إلى شىء من الكفارة «٦». و لأنّ من البين أنه غير مكلف بما يعجز عنه من التكفير، و الأصل عدم وجوب الطلاق، فلو لم يكف الاستغفار لزم الحرج العظيم.

(١) تقدّم آنفاً.

(٢) الجامع للشرائع: ص ٤٨٤.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧١٣.

(٤) المختصر النافع: ص ٢٠٦.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٥٥ ب ٦ من أبواب الكفارات ح ٤.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٥٥ ب ٦ من أبواب الكفارات ح ٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٥٠

و خلافاً للشيخين «١» و جماعة، لأنّ النصوص إنّما تضمّنت الخصال، و ضعف هذين الخبرين. و قول الصادق (عليه السلام) في خبر أبي بصير: كلّ من عجز عن الكفارة التي تجب عليه، من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك ممّا يجب على صاحبه فيه الكفارة، فالاستغفار له كفارة، ما خلا يمين الظهار، فإنه إذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه أن يجامعها و فرّق بينهما، إلّا أن ترضى المرأة أن يكون معها و لا يجامعها «٢».

و خبر أبي الجارود زياد بن المنذر قال: سألت أبو الورد أبا جعفر (عليه السلام) و أنا عنده عن رجل قال لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي مائة مرّة، قال أبو جعفر (عليه السلام): يطيق لكلّ مرّة عتق نسمة؟ قال: لا، قال: فيطيق إطعام ستين مسكيناً مائة مرّة؟ قال: لا، قال: فيطيق صيام شهرين متتابعين مائة مرّة؟ قال: لا، قال: يفرّق بينهما «٣».

و أخبار الطرفين ضعيفه، و اختلف في أنّ الخصال لها بدل أو لا، و القائلون بالبدل اختلفوا. ففي الفقيه: إن لم يجد ما يطعم ستين مسكيناً صام ثمانية عشر يوماً، و روى أنه يتصدّق بما يطيق «٤». و عكس في الهداية فقال: يصدّق بما يقدر، و قد روى أنه يصوم ثمانية عشر يوماً «٥».

و في النهاية اقتصر على صيام ثمانية عشر يوماً «٦». و سيأتي في الكتاب موافقاً للشرائع أنه يصوم ثمانية عشر، فإن عجز تصدّق عن كلّ يوم بمدّ «٧» و تمام التحقيق فيما سيأتي.

و لا يجبره الحاكم على التكفير خاصّة، أو الطلاق خاصّة مطلقاً، و لا على أحدهما قبل المرافعة، فإنّ الحقّ إنّما هو للزوجين، و قد أسقط هو حقّه

(١) المقنعة: ص ٥٢٤. النهاية: ج ٢ ص ٤٦٤ ٤٦٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٥٤ ب ٦ من أبواب الكفارات ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٥٤ ب ٦ من أبواب الكفارات ح ٢.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٥٢٨ ذيل حديث ٤٨٢٩ ح ٤٨٣٠.

(٥) الهداية: ص ٢٧٣ ٢٧٤.

(٦) النهاية: ج ٢ ص ٤٦٧.

(٧) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٧٩.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٥١

بالظهار، فإن صبرت المرأة فقد أسقطت حقها بل إذا رفعت المرأة أمرها إليه خيره بين التكفير والرجعة، وبين الطلاق، ويُنظره للفكرة ثلاثة أشهر من حين الترافع، فإن خرجت الأشهر ولم يختَر أحدهما حبسه الحاكم وضيّق عليه في مطعمه، و مشربه حتى يتخيّر أحدهما، ولا يُجبر على الطلاق بعينه إلّا إذا قدر على التكفير و أقام على التحريم مضارّة، كذا في النهاية «١» والغنية «٢» والوسيلة «٣». وفي الغنية بدليل إجماع الطائفة «٤» يعنون أنه إذا لم يقدر على التكفير لم يجبر على شيء، فإن الأصل عدم وجوب الطلاق عليه، ولعله ندم ممّا فعله، ويشقّ عليه مفارقة زوجته فابتلى هو كما ابتليت، فهما ينتظران الفرج. وهذا إنّما يتم على القول بعدم حلّ الوطء بالاستغفار إذا عجز عن التكفير بغيره.

ولا يطلق عنه الحاكم، للأصل من غير معارض وإن صبرت لم يعترض و ممّا يدلّ على هذه الأحكام بعد الاتفاق عليها كما هو الظاهر أن أبا بصير سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل ظاهر من امرأته، فقال: إن أتاها فعليه عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً، وإلّا ترك ثلاثة أشهر، فإن فاء وإلّا أوقف حتى يُسأل: أ لك حاجة في امرأتك أو تطلقها؟ فإن فاء فليس عليه شيء وهي امرأته، وإن طلق واحدة فهو أملك برجعتها «٥». ولعلّ المراد بالفئة الندم والتزام الكفارة ثم الوطء، لا الوطء، ليستشكل بأنّها ليس لها المطالبة بالوطء، إلّا في كلّ أربعة أشهر، وربما رفعت أمرها بعد الظهار بلا فصل. ولو كان الظهار مشروطاً وأوقعناه جاز الوطء ما لم يحصل الشرط، ولا كفارة قبله بالنص «٦» والإجماع والاعتبار.

ولو كان الوطء هو الشرط ثبت الظهار بعد فعله بمسمّاه

(١) النهاية: ج ٢ ص ٤٦٢.

(٢) غنية التزوع: ص ٣٦٨ ٣٦٩.

(٣) الوسيلة: ص ٣٣٥.

(٤) غنية التزوع: ص ٣٦٩.

(٥) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٥٣٣ ب ١٨ من كتاب الظهار ح ١.

(٦) وسائل الشريعة: ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ من كتاب الظهار.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٥٢

ولا تستقرّ الكفارة حتى يعود عمّا قاله بعد النزع الكامل، فلا كفارة عليه بالوطء الأوّل وإن طال زمانه، لأنّه وطء واحد لغه و عرفاً، وإن حصل في أثنا نزع غير كامل.

وقيل في المقنع «١» والفقيه «٢» والهداية «٣» والنهاية «٤» تجب بنفس الوطء بناءً على كون الاستمرار وطئاً ثانياً وليس بجيد لما عرفت من الاتحاد وإن طال الزمان. مع كون المفهوم من نحو: أنت عليّ كظهر أمّي إن قربتك، أو وطأتك، أنّها كظهر أمّه إذا حصل وطء واحد. وعندى أنّ شيئاً من عبارات تلك الكتب ليست نصّاً في ذلك.

ففي الفقيه: والظهار على وجهين: أحدهما: أن يقول الرجل لامرأته: هي عليه كظهر أمّه ويسكت فعليه الكفارة من قبل أن يجامع، فإن جامع من قبل أن يكفر لزمته كفارة أخرى. وإن قال: هي عليه كظهر أمّه إن فعل كذا وكذا فليس عليه شيء حتى

يفعل ذلك الشيء و يجامع، فتلزمه الكفارة إذا فعل ما حلف عليه «٥». و نحوه ما فى المقنع «٦» و الهداية «٧». و فى النهاية: ثم إنه ينقسم قسمين: قسم منه يجب فيه الكفارة قبل الواقعة. و الثانى: لا تجب فيه الكفارة إلا بعد الواقعة. فالقسم الأول هو أنه إذا تلفظ بالظهار على ما قدّمناه، و لا يعلّقه بشرط، فإنه يجب عليه الكفارة قبل موائعتها، فإن واقعها قبل أن يكفر كان عليه كفارة أخرى. و الضرب الثانى: لا يجب فيه الكفارة، إلا بعد أن يفعل ما شرط أنه لا يفعله، أو يواقعها، فمتى واقعها كانت عليه كفارة واحدة، فإن كفر قبل أن يواقع ثم واقع

(١) المقنع: ص ٣٥٢.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٥٢٧ ذيل حديث ٤٨٢٩.

(٣) الهداية: ص ٢٧٣.

(٤) النهاية: ج ٢ ص ٤٦٢.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٥٢٧ ذيل حديث ٤٨٢٩.

(٦) المقنع: ص ٣٥٢.

(٧) الهداية: ص ٢٧٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٥٣

لم يجزه ذلك عن الكفارة الواجبة بعد الواقعة، و كان عليه إعادتها، و متى فعل ما ذكر أنه لا يفعله و جبت عليه الكفارة أيضاً قبل الواقعة، فإن واقعها بعد ذلك كان عليه كفارة أخرى «١».

و الظاهر أن معنى هذه العبارات أن عليه الكفارة بعد الواقعة إذا عاد لما قاله، فارتفع الخلاف من البين.

و يجب تقديم الكفارة على الوطء فى المطلق، و ما وقع شرطه على خلاف فى الإطعام عرفته مع تبيّة العود، و لا تجب الكفارة بالتلفظ كما زعمه بعض العامة «٢» بل بالعود بالنص «٣» و الإجماع.

و لكن اختلف فى العود، فالمشهور أنه هو إرادة الوطء أى استباحة الوطء، و يظهر الاتفاق عليه من التبيان «٤» و مجمع البيان «٥» و غيرهما، و يدلّ عليه خبر أبى بصير قال للصادق (عليه السلام): متى تجب الكفارة على المظاهر، قال: إذا أراد أن يواقع «٦». و نحوه صحيح جميل بن درّاج «٧» و حسنه «٨» عنه (عليه السلام). و الأخبار «٩» النافية للكفارة إذا فارقها قبل الواقعة، أو قبل الحنث.

و عند أبى على «١٠» و المرتضى «١١» أنه إمساكها على النكاح زماناً و إن قلّ، و هو موافق لقول بعض العامة «١٢». و لعله استند إلى أن صيغة الظهار تقتضى التحريم، و التحريم إنما يكون بالبينونة، فإذا لم يبينها فقد عاد عن التحريم.

(١) النهاية: ج ٢ ص ٤٦٠.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٣٥٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٧ ب ١٠ من كتاب الظهار.

(٤) التبيان: ج ٩ ص ٥٤٣.

(٥) مجمع البيان: ج ٩ ص ٢٤٧ و ٢٤٨.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ من كتاب الظهار ح ٦.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٩ ب ١٠ من كتاب الظهار ذيل حديث ٤.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ من كتاب الظهار ح ٤.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٧ ب ١٠ من كتاب الظهار.

(١٠) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٢٦.

(١١) انظر الانتصار: ص ١٤٢، و مسائل الناصريّات: ص ٣٥٥ ٣٥٦.

(١٢) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٧٦.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٥٤

و ضعفه ظاهر، مع أنه مردود بالأصل، و الأخبار «١».

و الكفارة و إن وجبت بإرادة الوطاء، لكنّها ليست بمجرد ذلك مستقرّة حتّى أنّه لو فارقها بعد إرادة الوطاء استقرّت عليه. بل

معنى الوجوب تحريم الوطاء حتّى يكفّر وفاقاً للمشهور، للأصل، و ظاهر الأخبار الناطقة بأن لا يمسيها حتّى يكفّر، أو سقوط

الكفارة إذا فارقها قبل المسّ «٢». و ظاهر الآية، فإنّها أوجبت التحرير قبل المسّ «٣» و القبليّة تستدعي وجود المتضايقين.

و قيل: بالاستقرار بإرادة الوطاء، لأنّها العود، و قد علّق عليه وجوب الكفارة «٤» و لأنّها وجبت عند الإرادة، فيستصحب، و لأنّها إن

لم تستقرّ بذلك لم تكن واجبة حقيقة، بل إنّما كانت شرطاً لإباحة الوطاء.

و الجواب: أنّ الوجوب خلاف الأصل، و إنّما علم من النصوص الوجوب، بمعنى توقّف المسّ عليه و إن لم يكن ذلك وجوباً

حقيقة.

فإن وطئ قبل التكفير لزمه كفارتان بالإجماع كما في الخلاف «٥» و الانتصار «٦» و السرائر «٧» و الغنية «٨» و ظاهر التبيان «٩» و

المبسوط «١٠» و للأخبار كصحيح الحلبيّ قال للصادق (عليه السلام): إن أراد أن يمسيها؟ قال: لا يمسيها حتّى يكفّر، قال: فإن

فعل فعليه شيء؟ قال: إي و الله إنّ لآثم ظالم، قال: عليه كفارة غير الاولى؟ قال: نعم يُعتق أيضاً رقبته «١١». و صحيح أبي بصير

قال له (عليه السلام): فإن واقع قبل أن يكفّر فقال: عليه كفارة أخرى «١٢».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٧ ب ١٠ من كتاب الظهار.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٧ ب ١٠ من كتاب الظهار.

(٣) المجادلة: ٣.

(٤) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٢ س ٦.

(٥) الخلاف: ج ٤ ص ٥٣٩ مسألة ٢٣.

(٦) الانتصار: ص ١٤٢.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ٧١٢.

(٨) غنية التزوع: ص ٣٦٨.

(٩) التبيان: ج ٩ ص ٥٤٤.

(١٠) المبسوط: ج ٥ ص ١٥٤.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ من كتاب الظهار ح ٤.

(١٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٦ ب ١٥ من كتاب الظهار ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٥٥

ولا- نعرف مُخالفاً فيه إلّا أبا عليّ في الإطعام، بناءً على مذهبه فيه من عدم وجوب تقديمه على المسّ «١». و يؤيّده أنّ أكثر الأخبار «٢» إنّما أوجب عليه عتق رقبةً ثانيةً. و خبر زرارة عن الباقر (عليه السلام): إنّ الرجل إذا ظاهر من امرأته ثمّ يمّسها «٣» قبل أن يكفّر، فإنّما عليه كفّارة واحدة و يكفّف عنها حتّى يكفّر «٤». و حسن الحلبيّ قال للصادق (عليه السلام): فإنّ واقع قبل أن يكفّر؟ قال: يستغفر الله و يمسك حتّى يكفّر «٥». و الأولى حملها على الجهل أو النسيان، كما أن النبيّ (صلى الله عليه و آله) إنّما أمر سلمة بن صخر مع أنّه أخبره بالمواقعة، بكفّارة واحدة «٦». و كذا الرجل من بنى النجّار «٧». و كما نصّ عليه قول الباقر (عليه السلام) في صحيح محمّد بن مسلم: الظهار لا يكون إلّا على الحنث، فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتّى يكفّر، فإن جهل و فعل فإنّما عليه كفّارة واحدة «٨».

و تتكرّر الكفّارة بتكرّر الوطء في المشهور، و يدلّ عليه صدق الوطء قبل التكفير على كلّ منهما، و كلّ و طء قبل التكفير سبب للكفّارة، و الأصل عدم التداخل. و قول الصادق (عليه السلام) في حسن أبي بصير: إذا واقع المرّة الثانية قبل أن يكفّر فعليه كفّارة أخرى، و «٩» ليس في هذا اختلاف «١٠». و قال ابن حمزة: إن كفّر عن الوطء الأوّل لزمه التكفير عن الثاني، و إلّا فلا «١١».

اصفهانى، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام؛ ج ٨، ص: ٢٥٥

(١) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٣٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٦ ب ١٥ من كتاب الظهار.

(٣) في وسائل الشيعة بدل يمّسها: غشيها.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٨ ب ١٥ من كتاب الظهار ح ٩.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٦ ب ١٥ من كتاب الظهار ح ٢.

(٦) عوالمى اللآلى: ج ٣ ص ٣٩٧ ح ٢.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ من كتاب الظهار ح ٧.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٨ ب ١٥ من كتاب الظهار ح ٨.

(٩) ليس في وسائل الشيعة: و.

(١٠) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٦ ب ١٥ من كتاب الظهار ح ١.

(١١) الوسيلة: ص ٣٣٥.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٥٦

لأنّ الأخبار الموجبة لكفّارة اخرى للوطء تشمل الوطء الواحد و المتعدّد، و الأصل البراءة من التكرير، فإذا وطئ مرّات قبل

التكفير لم يكن عليه سوى كفارة أخرى، و أما إذا كفر عن الأول، فإذا وطئ ثانياً صدق عليه أنه وطئ قبل التكفير، فلزمه كفارة أخرى، و حسن أبي بصير ليس نصاً في إيجاب التكرار مطلقاً، و هو قوى.

و لو وطئ ثانياً بعد أن أدى كفارة واحدة ناوياً بها عن الوطء الأول بعينه أو عن أحدهما أى الوطء الأول، و الظهار لا على التعيين على إشكال في الثاني، من الإشكال في أجزاء هذه الكفارة من اتحاد الجنس، و احتمال كون الكفارتين عن الظهار، و من أن الظاهر أنهما لذنين: الظهار و الوطء، و استلزام اختلاف الذنب للتمييز في التية. و أيضاً من صدق الوطء بعد التكفير و أصالة البراءة. و من أنه إنما تسقط الكفارة إذا كفر عن الظهار، و إنما يحصل التكفير عن الظهار بالتية و جبت بالوطء الثاني كفارة ثالثة، و إن نواها عن الظهار فلا شيء عن الوطء الثاني لوقوعه بعد كفارة الظهار من غير شبهة.

و لو طلق رجعيًا و فاهًا حقها فلا شيء عليه، كما روى سعيد الأعرج عن الكاظم (عليه السلام) في رجل ظاهر من امرأته فوفى، قال: ليس عليه شيء «١».

فإن راجعها في العدة لم يحل له حتى يكفر لبقاء الزوجية. و لأن يزيد الكناسي سأل الباقر (عليه السلام) عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها تطليقة فقال: إذا طلقها تطليقة فقد بطل الظهار، و هدم الطلاق الظهار، قال له: فله أن يراجعها؟ قال: نعم هي امرأته [قال] «٢» فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتامسا «٣».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ من كتاب الظهار ح ١٠.

(٢) لم يرد في وسائل الشيعة: قال.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ من كتاب الظهار ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٥٧

و لا تجب الكفارة بالرجعة ما لم يرد إباحة الوطء إلا على قول من قال: بأن العود إنما هو إمساكها على النكاح في زمان و إن قل مع القدرة على الطلاق و من العامة من جعل نفس الرجعة عوداً.

و لو خرجت من العدة ثم تزوجها، أو كان الطلاق بائناً و تزوجها في العدة فلا كفارة لو وطئها في المشهور، لبطان حكم الظهار بالبينونة. و خبر يزيد الكناسي قال بعد ما سمعته الآن: فإن تركها حتى يحل أجلها و تملك نفسها، ثم تزوجها بعد ذلك هل يلزمه الظهار من قبل أن يتامس؟ قال: لا، قد بانت منه و ملكت نفسها «١». و إطلاق نحو صحيح محمد بن مسلم سأله (عليه السلام) عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها قبل أن يواقعها فبانت منه أ عليه الكفارة؟ قال: لا «٢». و صحيح جميل عن الصادق (عليه السلام) سأله: فإن طلقها قبل أن يواقعها أ عليه كفارة؟ فقال: لا، سقطت الكفارة عنه «٣».

و أوجبها التقي «٤» و سائر «٥» و مال إليه ابنا زهرة «٦» و إدريس «٧» لعموم النصوص «٨» و صحيح علي بن جعفر عن أخيه (عليه السلام) سأله عن رجل ظاهر من امرأته، ثم طلقها بعد ذلك بشهر، أو شهرين، فتروجت ثم طلقها الذي تزوجها فراجعها الأول، هل عليه فيه الكفارة للظهار الأول؟ قال: نعم عتق رقبة، أو صيام أو صدقة «٩». و حمل على التقية و الاستحباب و فساد التزويج، لعدم انقضاء العدة.

و قال ابن حمزة: إن جدد العقد بعد العدة لم يلزم الكفارة رجعيًا أو بائناً

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ من كتاب الظهار ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٠ ص ٥١٧ ب ١٠ من كتاب الظهار ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ من كتاب الظهار ح ٤.

(٤) الكافي في الفقه: ص ٣٠٣ ٣٠٤.

(٥) المراسم: ص ١٦٠.

(٦) غنية النزوع: ص ٣٦٩.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ٧١٢.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٧ ب ١٠ من كتاب الظهار.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٩ ب ١٠ من كتاب الظهار ح ٩.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٥٨

و يلزم إن جدده على البائن في العدة «١». و لعله لعموم النصوص «٢» خرج ما إذا خرجت من العدة، لخبر يزيد الكناسي «٣» فيبقى الباقي.

و لو ماتا، أو أحدهما قبل المس سقطت الكفارة إلا على قول أبي علي، و لكن إن وطئها بعد موتها، فالظاهر أن عليه كفارتين، للعموم والاستصحاب.

و الارتداد كالطلاق الرجعي، إن كان عن غير فطرة، أو كان من المرأة و كان إلى غير الكتابية، و إلا فلا مشابهة له بالطلاق تجب الكفارة مع العود إلى الإسلام، و عن الظهار في العدة لا إذا خرجت فجدد العقد، إلا على قول أبي علي، فيتجه الوجوب بمجرد التريص و عدم الطلاق.

و لو ظاهر و لم ينو العود ثم أعتق مثلاً لم يجزئه، لأنه كفر قبل الوجوب بل لم يكفر، و إنما هو فعل شبيه الكفارة فأطلق عليه اسمها مجازاً.

و لو اشترى زوجته المظاهر منها بطل العقد فبطل توابعه، و منها حكم الظهار و حل له وطؤها قبل الكفارة أي بلا كفارة. و كذا لو اشترى غير الزوج ففسخ النكاح ثم تزوجها الزوج بعقد آخر سقطت الكفارة و كذا لو باع أمته التي ظاهر منها ثم اشترىها.

و لو قال لجماعة أنتن علي كظهر أمي وقع الظهار بهن اتفاقاً، و تعدد الكفارة بحسبهن فعليه عن كل واحدة كفارة وفاقاً للمعظم. و حكى عليه الإجماع في الخلاف «٤» لأصالة تعدد المسبب بتعدد السبب. و خبر حفص بن البختري عن الصادق و الكاظم (عليهما السلام)، في رجل له عشر جوارٍ فظاهر منهن كلهن جميعاً بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفارات «٥». و إطلاق صحيح صفوان قال:

(١) الوسيلة: ص ٣٣٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٧ ب ١٠ من كتاب الظهار.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ من كتاب الظهار ح ٢.

(٤) الخلاف: ج ٤ ص ٥٣٤ ٥٣٥ مسألة ١٨.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٥ ب ١٤ من كتاب الظهار ح ١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٥٩

سأل الحسين بن مهران أبا الحسن الرضا (عليه السلام) عن رجل ظاهر من أربع نسوة، فقال: يكفر لكل واحدة منهن كفارة، و

سأله عن رجل ظاهر من امرأته و جاريته ما عليه؟ قال: عليه لكل واحد منهما كفارة «١». و خلافاً لأبي علي «٢» لقول أمير المؤمنين (عليه السلام) في خبر غياث بن إبراهيم في رجلٍ ظاهر من أربع نسوة: عليه كفارة واحدة «٣». و يحمل مع الضعف على الاتحاد في الجنس.

و قد بينى الخلاف على أنّ للظاهر شبهاً بالطلاق و باليمين، فإن غلب الأول تعددت الكفارة، و إن غلب الثاني اتحدت، و عليه يحتمل أن لا يكون عليه كفارة بالعود إلى بعضهن، كما أنّ من حلف لا يكلم جماعةً، لم يحث إلا بتكليمهم كلهم.

و لو كرّر الظهار من واحدة و جب عليه بكل مرة كفارة، سواء فُرق الظهار، أو تابعه اتحد المشبه بها، أم تعددت على رأى وفاقاً للأكثر، لأصالة عدم التداخل، و الأخبار، و هي كثيرة كصحيح محمّد بن مسلم سأل الباقر (عليه السلام) عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرّات أو أكثر، ما عليه؟ قال: عليه مكان كل مرة كفارة «٤».

و في المبسوط: أنّه إن والى و نوى التأكيد أو أطلق، لم يلزمه أكثر من كفارة. و إن نوى الاستئناف، أو فُرق، تعددت، تخلل التكفير، أو لا- و نفى الخلاف عن الواحدة إذا نوى التأكيد، و التعدد إذا فُرق و تخلل التكفير «٥» و نحوه في الوسيلة «٦» و التحرير «٧» صريحاً، و الخلاف مفهوماً، فإنّه حكم بالتعدد إذا نوى الاستئناف «٨» لكنّه لم يفرّق فيه بين التوالى و التفريق. و يمكن أن يكون هو المراد بما في النهاية،

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٥ ب ١٤ من كتاب الظهار ح ٢.

(٢) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٣٦.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٥ ب ١٤ من كتاب الظهار ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٢٤ ب ١٣ من كتاب الظهار ح ٤.

(٥) المبسوط: ج ٥ ص ١٥٢.

(٦) الوسيلة: ص ٣٣٤.

(٧) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٢ س ١٣.

(٨) الخلاف: ج ٤ ص ٥٣٥ مسألة ١٩.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٦٠

فإنّه ذكر فيه أنّه: إذا ظاهر منها مرّة بعد اخرى تعددت الكفارة «١». و عند نيّة التأكيد لم يظاهر مرّة بعد اخرى.

و كذا عبارة الكتاب و كثير من العبارات، كعبارات النافع «٢» و الشرائع «٣» و الجامع «٤» و لعلّه إنّما خصّ التفصيل بالتأكيد، و عدمه في المبسوط بالتوالى، لأنّ التأكيد بالمتفرّق غير معهود.

و بنو زهرة «٥» و إدريس «٦» و أبي عقيل «٧» أطلقوا تكرير كلمة الظهار.

و في المختلف نفى البأس عمّا في المبسوط من الفرق بعد أن رجح التعدد، قصد التأكيد أو لا، و استدلل للفرق بالأصل و الاتحاد مع قصد التأكيد، و خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق (عليه السلام) «في رجل ظاهر من امرأته أربع مرّات في مجلس واحد، قال: عليه كفارة واحدة» و عارض الأصل بالاحتياط، و منع الاتحاد، فإنّ المؤكّد غير المؤكّد «٨». و أمّا الخبر فحملة الشيخ على الاتحاد في الجنس «٩».

و قال أبو علي: إن اختلفت المشبه بها تعددت الكفارة، كأن قال: أنت عليّ كظهر أمي، أنت عليّ كظهر أختي، لأنّهما حرمتان انتهكهما، و إن اتحدت اتحدت ما لم يتخلل التكفير «١٠». و يتّجه عليه احتمال التعدد إن قال: أنت كظهر أمي و أختي، لانتهاك

الحرمتين.

و لو وطئها قبل التكفير عن الجميع كفر عن بعضها أو لا- وجب عليه عن كل وطء كفارة واحدة لا أزيد، و عن كل مرة بقيت اخرى.

(١) النهاية: ج ٢ ص ٤٦٤ ٤٦٥.

(٢) المختصر النافع: ص ٢٠٥.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٦٥.

(٤) الجامع للشرائع: ص ٤٨٣.

(٥) غنية النزوع: ص ٣٦٩.

(٦) السرائر: ج ٢ ص ٧١٣.

(٧) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٣١.

(٨) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٣٣.

(٩) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٣ ذيل حديث ٧٣.

(١٠) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٣١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٦١

و يصح الظهار مطلقاً عن الزمان اتفاقاً و مقيداً بمدّة على رأى وفاقاً لأبى على «١» للعموم، و الاحتياط. و لما روى من أن سلمة بن صخر قال: كنت امرءاً أوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيرى، فلما دخل رمضان ظهرت من امرأتى حتى ينسلخ رمضان فرقاً من أن أصيب فى ليلتى شيئاً فاتابع فى ذلك إلى أن يدركنى النهار، و أن لا أقدر على أن أنزع، فبينما هى تخدمنى الليل إذ يكشف لى منها شىء. فوثبت عليها. إلى أن ذكر أنه ذكر ذلك للنبي (صلى الله عليه و آله) فأمره بالتكفير «٢». و فيه أنه ليس نصاً فى إيقاع الظهار فى الصيغة مقيداً بالشهر.

و خلافاً للشيخ «٣» و ابنى إدريس «٤» و البراج «٥» و يظهر الإجماع من المبسوط، لصحيح سعيد الأعرج عن الكاظم (عليه السلام): فى رجل ظاهر من امرأته يوماً، قال: ليس عليه شىء «٦». و لأنه إذا قيده لم يرد التحريم إلّا فى تلك المدّة، فأشبه التشبيه بمن لا يحرم عليه مؤبداً. و لأن من حكم الظهار حرمة المس ما لم يكفر. و ضعفهما ظاهر.

و يحتمل الخبر أنه لا شىء عليه بمجرد الظهار، أو أنه ليس عليه عقوبة فى الآخرة إذا عاد و كفر، أو أنه ليس عليه فى تقييد الظهار باليوم شىء، أى يقع الظهار و إن قيده. على أن الحدى فيما رأيناه من نسخ التهذيب «٧» مكان قوله «يوماً» فوفى، و قد قدّمناه كذلك، فلا تعلق له بالمسألة.

فإن قصرت المدّة المضروبة للظهار عن زمان التبرّص وقع و إن لم تفد المرافعة شيئاً على إشكال من العموم. و من أن لازم الظهار التبرّص إذا رفعت ثلاثة أشهر، و هو ممنوع. و فى الإيضاح: أنه أمر بإسقاط الإشكال من النسخ «٨».

(١) حكاة عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٤٦.

(٢) عوالى اللالى: ج ٣ ص ٣٩٧ ح ٢.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ١٥٦.

(٤) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٩.

(٥) المهذب: ج ٢ ص ٣٠١.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ من كتاب الظهار ح ١٠. فيه: «فوفى» بدل: يوماً.

(٧) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٤ ح ٤٥.

(٨) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٤٢٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٦٢

و يجوز أن يراد بمدّة التبرّص أربعة أشهر، فمنشأ الإشكال: من العموم. و من عدم وجوب الوطء دونها، فليس عليه إمّا الرجوع أو الطلاق. و يندفع بما عرفته من معنى الرجوع.

و إذا قلنا بوقوعه مقيداً، فإن أوقعه كذلك يحرم وطؤها في تلك المدّة قبل الكفّارة فإن وطئ كانت عليه كفّارتان.

و لو وطئ المظاهر قبل التكفير ناسياً للظهار أو جاهلاً بالحكم فكفّارة واحدة وفاقاً للشيخ «١» و ابن حمزة «٢». و قد عرفت المستند. و أطلق الأكثر وجوب الكفّارتين.

(١) النهاية: ج ٢ ص ٤٦٢.

(٢) الوسيلة: ص ٣٣٥.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٦٣

[الباب الرابع فى الإيلاء و فيه مقصدان]

إشارة

الباب الرابع فى الإيلاء و هو فى الأصل: الحلف، من آلوت أى: قصرت، يقال: آلى و آتلى و تألى أى حلف، و الاسم: الأليّة و الألوّة، و فى الشرع: الحلف على الامتناع من وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر. و فيه مقصدان:

[المقصد الأوّل: فى أركانه، و هى أربعة]

إشارة

الأوّل: فى أركانه، و هى أربعة

[الركن الأوّل: فى الحالف]

الأوّل: الحالف و يعتبر فيه البلوغ و العقل و الاختيار و القصد، و يقع من المملوك للعموم سواء كانت زوجته حرةً أو أمةً لمولاه أو لغيره.

□

و من الذمى و غيره من الكفّار المُقرّين بالله، و لا ينحلّ بالإسلام، خلافاً لمالك «١» و لم يخالف الشيخ هنا فى الوقوع منه «٢».

مع مجيء ما ذكره في الظهار (٣) هنا. و من الخَصِيّ السليم الذكر، فإنه يولج أشدّ من إيلاج الفحل. و من المَجْبُوب بقى له ما يَطا به أم لا على إشكال: من العموم، و إمكان المساحقة، و هو خيرة المبسوط (٤) و التحرير (٥) و الإرشاد (٦)

-
- (١) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٢٤.
 - (٢) الخلاف: ج ٤ ص ٥٢١ مسألة ٢٠.
 - (٣) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٥.
 - (٤) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٣.
 - (٥) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٢ س ٢٢.
 - (٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ٥٧.
- كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٦٤
و التبصرة (١) و التلخيص (٢) و الشرائع (٣).
و من انتفاء الإضرار، و كونه يميناً على ترك الممتنع، كأن يحلف لا يصعدن السماء، و هو خيرة المختلف (٤) [و يندفع بإمكان المساحقة إن لم يؤل بنحو الإيلاج] (٥).
و على الأوّل فيكون فيئه كالعاجز عن الوطء لمرض، فكما يقول المريض: إذا قدرت فعلت، يقول المَجْبُوب: لو قدرت فعلت. و فيه الفرق الظاهر بين المرض المتوقّع الزوال و غيره. و إذا عرض الجبّ في مدّة التربّص انقطع المدّة إن لم يصحّ من المَجْبُوب ابتداءً، و إلّا فلا. و للعامة قول باختيارها في الفسخ حينئذٍ (٦).
و من المطلق رجعيّاً بلا خلاف كما في المبسوط (٧) لبقاء الزوجيّة و يحتسب زمان العدة من مدّة التربّص وفاقاً للمبسوط (٨) و الخلاف (٩) و الشرائع (١٠) و إنّما يتمّ إن كان ابتداءها من اليمين، فإنّه إن كان من المرافعة فلا. مرافعة هنا، إذ لا تستحقّ الاستمتاع. و لم يحتسبه منها في التحرير (١١).
و كذا لو طلق رجعيّاً بعد الإيلاء ثمّ راجع احتسب زمان العدة من المدّة إن ابتدأت المدّة من اليمين، أو رفعت قبل الطلاق، وفاقاً للشرائع (١٢) لبقاء الزوجيّة في الجملة، و التمكن من الوطء. و خلافاً للمبسوط (١٣) لأنّها تجرى إلى بينونة. و المدّة إنّما تضرب في زوجة كاملة. و لأنّ المدّة إنّما تضرب ليفيء،

-
- (١) تبصرة المتعلّمين: ص ١٥١.
 - (٢) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهية): ج ٣٩ ص ٥١١.
 - (٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٨٤.
 - (٤) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٥٤.
 - (٥) ما بين المعقوفتين ليس في ق، ن.
 - (٦) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٤٢ ٥٤١.
 - (٧) المبسوط: ج ٥ ص ١٣٤.
 - (٨) المبسوط: ج ٥ ص ١٣٥.
 - (٩) الخلاف: ج ٤ ص ٥٢١ مسألة ١٩.

(١٠) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٨٩.

(١١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٢ س ٣٣.

(١٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٨٩.

(١٣) المبسوط: ج ٥ ص ١١٨.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٦٥

أو يُطَلَّق وقد طَلَّق. و في الفرق بينه وبين الإيلاء في العدة نظر. و يقع من المظاهر فهو أولى من المطلق، لتمام الزوجية.

[الركن الثاني: في المحلوف عليه]

الركن الثاني: المحلوف عليه و يدخل فيه المولى منها.

و هو ترك جماع زوجته. و يشترط كونها منكوحهً بالعقد الدائم، فلا يقع بالمتمتع بها على الأقوى و قد مضى الكلام فيه في النكاح و لا بالموطوءة بالملك و إنما للحلف على ترك جماعها حكم سائر الأيمان، إذ لا يجب عليه وطؤها، و لا لها المطالبة به و أن تكون مدخولاً بها من غير ظهور خلاف، للأخبار كقول أحدهما (عليهما السلام) في صحيح محمد بن مسلم في غير المدخول بها: لا يقع عليها إيلاء و لاظهار «١». و قول أمير المؤمنين (عليه السلام): لا إيلاء حتى يدخل بها، قال: أ رأيت لو أن رجلاً حلف أن لا يبنى بأهله سنتين، أو أكثر من ذلك أ كان يكون إيلاء؟ «٢» و قد نص هنا على الاشتراط من نص في الظهار على العدم من المفيد «٣» و سلار «٤» و ابني زهرة «٥» و إدريس «٦» و لعله لكون أخبار الاشتراط فيه أكثر منها في الظهار. و لقوله تعالى: «فَإِنْ فَاؤُ» «٧» ففي السرائر «٨» و الغنية «٩» و متشابه القرآن لابن شهر آشوب «١٠» أن المراد به العود إلى الجماع بالإجماع، و لا عود ما لم تكن مدخولاً بها.

و يقع بالحرّة و الأمة للعموم و حقّ المرافعة لها لا للمولى،

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٨ من أبواب الظهار ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٣٨ ب ٦ من أبواب الإيلاء ح ٣.

(٣) المقنعة: ص ٥٢٣ ٥٢٤.

(٤) المراسم: ص ١٦٠.

(٥) الوسيلة: ص ٣٣٥.

(٦) السرائر: ج ٢ ص ٧١٩ ٧٠٩.

(٧) البقرة: ٢٢٦.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ٧٢١.

(٩) غنية التزوع: ص ٣٦٥.

(١٠) متشابه القرآن و مختلفه: ج ٢ ص ١٩٨.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٦٦

و كذا طلب حقوق الزوجية بعد المدة. و يقع بالذميمة و الكافرة غيرها إذا أسلم دونها و هي في العدة كالمسلمة للعموم و بالمطلقة

الرجعيّة كما عرفت.

ولفظه الصريح تغيب الحشفة أو الفرج، أو مرادفاته في الفرج و ذكر الحشفة اقتصار على أقلّ المسمّى والإيلاج لذلك، أو مرادفاته والنيك و يختصّ البكر بالافتضاض، و نفاه في المبسوط «١» و الخلاف «٢» بناءً على اشتراط الدخول.

و فيه أنّ الدخول يعمّ الوطء في الدبر، و لا دليل على اشتراطه في القبل، نعم يجوز أن ينفي صراحته، لكون الافتضاض أعمّ ممّا بالوطء أو الإصبع، و نحو ذلك.

أمّا الجماع و الوطء فإنّه صريح في العرف و إن لم يكن حقيقة في الأصل في ذلك يقع معه الإيلاء إن قصد و الأخبار الناطقة بالجماع كثيرة، و إن ذكر أنّه إنّما قصد الوطء باليد، أو الرجل، أو الاجتماع معها، أو لم يقصد شيئاً قبل، منه وفاقاً للخلاف «٣» و السرائر «٤» و الشرائع «٥».

و في المبسوط قبل فيما بينه و بين الله لا في الحكم، و أضاف إليهما الإصابت، ثمّ حكى عن بعض الناس أنّها كالمباشرة «٦». و في المباضعة و الملامسة و المباشرة مع التّيه إشكال، أقربه الوقوع وفاقاً للمبسوط «٧» و الخلاف «٨» و السرائر «٩» لاشتغالها في ذلك المعنى، و ورود الأخبار بالوقوع بأخفى منها كما سيظهر. و يحتمل العدم، للأصل، و الخفاء، فإنّها و إن اشتهرت في ذلك لكنّها ليست نصّاً فيه. أمّا الأخيرتان فظاهرتان، و أمّا الأولى

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١١٦.

(٢) الخلاف: ج ٤ ص ٥١٣ ٥١٤ مسألة ٤.

(٣) الخلاف: ج ٤ ص ٥١٤ مسألة ٥.

(٤) السرائر: ج ٢ ص ٧٢١ ٧٢٢.

(٥) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٨٣.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ١١٦.

(٧) المبسوط: ج ٥ ص ١١٦.

(٨) الخلاف: ج ٤ ص ٥١٤ مسألة ٦.

(٩) السرائر: ج ٢ ص ٧٢٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٦٧

فلأنّها من البضع أي الشقّ أو البضعة أي الطائفة، لما في الجماع من نوع شقّ و مباشرة بضعة بضعة. و فيه نظر، فإنّها و إن اشتقت من ذلك، لكنّها لا تستعمل إلّا في الجماع، فلا يكون أخفى من الجماع.

و لو قال: «لا- جمّع رأسى و رأسيك مَخْدَةً» أو «لا- ساقفتك» أو «لا- طيلنّ غيبتي عنك» أو «لأسوءنك»، قيل في المبسوط «١» و

السرائر «٢» يقع مع القصد و هو خيرة التحرير «٣» و التلخيص «٤» و المختلف «٥» لقول الصادق (عليه السلام) في حسن بريد بن معاوية: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته و لا يمسيها و لا يجتمع رأسه و رأسها، فهو في سعة ما لم تمض الأربعة أشهر «٦».

الحديث. و في خبر أبي الصباح الكناني: الإيلاء أن يقول الرجل لامرأته: و الله لأغيظنك و لأسوءنك «٧». و في حسن الحلبي «٨» و صحيحه «٩» و خبر أبي بصير و الإيلاء أن يقول: لا و الله لا أجامعك كذا و كذا، أو يقول: و الله لأغيظنك «١٠».

و في الخلاف «١١» و السرائر «١٢» أنّه لا- يقع، و هو خيرة الإرشاد «١٣» للأصل و الخفاء «١٤» و خصوصاً اللفظ الأوّل. و زاد في التحرير: الوقوع بقوله: لا أجنب منك، أو لا أغتسل منك، و أراد لا أجامعك لأغتسل، أو: لا أجامعك إلّا في الدبر،

- (١) المبسوط: ج ٥ ص ١١٦ ١١٧.
- (٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٨٣.
- (٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٢ س ٢٨.
- (٤) تلخيص المرام (سلسلةً الينايع الفقهيّة): ج ٣٩ ص ٥١١.
- (٥) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٤٨ ٤٤٩.
- (٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ من أبواب الإيلاء ح ١.
- (٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ من أبواب الإيلاء ح ٣.
- (٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٣٥ ب ١ من أبواب الإيلاء ح ١.
- (٩) الكافي: ج ٦ ص ١٣٠ ح ٢.
- (١٠) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ من أبواب الإيلاء ح ٢. وفيه بدل «لا و الله»: و الله.
- (١١) الخلاف: ج ٤ ص ٥١٥ مسألة ٧.
- (١٢) السرائر: ج ٢ ص ٧٢٢.
- (١٣) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ٥٧.
- (١٤) في ق، ط بدل «و الخفاء»: مع الخفاء.
- كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٦٨
- أو إلّا جماع سوء، و أراد في الدبر، أو: لا أغيب الحشفة أجمع «١» و في التلخيص «٢» بعضاً من ذلك.
- و لو قال: لا وطئتكَ في الحيض، و لا في النفاس، أو في دبرك، فهو محسن و ليس بمؤولٍ و ما على المُحسنين من سبيل.

[الركن الثالث: في الصيغة]

الثالث: الصيغة و لا ينعقد عندنا إلّا بأسماء الله تعالى لقوله (صلى الله عليه و آله و سلم): من كان حالفاً فليخلف بالله أو فليضمت «٣». إلى غيره من النصوص مع التلّفظ بالجملة القسَمِيَّة فلو قال: «لأتركنّ وطأك» لم يقع و إن أشعرت اللام بالقسم، للأصل، و انتفاء الإيلاء في الظاهر.

و يقع بأيّ لسان كان للعموم، و لا يقع إلّا مع القصد فإنّما الأعمال بالنيات و رفع الخطأ و النسيان و ما استكره عليه. و لو حلف بغير الله تعالى أو بغير أسماء صفاته المختصّة أو الغالبة لم ينعقد، كما لو حلف بالعتاق و الظهار و الصدقة و التحريم و الطلاق، كأن يقول إن وطئتكَ فعبدى حرّ، أو فانت، أو فلانة طالق، أو كظهر أمي، أو محرّمة عليّ، أو فكذا من مالى صدقة، أو وقف و الكعبة و النبيّ و الأئمّة (عليهم السّلام) و إن أثم بهتكه حرمة أسمائهم أو التزام صوم أو صلاةٍ أو صدقةٍ و غير ذلك كأن يقول: إن وطئتكَ فعلى صوم لم ينعقد الإيلاء، و لا وجب ما التزمه، إذ ليس من صيغ الالتزام. و كذا لا ينعقد لو أتى بصيغة الالتزام بأن قال مثلاً إن وطئتكَ فله على صلاةٍ أو صوم فإنّه ليس من الإيلاء في شيء، لكن يلزمه ما ألزمه إذا وطئ إن استجمع الشرائط.

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٢ س ٢٨.

(٢) تلخيص المرام (سلسلة النبايع الفقهية): ج ٣٩ ص ٥١١.

(٣) صحيح مسلم: ج ٣ ص ١٢٦٧ ح ٣. وفيه بدل «فليصمت»: ليصمت.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٦٩

و لو قال: إن وطئتك فعبدي حرّ عن الظهار لم يكن إيلاءً قصد به إنشاء التحرير معلقاً بالوطء، أو لا، كان قد ظاهر أم لا. لكن لو وطئ أُلزم بعق العبد، لإقراره بعقته عن الظهار، فإنّ كلامه في صورة الخبر، فهو إقرار بالظهار، وبأنّه التزم عتق العبد عنه إن وطئ، فيؤاخذ بإقراره.

و هل يلزم بعقته معجلاً بعد الوطء؟ الأقرب المنع لأنّ الظهار لا يوجب الإلزام بالتكفير إلّا مع مطالبته، وإذا وطئ لم يبق مطالبته، ثمّ لا يوجب الإلزام بعق عبد بعينه، و التزام الإعناق إن وطئها لا يقتضى المبادرة إليه بعده.

و يحتمل الإلزام، لأنّ كفارة الظهار تصير معجّلة بالوطء، وقد تعيّن هنا في عتق هذا العبد بالالتزام، ولأنّ الالتزام إذا تعلّق بحق الغير لزمّت المبادرة إليه، و العتق كذلك. و يجوز أن يريد بالتعجيل الإيقاع قبل الوطء بعد مدّة التبرّص للظهار، أو عند العزم على الوطء.

و وجه القرب: أنّه لا- يتعيّن عليه بالظهار عتق هذا العبد، و إنّما التزم عتقه بعد الوطء، فإنّما يتعيّن بعده، مع احتمال أن لا يكون ظاهر إلّا معلقاً بالوطء.

و يحتمل الإلزام، لأنّه لما التزم عتقه عن الظهار تعيّن عليه ذلك في التكفير عن الظهار، كما أنّه إذا لم يقدر على غيره تعيّن عليه، و كفارة الظهار لا- بدّ من تقديمها على الوطء، و لو أخره عن الوطء لزمته كفارة أخرى، و غاية ما يلزم من تقديمه أن ينحلّ التزامه.

و يدفعه: أنّه إنّما تعيّن عليه بعد الوطء، و غاية ما يلزم من التكفير بعق غيره قبل الوطء أن ينحلّ الالتزام، مع أنّه لا- يعارض احتمال تعليق الظهار بالوطء.

و لو قال: إن وطئتك فهو حرّ عن ظهاري إن ظاهرت، لم يقع شيء من الإيلاء، و الظهار، و التزام العتق، إذ ليس فيه شيء من صيغها عندنا و لا يلزم بالعتق إذا وطئ.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٧٠

و إن ظاهر و وطئ لم يُلزم بعقته، بل الزم بعقته أو عتق غيره لعدم ما يعيّن للعتق، و الكلّ عندنا ظاهر. و عند العامة «١» أنّه عتق معلق بشرطين، و اختلفوا في وقوع الإيلاء في الحال أو بعد الظهار.

و هل يشترط تجريده عن الشرط؟ قولان: أقواهما العدم، وفاقاً للمبسوط و المختلف «٢» للعموم. قال في المبسوط: و ليس هذا يجري مجرى الطلاق و العتاق اللذين قلنا: لا يقعان بصفة، لأنّ هناك منعا منه إجماع الفرقه، و ليس هاهنا ما يمنع منه، و الظواهر يتناولها «٣».

قلت: و لأنهما إيقاعان، و التعليق ينافي الإيقاع، و الإيلاء يمين و التزام.

و الآخر للشيخ في الخلاف «٤» و بنى حمزة «٥» و زهرة «٦» و إدريس «٧» و ابني سعيد «٨» و المصنّف في التحرير «٩» و الإرشاد «١٠» و التلخيص «١١» للإجماع و الأخبار، و أصالة البراءة، كذا في الخلاف. و لعلّ المراد بالأخبار أنّها تضمّنت تفسير الإيلاء، و

ليس في شيء منها تعليقه بشرط أو صفة، و بالإجماع أنّه إنّما وقع على الوقوع مطلقاً، و لا دليل على وقوعه مشروطاً. لكن ابن زهرة «١٢» ادّعى الإجماع على اشتراط التجريد، و هو ظاهر السرائر «١٣».

و لو آلى من زوجته، و قال للأخرى: شَرَكْتِكِ معها لم يكن إيلاءً فى الثانية و إن نواه، لعدم نطقه بالله تعالى و لا عبرة بالكناية و إن اعتبرنا الكناية عن الوطء، إذ لا يمين إلاً بصريح اسمه تعالى.

- (١) المجموع: ج ١٧ ص ٢٩١.
- (٢) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٥٠ ٤٥١.
- (٣) المبسوط: ج ٥ ص ١١٧.
- (٤) الخلاف: ج ٤ ص ٥١٧ مسألة ١٢.
- (٥) الوسيلة: ص ٣٣٥.
- (٦) غنية النزوع: ص ٣٦٣.
- (٧) السرائر: ج ٢ ص ٧١٩.
- (٨) الجامع للشرائع: ص ٤٨٦، شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٨٣.
- (٩) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٣ س ١.
- (١٠) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ٥٧.
- (١١) تلخيص المرام (سلسلة النبايع الفقهيّة): ج ٣٩ ص ٥١١.
- (١٢) غنية النزوع: ص ٣٦٣.
- (١٣) السرائر: ج ٢ ص ٧١٩.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٧١

و لا يقع إلاً فى إضرار اتفاقاً كما فى الخلاف «١» و الغنية «٢» و الانتصار «٣».

فلو حلف لصلاح اللبن أو للمرض منه أو منها لم يكن إيلاءً بل كان يميناً كسائر الأيمان، و يدلّ عليه خبر السكونى عن الصادق (عليه السلام)، إنّ رجلاً أتى أمير المؤمنين (عليه السلام) فقال: إنّ امرأتى أرضعت غلاماً و إنّى قلت: و الله لا أقربك حتى تظطمي، فقال: ليس فى الإصلاح إيلاء «٤». و ما تقدّم من قوله (عليه السلام): الإيلاء أن يقول الرجل لامرأته: و الله لأغيظنك و لأسوءنك «٥» و قوله: الإيلاء أن يقول: و الله لا أجامعك كذا و كذا، و يقول: و الله لأغيظنك «٦» إن جعلنا الواو للجمع كما هو ظاهرها.

و لو قال لأربع: «و الله لا- و طئتك» لم يكن مولياً فى الحال فإنه إنّما التزم عدم جمعهنّ فى الوطء و لأنّ المؤلى لا يجمع إلاً بضرر، و لا- ضرر عليه هنا الآن، بل له و طء ثلاثٍ من غير حنث، فإذا وطئهنّ فيتعين التحريم فى الرابعة، و يثبت لها الإيلاء بعد وطئهنّ، و لها المرافعة حينئذٍ و ليس لهنّ و لا لإحداهنّ المرافعة قبل ذلك، إذ لا تتعين للإيلاء إلاً الرابعة، و هى غير معيّنة قبل ذلك، و لا إيلاء من البواقى.

و تجب الكفارة بوطء الجميع، و لو وطئ واحدة قرب من الحنث، و هو محذور غير محذور و لا- يصير به مولياً خلافاً لبعض العامة «٧».

و لو ماتت إحداهنّ قبل الوطء انحلت اليمين، بخلاف ما لو طلق إحداهنّ أو ثلاثاً، لأنّ حكم اليمين ثابت فى البواقى، لإمكان و طء المطلقات و لو بالشبهة. و لو وطئهنّ أو بعضهنّ حراماً، فالأقرب ثبوت

(١) الخلاف: ج ٤ ص ٥٢١ مسألة ٢١.

(٢) غنية النزوع: ص ٣٦٤.

(٣) الانتصار: ص ٣٢٧ ٣٢٨.

(٤) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٥٣٧ ب ٤ من أبواب الإيلاء ح ١.

(٥) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ من أبواب الإيلاء ح ٣.

(٦) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ من أبواب الإيلاء ح ٢. وفي النسخ «لا والله» بدل «الله» □ □

(٧) المجموع: ج ١٧ ص ٣١٢.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٧٢

الإيلاء في البواقي لصدق الجمع في الوطء. ويحتمل العدم، تنزيلاً للإطلاق على المقصود شرعاً.

بخلاف ما لو وطئ الميتة، إذ لا حكم لو طئها لالتحاقها بالجمادات، ولذا لا يوجب المصاهرة على إشكال من ذلك، وخروجها عن الدخول في الخطاب، لتركب الإنسان من جزءين، والعمدة في الخطاب هو الجزء العاقل وإن كان الوطء يتعلق بالبدن، وهو خيرة المبسوط «١» والشرائع «٢» والتحرير «٣». ومن الإطلاق.

ولو قال: «لا وطئت واحدة منكن» وأراد لزوم الكفارة بوطء أى واحدة كانت أى أراد التزام عموم السلب تعلق الإيلاء بالجميع، وضربت المدّة لهنّ عاجلاً أى من غير انتظار لأن يطأ واحدة فإن وطئ واحدة حنث، وانحلت اليمين في البواقي لأنّ الحنث لا يتكرّر، فظهر أنّ المؤلى منها هي التي وطئها أولاً.

ولو طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً قبل الوطء كان الإيلاء ثابتاً في الباقي «٤» وكذا إن مات بعضهنّ قبل الوطء بقي الإيلاء في الباقية لتعلقه بكلّ منهنّ، ولا يحنث بوطء الميتة، ولا تنحلّ يمينه في غيرها على الإشكال.

ولو قال هنا: «أردت واحدة معيّنة» قبل قوله لاحتمال اللفظ، وكونه أعرف بتيّته. وقد يحتمل عدم القبول في الظاهر، لوقوع اللفظ على كلّ منهنّ، واتهامه في التعيين. وعلى المختار يؤمر بالبيان، فإن بيّن ولم تنازعه الباقيات اختصّ حكم الإيلاء بالمعيّنة، وإلا فالقول قوله مع اليمين. وإن صدّق الأخرى أخذ بإقراره، ولم يقبل رجوعه عنها ولا عن الأولى. ولو أراد واحدة مبهمه، ففي كونه مؤلياً إشكال من العموم. ومن

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١٣١.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٨٨.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٣ س ٢٦.

(٤) في قواعد الأحكام بدل «في الباقي»: في البواقي.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٧٣

الأصل وأنّ حكم الإيلاء أن يكون للمؤلى منها المطالبة، وهو هنا مفقود، وأيضاً من مثل ما مرّ في الطلاق. فإن أثبتناه كان له أن يعيّن واحدة، فيخصّ «١» الإيلاء بها لا أنّ «٢» الإيلاء يقع من حين التعيين، فالمدّة تحسب من حين اليمين، لا التعيين، لعين ما مرّ في الطلاق المبهم، أنّه يقع من حين الإيقاع.

ويقول في التعيين هي التي أردتها الآن أو أنشأت تعيينها عن الإبهام أى بعده، ويجوز تعلقه بكلّ من الإرادة والإنشاء بالقول. ويحتمل بعيداً أن يكون الأول عبارة التعيين إذا أراد واحدة معيّنة، فيكون «أردتها» بمعنى أردتها حين الحلف. والثاني عبارته

إذا أراد مبهمه، واستقرّ الاصطلاح على تسمية الأول تبييناً، والثاني تعييناً.

ويحتمل أن لا يكون مؤلياً بنفس الحلف، بل بعد التعيين إذا أراد مبهمه، كما في طلاق المبهمه، بل وإذا أراد معينه لأن كل واحد منهنّ ترجو أن لا تكون هي المعينه بعد الإبهام أو في اليمين، فلا يمكنها المطالبه ما لم يعين أو يبين، و من حكم الإيلاء المطالبه.

و أنت خبير بأنه أولى مما في الشرحين: من أن يجعل الإشكال في وقت الإيلاء و الاحتمال في أصله (٣).

و لو أطلق اللفظ فعلى أى الاحتمالين من عموم السلب، و خصوصه يُحمل؟ إشكال من ظهور النكرة في سياق النفي في العموم. و من الأصل و الاحتمال.

و لو قال: «لا وَطِئْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكَ» كان مؤلياً من كل واحدٍ، كما لو آلى من كل واحدٍ بانفرادها، فمن طلقها وفاها حقها و لم تنحلّ اليمين في البواقي فإنها بمنزلة أن يؤلى من كل منهنّ منفردة.

(١) في قواعد الأحكام بدل «فيخصّ»: فيختصّ.

(٢) في نسخة «ق ط»: لأنّ بدل لا أنّ

(٣) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٤٢٩، و كنز الفوائد: ج ٢ ص ٦٦٤.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٧٤

و كذا لو وَطِئَهَا قَبْلَ الطَّلَاقِ لَزِمَتْهُ الْكُفَّارَةُ، و كان الإيلاء ثابتاً في البواقي كذا ذكر الأصحاب و غيرهم، و هو مبني على أن يكون دخول الكل بعد النفي، ليفيد عموم النفي، و هو خلاف الظاهر، و الظاهر تقدّمه عليه، فلا يفيد إلما نفي العموم، كقوله: لا وَطِئْتُكَ.

و لو قال: لا وَطِئْتُكَ سَنَةً إِلَّا مَرَّةً، لم يكن عندنا مؤلياً في الحال، إذ له الوطء من غير تكفير و الإيلاء لا يكون إلّا إذا كان بحيث إذا وطئ لزمته الكفارة، خلافاً لبعض العامة (١).

فإن وطئ و قد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر صحّ الإيلاء، و كان له المرافعة، و إلّا بطل حكمه و وحده المرّة و تعدّدها بحسب الإيلاج و النزع الكامل، و لو لم يطأها في السنة أصلاً لم تلزمه كفارة، فإنّه إنّما حلف على عدم الوطء أزيد من مرّة. و احتمال الوجوب، بناءً على أنه حلف على كل من النفي و الإثبات.

و كذا لو قال: لا جامعتك إلّا عشر مرّاتٍ أو ما زاد أو نقص، لم يكن مؤلياً ما لم يستوف العدد فإذا استوفى العدد صار مؤلياً إن بقيت من السنّة المدّة أى أزيد من أربعة أشهر.

و لو قال: و الله لا جامعتك مدّة كذا إن شئت، فقالت: شئت انعقد الإيلاء إن قلنا بالمشروط أى وقوعه.

و هل تختصّ المشيئة بالمجلس؟ في المبسوط أنّه الأقوى عندنا، ليكون جواباً لكلامه كالقبول في البيع (٢). و فيه إشكال من أنّه ليس إلّا إيلاءً مشروطاً، فلا يتوقف إلّا على تحقّق شرطه، و لا دليل على اتّحاد المجلس، فمتى وجد الشرط تحقّق الإيلاء. و من أنّها إذا أخرجت احتمال تعلق المشيئة ببقية المدّة، بل هو الظاهر، فلا يتحقّق الشرط مثلاً إذا قال: لا جامعتك سنة إن شئت، كان المعنى إن شئت أن لا أجامعك في السنة، فإن مضت أيام أو شهور، ثمّ قالت: شئت

(١) المجموع: ج ١٧ ص ٣٠٥.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٢٩.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٧٥

أن لا تجامعني، لم يفهم منه تعلق المشيئة بما مضى من الزمان، وإن قالت: كنت قد شئت ذلك حين قلت و إن لم أُصرح به، لم يقبل منها، لأنه إقرار في حق الغير، وهو المختار، وفاقاً للتحرير «١».

[الركن الرابع: في المدّة]

الركن الرابع: المدّة الإيلاء أن يحلف على الامتناع من وطنها مطلقاً لاقتضائه التأييد، فإنّ الماهية لا تنتفى إلّا بأن لا توجد أبداً، فعن ابن عباس فإن أطلق فقد أبد، وإن قال: على التأييد فقد أكد.

أو مؤبداً أو مدّة تزيد على أربعة أشهر و لو لحظة، بالنص من الكتاب «٢» و السنّة «٣» و الإجماع، إذ ليس لها المطالبة بالوطء دونها، و لا يجب عليه إلّا في كلّ أربعة أشهر، لما ورد من أنّها غاية صبرها.

أو مضافاً إلى فعل لا يحصل إلّا بعد انقضاء مدّة التربص قطعاً عادياً أو ظناً، كقوله و هو بالعراق: حتّى أمضى إلى الهند و أعود، أو ما بقيت.

و لو قال: لا- و طئتك أربعة أشهر أو ما نقص، أو حتّى أرد إلى بغداد من الموصل و هو ممّا يحصل في الأربعة قطعاً أو ظناً أو محتملاً للأمرين على السواء لم يكن مؤلياً و إن لم يحصل إلّا بعد الأربعة بأيام أو شهور، فإنّ الإضرار بترك الوطء بعد غاية صبرها معتبر، و لم يتحقّق هنا. و للعامّة قول بالوقوع بالأربعة «٤» و آخر بما دونها «٥».

و لو قال: حتّى أدخل الدار و هو يتمكّن منه كلّما أراد فليس بإيلاء و إن عزم على أن لا يدخلها سنّة مثلاً لإمكان التخلص من التكفير بالدخول، و هو مناف للإيلاء فإنّ من حكمه أن لا يكون له الوطء إلّا بأن يكفّر بعده.

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٤ س ١١.

(٢) البقرة: ٢٢٦.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٣٩ ٥٤١ ب ٨ من أبواب الإيلاء.

(٤) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٠٥.

(٥) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٠٥.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٧٦

و لو حلف لا يطؤها أربعة أشهر فما دون، ثم أعاد اليمين في آخر الشهر «١» مرّة أخرى، و لم يزل يفعل كذلك لم يكن مؤلياً و إن إثم، إلّا على وجه يأتي فيمن وجب عليه الوطء بعد شهر، فحلف لا يطؤها إلى شهرين.

و لو قال: و الله لا أجامعك أربعة أشهر فإذا انقضت فو الله لا أجامعك أربعة أشهر و هكذا لم يكن مؤلياً وفاقاً للمبسوط «٢» و إن تحقّق الإضرار فإنّ المطالبة بعد المدّة أي أربعة أشهر تقع بعد انحلال اليمين فلا يمكنها المطالبة بالفئة عن اليمين الأولى، و ليس لها المطالبة بها عن الثانية، إذ لم يوجد التربص لها. و يحتمل على ذلك الوجه الوقوع و الإلزام بالوطء و التكفير و إن لم تمض مدّة التربص للثانية.

□

و لو قال: و الله لا أجامعك خمسة أشهر فإذا انقضت فو الله لا أجامعك سنّة، فهما إيلاءان أحدهما معجل، و الآخر مؤجل و لها المرافعة لضرب مدّة التربص عقيب اليمين لأنّ الأولى معجّلة.

فلو رافعته فماتل حتّى انقضت المدّة الأولى انحلت اليمين و إن أثم و يدخل وقت الإيلاء الثانى إن قلنا بوقوعه معلّقاً على الصفة و يكون كأنه آلى منها الآن و لم يتقدّمه إيلاء، فيضرب له المدّة حينئذٍ إلّا على الوجه الذى عرفته، فإنّما أن يفىء أو يدافع أو يطلق، كما فى اليمين الاولى سواء فإن طلق فى الخامس انحلت اليمين الاولى راجع أم لا، فإنّه إن لم يراجع بانة، و إن راجع لم يتربّص، لأنّه ما بقى من مدّتها زمان التربّص.

فإن كان الطلاق رجعيّاً و راجع فى الخامس، أو بانئاً و عقد عليها ثانياً فيه رافعته بعد مضيّه للثانى و كذا إن راجع أو استأنف العقد بعد ذلك، و قد بقى من السنه أكثر من أربعة أشهر إن لم تحتسب العده من مدّة التربّص، و إلّا فمطلقاً فى الرجعيّه.

(١) فى قواعد الأحكام بدل «فى آخر الشهر»: فى آخر الأشهر.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١١٨.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٧٧

و لو قال: و الله لا وطئتك حتّى ينزل عيسى من السماء، أو حتّى يخرج الدجال أو يظهر الدابّة، أو تطلع الشمس من مغربها انعقد فإنّها و إن احتملت الوقوع فى أربعة أشهر أو دونها، إلّا أنّ الغالب على الظنّ العدم، إلّا إذا حصل ما يرفع الظنّ و يسوى الاحتمالين، أو يرجح الوقوع.

و لو قال: حتّى يلج الجمل فى سمّ الخياط فكذلك فإنّه فى معنى التأييد، و كذا حتّى يبيضّ القار أو يشيب الغراب على المشهور، فقد قيل: إنّ الغراب يشيب.

و لو قال: حتّى يقدم زيد و هو يحصل فى أقلّ من أربعة أشهر أو فيها عادة لم يكن إيلاءً و إن احتمل أن لا يقدم إلى أكثر منها فإن مضت أربعة و لم يقدم لم يكن لها المطالبة، لأنّه ينتظر قدومه كلّ ساعة فلم يقصد الإضرار، و للعامّة قول بأنّه ظهر بذلك أنّه مؤلّ «١».

و لو قال: إلى أن يموت زيد، فإن ظنّ بقاءه أزيد من المدّة انعقد، و إلّا فلا و أطلق فى المبسوط عدم الوقوع «٢» لانتفاء الظنّ بالتأخّر، و لو علّقه بموته أو موتها وقع، لأنّه التأييد المعتبر هنا.

و لو كان الوطء يجب بعد شهر مثلاً بأن لم يطأها منذ ثلاثة أشهر فحلف أن لا يطأها إلى شهرين، ففى انعقاده نظر من القصور عن المدّة المقدّرة للإيلاء. و من أنّ الإيلاء إنّما انعقد لامتناعه من الوطء مدّة يجب عليه فى أثنائها، و الأوّل أقوى، و على الوقوع فالمدّة المضروبة شهر.

[المقصد الثانى فى أحكامه]

المقصد الثانى فى أحكامه إذا وقع الإيلاء، فإن صبرت فلا بحث، و إن رفعت أمرها إلى الحاكم، أنظره أربعة أشهر لينظر فى أمره، فإن وطئ لزمته الكفّارة، و خرج عن الإيلاء فلا يجب عليه بالوطء مرّة أخرى كفّارة، و إن آلى مؤبداً أو كان الوطء

(١) انظر المجموع: ج ١٧ ص ٣٠٧.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٢٧ و ١٢٨.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٧٨

الثانى فى مدّة الإيلاء اتفاقاً، لحصول الحنث مرّة، فلا يحصل مرّة أخرى، و إن أمكن أن يقال بتعلّق اليمين بكلّ جزء من أجزاء

المدّة، و الحنث بالوطء في جزء، غيره بالوطء في جزء آخر، و كذا يخرج عنه إن طلقها.

و ليس للزوجة مطالبة بالفئة أو الطلاق في هذه المدّة. و لا فرق بين الحرّ و العبد، و لا بين الحرّة و الأمة في مدّة التربص خلافاً لمالك في العبد، و لأبي حنيفة في الأمة، فينصفان المدّة «١» و هي حقّ للزوج كما ينصّ عليه الآية «٢» فليست محلاً للفئة، و إن فارقتها فقد أحسن، و إنّما وقت الفئة ما بعدها.

فإذا انقضت لم تُطلق بانقضائها خلافاً لأبي حنيفة «٣» فقد جعل المدّة وقت الفئة، و قال: إذا لم يفئ فيها طلقت بئنائه. و يوافق ظاهر قول الصادق (عليه السّلام) في خبر أبي بصير: في الرجل إذا آلى من امرأته فمكث أربعة أشهر فلم يفئ، فهي تطلقه، ثمّ يوقف، فإن فاء فهي عنده على تطليقتين، و إن عزم فهي بئنائه منه «٤».

و ليس للحاكم طلاقها عليه، خلافاً لمالك و الشافعي «٥» في أحد قوليّه. و الآية «٦» حجة عليهما، مع الأصل، و عموم كون الطلاق بيد من أخذ بالساق.

فإذا واقفته بعد المدّة تخير بين الفئة و الطلاق، فإن طلق خرج من حقّها، و يقع الطلاق رجعيّاً إن لم يكن ما يقتضى البينونة، للأصل و العمومات و الخصوصات، و هي كثيرة جدّاً، كقول الصادق (عليه السّلام) في حسن بريد بن معاوية: فإذا مضت الأربعة أشهر و وقف فإمّا أن يفئ فيمسّها، و إمّا أن يعزم على الطلاق فيخلّي عنها حتّى إذا حاضت و طهرت من محيضها، طلقها تطلقه قبل أن يجامعها بشهادة عدلين، ثمّ هو أحقّ برجعتها ما لم تمض الثلاثة الأقرء «٧».

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٢٧.

(٢) البقرة: ٢٢٦.

(٣) المجموع: ج ١٧ ص ٣٣٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٤٤ ب ١٠ من أبواب الإيلاء ح ٤.

(٥) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٤٢.

(٦) البقرة: ٢٢٦.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٤٣ ب ١٠ من أبواب الإيلاء ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٧٩

و ربّما قيل بالبينونة، لقوله (عليه السّلام) في صحيح منصور: المولى إذا وقف فلم يفئ طلق تطلقه بئنائه «١». و حمل على من تبين بالطلقة و كذا إن فاء خرج من حقّها.

و لو امتنع من الأمرين حُبس و ضُيق عليه في المطعم و المشرب بحيث لا يمكنه الصبر عليه عادة حتّى يفئ أو يطلق فعن حماد بن عثمان عن الصادق (عليه السّلام): كان أمير المؤمنين (عليه السّلام) يجعل له حظيرة من قصب يحبسها فيها و يمنعها من الطعام و الشراب حتّى يطلق «٢». و عن غياث بن إبراهيم عنه (عليه السّلام): كان أمير المؤمنين (عليه السّلام): إذا أبى المولى أن يطلق جعل له حظيرة من قصب و أعطاه ربع قوته حتّى يطلق «٣».

و روى أنّه إذا امتنع ضربت عنقه؛ لعصيانه إمام المسلمين «٤». و روى أنّ أمير المؤمنين (عليه السّلام) بنى حظيرة من قصب و جعل فيها رجلاً آلى من امرأته بعد الأربعة أشهر، فقال له: إمّا أن ترجع إلى المناكحة، و إمّا أن تطلق، و إلّا أحرقت عليك الحظيرة «٥».

و لا يُجبر على أحدهما عيناً بل تخييراً، و لا ينافي الإيجاب الشرعيّ عيناً أو تخييراً وقوع الطلاق كما سبق. و قد روى أنّه إن أبى

فَرَّقَ بينهما الإمام «٦» و يمكن أن لا يريد «٧» به الطلاق.

و لو آلى مدَّة و دافع بعد المواقفه حتَّى انقضت سقط الإيلاء و إن أثم و لا كفَّارة مع الوطء بعدها.
و لو أسقطت حقَّها من المطالبة لم يسقط بالكلِّية، حتَّى لا يجوز لها

(١) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٥٤٤ ب ١٠ من أبواب الإيلاء ح ٥.

(٢) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ من أبواب الإيلاء ح ١.

(٣) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ من أبواب الإيلاء ح ٣.

(٤) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٥٤٥ ب ١١ من أبواب الإيلاء ح ٥.

(٥) تفسير علي بن إبراهيم: ج ١ ص ٧٣ ٧٤.

(٦) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٥٤٢ ب ٩ من أبواب الإيلاء ح ٤.

(٧) فى ط: يراد.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٨٠

تجديدها لتجدده أى حقَّ المطالبة كلَّ وقت فإنَّما أسقطت ما مضى، إذ لا معنى لإسقاط ما لم يثبت.

قيل فى النهاية «١» و المبسوط «٢» و الغنية «٣» و السرائر «٤» و الجامع «٥» و ظاهر غيرها و المدَّة المضروبة من حين الترافع، لا من حين الإيلاء و ظاهر المبسوط الإجماع عليه «٦» و يدلُّ عليه أنَّ ضرب المدد إلى الحاكم. و ما فى تفسير العياشى عن العباس بن هلال عن الرضا (عليه السَّلام): ذكر لنا أنَّ أجل الإيلاء أربعة أشهر بعد ما يأتیان السلطان «٧». و ما رواه علي بن إبراهيم فى تفسيره فى الحسن عن أبى بصير عن الصادق (عليه السَّلام): و إن رفعت إلى الإمام أنظره أربعة أشهر، ثمَّ يقول له بعد ذلك: إمَّا أن ترجع إلى المناكحة و إمَّا أن تطلق، فإنَّ أبى حنبله أبدأ «٨». و ليسا نصَّين فى المقصود.

و ما رواه الحميرى فى قرب الإسناد عن البنزطى أنه سأل صفوان الرضا (عليه السَّلام) و هو حاضر عن الإيلاء، فقال: إمَّا يُوقف إذا قدَّمته إلى السلطان فيوقفه السلطان أربعة أشهر، ثمَّ يقول له: إمَّا أن تطلق و إمَّا أن تُمسك «٩». و فيه نظر لعموم الآية «١٠» و الأخبار «١١» و الأصل و الحكمة، فإنَّها كون الأربعة غاية صبرها.

و فيئه القادر غيبوبه الحشفه فى القبل و فيئه العاجز إظهار العزم على الوطء مع القدرة بأن يقول، أو يكتب: إنَّه يفىء إذا قدر، أو يُشير إليه إشارة مفهومة.

و يُمهّل العاجز زوال العذر، و القادر إن استمهّل ما جرت العادة بإمهاله كخفَّه المأكول و الأكل إذا كان جائعاً، أو فى حال الأكل و الراحة

(١) النهاية: ج ٢ ص ٤٦٧.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٣٧.

(٣) غنية التزوع: ص ٣٦٥.

(٤) السرائر: ج ٢ ص ٧٢٠.

(٥) الجامع للشرائع: ص ٤٨٧.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ١٣٧.

(٧) تفسير العياشي: ج ١ ص ١١٣ ح ٣٤٦.

(٨) تفسير علي بن إبراهيم: ج ١ ص ٧٣.

(٩) قرب الإسناد: ص ٣٦٢.

(١٠) البقرة: ٢٢٦.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٣٩ ٥٤١ ب ٨ من أبواب الإيلاء.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٨١

من التعب ومنه السهر والانتباه إذا كان نائماً، وما قضى الشرع بإمهاله كالقراغ من الصوم والصلاة والإحرام. وللعامية قول بالتقدير ثلاثة أيام «١».

و لو وطئ في مدة التبرص عامداً لزمته الكفارة إجماعاً. وكذا بعدها على رأى وفقاً للخلاف «٢» و النهاية «٣» و الشرائع «٤» و التبيان «٥» و مجمع البيان «٦» و روض الجنان «٧» و أحكام القرآن للراوندي «٨» و ظاهر الأكثر، و حكى في الخلاف الإجماع عليه «٩» لمخالفته اليمين فتشمله العمومات. و قول الصادق (عليه السلام) في خبر منصور في رجل آلى من امرأته فمزت به أربعة أشهر: يُوقف فإن عزم الطلاق بانت منه و عليها عدة المطلقة، و إلّا كفر يمينه و أمسكها «١٠». و ما أرسل العياشي عنه (عليه السلام) قال: سئل إذا بانت المرأة من الرجل هل يخطبها مع الخطاب؟ قال: يخطبها على تطليقتين، و لا يقربها حتى يكفر يمينه «١١». و ما أرسل عنه (عليه السلام) في بعض الكتب من قوله: إذا فاء المؤلى فعليه الكفارة «١٢».

و خلافاً للمبسوط «١٣» بناءً على أن خلاف متعلق اليمين إذا كان أرجح جازت المخالفة من غير كفارة، و هنا كذلك، لوجوب الوطاء بعد الأربعة أشهر، و مفارقة هذه اليمين لسائر الأيمان في الانعقاد، و لزوم الكفارة بالمخالفة في مدة التبرص و إن كان الوطاء أرجح بل واجباً، إنما ثبت في محلّ الوفاق، و هو ما قبل الأربعة أشهر من الإيلاء أو المرافعة. و لو وطئ ساهياً أو مجنوناً أو مشتهباً بغيرها بطل الإيلاء أى

(١) المجموع: ج ١٧ ص ٣٢٢.

(٢) الخلاف: ج ٤ ص ٥٢ مسألة ١٨.

(٣) النهاية: ج ٢ ص ٤٦٨.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٨٧.

(٥) التبيان: ج ٢ ص ٢٣٣.

(٦) مجمع البيان: ج ٢١ ص ٣٢٤.

(٧) روض الجنان: ج ٢ ص ٢٢٢.

(٨) فقه القرآن: ج ٢ ص ٢٠١.

(٩) الخلاف: ج ٤ ص ٥٢٠ مسألة ١٨.

(١٠) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٤٧ ب ١٢ من أبواب الإيلاء ح ٣.

(١١) تفسير العياشي: ج ١ ص ١١٢ ١١٣.

(١٢) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٧٣ ح ١٠٢٩.

(١٣) المبسوط: ج ٥ ص ١٣٥.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٨٢

انحلّ اليمين وفقاً للمبسوط، لحصول المخالفة «١» واشتراط القصد غير معلوم وإن لم يحث بذلك، لرفع الخطأ والسيان. قال في المبسوط: ألا ترى أنّ الذميمة إذا كانت تحت مسلم وانقطع دم حيضها كلفت الاغتسال، فإذا فعلت حلّ له وطؤها. وإن كان هذا الغسل لا يجزيها في حقّ الله وإن أجزأ في حقّ الآدمي «٢».

وقد يقال: بعدم الانحلال لخروج مثل ذلك عن متعلق اليمين، كخروج الوطء في الدبر.

ولا كفارة عليه بهذا الفعل اتفاقاً لعدم الحث ولا بما يفعله بعده عامداً على ما اختاره، لانحلال اليمين.

وقد يقال: عليه الكفارة بعد ذلك وإن قلنا بطلان الإيلاء بناءً على ابتناء بطلان الإيلاء على أنه ليس لها المطالبة بالفئة، لأنه وفّاهما حقها، لكنّه لم يحث، وعليه الكفارة إذا حث.

ولو اختلفا في انقضاء المدة للتربص ولا بينة صدق مدعى البقاء مع اليمين ويصدق مدعى تأخر الإيلاء [ولو اختلفا في زمن وقوعه مع اليمين] «٣» وكذا لو اختلفا في وقت الإيلاء فالقول قول مدعى التأخر، للأصل فيهما.

ولو انقضت مدة التربص وهناك ما يمنع الوطء وهي عالمة بذلك كالحيض والمرض لم يكن لها المطالبة على رأى الشيخ «٤» فيما إذا كان العذر من جهتها لظهور عذره وكون المانع منها، ولكون العمدة في ألفية الوطء، ولا يتمكن منه.

ويحتمل ما استحسسه المحقق «٥» من المطالبة بفيئة العاجز فإن الميسور لا يسقط بالمعسور. ولتخييره بين الفئة والطلاق. وربما طلقها إذا طالبته

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٠.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٤٠.

(٣) أثبتناه من قواعد الأحكام.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ١٣٥.

(٥) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٨٦.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٨٣

وهو الذى اختاره الشيخ «١» فيما إذا كان العذر من جهته. والأقرب عدم الفرق كما فعله المصنّف.

ولو تجددت أعضاؤها أى الأعدار المانعة من الوطء من جهتها كمرضها وصومها وإحرامها فى الأثناء أى أثناء مدة التربص قيل فى المبسوط «٢» تنقطع الاستدامة عدا الحيض فإذا زالت استأنف التربص، لمنعها من ابتداء الضرب، لأنّ المدة إنّما تضرب إذا امتنع من الجماع لليمين، وهنا الامتناع لغيرها، وإنّما يستأنف ولا يبنى على ما مضى، لوجوب المتابعة فى هذه المدة كصوم كفارة الظهار ونحوه، واستثناء الحيض، لأنّه لو لم يستثن لم يتمّ تربص غالباً، لكون الغالب أنّ النساء يحضن فى كلّ شهر مرّة، فهو لا يمنع الابتداء ولا الاستدامة.

ولا تنقطع الاستدامة بأعذار الرجل ابتداءً ولا اعتراضاً فى البين ولا يمنع من المواقفة انتهاءً باتّفاق الشيخ «٣» وغيره، والمراد بالاستدامة هنا من أول المدة إلى آخرها، وانقطاعها ما يعمّ امتناع ابتدائها، قال الشيخ: لأنّ الذى عليها التمكين وقد فعلت، واستثنى الارتداد والطلاق الرجعى، فإنّهما يمنعان الابتداء ويقطعان الاستمرار، قال: لأنّ المدة إنّما تضرب فى زوجية كاملة، وهذه ناقصة، لأنّه تجرى إلى بينونة «٤».

ويمكن إدخال جملة «ولا ينقطع..» إلى آخر الكلام تحت «القييل» فإنّ التحقيق أنّه ليس جواباً للشرط، وإنّما الجواب ما يفهم

مما في حيزه.

و لو جُنَّ بعد ضرب المدّة احتسبت المدّة عليه و إن كان مجنوناً لأنه إن كان عذراً فهو من إعداره، و الزوجة كاملة الزوجية ممكنة.

فإن انقضت و هو مجنون ترّص به حتى يُفيق. و لو انقضت و هو محرم أو صائم أُلزم بفيئته العاجز أو الطلاق. و للعامّة قول بإلزامه الطلاق «٥»

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١٣٧.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٣٦.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ١٣٦.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ١٣٦.

(٥) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٣٨.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٨٤

لحرمة فئه القادر عليه، و لا تكفى فئه العاجز، لأن العذر من جهته، بخلاف المرض فإنه من الله تعالى.

فإن واقع حراماً كالوطء في الحيض أو الصوم الواجب أو الإحرام أتى بالفيئة و إن أثم لحصول الغرض، وافقته على ذلك أو لا، حرّما موافقتها له عليه للمعاونة على الإثم أو لا، لعدم الحرمة من جهتها.

و لو ارتدّ لا- عن فطرة احتسب زمان الردّة عليه على رأى وفاقاً للمحقّق لتمكّنه من الوطء بالرجوع إلى الإسلام «١» فهي ليست عذراً. و خلافاً للشيخ «٢» لجريانها إلى البيونة، فليست كاملة الزوجية، و زمان عدّتها مخالف لزمان التريص، فإن انقضاءه يقتضى البيونة، و انقضاء زمان التريص يقتضى المطالبة بالفئة و تضادّ الأثرين يقتضى تضادّ المؤثرين. و لأنّ الامتناع من الوطء للردّة لا الإيلاء. و يندفع جميع ذلك بما ذكرناه، و بعموم النصوص، مع أنّ انقضاء العدة إنّما يقتضى البيونة إذا استمرّ الارتداد.

و لو ادّعى الإصابة فأنكرته قدّم قوله مع اليمين، لتعدّر البينة غالباً أو تعسّرها، و كونه من فعله الذى لا يعلم إلّا من جهته، و أصالة بقاء النكاح، و عدم التسلّط على الإيجابار على الطلاق. و قول الباقر (عليه السلام) فى خبر إسحاق بن عمّار: إنّ عليّاً (عليه السلام) سئل عن المرأة تزعم أنّ زوجها لا يمسيها و يزعم أنّه يمسيها، قال: يحلف و يترك «٣». و قول الصادق (عليه السلام) فيما أرسل عنه فى بعض الكتب: فى فئه المولى إذا قال: قد فعلت، و أنكرت المرأة، فالقول قول الرجل، و لا إيلاء «٤».

و لو ظاهر ثمّ آلى أو عكس صحّحاً معاً لكمال الزوجية، و عموم الأدلّة، و انتفاء المخصّص و يوقف بعد انقضاء مدّة الظهار أى التريص له، و هى ثلاثة أشهر.

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٨٧.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٣٨.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٤٧ ب ١٣ من أبواب الإيلاء ح ١.

(٤) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٧٤ ح ١٠٣٢، مع اختلاف.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٨٥

فإن طلق خرج من الحقيين، و إن امتنع الزم التكفير و الوطء إن كانت كفارته غير الصوم، و لا يتريص به إلى انقضاء مدّة الإيلاء

لأنه أسقط حقه من التبرص له بالظهار، وإذا وطئ بعد التكفير للظهار كان عليه كفارة الإيلاء وإن وطئ قبله كانت عليه ثلاث كفارات، كفارة للإيلاء والباقيتان للظهار، وإن كان يكفر بالصوم فإن صبرت أو طلقها أو وطئها وإن كان حراماً فلا مطالبة لها. وكما يحرم عليه الوطء يحرم عليها التمكين للمعاونة على الإثم. ومن العائنة من جوزة «١» لاختصاص التحريم به، وإن لم يطأها ولا طلق فاء فئه المعذور إلى أن يكفر. ومن العامية من عین عليه الطلاق «٢» لأنه إذا تعذر أحد الواجبين المخير فيهما تعين الآخر.

□
ولا تتكرر الكفارة بتكرر اليمين، سواء قصد بالثانية التأكيد للأولى أو المغايرة مع اتّحاد الزمان كأن يقول: «والله لا وطأتك، والله لا وطأتك» أو صرح بالتأييد فيهما، أو قال: «والله لا وطأتك خمسة أشهر، والله لا وطأتك خمسة أشهر» فإن اليمين إنما هي مبالغة في الفعل، أو الترك المحلوف عليه، وإنما تغيروها بتغاير المحلوف عليه، فإذا كررها على محلوف عليه واحد، فإنما زاد في التأكيد والمبالغة، ولا يجدي قصد المغايرة، والأصل البراءة من التكرير، ويصدق الإيلاء بالواحد والمتعدد على السواء وإن اختلف الزمان، كأن يقول: «والله لا أصبتك خمسة أشهر، والله لا أصبتك سنة» أو يقول: «والله لا أصبتك خمسة أشهر فإذا انقضت فو الله لا- أصبتك خمسة». إن أوقعنا الإيلاء معلقاً فهما إيلاءان، ويتداخلان في الأول في خمسة، وينفرد الثاني بباقي السنة، فيتبرص به أربعة أشهر. ثم إن فاء أو دافع حتى انقضت السنة انحلاً وليس عليه بالفئه إلا كفارة واحدة، وإن دافع حتى انقضت مدة الأول بقي حكم مدة الثاني. وإن طلق ثم راجع أو جدد العقد عليها وأبطلنا مدة التبرص بالطلاق، فإن لم يبق

(١) المجموع: ج ١٧ ص ٣٣٨، المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٣٩.

(٢) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٣٨.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٨٦

من مدة الثاني بعد الرجعة إلا أربعة أشهر أو أقل انحل الثاني أيضاً، وإلا طالبت به بعد التبرص.

قال في المبسوط: وجملته أن مدة الإيلاء إذا طالت ووقف بعد أربعة أشهر، فإن طلقها طلقه رجعية فقد وفاها حقها لهذه المدة، فإن راجعها ضربنا له مدة أخرى، فإذا انقضت وقف أيضاً، فإن طلق ثم راجع ضربنا له مدة أخرى، فإذا مضت وقفناه فإن طلقها بانت [منه] لأنه قد استوفى الثلاث، وعلى هذا أبداً «١».

وفي الثاني لا- تداخل بل هما إيلاءان متباينان لكل منهما حكمه، فإذا انقضت أربعة أشهر طالبت به، فإن فاء في الخامس أو طلق وفاها حقها من الأول وبقي الثاني. وكذا إن دافع حتى انقضى الخامس انحل الأول وبقي الثاني، ثم له التبرص في الثاني أربعة أشهر إن لم يكن طلقها، أو راجعها واحتسبنا العدة من المدة، أو بقي أزيد من أربعة أشهر «٢».

ولو اشترى الأمة المؤلى منها وإن أعتقها وتزوجها لم يعد الإيلاء عندنا، لأنه تابع للزوجية فيزول بزوالها وكذا لو اشترته الزوجه المؤلى منها وأعتقته ثم تزوج بها وللعمامة قول بعود الإيلاء فيهما «٣».

والذميتان إذا ترافعا إلينا تخير الحاكم في الحكم بينهما وفي الرد إلى حكاهم «٤» مذهبهما كالمرافعة في سائر الأحكام، للنص من الكتاب «٥» و السنة «٦». وللعمامة قول بفساد إيلاء الذمى «٧». و آخر بوجوب الحكم «٨» لقوله تعالى: «وَأَن احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ» «٩».

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١١٩.

(٢) في ق بدل «أو»: إذا. وفي ن بدل «أو بقي أزيد من أربعة أشهر»: إذا بقي أربعة أشهر.

(٣) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٥٠.

(٤) فى ن بدل «حكّام»: أحكام.

(٥) المائدة: ٤٢.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٨ ب ٢٧ من أبواب كفيّة الحكم و أحكام الدعوى.

(٧) بدائع الصنائع: ج ٣ ص ١٧٥.

(٨) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٥٢٤.

(٩) المائدة: ٤٩.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٨٧

[الباب الخامس فى اللعان و هنا مقاصد ثلاثة]

إشارة

الباب الخامس فى اللعان و هو المباهلة بين الزوجين على الوجه المخصوص و أصل الصيغة يقتضى أن يلعن كلُّ صاحبه، و ليس كذلك، بل يلعن كلُّ نفسه إن كان كاذباً، فيجوز أن يكون شبه ذلك بلعن كلُّ صاحبه، و أن يكون أريد طرد كلِّ و إبعاده صاحبه، فإنّه أصل اللعان.

و مقاصده ثلاثة:

[المقصد الأول فى السبب]

إشارة

الأول السبب و هو أمران القذف، و إنكار الولد للنصوص: من الكتاب «١» و السنّة «٢». خلافاً للصدوق فى الفقيه و الهداية و ظاهر المقنع، فقال: لا لعان إلّا بنفى الولد، و إذا قذفها و لم ينتف من ولدها جلمد ثمانين جلدة «٣» لخبر محمّد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السّلام) قال: لا يكون لعان إلّا بنفى ولد، و قال: إذا قذف الرجل امرأته لاعنها «٤». و قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر أبى بصير: لا يقع اللعان إلّا بنفى الولد «٥».

(١) النور: ٦.

(٢) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٨٤ باب اللعان ح ١ و ٨ ..

(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٥٣٦ ذيل حديث ٤٨٥١. و الهداية: ص ٢٧٥. و المقنع: ص ٣٥٥.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠٤ ب ٩ من أبواب اللعان ح ١.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠٤ ب ٩ من أبواب اللعان ح ٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٨٨

و الجواب مع الضعف و المعارضة بالكتاب و الأخبار جواز إضافة الحصر بالنسبة إلى مقتضى المقام، و يكون المراد أنّه لا لعان

بمجرد الشبهة و احتمال كون الولد من الغير، و يدلّ عليه نصّه (عليه السّلام) في الخبر الأوّل باللعان إذا قذفها، و حملهما الشيخ على أنّه لا لعان بدون دعوى المشاهدة إلّا بالنفى «١». و بالجملة فالمعتمد أنّهما سيان.

[فهنا فصلان]

إشارة

فهنا فصلان:

[الفصل الأوّل: في القذف]

الأوّل: القذف و إنّما يكون سبباً في اللعان لو رمى زوجته المحصنة أى الظاهرة العفّة المدخول بها بالزنا قُبلاً أو دُبُرًا لعموم الأدلّة و الإجماع كما في الخلاف «٢». خلافاً لأبي حنيفة في الدُّبُر «٣» مع دعوى المشاهدة و عدم إقامة البيّنة. فلو رمى الأجنبيةّ أو أمته أو زوجته المشهورة بالزنى أو رمى غير المدخول بها أو رمى بغير الزنى من مقدماته أو لم يدّع المشاهدة فلا لعان.

أمّا الأوّل: فبالأصل، و الإجماع، و النصوص «٤».

و أمّا الثانى: أى رمى المشهورة بالزنى فلا لعان إنّما شرّع صوتاً لعرضها من الانهتاك، و عرض المشهورة بالزنى منهتك، و لم أر من اشترطه من الأصحاب غير المصنّف و المحقّق «٥». و سيأتى الكلام في اشتراط الدخول، و لعلّه لا خلاف في اشتراط ادّعاء مشاهدتها تزنى، و الأخبار به كثيرة، كقول الصادق (عليه السّلام) في حسن الحلبيّ: إذا قذف الرجل امرأته فإنّه لا يلاعنها حتّى يقول: رأيت بين رجلها رجلاً

(١) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٨٦ ذيل حديث ٦٤٦.

(٢) الخلاف: ج ٥ ص ١٩ مسألة ١٨.

(٣) بدائع الصنائع: ج ٣ ص ٢٣٩.

(٤) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٥٩٣، ٥٩٤ ب ٤ من أبواب اللعان.

(٥) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٨٩

يزنى بها «١». و ربّما احتمل أن يراد بها العلم و عدم العبرة بغلبة الظنّ.

و لفظه الصريح نحو يا زانية، أو قد زنيت، أو زنيت بك، أو زنى فرجك أو قبلك أو دبرك أو بدنك دون عينك و يدك و نحوهما، فإنّ المتبادر من زناهما النظر أو اللمس المحرّم. و للعامة قول بكونهما من الصريح «٢».

و لفظ النيك و إيلاج الحشفة و الذكر صريح مع الوصف بالتحريم، و كذا الجماع و الوطء و المباشعة، كما مرّ في الإيلاء.

و لا-لعان عندنا بكتايات القذف للأصل مثل لست حرّة، و أمّا أنا فلسنّ بزانيّ و قال مالك: إن قال ذلك حال الرضا لم يكن

قذفاً، وإلا فهو قذف «٣».

و لو قال: أنتِ أزنى الناس، أو أزنى من فلان، لم يكن قاذفاً حتى يقول: فى الناس زناه و أنتِ أزنى منهم، و فلان زانٍ و أنتِ أزنى منه.

أما الأول: فلأن ظاهره التفضيل على جميع الناس فى الزنى، و معلوم أنّ الناس كلّهم ليسوا زناه، و كما يحتمل أن يريد أزنى زناه الناس، يحتمل إرادة نفي الزنى عنهم، بمعنى أنه لو كان الناس كلّهم زناه فأنتِ أزنى منهم. و كلاهما خلاف الظاهر، إلا أن يصرح بأنه أراد أزنى من زناه الناس، فيكون قاذفاً، كما فى المبسوط «٤».

و أمّا الثانى: فلاّنه إنّما تتعين إرادة النسبة إلى الزنى إذا تعيّن نسبة فلان إليه، و لما لم يصرح به احتتمل إرادة النفي، أى لو كان فلان زانياً فأنتِ أزنى منه، إلا أن يفسره بإرادة القذف. و للعامّة قول: بأنه ليس قذفاً و إن فسره به «٥».

و قوى الشيخ أنه قذف لهما بظاهره «٦» و هو أقوى، لأن حقيقة اسم التفضيل

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٤ ب ٤ من أبواب اللعان ح ٤.

(٢) مغنى المحتاج: ج ٣ ص ٣٧٠.

(٣) الحاوى الكبير: ج ١٣ ص ٢٤٢.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٢١٤.

(٥) الحاوى الكبير: ج ١٣ ص ٢٤٢.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ٢١٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٩٠

الاشتراك فى أصل الفعل مع زيادة فى المفضّل، و النفى مجاز لا يحمل عليه إلا مع القرينة الصارفة عن الحقيقة.

و على اختيار المصنّف لو ثبت زنى فلان بالبيّنة أو الإقرار و القاذف جاهل حين قال لها: أنتِ أزنى منه لم يكن قاذفاً، و إن كان عالماً فهو قاذف إلا أن يدعى غفلته أو نسيانه، فيقبل قوله بيمينه، لاندفاع الحدود بالشبهات.

و لو قال لها: يا زان فهو قاذف لصحة إطلاق الزانى عليها بمعنى ذات الزنى. على أنه لو سلّم كونه لحناً فلا يضمر، لتحقق القذف بنسبتها مع تعيينها إلى الزنى و إن وقع اللحن فى اللفظ.

و ربّما وجه بالترخيم. و اعترض عليه: بأنه يختص بالإعلام. و أُجيب بشيوع «يا صاح» و بأنّ الترخيم إنّما يسقط هاء التانيث، كقوله: أ فاطم مهلاً بعض هذا التدلّل و قد أسقطت هنا مع الياء. و أُجيب بأنّ ذلك القياس إذا كان فى آخر الكلمة حرف صحيح قبله مدّة، و يمكن إسقاط الهاء للترخيم و الياء للوقف على إحدى اللغتين فى الوقف على الناقص. و للعامّة قول بأنه ليس بقذف «١». و آخر بأنه إن كان من أهل الأعراب فليس بقذف، و إلا فهو قذف «٢».

و فى الخلاف: أنّ الهدى يقتضيه مذهبن الرجوع إليه، فإن أراد القذف فهو قاذف، و إلا فلا، لأصالة البراءة، و انتفاء الدليل على حكم القذف «٣».

و لو قال: رأيتك تزنين فهو قاذف و إن كان أعمى لأنه صرح بنسبتها إلى الزنى و إن كذب فى الرؤية.

نعم، لا يثبت فى طرفه اللعان، لتعدّر المشاهدة، فيتعيّن الحدّ إن لم يندفع بالإقرار أو البيّنة.

و يثبت اللعان فى طرفه أى الأعمى بنفى الولد، و لو كان له بيّنة

(١) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ١٠٤.

(٢) الخلاف: ج ٥ ص ٣٤ مسألة ٤١.

(٣) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ١٠٨.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٩١

فلا حدّ و لا لعان إذا أقامها.

و لو عدل عنها إلى اللعان، قيل فى الخلاف يصحّ و هو خيرهُ المختلف، لعموم الأخبار، و لأنّه (عليه السّلام) لاعن بين عويمر العجلانّي و زوجته «١» من غير أن يسأل عن البيّنة «٢».

و قيل فى المبسوط «٣» و الشرائع «٤» و الجامع «٥» لا، و هو أقرب للاشتراط فى الآية بانتفاء الشهداء «٦». و لأنّه مخالف للأصل، فيقتصر على موضع اليقين. و لأنّه حجّة ضعيفه و الشهادة قويه، و لا يعدل عن القويّ إلى الضعيف.

و أجاب فى المختلف عن الآية: بخروجها على الغالب، فإنّ من النادر البعيد أن يكون للرجل بيّنة تصدّقه، فيعدل عنها إلى اللعان «٧».

و لو كان العقد فاسداً فلا لعان عندنا للقذف، و لا لنفى الولد بل وجب الحدّ للقذف إن لم يثبت، لأنّها أجنبيّة، و أثبتّه الشافعيّ «٨» لنفى الولد. و لو لم يعلم بالفساد فتلاعنا ثمّ ظهر الفساد فهل يلغى اللعان و يحدّ الزوج أو يدرأ الحدّ بما تقدّم من الشبهة؟ وجهان.

و لو طلق رجعيّاً ثمّ قذف فى العدهّ فله اللعان لأنّها زوجته، و لذا يقع الظهار و الإيلاء منها، لكنّهما لا يترتّب عليهما الحكم إلّا بالرجعة، بخلاف اللعان فلا يتوقّف عليها.

و لو كان الطلاق بائناً فلا لعان للقذف بل يحدّ لأنّها أجنبيّة و إن أضافه أى القذف أو الزنى إلى زمان الزوجيّة فإنّ العبرة بزمان القذف، لأنّه مدلول النصوص. خلافاً لبعض العامّة فأثبتته مع الإضافة إلى

(١) سنن البيهقي: ج ٧ ص ٣٩٩.

(٢) الخلاف: ج ٥ ص ٨، ٩ مسألة ٣ مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٧١.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ١٨٣.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩٣.

(٥) الجامع للشرائع: ص ٤٨٠.

(٦) النور: ٦.

(٧) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٧١.

(٨) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١٥.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٩٢

زمانها «١» و له لعانها لنفى الولد كما سيأتى.

و لو قذف الزوجه ثمّ أبانها كان له اللعان لصدق رمى الزوجه.

فلو قالت: قذفتنى قبل أن تتزوّجنى فعليك الحدّ فقال: بل بعده فلى اللعان أو قالت: قذفتنى بعد ما بنتُ منه فقال: بل قبله قدّم قوله لاندفاع الحدّ بالشبهة، و لأنّ القذف فعله، و لأنّ القول قوله إذا اختلفا فى أصل القذف، فكذا وقته.

و لو قالت الأجنبية: قذفتي، فقال: كانت زوجتي حينئذٍ، فأنكرت الزوجية أصلاً قُدم قولها لأن الأصل عدم الزوجية و عدم ولاية اللعان.

و لو قذف أجنبية ثم تزوجها وجب الحد و لا لعان و هو ظاهر.

و لو تزوجها ثم قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح ففي اللعان قولان ففي الخلاف: نفيه، لعموم و الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ «٢» و عدم شمول نصوص اللعان له، لأنه لا يقال: إنه قذف زوجته، كما أن من قذف مسلماً بالزنى حال كفره لا يقال: إنه قذف مسلماً. و في المبسوط إثباته، و هو خيرة المحقق و المصنّف في غير الكتاب، لعموم النصوص «٣» قلنا باعتبار بقاء مبدأ الاشتقاق في صدق المشتق أو لا، فإنه إنما اعتبر فيها بعد تسليم اعتبار البقاء كون الرمي حين الزوجية، لا الرمي بما وقع حينها. و هذا معنى قوله مأخذهما اعتبار حال الزنى أو القذف فإن الأول اعتبر حال الزنى، فنفي أن يقال: إنه قذف زوجته، فأخرجه من آية اللعان «٤» و أدخله في آية القذف «٥». و الثاني اعتبر حال القذف فأثبتته و أدخله في آية اللعان.

و لا يجوز قذفها مع الشبهة، و لا مع غلبة الظنّ و إن أخبره الثقة أو شاع أنها زنت، و انضم إلى ذلك قرائن من صفات الولد و غيرها، لأنّ عرض

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١٦.

(٢) النور: ٤.

(٣) الخلاف: ج ٥ ص ١٦ مسألة ١٥، و المبسوط: ج ٥ ص ١٩٣، و مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٧١.

(٤) النور: ٦.

(٥) النور: ٤.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٩٣

المؤمن كدمه. و في الحسن عن الحلبي عن الصادق (عليه السلام): أنه نهى عن قذف من كان على غير الإسلام، إلا أن تكون [قد] أطلعت على ذلك منه «١». و في الصحيح عن عبد الله بن سنان عنه (عليه السلام): أنه نهى عن قذف من ليس على الإسلام، إلا أن يطلع على ذلك منهم، و قال: أيسر ما يكون أن يكون قد كذب «٢». نعم إن تيقن أن الولد من غيره وجب عليه نفيه.

و لو قذف بالسحق فالحدّ على قول أبي علي «٣» و المحقق «٤» و التعزير على قول الشيخ «٥» و التقى «٦» و المصنّف في التحرير «٧» و المختلف «٨» و ما يأتي في الكتاب فيحتمل أن يريده بالحدّ، و هو الأقوى، للأصل. و لا لعان و إن ادعى المشاهدة لقصره في النصوص على الرمي بالزنى أو نفى الولد.

و لو قذف المجنونة بالزنى حين الإفاقة حُدّ أي استحقت عليه الحدّ و لكن لا يُقام عليه إلا بعد مطالبتها مع الإفاقة، و لو أفاقت صحّ اللعان، و ليس لوليها المطالبة بالحدّ ما دامت حيّةً لأنه ليس من الحقوق المائتة، و لأنّ للزوج إسقاطه باللعان الذي لا يصحّ من الولي.

و إن ماتت الزوجة مجنونة أو غيرها و لم يستوف الحدّ فلوارثها المطالبة به، لأنه من حقوق الآدميين فيورث.

و كذا ليس للمولى مطالبته زوج أمته بالتعزير إلا بعد موتها فله المطالبة بعده، كما ذكره الشيخ «٩» و استحسنة المحقق «١٠» لأنه كالوارث لها و أولى بها.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٣٠ ب ١ من أبواب حدّ القذف ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٣٠ ب ١ من أبواب حد القذف ح ١.

(٣) حكاة عنه في مختلف الشيعة: ج ٩ ص ٢٦٨.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩٤.

(٥) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٥.

(٦) الكافي في الفقه: ص ٤١٨.

(٧) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٢٣٩ س ١٤.

(٨) مختلف الشيعة: ج ٩ ص ٢٦٩.

(٩) المبسوط: ج ٥ ص ١٩١.

(١٠) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩٤.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٩٤

وقد يستشكل بأن هذا الحق إن ثبت له للملك وجب ثبوته له في حياتها، وإن ثبت للإرث فلا إرث. ودفع بأنه إنما يرث المال، وأما الحقوق الأخر فإنه يرثها لكونه أولى الناس بها.

ولو نسبها إلى زنى هي مستكرهه عليه أو مشتبه عليها أو نائمة ففي كونه قذفاً إشكال من أنه إنما نسبها إلى أمر غير ملوم عليه، و لا مأثوم فيه، و به قطع الشيخ «١» و هو الوجه، لأنه لا يسمى بالزنى في عرف الشرع. ثم ظاهر الشيخ التردد في التعزير «٢» و الأظهر التعزير للإيذاء. و من العار و انتهاك الأستار.

و لا لعان على الوجهين إنما لنفى الولد. أمّا على الثانى: فظاهر، و أمّا على الأوّل فلأنّ اللعان على خلاف الأصل، و المتبادر من الرمي بالزنى الرمي بما لم يكن عن إكراه فيقتصر عليه. و لأنه الذى يوجب الانتقام منها.

و كذا لا لعان لو كان وطء شبهة من الجانين إلا لنفى الولد، و فى الحدّ و التعزير ما عرفت.

و لو قذف نسوة بلفظ واحد تعدد اللعان لأنه يمين، و اليمين لا يتداخل فى حق الجماعة بلا خلاف، فإن تراصين بمن يبدأ بلعانها بدأ بها، و إن تشاحن أقرع، أو بدأ الحاكم بمن شاء و لا يتحد برضاهن بلعان واحد كما لو رضى المدعون بيمين واحدة.

و لو قال: زنيّت و أنت صغيرة، و جب التعزير للإيذاء دون الحدّ، إذ لا إثم عليها.

و فى المبسوط: إن فسّر ذلك بما لا يحتمل القذف، كأن يقول: «زنيّت و لك ستتان أو ثلاث» كان كاذباً بيقين، و لا حدّ عليه، و لا تعزير قذف، و لكن تعزير سبّ و شتم، و ليس له إسقاطه باللعان. و إن فسّر بما يحتمله، كأن يقول: «زنيّت و لك تسع سنين أو عشر» فهذه يتأتى فيها الزنى فقد قذفها بالزنى، لكن لا حدّ عليه، لأن الصغيرة ناقصة لا يجب الحدّ برميها، و يعزّر تعزير قذف، و له إسقاطه باللعان «٣».

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢١٦.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢١٦.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٢١٤ و ٢١٥.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٩٥

و إن قال: زنيّت و أنت مشرّكة أو مجنونّة فكذلك عليه التعزير إن عهد لها ذلك أى حال شرك أو جنون و إلا يعهد لها ذلك فالحدّ فإنه لم يقذف المشرّكة أو المجنونّة بل المسلمة العاقلة، و ما ذكره من القيد يكون لغواً.

و يحتمل قوياً سقوطه إذا لم يعهد، لأنه لم يقذفها بزنا يلزمها إثمها، وإنما جاء بمحال فكان كلامه بتمامه لغواً، لكن تستحق عليه التعزير للإيذاء.

وعلى الأوّل إذا قالت: ما زنيّت و ما كنت مشرّكة أو مجنونته، فهل القول قوله أو قولها؟ وجهان: من أصل البراءة، و هو خيرة المبسوط «١». و من أصالة الإسلام و العقل.

و لو ادّعت عليه القذف فأنكره فأقامت شاهدين، فله أن يلاعن إن أظهر لإنكاره تأويلاً كأن يقول: إنّي كنت قلت لها: زنيّت و بذلك شهد الشاهدان، و لكنّه ليس بقذف، لأنّي صدقت في ذلك، فإنّما أنكرت أن أكون قذفتها.

و إلّا فلا لعان، و وجب الحدّ، لأنّه باللّعان يكذب نفسه، فإن أنشأ قذفاً آخر كأن يقول: ما قذفتها و لكنّها زانية فله اللّعان، و اندفع عنه ذلك الحدّ أي الحدّ لما شهدت به البيّنة أيضاً لأنّه لا يتكرّر الحدّ إذا كرّر القذف بزنا واحد، فهنا أولى إلّا إذا كان صورة إنكاره: ما قذفت و لا زنيّت، فإنّ قذفه بعده يناقض شهادة الإبراء أي شهادته ببراءتها إلّا أن تمضي مدّة يحتمل فيها طريان الزنى فله اللّعان حينئذٍ.

و لو امتنعا عن اللّعان فلما عرّضا للحدّ أو استوفى بعض الجلدات رجعا إليه جاز للعموم، و اللّعان و إن كان يميناً و لا رجوع إليها بعد النكول، لكنّه الحق هنا بالبيّنة لمفارقتها لليمين في أنّ النكول عن اليمين يوجب انتقالها إلى الآخر و ليس كذلك اللّعان، و مشابهة لعانه للبيّنة في إثبات الحدّ عليها.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢١٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٩٦

و لو حُجِدَ فأراد أن يلاعن بعده مُكِّن منه إن كان لنفى الولد، و إلّا فلا فائدة فيه فإنّ فائدته درء الحدّ فلا يُمكن منه و كذا لا تُمكن المرأة منه بعد أن حُجِدَتْ. و للعامة وجه بنفى اللّعان بعده و لو لنفى الولد «١». و آخر بشبوته و لو للقذف، لإبانه براءته من القذف «٢».

[الفصل الثاني في إنكار الولد]

الفصل الثاني في إنكار الولد و إنّما يثبت اللّعان بنفى الولد إذا كان يلحقه ظاهراً و لا ينتفى عنه بنفيه بأن تضعه الزوجة بالعقد الدائم لستّه أشهر فصاعداً من حين احتمال وطئه ما لم يتجاوز أقصى مدّة الحمل، و كلّ ولد لا يمكن كونه منه في النكاح لم يلحقه نسبه، و لم يحتج انتفاؤه منه إلى لعان، كما لو ولدته تاماً لأقلّ من ستّه أشهر من حين احتمال وطئه في النكاح أو لأكثر من أقصى مدّة الحمل لم يلحق به و انتفى منه بغير لعان إذا نفاه أو علم عدم مقاربتة لها قبل النكاح لا مطلقاً، لجواز أن يكون وطئها قبله لشبهة.

و لو تزوّج المشرقى أى و هو فى المشرق مغربيّه كذلك و أتت بولد لستّه أشهر من العقد لم يلحق به، لعدم الإمكان عادة، و لا لعان لنفيه. خلافاً لبعض العامة حيث اكتفى فى الإلحاق بالعقد و قدرته على الوطء و إن لم يمكن عادة «٣».

و فرّع عليه مسائل، منها: هذه المسألة. و منها: أنه إذا تزوّج بامرأة بحضرة القاضى و طلقها فى الحال، ثمّ أتت بولد لستّه أشهر من العقد لحق به، و لم ينتف إلباً باللّعان. و منها: أنه إذا غاب عنها زوجها و انقطع خبره، فقبل لها: إنه مات فاعتدّت ثمّ تزوّجت. فأولدها الزوج الثانى أولاداً، ثمّ عاد الأوّل، فالأولاد لاحقون به، و لا شىء للثانى.

و من العامّة الذين وافقونا في اعتبار إمكان الوطء، من قال: إذا مضى زمان

(١) لم نعر عليه.

(٢) انظر المجموع: ج ١٧ ص ٤٥٥.

(٣) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٥٤ المجموع: ج ٩ ص ٤٠٤ مع اختلاف.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٩٧

يمكن فيه قطع ما بين الزوجين من المسافة، ثم مضى أقلّ زمان الحمل، فإنّه يلحق به و إن علم أنّ أحداً من الزوجين لم يبرح إلى الآخر «١».

و لو دخل بها الزوج و له أقلّ من عشر سنين فولدت لم يلحق به لأنّه لم تجر العادة بإنزاله و إيجابه، كما لو ولدت لأقلّ من ستّة أشهر و إن كان له عشر لحق، لإمكان البلوغ و الإنزال و الإيجاب في حقّه و لو نادراً كما أنّه يمكن الوضع لستّة أشهر و إن ندر.

اصفهانى، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام؛ ج ٨، ص: ٢٩٧

و ظاهر المبسوط «٢» و الشرائع «٣» و التحرير «٤» أنّ العبرة بالطعن في العشر دون الإكمال، فإنّهم نفوا اللحق لدون تسع و أثبتوه لعشر، و لا يحكم بمجرد ذلك ببلوغه، فإنّه لا يثبت بالاحتمال، بخلاف الولد فإنّه يلحق بالاحتمال.

و لذا لو أنكر لم يلاعن إلى أن يبلغ رشيداً، فإن مات قبل البلوغ أو بعده و لم ينكره الحق به، و ورثته الزوجه و الولد، و لا عبرة بالإنكار المتقدّم على البلوغ.

و لو تزوّج و طلق في مجلس واحد قبل غيبته بل غيبتهما ثم مضت ستّة أشهر فولدت لم يلحقه لما عرفت من عدم إمكان الوطء في النكاح. خلافاً لمن عرفت من العامّة.

و يلحق ولد زوجه الخصىّ به على إشكال من الإشكال في الإنزال المُحبّل و إن تحقّق منه الوطء.

و يلحق ولد زوجه المَجْبُوبِ به مع سلامة الأُنثيين لسلامة أوعية المنى، و إنّما الذكر آلة للإيصال، و يمكن الوصول بالسحق، كما يلحق بالوطء فيما دون الفرج، لاحتمال سبق الماء إليه دون ولد [زوجه] «٥» الخصىّ المَجْبُوبِ على إشكال من انتفاء الوطء، و أوعية المنى، و هو خيرة

(١) المجموع: ج ١٧ ص ٤٠٤ مع اختلاف.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٨٥.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩٤.

(٤) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٥ س ١٧.

(٥) لم ترد في المخطوطات.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٩٨

المبسوط و التحرير «١» و الجامع «٢». و من كون المنى من الصلب كما فى القرآن، قال فى المبسوط: و الأول أقوى، لاعتبار العادة «٣».

و لو وطئ دبراً أو قبلاً و عزل لحق به الولد، و لم ينتف إلا باللعان لا نعرف خلافاً من الأصحاب فى تسبب الوطء فى الدبر لإلحاق الولد، و قد صرح به جماعة منهم، لإمكان استرسال المنى إلى الرحم و إن بعد.

لكن هل يشترط فيه عدم العزل؟ منهم: من اشترطه، لكون العلوق مع ذلك فى غاية البعد، لأن الذى يحتمل معه سبقه من المنى فى غاية القلّة. و منهم: من لم يشترطه، للاشتراك فى الإمكان و إن كان معه أبعد، و عبارة الكتاب تحتملها.

و لو تصادقا على أنها استدخلت منيته من غير جماع فحملت منه فالأقرب عدم اللحوق، إذ لا منى لها هنا عادة، فإنّ العادة أن منيتها إنما يصعد إلى الرحم بالجماع و إن أمكن بدونه، و العادة إنما جرت بتكون الولد من المتبين، كما نطق به القرآن و إن أمكن بدونه. و يحتمل اللحوق، لإمكان تحقق منيتها و تخلّق الولد من منيته خاصّة.

و بالجملة إنما يلحق الولد إذا كان الوطء قبلاً أو دبراً أو ما فى معناه من سحق المجهود على وجه ممكناً و الزوج قادراً عليه عادة، فلا يلحق بلا احتمال الوطء بالاستدخال، و لا بمجرد إمكان الوطء و دخوله فى قدرة الله تعالى و إن لم يقدر عليه الزوج عادة كالمشرقى يطاء المغربيّة، و لا بمجرد قدرته على الوطء من دون احتماله، كأن ينكحها و يطلقها فى مجلس واحد.

و لو اختلفا بعد الدخول فى زمان الحمل تلاعنا إذا أدى قوله إلى نفي الولد.

و لو اعترف بتولمده منه عن زنى بها و ذلك بأن ادعى الطلاق قبل وطئها سراً احتمل اللعان لو كذبته لصدق الرمى و نفي الولد مع كونها زوجة

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٥ س ١٨.

(٢) الجامع للشرائع: ص ٤٨٢.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ١٨٦.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٢٩٩

فى الظاهر. و العدم، لأنه إنما يثبت بين الزوجين، و هو ينفى الزوجية.

و لو طلق و ادّعت أنها حملت منه و أنكر الدخول قيل فى النهاية «١» إن أقامت بينة أنه أرخى سترها لاعتنها، و حرمت عليه مؤبداً كان عليه تمام المهر لصحيح على بن جعفر عن أخيه (عليه السلام): سأله عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها فادّعت أنها حامل، قال: إن أقامت البينة على أنه أرخى سترها ثم أنكر الولد لاعتنها ثم بان منى و عليه المهر كملماً «٢». و أرسل مثله عن الصادق (عليه السلام) فى بعض الكتب «٣». و لما مرّ من أن الظاهر الدخول مع الخلوة التامة.

و إن لم تُقم بينة بذلك كان القول قوله، فكان عليه نصفه أى المهر، للأصل و لا لعان لعدم الدخول، و الشيخ و إن لم يصرح به لكنّه مفهوم من اشتراطه الدخول. □

و عليها مائة سوطٍ بعد أن يحلف بالله أنه ما دخل بها، قال المحقق: و لا أرى له وجهاً «٤». و قد يوجه: بأن انتفاء الحمل عنه بغير لعان كإقرارها، أو نكولها، أو البينة بزناها، و هو لا يكفى لإيجاب الحدّ، لا سيما إذا اقتصر على نفي الولد و إنكار الدخول، فإنه لا يتضمّن الرمى بالزنى أصلاً، فضلاً عن إيجابه الحدّ عليها.

و الأقرب وفاقاً لابن إدريس «٥» انتفاء اللعان ما لم يثبت الوطء، و لا يكفى الإرخاء و الخلوة التامة و لا حدّ عليه بإنكاره الحمل منه إن لم يقذف، و لا أنكر ولداً يلزمه الإقرار به.

و مال فى المختلف إلى الأول، لصحة الخبر، و اعتضاده بالظاهر من وطء

(١) النهاية: ج ٢ ص ٤٥٥ ٤٥٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥٩٠ ب ٢ من أبواب اللعان ح ١.

(٣) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨٤ ح ١٠٧٠.

(٤) نكت النهاية: ج ٢ ص ٤٥٦.

(٥) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٠٠

الصحيح مع الخلوة، و صحة تصرف المسلم، بخلاف ما لو خلت عن الحمل «١».

و لو كان الزوج حاضراً وقت الولادة و سكت عن الإنكار المقذور و لو بالإرسال إلى الحاكم و إعلامه، أو الاستدعاء منه أن يرسل إليه من يسمع منه النفي، أو الإشهاد على النفي إذا لم يمكنه المسير بنفسه إلى الحاكم قيل فى المبسوط «٢» لم يكن له إنكاره بعد، إلا أن يؤخر بما جرت العادة به كالسعى إلى الحاكم، و انتظار الصبح، و الأكل، و الصلاة، و إحراز ماله أو يدعى الجهل بأن له النفي و أمكن فى حقه، و ذلك، لأنه خيار، شرع لدفع الضرر، فيكون فورياً، لاندفاعه به كالخيار فى الفسوخ، و لوجوب المبادرة إلى نفي من ليس منه لئلا يعرض ما يمنع منه من موت و نحوه، و لأنه لو لم تجب المبادرة إليه لم تستقر الأنساب.

و يحتمل وفقاً للخلاف «٣» و الشرائع «٤» أن له إنكاره ما لم يعترف به لأصل عدم الفورية، و عموم الأدلة، و افتقار النفي كثيراً إلى نظر و تأمل، و لا يتقدر التأخير بزمان، لعدم المقدّر شرعاً. و للعامّة قول بالتقدير ثلاثة أيام أو يومين «٥».

أما لو اعترف به لم يكن له إنكاره بعد إجماعاً كما لا يسمع الإنكار بعد الإقرار فى سائر الأمور.

و لو أمسك عن نفي الحمل حتى وضعت جاز أن ينفيه «٦» بعد الوضع إجماعاً، لاحتمال استناد الإمساك إلى الشك فى الحمل لكن لو قال: «علمت بالحمل و إنما أمسكت رجاء أن يسقط أو يموت فلا أحتاج إلى النفي فأستر عليها». ففي المبسوط: ليس له النفي، لأن تحت هذا الإقرار رضاً منه بترك

(١) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٦٦.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢٢٨ ٢٢٩.

(٣) الخلاف: ج ٥ ص ٣٠ مسألة ٣٤.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩٥.

(٥) المجموع: ج ١٧ ص ٤١٨.

(٦) فى قواعد الأحكام بدل «جاز أن ينفيه»: جاز له نفيه.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٠١

النفي و انتظار الانتفاء من جهة أخرى «١». و يحتمل قريباً أن يكون له ذلك.

و كل من أقر بولد صريحاً أو فحوى لم يكن له إنكاره بعد إذ لا فرق فى الأخذ بالإقرار بين الصريح وغيره إذا كان متحققاً و الصريح ظاهر، و الفحوى أن يجيب المبشر بما يدل على الرضا بكونه ولده مثل أن يقال له: بارك الله لك فى مولودك هذا،

فيقول: آمين، أو إن شاء الله أو نعم أو استجاب الله دعاءك.

و لو قال مجيباً: بارك الله فيك، أو أحسن الله إليك، أو رزقك الله مثله أو جزاك الله خيراً، أو سرّك الله، أو أسمعك الله ما يسرّك، أو نحو ذلك لم يكن شيء من ذلك إقراراً فله نفيه بعد. و للعامّة قول بكونه إقراراً «٢».

و لو قذف امرأته و نفى الولد و أقام بينة على ما قذفها به سقط الحدّ، و لم ينتف الولد إلّا باللعان فإنّ الزنى لا يستلزم انتفاء الولد. و لو طلقها بانئناً فأتت بولدٍ يمكن أن يلحق به في الظاهر لم ينتف منه إلّا بتصادقهما أو باللعان و إن لم يكن الآن زوجته، إذ لا طريق إلى الانتفاء منه إلّا ذلك. مع أنّه في الحقيقة في حكم نفى ولد الزوجة.

و كذا لو تزوّجت بعد الطلاق بغيره و أتت بولدٍ لدون ستّة أشهرٍ من وطء الثاني و لأقصى مدّة الحمل فما دون من فراق الأوّل لحق في الظاهر بالأوّل، و لم ينتف إلّا باللعان و للعامّة قول بالانتفاء بدون اللعان «٣» لزوال الزوجيّة و الفراش.

و لو قال: لم تزن و هذا الولد ليس منّي فلا حدّ لعدم القذف و وجب اللعان للنفي. و للعامّة قول بنفي اللعان «٤» اقتصاراً فيه على المنصوص في الآية «٥» من الرمي.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٣٠.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٤٢٠.

(٣) انظر المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٥٥.

(٤) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٥١.

(٥) النور: ٦.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٠٢

و لو قال: هذا الولد من زنى، أو زنت فأنت بهذا الولد منه و جب الحدّ للقذف و ثبت اللعان له و للنفي، و يكفي لهما لعان واحد. و لو قال: ما ولدته و إنّما التقطته أو استعرتّه فقالت: بل هو ولدى منك لم يجب الحدّ و لم يُحكم عليه أى الولد بالولادة أو على الولادة إلّا بالبينّة لإمكان إقامتها على الولادة. و الأصل عدمها فهي المدّعية، فكانت عليها البينّة و تقبل فيها شهادة النساء منفردات و منضمّات، لأنّها أمر لا يطّلع عليه الرجال غالباً، فإن لم يكن لها بينة حلف و انتفى عنه النسب من غير لعان، إذ لم تثبت الولادة على فراشه. و إن نكل ردنا اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الولادة على الفراش و لحقه إلّا أن ينفيه باللعان. و إن نكلت احتمل الوقوف إلى أن يبلغ الولد، فإنّ هذه اليمين تعلّق بها حقّها و حقّ الولد جميعاً، فإذا بلغ فإن انتسب و حلف لحق به إلّا أن ينفيه باللعان. و احتمل عدم الوقوف، لأنّها حقّها، فإذا نكلت سقطت فلا تثبت بعد.

[المقصد الثاني في أركانه و فيه فصول ثلاثة]

إشارة

المقصد الثاني في أركانه و فيه فصول ثلاثة:

[الفصل الأوّل: في الملاعن]

الأول: الملاعن و يشترط كونه بالغاً عاقلاً لعدم العبء بعبارة غيرهما، و لأنّ اللعان أمّا أيمان أو شهادات، و لا يصحّ شىء منهما من غيرهما.

و لا تشترط العدالة، و لا الحرّيّة، و لا انتفاء الحدّ عن قذفٍ أو غيره عنه لعموم النصوص «١» و كون اللعان أيماناً عندنا «٢» و هى تصحّ من الكلّ. خلافاً لبعض العامّة «٣» بناءً على كون اللعان شهادات، فيعتبر فى الملاعن ما يعتبر فى الشاهد، و خصّوا الحدّ بكونه عن قذف؛ للنصّ على عدم قبول شهادته فى الآية «٤».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٥ ب ٥ من أبواب اللعان.

(٢) لم ترد فى ن، ق: عندنا.

(٣) المجموع: ج ١٧ ص ٤٣٣.

(٤) النور: ٤.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٠٣

و بخصوص المملوك أخبار كثيرة كحسن جميل بن درّاج سأل الصادق (عليه السلام) عن الحرّ بينه و بين المملوك لعان؟ فقال: نعم، و بين المملوك و الحرّة، و بين العبد و الأمة، و بين المسلم و اليهوديّة و النصرانيّة «١». و عن السكونى عن جعفر، عن أبيه، أنّ عليّاً (عليه السلام) قال: ليس بين خمس من النساء، و بين أزواجهنّ ملاعنة: اليهوديّة تكون تحت المسلم فيقذفها، و النصرانيّة و الأمة تكون تحت الحرّ فيقذفها، و الحرّة تكون تحت العبد فيقذفها، و المجلود فى الفرية، لأنّ الله يقول: «وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَيْدِيًّا» و الخرساء ليس بينها و بين زوجها لعان، إنّما اللعان باللسان «٢». و نحوه فى الخصال، عن سليمان بن جعفر البصرى، عن جعفر، عن أبيه، عن جدّه، عن عليّ صلوات الله عليهم «٣». و هما ضعيفان يمكن حملهما على التقيّة.

و ربّما يفهم من «النافع» وجود قولٍ باعتبار الحرّيّة «٤».

و لا- يشترط الإسلام فيه فى المشهور؛ للأصل و العموم، و كون اللعان أيماناً فيقبل لعان الكافر و يترتب عليه أثره. خلافاً لأبى عليّ «٥» فاشترطه، بناءً على كون اللعان شهادات.

و الأخرس إن عقلت إشارته قبل لعانه بالإشارة فى المشهور، كما يصحّ منه الإقرار و العقود و الإيقاعات، لعموم النصوص من الكتاب «٦» و السنّة «٧» و لأنّ اللعان إمّا يمين أو شهادة، و كلاهما من الأخرس صحيح. و فى الخلاف حكى الإجماع عليه «٨».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٦ ب ٥ من أبواب اللعان ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ من أبواب اللعان ح ١٢.

(٣) الخصال: ص ٣٠٤ ح ٨٣. و فيه بدل «سليمان بن جعفر»: سليمان بن حفص.

(٤) المختصر النافع: ص ٢١١.

(٥) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٥٥.

(٦) النور: ٦.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٦ ب ١ من أبواب اللعان.

(٨) الخلاف: ج ٥ ص ١٢ ١٣ مسألة ٨.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٠٤

و توقّف فيه ابن إدريس «١» و المصنّف في التحرير «٢» و المختلف «٣» لاختصاصه بألفاظ مخصوصة، و انتفاء الرمي منه، و يؤيّدّه تعليل نفيه عن الخرساء في الخبر المتقدم، بأنّ اللعان إنّما يكون باللسان. و قد روى في بعض الكتب عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنّه قال: الخرساء و الأخرس ليس بينهما لعان، لأنّ اللعان لا يكون إلّا باللسان «٤». و ظاهر أنّه إلّا يعقل إشارته فلا لعان.

و لو انقطع كلامه بعد القذف و قبل اللعان صار كالأخرس، لعانه بالإشارة و إن لم يحصل اليأس من نطقه لأنّه فورى، و الأصل البراءة من التبرّص إلى البرء. و للعامّة قول بالتبرّص إن رجع البرء «٥».

و لا بدّ من الزوجيّة، فلا يقبل لعان الأجنبيّ، بل يجب عليه حدّ القذف إن لم يأت بالبينة. و لو ادّعى عليه الولد للشبهة فأنكره انتفى عنه، و لم يثبت اللعان و إن اعترف بالوطء لأنّه نفى ولد من غير الزوجيّة. أمّا لو اعترف بالوطء و نفى وطء غيره، و استدخال المنى من غيره سقط اللعان «٦» و إن لم تدّع عليه أنّه ولده بالشبهة و ألحق به و كان إنكاره لغواً.

و لو ارتدّ فلاعن، ثمّ عاد إلى الإسلام في العدة عرف صحّته لظهور بقاء الزوجيّة و إن أصرّ على الكفر ظهر بطلانه لظهور البيّنونة، فلا يحرم عليه إن رجع إلى الإسلام.

(١) السرائر: ج ٢ ص ٧٠١.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٤ س ٢٨.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٦٤.

(٤) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨٣ ح ١٠٦٦. و فيه رواه عن جعفر بن محمّد (عليهما السلام).

(٥) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١١.

(٦) في قواعد الأحكام بدل «سقط اللعان و ألحق به»: ففي سقوط اللعان نظر.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٠٥

و لو ظنّ صحّة النكاح الفاسد فلاعن لم يندفع الحدّ باللعان الفاسد على إشكال من فساد اللعان و ظهور الأجنبيّة. و من الحكم بالسقوط حين لاعن، و لعلّه يكفي في درء الحدّ.

و كذا لا يندفع عن المرتدّ المصّرّ الملاعن في ارتداده على إشكال من الإشكال في أنّها في العدة كالمطلقة الرجعيّة، لإمكان الزوج من الرجوع بالرجوع إلى الإسلام. أو كالبائن، لكشف الإصرار عن البيّنونة من الارتداد.

و لو قذف الطفل فلا حدّ و لا لعان، و كذا المجنون و عن أمير المؤمنين (عليه السلام): لا لعان بين الصبيّين حتّى يدركا، و إن أدركا لم يتلاعنا فيما رمى به امرأته و هما صغيران «١».

و لو أتت امرأته أى المجنون بولدٍ لحق به نسبه، و لا سبيل إلى نفيه مع زوال عقله، فإذا عقل كان له نفيه حينئذٍ و استلحاقه. و لو ادّعى أنّ القذف كان حال جنونه صِدّق إن عُرف منه ذلك مع يمينه، لأصالة البراءة، و اندراء الحدود بالشبهات و إلّا فلا بل القول قول المقدوفة مع يمينها، لأنّ الظاهر معها.

و لو لاعن الأخرس بالإشارة ثمّ نطق فأنكر القذف و اللعان لم يقبل إنكار القذف و لا اللعان فيما له، لأنّ الإشارة في حقّه بمنزلة النطق.

و يقبل الإنكار في اللعان فيما عليه، فيطالب بالحدّ، و يلحقه النسب، بمعنى أنّه يرثه الولد و لا يرث هو الولد، و لا تعود الزوجيّة،

فإن قال مع الإنكار أنا ألعن للحدِّ ونفى النسب فالأقرب إجابته، لأنَّه إنَّما لزمه بإقراره أنَّه لم يلعن ولم يلزمه أن لا يكون له اللعان، وأدلُّه إثباته عامَّة. فإذا أراد أن يلعن أُجيب ويحتمل العدم ضعيفاً؛ للحكم شرعاً بوقوع اللعان.

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨٣ ح ١٠٦٥.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٠٦

[الفصل الثاني في الملاعنة]

الفصل الثاني في الملاعنة ويعتبر فيها: البلوغ، وكمال العقل، والسلامة من الصمم والخرس للأخبار كما سمعته من الأخبار عن أمير المؤمنين (عليه السلام) في الخرساء. و نحوه أخبار آخر «١». و صحيح أبي بصير قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجل قذف امرأته بالزنى و هي خرساء أو صمّاء، لا تسمع ما قال، قال: إن كان لها بينة تشهد عند الإمام جلد الحدِّ و فرّق بينه وبينها، و لا تحلّ له أبداً، و إن لم يكن لها بينة فهي حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها منه «٢». كذا في نكاح التهذيب «٣» و في اللعان منه «٤». و في الكافي: و هي خرساء صمّاء «٥» بحذف لفظه «أو» و الخبر واحد متناً و سنداً. فالظاهر زيادة لفظه «أو» في كتاب النكاح، و حينئذ لا يكون لنا خبر يدلّ على نفي اللعان إذا كانت صمّاء خاصّة، إلّا أن يفهم من قوله (عليه السلام): «لا تسمع ما قال» أو يكون انعقد الإجماع على عدم الفرق بين الخرس و الصمم.

و أن تكون زوجةً بال عقد الدائم في المشهور، و قد عرفت الخلاف في المتعة. و الأقرب عدم اشتراط الدخول للعموم. و قيل في الخلاف «٦» و النهاية «٧» و التبيان «٨» و الغنية «٩» و الوسيلة «١٠» و الجامع «١١» و غيرها: يشترط، و حكى عليه الإجماع في الخلاف «١٢» و ظاهر التبيان «١٣» و أحكام القرآن للراوندى «١٤».

(١) الجعفریات: ص ١١٤ دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠٣ ب ٨ من أبواب اللعان ح ٢.

(٣) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٣١٠ ح ١٢٨٨.

(٤) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٩٣ ح ٦٧٥.

(٥) الكافي: ج ٦ ص ١٦٦ ح ١٨.

(٦) الخلاف: ج ٥ ص ٤٩ مسألة ٦٩.

(٧) النهاية: ج ٢ ص ٤٥٤.

(٨) تفسير التبيان: ج ٧ ص ٤١٢.

(٩) غنية التزوع: ص ٣٧٨.

(١٠) الوسيلة: ص ٣٣٦.

(١١) الجامع للشرائع: ص ٤٧٩.

(١٢) الخلاف: ج ٥ ص ٤٩ مسألة ٦٩.

(١٣) تفسير التبيان: ج ٧ ص ٤١٢.

(١٤) فقه القرآن للراوندى: ج ٢ ص ٢٠٣.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٠٧

و يؤيده الأخبار، كقول الباقر (عليه السلام) فى خبر محمّد بن مسلم: لا تكون الملاعنة و لا الإيلاء إلّا بعد الدخول «١». و قول الصادق (عليه السلام) فى خبر أبى بصير: لا يقع اللعان حتّى يدخل الرجل بأهله «٢». و فى خبر محمّد بن مصادف: لا يكون ملاءناً حتّى يدخل بها «٣».

و قيل فى السرائر يشترط فى نفى الولد دون القذف و عليه حمل كلام الأصحاب، قال: لأنّ قبل الدخول القول قول الزوج مع يمينه، و لا يلحق الولد به بلا خلاف بين أصحابنا. و لا يحتاج فى نفيه إلى لعان «٤» و استحسنة فى المختلف «٥».

و ثبت بين الحرّ و المملوكه عند الأكثر، للأصل، و العمومات، و نحو صحيح محمّد بن مسلم سأل الباقر (عليه السلام) عن الحرّ يلاعن المملوكه؟ قال: نعم إذا كان مولاها العلى زوجها إياه «٦». و حسن جميل بن درّاج سأل الصادق (عليه السلام) عن الحرّ بينه و بين المملوكه لعان؟ قال: نعم «٧».

و روى المنع فى صحيح عبد الله بن سنان عن الصادق (عليه السلام) قال: لا يلاعن الحرّ الأمة، و لا الذمّية، و لا التى يتمتع بها «٨». و فيما مضى من الخبرين عن أمير المؤمنين (عليه السلام) فى خمس لا لعان بينهنّ و بين أزواجهنّ «٩» و أفتى به المفيد «١٠». و حمل على ملك اليمين أو التقيّة.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩١ ب ٢ من أبواب اللعان ح ٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٠ ب ٢ من أبواب اللعان ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩١ ب ٢ من أبواب اللعان ح ٤. و فيه بدل «مصادف»: مضارب.

(٤) السرائر: ج ٢ ص ٦٩٨.

(٥) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٦١ ٤٦٢.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٦ ٥٩٧ ب ٥ من أبواب اللعان ح ٥.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٦ ب ٥ من أبواب اللعان ح ٢.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٦ ب ٥ من أبواب اللعان ح ٤.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ من أبواب اللعان ح ١٢.

(١٠) المقنعة: ص ٥٤٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٠٨

و قيل فى الاستبصار «١» و السرائر «٢» يثبت فى نفى الولد دون القذف و هو ظاهر المراسم «٣» للجمع، و لأنّ اللعان شرع لدفع الحدّ، و لا حدّ بقذف الأمة.

و لو قذف طفلةً لا يجمع مثلها فلا حدّ، لتيقن كذبه، لكنّه يعزّر للسبّ لا للقذف و فى الصحيح عن أبى بصير، سأل الصادق (عليه السلام) عن الرجل يقذف الجارية الصغيرة، قال: لا يجلد إلّا أن تكون قد أدركت أو قاربت «٤». و عنه (عليه السلام): لا حدّ لمن لا حدّ عليه «٥».

و لو كانت بنت ثمان سنين ثبت القذف لإمكان المجامعة فيحدّ و ليس لوليها المطالبة به لما عرفت فى المجنونة و لا لها المطالبة

قبل البلوغ بل إذا بلغت طالبت و له إسقاطه باللعان.

و لو قذف المجنونة بزنا أضافه إلى حال الصحّة، أو قذفها صحيحةً ثمّ جُنّت لم يكن لها و لا لوليها المطالبة بالحدّ، فإذا أفاقت طالبت و له إسقاطه حينئذٍ باللعان، و ليس له اللعان حالة الجنون، إذ لا- نسب و لا- حدّ طولب به ينفيهما، فأما إن نفى ولدها فكذلك لا يلاعن حالة الجنون، بل إذا أفاقت لاعنها و انتفى النسب و إلّا تُفَقّ كان النسب و الزوجيّة ثابتين و للعامّة قول بأنّ له الالتعان، و هي مجنونة للحدّ و النفي «٦» فتقع الفرقة و ينتفى الولد. و منهم من قال: بأنّ له الالتعان و إن لم يكن نسب و لا حدّ «٧» بأنّ أبرأته لنفى الفراش. و ليس بشيء، لإمكان إزالته بالطلاق.

و لو قذف زوجته الصّماء أو الخرساء حرمتا عليه أبداً كما عرفت في النكاح، إلّا أن يُقيم البيّنة و لا لعان لما تقدّم و في اللعان لنفى النسب

(١) الاستبصار: ج ٣ ص ٣٧٥ ذيل حديث ١٣٣٨.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ٦٩٧ ٦٩٨.

(٣) المراسم: ص ١٦٤.

(٤) الكافي: ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٢٢.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٣٣٢ ب ١٩ من أبواب مقدّمات الحدود و أحكامها العامّة ح ١.

(٦) المجموع: ج ١٧ ص ٣٩٥.

(٧) الحاوي الكبير: ج ١١ ص ٢٦.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٠٩

إشكال من أنّه لا طريق إلى انتفائه سواه. و من إطلاق النصّ و الفتوى بنفى لعانها. و الأوّل أقوى.

و يصحّ لعان الحامل وفاقاً للأكثر، للعموم، و انتفاء المانع، و الإجماع كما في الخلاف «١». و لأنّه (عليه السّلام) لاعن بين هلال بن أميّة و زوجته الحامل «٢». و لصحيح الحلبيّ سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل لاعن امرأته و هي حبلى قد استبان حملها، و أنكّر ما في بطنها فلمّا ولدت ادّعاها و أقربه و زعم أنّه منه، قال: يردّ عليه ولده و يرثه، و لا يجلد الحدّ، لأنّ اللعان قد مضى «٣». و ما أرسل في بعض الكتب عن أمير المؤمنين (عليه السّلام) أنّه قال: إن تلاعنا و كان قد نفى الولد و الحمل إن كانت حاملاً أن يكون منه ثمّ ادّعى بعد اللعان الولد فإنّ الولد يرثه، و لا يرث هو الولد بدعواه بعد أن لاعن عليه و نفاه «٤». و خلافاً للمفيد «٥» و التقى «٦» و سلار «٧» لخبر أبي بصير عن الصادق (عليه السّلام)، كان أمير المؤمنين (عليه السّلام) يلاعن في كلّ حال، إلّا أن يكون حاملاً «٨».

و الجواب: مع الضعف، أنّه إنّما يدلّ على أنّه (عليه السّلام) لم يكن يلاعن، و هو ليس نصّاً في عدم الصحّة، و إنّما يدلّ على جواز التأخير، فلعنّها لأنّها و إن جاز لعانها لكن لو أقرت أو نكلت عن الالتعان لم يقيم عليها الحدّ إلّا بعد الوضع.

و الأمة ليست فراشاً بالملك و لا بالوطء على أشهر الروايتين و هي: صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق (عليه السّلام): إنّ رجلاً من الأنصار أتى أبا جعفر (عليه السّلام) و قال له: إنّني ابتليت بأمر عظيم، إنّ لي جارية كنت أطأها فوطئتها يوماً و خرجت في حاجة لي بعد ما اغتسلت و نسيت نفقة لي، فرجعت إلى المنزل لآخذها

(١) الخلاف: ج ٥ ص ١٨ مسألة ١٧.

(٢) السنن الكبرى: ج ٧ ص ٤٠٦.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠٧ ب ١٣ من أبواب اللعان ح ١.

(٤) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨٢ ح ١٠٦٢.

(٥) المقنعة: ص ٥٤٢.

(٦) الكافي في الفقه: ص ٣١٠.

(٧) المراسم: ص ١٦٤.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠٧ ب ١٣ من أبواب اللعان ح ٣.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣١٠

فوجدت غلامى على بطنها فعددت لها من يومى ذلك تسعة أشهر فولدت جارية، فقال له أبى (عليه السلام): لا ينبغي لك أن تُقربها ولا تبيعها، ولكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيًّا، ثم أوص عند موتك أن ينفق عليها من مالك حتى يجعل الله لها مخرجاً «١». وفي معناها أخبار كثيرة «٢».

و الرواية الأخرى رواية الحسن الصيقل عنه (عليه السلام): أنه سئل عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها، قال: بش ما صنع، يستغفر الله ولا يعود، قلت: فإنه باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها [ثم باعها الثانى من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها] «٣» فاستبان حملها عند الثالث، فقال (عليه السلام): الولد للفراش وللعاهر الحجر «٤». و بطريق آخر عن الصيقل عنه (عليه السلام) مثل ذلك، إلا أنه قال: الولد للذى عنده الجارية وليصبر، لقول رسول الله (صلى الله عليه وآله): الولد للفراش وللعاهر الحجر «٥».

و صحيح سعيد الأعرج، سأله (عليه السلام) عن رجلين وقعا على جارية فى طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده الجارية، لقول رسول الله (صلى الله عليه وآله): الولد للفراش وللعاهر الحجر «٦». و ظاهر الشيخ موافقتها فى الاستبصار «٧» و هو صريح الجامع «٨».

و يمكن أن يكون المراد فيها تشبيهها بالفراش، ونفى الولد عن الموالى السابقين، لأصاله تأخر الحمل، و يؤيده ذكر قوله: «و للعاهر الحجر» مع أنه لا عاهر هنا، و إن كان، فهو المتأخر دون المتقدم.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٦٣ ب ٥٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٦٣ ب ٥٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) ما بين المعقوفتين لم يرد فى ن، ق.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٦٨ ب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٦٨ ب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٦٨ ب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤.

(٧) الإستبصار: ج ٣ ص ٣٦٩ ذيل حديث ١٣١٩.

(٨) الجامع للشرائع: ص ٤٦١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣١١

و معنى نفى كونها فراشاً أنه لا يلحق ولدها به إلا بإقراره، و لو اعترف بوطنها فكذلك لا يلحق به الولد إلا بإقراره، و إن ولدت

بحيث يمكن كونه من وطئه، بخلاف الزوجه الدائمه، فإنه يحكم بالحقوق و إن لم يعلم الوطاء ما لم ينفه و يلاعن، و إن لم يجز له نفى ولد الأمة أيضاً إذا احتمل كونه منه، و لم يتهمها تهمه ظاهرة، ففي الصحيح، أن سعيد بن يسار سأل الكاظم (عليه السلام) عن الجارية تكون للرجل يطيف بها و هي تخرج فتعلق، قال: يتهمها الرجل أو يتهمها أهله؟ قال: أما ظاهرة فلا، قال: إذا لزمه الولد «١». و نحوه أخبار «٢» أخر.

و لا- خلاف في أنه لو نفاه أى ولد المملوكه انتفى من غير لعان لأنه على خلاف الأصل، فلا يثبت إلّا في موضع النص، و هو الزوجه و تصير الأمة فراشاً بالعقد الدائم من غير خلاف يظهر. و كذا المتمتع بها ليست فراشاً بالعقد و لا بالوطء للأصل و التشبيه بالإماء في الأخبار، خلافاً لابن سعيد «٣».

[الفصل الثالث في الكيفية]

إشارة

□
الفصل الثالث في الكيفية و صورته أن يقول الرجل أربع مرّات: «أشهد بالله أنى لمن الصادقين فيما قذفتها به» مع تعيينها بحيث يتميز عن الغير بالإشارة إن كانت حاضرة، و بالنسب و الأوصاف مع الغيبة، و ذلك إن كان اللعان للقذف خاصية، و إن كان لنفى الولد خاصة فليقل: «فى إن هذا الولد ليس منى» و إن جمع بينهما جمع بينهما. ثم يعظه الحاكم و يخوفه من لعنة الله إذا تمت الأربع، و يقول له: إن كان حملك على ما قلت غيراً أو سبباً آخر فراجع التوبة، فإن عقاب الدنيا أهون من عقاب الآخرة فإن رجع و لم يلفظ باللعن حُدَّ الحدّ الفرية و سقط اللعان و بقيت الزوجية و لحق النسب.

(١) وسائل الشيعه: ج ١٤ ص ٥٦٥ ب ٥٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢.

(٢) وسائل الشيعه: ج ١٤ ص ٥٦٦ ب ٥٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٥.

(٣) الجامع للشرائع: ص ٤٥٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣١٢

و إن أصرّ قال له: قل: «إن لعنة الله على من كذب من الكاذبين» و فى المبسوط و الوسيلة: إن مرّ فى اليمين أمر من يضع [يده] «١» على فيه و يسكته «٢» تهويلاً لليمين «٣».

□
فإذا قال ذلك اندفع عنه الحدّ، و انتفى عنه النسب، و قال الحاكم للمرأة قولى إن لم تقرّ بما رماها به «أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رمانى به» أربع مرّات و عليها تعيين الزوج بحيث يمتاز عن غيره، و لا حاجة بها إلى ذكر الولد فإنه انتفى بشهادات الزوج، و إنما تلتعن لدرء الحدّ عن نفسها.

□
فإذا قالت ذلك وعظها و خوفها من غضب الله و قال لها: إن عقاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، فإن رجعت إلى الإقرار أو نكلت عن اليمين ارجمها، و إن أصرّت قال لها: قولى: «إن غضب الله على من كان من الصادقين فيما رمانى به».

و فى المبسوط «٤» و الوسيلة «٥»: وعظها، فإن انزجرت و إلما أمر من يضع يده على ففها و يعظها، فإن رجعت و إلما تركها حتى تمضى. قال فى المبسوط: و أمّا الوعظ أو وضع اليد على الفم فروى أنّ النبى (صلى الله عليه و آله) وعظ الزوج حين لاعن لهما بلغ الخامسة و كذلك المرأة حتى قيل: إنها تلكأت و كادت أن ترجع ثم قالت: و الله لا فضحت قومي و مضت فى لعانها «٦».

إشارة

و يجب فى أمور (٧) أربعة عشر:

[الأمْر الأول إبقاعه عند الحاكم، أو من نصبه لذلك]

الأول: إبقاعه عند الحاكم، أو من نصبه لذلك كما نصّ عليه جماعة منهم: الشيخ (٨) و أبو على (٩) لأنّه حكم شرعى يتعلّق به كىففات و أحكام و هئات

(١) أضفناه من المصدر.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٩.

(٣) الوسيلة: ص ٣٣٨.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٢٠٠.

(٥) الوسيلة: ص ٣٣٨.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ٢٠٠.

(٧) لم يرد فى ن، ق: أمور.

(٨) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٧.

(٩) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٦٩.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣١٣

فيناظ بالإمام و خليفته، لأنّه المنصوب لذلك كما فى المختلف (١) و لأنّ الحدّ يقيمه الحاكم فكذا ما يدرؤه. و لصحيح محمّد بن مسلم سأل الباقر (عليه السّلام) عن الملاعن و الملاعنة كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة (٢) الحديث. و صحيح البنزطى و حسنه سأل الرضا (عليه السّلام) كيف الملاعنة؟ فقال: يقعد الإمام و يجعل ظهره إلى القبلة و يجعل الرجل عن يمينه و المرأة عن يساره (٣).

و ما أرسل فى بعض الكتب عن الصادق (عليه السّلام) من قوله: و اللعان أن يقول الرجل لامرأته عند الوالى: إنى رأيت رجلاً مكان مجلسى منها، أو ينتفى من ولدها فيقول: ليس منى، فإذا فعل ذلك تلاعنا عند الوالى (٤). و قوله (عليه السّلام): و الملاعنة أن يشهد بين يدي الإمام أربع شهادات (٥) الخبر. و ما أرسل عنه و عن أمير المؤمنين (عليه السّلام) من قولهما: إذا تلاعن المتلاعنان عند الإمام فرّق بينهما (٦).

و فى المبسوط و الوسيلة و الشرائع (٧) أنّهما لو تراضيا برجلٍ من العامّة فلاعن بينهما جاز (٨) إلّا أنّه لم يصرح فى المبسوط و الوسيلة بكونه من العامّة، و زاد فى المبسوط: أنّه يجوز عندنا و عند جماعة، و قال بعضهم: لا يجوز (٩). و هو مشعر بالاتفاق، مع أنّه قال قبل ذلك: اللعان لا يصحّ إلّا عند الحاكم أو من يقوم مقامه من خلفائه (١٠). و قال أيضاً: اللعان لا يصحّ إلّا عند الحاكم أو خليفته إجماعاً (١١). فعلّه إذا لم يحصل التراضى بغيره، أو المراد بالحاكم: الإمام، و بخلفائه: ما يعمّ الفقهاء فى الغيبة، و بمن

- (١) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٦٩.
 - (٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ من أبواب اللعان ح ٤.
 - (٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٨ ب ١ من أبواب اللعان ح ٥.
 - (٤) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨١ ح ١٠٥٩.
 - (٥) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨١ ح ١٠٦٠.
 - (٦) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨٢ ح ١٠٦١.
 - (٧) لم يرد فى ن، ق: الشرائع.
 - (٨) المبسوط: ج ٥ ص ٢٢٣ والوسيلة: ص ٣٣٨ و شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩٨.
 - (٩) المبسوط: ج ٥ ص ٢٢٣.
 - (١٠) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٧.
 - (١١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٢٣.
- كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣١٤
عند كل من تراضيا عنده إلّا إذا لم يمكن الحاكم أو منصوبه.
وجعلهما فى المختلف قولين، واختار عدم الجواز إلّا عند الحاكم أو من ينصبه «١». و تردّد فى التحرير «٢». و ربّما قيل: المراد بالرجل العامي: الفقيه المجتهد حال حضور الإمام إذا لم يكن منصوباً منه (عليه السلام).
وبالجملة فينبغى القول بصحة إيقاعه من الفقيه فى زمن الغيبة، لعموم النصوص من الكتاب «٣» و السنة «٤» و «الوالى» بل «الإمام» له. على أنّ خبرى الإمام ليسا من النصوصية فى امتناعه من غيره فى شىء. و لقضاء الضرورة بذلك. ولأنه منصوب من قبله. و أمّا إيقاعه فى زمن الحضور و إيقاع غيره فالظاهر العدم.
و يثبت حكم اللعان إذا تلاعنا عند من رضيا به غير الحاكم و نائبه بنفس الحكم منه مثل الحاكم سواء، كما فى الشرائع «٥» و الخلاف «٦» و لعان المبسوط «٧».
و قيل فى قضاء المبسوط «٨» يعتبر رضاهما بعد الحكم و موضع تحقيقه كتاب القضاء.

[الأمر الثانى: التلّفظ بالشهادة على الوجه المذكور]

الثانى: التلّفظ بالشهادة على الوجه المذكور اتّباعاً للمنصوص المتّفق عليه فلو قال: أحلف أو أقسم أو شهدت بالله أو أنا شاهد بالله أو ما شابه «٩» ذلك ك «شهادتى بالله» أو «بالله أشهد» أو «أولى بالله» لم يجز خلافاً لبعض العامة «١٠».

[الأمر الثالث: إعادة ذكر الولد]

الثالث: إعادة ذكر الولد فى كلّ مرّة يشهد فيها الرجل إن كان

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٦٦ س ٢٣.

(٣) النساء: ٥٨.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٩٨ ب ١١ من أبواب القضاء.

(٥) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩٨.

(٦) الخلاف: ج ٦ ص ٢٤١ مسألة ٤٠.

(٧) المبسوط: ج ٥ ص ٢٢٣.

(٨) المبسوط: ج ٨ ص ١٣٤.

(٩) فى النسخ: «أو مشابه» بدل أو ما شابه، و ما أثبتناه من المتن.

(١٠) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ٦٠. المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٦٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣١٥

هناك ولد ينفيه، ليتّم عدد الشهادات عليه أيضاً و ليس على المرأة إعادة ذكره أى ذكره فى شىء من المرّات لما عرفت، و هو إعادة لما وقع بينهما قبل اللعان.

[الأمر الرابع: ذكر جميع الكلمات]

الرابع: ذكر جميع الكلمات الخمس فلا- يقوم معظمها مقامها فإن حكم الحاكم بالفرقة بالمعظم لم ينفذ، لخروجه عن النصّ. خلافاً لأبى حنيفة فأنفذ حكمه بها بالمعظم «١».

[الأمر الخامس: ذكر لفظ الجلالة]

الخامس: ذكر لفظ الجلالة، فلو قال: أشهد بالرحمن أو بالقادر لذاته أو بخالق البشر و نحو ذلك ممّا يخصّه تعالى فالأقرب عدم الوقوع للخروج عن النصّ و استصحاب النكاح. و يحتمل الوقوع ضعيفاً، لاتحاد المعنى، و عدم تعيين الآية لكون الشهادة بلفظ الجلالة نعم لو أردف ذكر الله تعالى بذكر صفاته وقع اتّفاقاً، و كان أولى، لاستحباب التخليط.

[الأمر السادس: ذكر الرجل اللعن و المرأة الغضب]

الأمر السادس: ذكر الرجل اللعن و المرأة الغضب، فلو بدّل الملاعن كلّاً منهما أى أيّاً منهما بمساويه كالبعث و الطرد المساويين للعن أو السخط المساوي للغضب أو أحدهما بالآخر لم يقع للخروج عن النصّ و الاستصحاب. و للعامّة قول بالوقوع «٢».

[الأمر السابع: يجب أن يخبر بالصدق]

السابع: [يجب] أن يخبر بالصدق على ما قلناه من قوله: «إنى لمن الصادقين» اتّباعاً للنصّ. فلو قال: «أشهد بالله أنى صادق» أو «من الصادقين» من غير الإتيان بلام التأكيد، أو «أنى لصادق» أو «أنى لبعض الصادقين» أو «أنها زنت» لم يقع، و كذا المرأة لو قالت: «أشهد بالله أنه لكاذب، أو كاذب من الكاذبين» من غير لام التأكيد لم يجر، و كذا لا يجوز أن يقول الرجل لعنة الله علىّ إن كنت كاذباً أو المرأة غضب الله علىّ إن كان صادقاً

(١) الحاوي الكبير: ج ١١ ص ٦١.

(٢) الحاوي الكبير: ج ١١ ص ٦١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣١٦

كل ذلك، للاقتصار في خلاف الأصل على موضع النص «١» والإجماع «٢».

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

[الأمر الثامن: النطق بالعريئة مع القدرة]

الثامن: النطق بالعريئة مع القدرة كلاً أو بعضاً موافقاً للنص ويجوز مع التعذر النطق بغيرها للضرورة، وحصول الغرض من الأيمان فيفتقر الحاكم إن لم يعرف لغتهما إلى مترجمين عدلين، ولا يكفي الواحد ولا غير العدل كما في سائر الشهادات ولا يشترط الزائد فإن الشهادة هنا إنما هي على قولهما لا على الزنى، خصوصاً في حقها، فإنها تدفعه عن نفسها. وللعمامة قول باشرط أربعة شهود «٣».

[الأمر التاسع: الترتيب]

التاسع: الترتيب على ما ذكرناه بأن يبدأ الرجل بالشهادات أربعاً ثم باللعن، ثم المرأة بالشهادات أربعاً ثم بالغضب أتباعاً للنص، ويناسبه الاعتبار، فإن الدعاء باللعن والغضب غاية التغليظ والتأكيد في اليمين، فيناسب أن يكون آخراً. وللعمامة قول بالعدم، لحصول التأكيد بهما قديماً أو آخراً «٤».

[الأمر العاشر قيام كل منهما عند لفظه]

العاشر: قيام كل منهما عند لفظه وفاقاً للمقنع «٥» والمبسوط «٦» والسرائر «٧» والشرائع «٨» لما روى أنه (عليه السلام) أمر عويمراً بالقيام، فلما تمت شهاداته

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٦ ب ١ من أبواب اللعان ح ١.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٠.

(٣) المجموع: ج ١٧ ص ٤٣٢.

(٤) المجموع: ج ١٧ ص ٤٣٨.

(٥) المقنع: ص ٣٥٤.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٨.

(٧) راجع السرائر: ج ٢ ص ٦٩٩.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩٨.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣١٧

أمر امرأته بالقيام «١». وفي الفقيه أنّ في خبر: أنه يقوم الرجل فيحلف إلى أن قال: ثم تقوم المرأة فتحلف «٢».

وقيل في المقنعة «٣» و النهاية «٤» و المراسم «٥» و الغنية «٦» و الوسيلة «٧» يجب قيامهما معاً بين يدي الحاكم الرجل عن يمينه و المرأة عن يمين الرجل، لحسن محمّد بن مسلم سأل الباقر (عليه السّلام) عن الملاعن و الملاعنة كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبل القبلة بحذائه و يبدأ بالرجل ثم المرأة «٨». و حسن عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق (عليه السّلام) في الرجل الذي ابتلى بذلك فنزلت الآية، قال: فأوقفهما رسول الله (صلى الله عليه و آله)، ثم قال للزوج.. «٩» الخبر. و لا ينصّان على اجتماعهما في القيام.

و أمّا جعل المرأة من يمين الزوج، فلصحيح البنزطي سأل الرضا (عليه السّلام) كيف الملاعنة؟ قال: يقعد الإمام و يجعل ظهره إلى القبلة، و يجعل الرجل عن يمينه، و المرأة و الصبي عن يساره «١٠».

و أمّا وجوب قيامهما في الجملة، فلصحيح عليّ بن جعفر عن أخيه (عليه السّلام) سأله عن الملاعنة قائماً يلاعن أو قاعداً؟ فقال: الملاعنة و ما أشبهها من قيام «١١».

و نصّ ابن سعيد على استحبابه «١٢» و لم يتعرّض له الصدوق في الهداية، و المحقّق في النافع، فربّما لم يوجبا أيضاً، و لعلّه، للأصل، و عدم نصوصيّة ما ذكر

(١) تفسير القمّي: ج ٢ ص ٩٨. و فيه: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) لعويمر: تقدّما إلى المنبر و التعنا.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٥٣٦ ح ٤٨٥٣.

(٣) المقنعة: ص ٥٤٠.

(٤) النهاية: ج ٢ ص ٤٥١.

(٥) المراسم: ص ١٦٣.

(٦) غنية التّزوع: ص ٣٧٩.

(٧) الوسيلة: ص ٣٣٨.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ من أبواب اللعان ح ٤.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٦ ب ١ من أبواب اللعان ح ١.

(١٠) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ من أبواب اللعان ح ٢.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٨ ب ١ من أبواب اللعان ح ٦.

(١٢) الجامع للشرائع: ص ٤٨١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣١٨

في الوجوب، و قد أرسل في بعض الكتب عن الصادق (عليه السّلام) أنه قال: و السنّة أن يجلس الإمام للمُتلاعنين، و يُقيمهما بين يديه كلّ واحد منهما مستقبل القبلة «١».

[الأمر الحادى عشر: بدأه الرجل أوّلاً بالشهادات ثم باللعن و نعتب المرأة له]

الحادى عشر: بدأه الرجل أوَّلًا بالشهادات ثم باللعن و تعقّب المرأة له، فلو بدأت المرأة لم يجز للنصوص، و لأنها إنّما تلاعن لدرء الحدّ عن نفسها، و لا حدّ عليها ما لم يلاعن الزوج. و للعائمه قول بجواز تقدّمها «٢».

[الأمر الثانى عشر: تعيين المرأة بما يزيل الاحتمال]

الثانى عشر: تعيين المرأة بما يزيل الاحتمال، إمّا بأن يذكر اسمها و اسم أبيها، أو يصفها بما يميّزها عن غيرها و لعلّه لا يكفى التعبير عنها بزوجتى و إن لم يكن له فى الظاهر زوجة غيرها، لاحتمال التعدّد أو يشير إليها إن كانت حاضرة إشارة مميّزة، و كذا يجب عليها تعيين الرجل، و لعلّه لم يتعرّض له اكتفاءً فى تمييزه بالزوج، لعدم احتمال التعدّد.

[الأمر الثالث عشر: الموالاة بين الكلمات]

الثالث عشر: الموالاة بين الكلمات أى الشهادات، فإن تخلّل فصل طويل لم يعتدّ بها، اقتصاراً فى خلاف الأصل على الواقع بحضرته (صلّى الله عليه و آله)، و لأنها من الزوج بمنزلة الشهادات، و يجب اجتماع الشهود على الزنى. و لوجوب مبادرة كلّ منهما إلى دفع الحدّ عن نفسه و نفى الولد إن كان منتفياً، و لم أر غيره من الأصحاب ذكره. و للشافعيّة فى وجوبها وجهان «٣».

[الأمر الرابع عشر: إتيان كلّ واحد منهما باللعان بعد إلقائه]

الرابع عشر: إتيان كلّ واحد منهما باللعان بعد إلقائه أى الحاكم له عليه، فلو بادر به قبل أن يُلقنه عليه الإمام لم يصحّ لأنه يمين، فلو بادر به كان كما لو حلف قبل الإحلاف و للأخبار «٤» المبيّنة لكيفيّة الملاعنة، فإنّها تضمّنت ذلك، و لأنّ الحدّ لا يقيمه إلّا الحاكم، فكذا ما يدرؤه.

[مستحبات اللعان و هى سبعة أمور]

إشارة

و أمّا المستحبّ فأمر سبعة:

[الأوّل: جلوس الحاكم مستدبر القبلة]

الأوّل: جلوس الحاكم مستدبر القبلة، ليكون وجههما إليها فيكون أدخل فى التخليط.

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨١ ح ١٠٦٠.

(٢) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ٥٧.

(٣) انظر مغنى المحتاج: ج ٣ ص ٣٧٦.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ من أبواب اللعان ح ٤.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣١٩

[الثاني من المستحبات: وقوف الرجل عن يمين الحاكم]

الثاني: وقوف الرجل عن يمين الحاكم و المرأة عن يمين الرجل إن قاما معاً، وقد سمعت من الأخبار «١» ما تضمن الأمرين.

[الثالث من المستحبات: حضور من يسمع اللعان]

الثالث: حضور من يسمع اللعان غير الحاكم، لوقوعه كذلك بحضرته (صلى الله عليه وآله)، و ليعرف الناس ما يجرى عليهما من الفراق المؤيد أو حكم القذف أو ثبوت الزنى، و لذا قيل: إن الأقل أربعة نفر «٢» بعدد شهود الزنى. و لمناسبته التغليظ و ارتداعهما عنه.

[الرابع من المستحبات وعظ الحاكم و تخوفه بعد الشهادات قبل اللعن]

الرابع: وعظ الحاكم و تخوفه بعد الشهادات قبل اللعن للرجل. و كذا المرأة قبل الغضب كما فعل (صلى الله عليه وآله).

[الخامس من المستحبات: التغليظ بالمكان]

الخامس: التغليظ بالمكان، بأن يلاعن بينهما في أشرف البقاع في أرض الملاعنة فإن كان بمكة فبين الركن و المقام و هو الحطيم.

و إن كان بيت المقدس ففي المسجد عند الصخرة، و إن كان بالمدينة فعند منبر النبي (صلى الله عليه وآله) بينه و بين القبر، و الأخبار الناطقة بشرف هذه البقاع كثيرة معروفة، قال في المبسوط: و قال قوم على المنبر، و روي أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) لا عن بين رجل و امرأة على المنبر، و روي جابر بن عبد الله الأنصاري أن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: من حلف على منبري هذا يميناً فاجرة ليقطع بها مال امرئ مسلم و لو على سواك من أراك و في بعضها و لو على سواك و أحقر فليتبوأ مقعده من النار «٣» انتهى.

قلت: و قد روي أيضاً من حلف عند منبري على يمين آثمه و لو بسواك و جبت له النار «٤».

و اختلف العامة في صعودهما المنبر، فقيل: نعم «٥» لما ذكره الشيخ. و قيل: لا، لأنهما أو أحدهما فاسقان لا يليقان بالصعود على منبره (صلى الله عليه وآله) «٦». و الخبر محمول

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ من أبواب اللعان ح ٢.

(٢) نهاية المرام: ج ٢ ص ٢٣٣.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٧.

(٤) المجموع: ج ١٧ ص ٤٣٩.

(٥) الحاوي الكبير: ج ١١ ص ٤٦.

(٦) المجموع: ج ١٧ ص ٤٣٩.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٢٠

على أنه (صلى الله عليه وآله) لا عن بينهما و هو على المنبر، و هو مناسب لما مرّ من استحباب جعل الحاكم ظهره إلى القبلة و استقبالهما إيّاهما. و قيل بالصعود إن كثر الناس ليروا، و إلّا فعنده «١».

و إن كان فى سائر الأمصار فى الجامع عند القبلة و المنبر. و للشافعية فى اختصاص المنبر بالشرف و جهان. و إن كان بهما ما يمنع الدخول فى المسجد أو اللبث فيه كالحيض و الجنابة لم يلاعن فيه. و من التغليظ بالمكان استقبالهما القبلة.

و إن كان المتلاعنان ذميين فى المبسوط تلاعنا فى الموضع الذى يعتقدان تعظيمه من البيعة و الكنيسة و بيت النار «٢». و للشافعية فى بيت النار و جهان «٣»: من أنه لم يكن له حرمة أصلاً، بخلاف البيعة و الكنيسة. و من أن المقصود تعظيم الواقعة و زجر الكاذب عن الكذب، و اليمين فى الموضع الذى يُعظم الحالف أغلظ، و هو أظهرهما عندهم، و لم يعتبروا بيت الأصنام للوثنيين.

[السادس من المستحبات التغليظ بالزمان]

السادس: التغليظ بالزمان بأن يلاعن بعد العصر قال فى المبسوط: لقوله تعالى: «تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ» «٤» قيل فى التفسير: بعد العصر، و روى أن النبى (صلى الله عليه وآله) قال: من حلف بعد العصر يمينا كاذبة ليقطع بها مال امرئ مسلم لقى الله تعالى و هو عليه غضبان «٥».

[السابع من المستحبات: جمع الناس لهما]

السابع: جمع الناس لهما فإنه من التغليظ الموجب للارتداد. و لأنه قائم مقام الحدّ، و قد أمر فيه بأن يشهد عذابهما طائفة من المؤمنين، و لأنه حضر اللعان على عهده (صلى الله عليه وآله) ابن عباس و سهل بن سعد و ابن عمر و هم من الأحداث، فدلّ على حضور جمع كثير، لقضاء العادة بأنّ الصغار لا ينفردون بالحضور.

(١) المجموع: ج ١٧ ص ٤٣٩.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٨.

(٣) انظر الحاوى الكبير: ج ١١ ص ٤٩.

(٤) المائدة: ١٠٦.

(٥) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٧.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٢١

[المقصد الثالث فى الأحكام]

إشارة

المقصد الثالث فى الأحكام إذا قذف و لم يقم البيّنة تعلق به وجوب الحدّ عليه لدخوله فى عموم: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ»

و إذا لاعن أى التعن تعلق بلعانه سقوط الحدّ عنه و وجوبه فى حقّ المرأة لقوله تعالى: ﴿وَيَذْرُؤُا عَلَيْهَا الْعَذَابَ﴾ «٢» فإنّ العذاب هو الحدّ. و عند أبى حنيفة: أنّ قذف الزوج يوجب اللعان، فإن امتنع حبس حتى يلاعن فإذا لاعن وجب عليها اللعان، فإن امتنعت حبست حتى تلاعن «٣».

[و هنا أربعة أحكام فى اللعان]

إشارة

و يتعلّق بلعانهما معاً بالنصّ «٤» و الإجماع أحكام أربعة:

[الحكم الأول فى الفراق]

الأوّل: الفراق، فلا- تصير فراشاً و لا- يغنى عنه التحريم المؤبّد، إذ قد تحرم و لا فراق و الفراش باقٍ كما فى المفضّاة. و لبعض العامة قول ببقائهما على الزوجيّة «٥».

[الحكم الثانى: التحريم المؤبّد]

الثانى: التحريم المؤبّد فلا تحلّ عليه أبداً خلافاً لأبى حنيفة فأجاز له تجديد العقد عليها إن أكذب نفسه «٦».

[الحكم الثالث: سقوط الحدّين]

الثالث: سقوط الحدّين عنهما.

[الحكم الرابع: انتفاء الولد عن الرجل]

الرابع: انتفاء الولد عن الرجل إن كان و نفاه دون المرأة فعن النبی (صلّى الله عليه و آله) أنّه لمّا لاعن بين هلال و امرأته فرّق بينهما، و قضى أن لا يُدعى ولدها لأب «٧».

و سأل الصادق (عليه السلام) أبو بصير عن المرأة يلاعنها زوجها و يفرّق بينهما، إلى من ينسب ولدها؟ فقال: إلى امّه «٨» إلى غير ذلك من الأخبار.

(١) النور: ٤.

(٢) النور: ٨.

(٣) انظر الهداية للمرغيناني: ج ٢ ص ٢٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٦ ب ١ من أبواب اللعان.

(٥) بدائع الصنائع: ج ٣ ص ٢٤٤.

(٦) الهداية للمرغيناني: ج ٢ ص ٢٤.

(٧) انظر السنن الكبرى: ج ٧ ص ٣٩٤ ٣٩٥.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠٨ ب ١٤ من أبواب اللعان ح ٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٢٢

و لو كان الزوج عبداً و شرط مولاه رقيّة الولد من زوجته الحرّة و أجزنا الشرط ففي حرّيته لو لآعن الأب لنفيه إشكال: من انتفائه عنه شرعاً. و من أنه حقّ لغير المتلاعنين، فلا يؤثر فيه اللعان مع ثبوت حكم الفراش ظاهراً.

و كذا الإشكال في العكس أى فيما إذا كانت الزوجة أمة و الزوج حرّاً بغير شرط الرقيّة، من انتفائه عنه شرعاً مع كونه نماء مملوكه فيكون رقماً لمالكها. و من أنّ اللعان إنّما أثر في انتفاء نسبه من الملاعن، و أمّا تأثيره في الحرّية التي هي حقّ الله و حقّ الولد فغير معلوم مع تغليب الحرّية.

و لا- تفتقر الفرقة فيه أى بسبب اللعان إلى تفريق الحاكم بينهما، بل تحصل عندنا، و كذا سائر الأحكام بنفس اللعان و قال الصادق (عليه السلام) في خبر زرارة بعد بيان كيفية اللعان: ثمّ لا تحلّ له إلى يوم القيامة «١».

و زعم أبو حنيفة أنه لا تقع الفرقة، و لا يزول الفراش، و لا ينتفى النسب إلّا مع حكم الحاكم «٢» حتّى أنّه إن طلقها قبل الحكم بالفرقة نفذ طلاقه، و إن تراضيا على البقاء على الزوجية لم يجز لهما، و يجب على الحاكم التفريق بينهما.

و لا تحصل الفرقة عندنا بلعان الزوج خاصّة للأصل، و تعليقه في الأخبار بالتلاعن. خلافاً لبعض العامة «٣» فرتب على لعانه وحده الفرقة و الحرمة مؤبداً و انتفاء النسب.

و لو فرق الحاكم بينهما قبل إكمال لعانهما كان التفريق لغواً عندنا و إن كان بعد لعان ثلاث مرّاتٍ من كلّ منهما أو بعد تمام لعانه، و ثلاث من لعانها أو بعد اختلال شيء من ألفاظ اللعان الواجبة خلافاً لأبي حنيفة «٤» فاكتمى بالأكثر كما عرفت.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٨ ب ١ من أبواب اللعان ح ٧.

(٢) الهداية للمرغيناني: ج ٢ ص ٢٤.

(٣) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٢٩.

(٤) الحاوي الكبير: ج ١١ ص ٤٤.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٢٣

و فرقة اللعان عندنا فسخ لا طلاق لا انتفاء ألفاظه، خلافاً لأبي حنيفة «١».

و لا- يعود الفراش عندنا إن أكذب نفسه بعد كمال اللعان لنطق النصوص بزواله بالتلاعن، و خصوص نحو حسن الحلبيّ سأل الصادق (عليه السلام) عن الملاعنة التي يرميها زوجها و ينتفى من ولدها و يلاعنها و يفارقها ثمّ يقول بعد ذلك: الولد ولدى و يكذب نفسه، فقال: أمّا المرأة فلا ترجع إليه أبداً، و أمّا الولد فإنّي أردّه عليه إذا ادّعاه «٢» الخبر.

و لا يحلّ له بتكذيبه نفسه تجديد العقد عليها لنطق الأخبار بتأييد الحرمة بالتلاعن «٣» و شمول قوله (عليه السلام): «فلا ترجع إليه» خلافاً لأبي حنيفة «٤».

و لو أكذب نفسه في أثناء اللعان أو نكل عنه أو عن إتمامه ثبت عليه الحدُّ بالقذف و لم يثبت شيء من أحكام اللعان من سقوط الحدِّ عنه و الأحكام الباقية و في الصحيح عن عليّ بن جعفر عن أخيه (عليه السّلام) سأله عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات بالله ثم نكل في الخامسة، قال: إن نكل في الخامسة فهي امرأته و جلد الحدِّ، و إن نكلت المرأة عن ذلك إذا كانت اليمين عليها فعليها مثل ذلك «٥».

و لو أكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد لأخذه بإقراره لكن فيما عليه لا فيما له، لإقراره أوّلاً بالانتفاء منه، و لذا يرثه الولد و لا يرثه الأب و لا من يتقرّب به، و ترثه الأم و من يتقرّب بها أكذب نفسه أم لا. و قال الصادق (عليه السّلام) في حسن الحلبيّ الذي تقدّم بعضه: و أمّا الولد فإنّي أردّه

(١) الهداية للمرغيناني: ج ٢ ص ٢٤، المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٣٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٩ ب ٦ من أبواب اللعان ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠١ ب ٦ من أبواب اللعان ح ٥.

(٤) الهداية للمرغيناني: ج ٢ ص ٢٥.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٢ ب ٣ من أبواب اللعان ح ٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٢٤

إليه إذا ادّعا و لا ادّع ولده و ليس له ميراث، و يرث الابن الأب، و لا يرث الأب الابن، يكون ميراثه لأخواله. فإن لم يدّعه أبوه فإنّ أخواله يرثونه و لا- يرثهم «١». إلى غير ذلك من الأخبار و هي كثيرة، و قوله (عليه السّلام): «و لا- يرثهم» موافق لعدّة من الأخبار، و في عدّة اخرى: «يرثونه و يرثهم». و تحقيق ذلك في الميراث.

و لم يعد الفرائض و لم يزل التحريم المؤيّد بإكذاب نفسه، لأنّه مضى اللعان المزيل للفرائض المحرّم على التأييد، و قد نطقت بذلك الأخبار، خلافاً لبعض العامة كما عرفت.

و في ثبوت الحدِّ عليه بالتكذيب بعد اللعان روايتان ففي صحيح الحلبيّ عن الصادق (عليه السّلام) في رجل لاعن امرأته و هي حبلى قد استبان حملها و أنكّر ما في بطنها فلمّا وضعت ادّعا و أقربه و زعم أنّه منه، فقال: يرّد عليه ابنه و يرثه و لا يجلد، لأنّ اللعان قد مضى «٢». و كذا في خبرين آخرين للحلبيّ أحدهما حسن «٣» و هو خيرة النهاية «٤» و التهذيب «٥».

و عن محمّد بن الفضيل أنّه سأل الكاظم (عليه السّلام) عن رجل لاعن امرأته و انتفى من ولدها ثمّ أكذب نفسه هل يرّد عليه ولدها «٦»؟ قال: إذا أكذب نفسه جلد الحدِّ و ردّ عليه ابنه، و لا ترجع إليه امرأته «٧». و هو خيرة المقنعة «٨» و المبسوط «٩». و المصنّف هنا، كما قال أقربهما الثبوت، لما فيه من زيادة هتكها، و تكرار قذفها، و ظهور كذب لعانه مع أنّه ثبت عليه الحدِّ بالقذف، فيستصحب إلى أن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٩ ب ٦ من أبواب اللعان ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠٠ ب ٦ من أبواب اللعان ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠٧ ب ١٣ من أبواب اللعان ح ١.

(٤) النهاية: ج ٢ ص ٤٥٣.

(٥) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٩٤ ذيل حديث ٦٨١.

(٦) فى وسائل الشيعة بدل «ولدها»: ولده.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠١ ب ٦ من أبواب اللعان ح ٦.

(٨) المقنعة: ص ٥٤٢.

(٩) المبسوط: ج ٥ ص ١٨٨.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٢٥

يعلم المزيل، و لا يعلم زواله بلعان ظهر كذبه، و الأخبار الأولى إنّما نفت الحدّ إذا أكذب نفسه فى نفى الولد دون القذف، و الحدّ إنّما يجب إذا أكذب نفسه فيما رماها به من الزنى كما هو صريح المبسوط «١».

فإن عاد عن إكذاب نفسه و قال: لى بيّنة أقيمها أو لأعن ثانياً لم يُسمع منه، لأنّ البيّنة و اللعان لتحقيق ما قاله و قد أقرّ بكذب نفسه و العقلاء مؤاخذون بإقرارهم، و البيّنة إنّما تسمع إذا لم يكذبها قولاً أو فعلاً.

و لو اعترف بالولد بعد موته لم يرث منه كما لو اعترف به فى حياته ثم مات. و لا يفيد هذا الاعتراف فى حقّ الولد أيضاً شيئاً. لكن لو كان له أى الولد ولد و إن «٢» ورثه أى ولد الولد جدّه الملاعن مع عدم الولد، و لا يرث هو ابن الابن كما لا يرث الابن، و قال أبو حنيفة: إن كان الولد خلفاً ولداً لحقه نسبه و نسب ولد الولد و ثبت الإرث بينهما، و إن لم يكن خلفاً ولداً لم يلحقه النسب «٣».

و لو أقام بيّنة ثمّ أكذبها فى توجّه الحدّ عليه نظر من إقراره بكذبه الموجب للحدّ. و من ثبوت صدقه عند الحاكم بالبيّنة. و لو لم يكذب نفسه و لا لأعن ثبت عليه الحدّ، فإنّ أقيم بعضه فبذل اللعان أُجيب إليه فإنّ الحدّ يدرأ بالشبهة، و كما أنّ اللعان يدرأ تمام الحدّ فأولى بأن يدرأ بعضه.

و لو لأعن و نكلت هى عن اللعان أو أقرت بالزنى رُجمت و سقط عنه الحدّ بلعانه و أكده إقرارها أو نكولها و لم يزل الفراش و لا يثبت التحريم لانتفاء التلاعن. خلافاً لمن عرفت من العامة «٤».

و لو اعترفت بعد اللعان منها لم يجب الحدّ بلا إشكال، فإنّه لا يجب بالإقرار مرّة.

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١٨٨.

(٢) كذا فى ن، ق فعللّ معناه: و إن نزل.

(٣) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٢٥.

(٤) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ٧٧.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٢٦

فإن أقرت أربعاً فى وجوبه إشكال: من اندفاعه باللعان، و فهمه من فحوى ما مرّ فى إكذابه نفسه بعد اللعان، و من التعليل فى الأخبار بأنّه مضى اللعان، و هو خيرة النهاية و السرائر و الجامع و غيرها «١». و من إيجاب الإقرار أربعاً له، و ظهور كذبها فى اللعان، و هو أقرب، و كأنّه لم يستقر به هنا كما استقر به فى إكذابه نفسه، للتأيد هناك بالرواية بخلاف إقرارها.

و لو أضاف زناها إلى رجل و نسبه أيضاً إلى الزنى فعليه حدّان إن جاء به متفرّقين و له إسقاط حدّ الزوجة باللعان. و لا يسقط به حدّ الآخر و إن قال فى اللعان فى كلّ مرّة: إنّه من الصادقين فى أنّها زنت بفلان و أنّ فلاناً زنى بها، لأنّ سقوط الحدّ باللعان خلاف الأصل، فيقتصر على موضع اليقين و هو قذف الزوجة. و للعامة قول بسقوط الحدّين إن ذكره فى اللعان «٢» لأنّه حجّة شرعية فى هذا القذف فى طرف المرأة، فكذا فى طرف الرجل، لاتّحاد الواقعة، و قد قامت فيها حجّة شرعية.

ولا خلاف في أنه لو أقام بينه سقطاً معاً، و لو قذفها فأقرت قبل اللعان سقط الحد عنه بالمرّة أى بإقرارها مرّة، لاعترافها بعدم الإحصان.

ولا يجب عليها الحدّ إلّا بأربع مرّات، و لو كان هناك نسب لم ينتفِ إلّا باللعان، و للزوج أن يلاعن لفيه على إشكالٍ إن لم تدع الزوجه النسب، فإنّه لا ينافى الإقرار بالزنى، و إذا ادّعت فلا إشكال في ثبوت اللعان، و إنّما يشكّل الأمر إذا صادفته على الانتفاء أو سكتت أو اعترفت بالجهل، و احتمال الأمرين إذ تصادق الزوجين على الزنى و على كون الولد منه لا يوجب نفى

(١) الموجود في الكتب المذكورة ثبوت الحدّ. راجع النهاية: ج ٢ ص ٤٥٤. و السرائر: ج ٢ ص ٧٠١ و الجامع للشرائع: ص ٤٨١. و الصواب جعل قوله: «و هو خيرة النهاية و السرائر و الجامع و غيرها» بعد قوله: ظهور كذبها في اللعان.

(٢) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٦٦. و فيه: و إذا لاعنها سقط الحدّ عنه لهما سواء ذكر الرجل في لعانه أو لم يذكره.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٢٧

النسب، لثبوتها بالفراش و تصادقهما إقرار في حقّ الغير فلا يسمع، فلا يؤثّر سقوط اللعان للقذف سقوطه للنسب، و ينشأ الإشكال: من أنّ اللعان خلاف الأصل لم يظهر لنا ثبوته إلّا إذا تكاذبا، و لا تكاذب هنا. و من أنّه إذا علم انتفاء الولد منه و جب عليه نفيه، و لا طريق إلى انتفائه إلّا اللعان، و الصبر إلى بلوغ الولد و اللعان معه لا يجوز، إذ ربّما مات أو مات الولد قبله أو قبل التمكن من اللعان بعده، و حينئذٍ إنّما يلتعن الزوج، لأنّها لا يمكنها الالتعان.

و لو قذفها فاعترفت ثمّ أنكرت، فأقام شاهدين على اعترافها ففى القبول بهما أو بالأربعة إشكال: من عموم قوله تعالى: «وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ» (١) و أنّ الغرض إثبات الزنى لهتك العرض، و دفع الحدّ و اللعان عنه، و هو خيرة المختلف (٢) و المبسوط (٣) هنا، و فيه أنّه مذهبا.

و أقربه القبول من أنّه شهادة على الإقرار لا الزنى، و هو خيرة السرائر (٤) و الخلاف (٥) و موضع آخر من المبسوط (٦) لكنّه إنّما يقبل في سقوط الحدّ عنه إذ يكفي فيه ثبوت الإقرار لا في ثبوته أى الحدّ عليها فإنّه لا يثبت إلّا بثبوت الزنى، و لا يثبت إلّا بأربعة شهود أو الإقرار أربعا.

و لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان و ورث لعدم التلاعن الموجب للبينونة و عليه الحدّ للوارث لأنّه حقّ آدمي، و حقوق الأدميين يُورث، خلافاً لبعض العامة، فجعله من حقوق الله و لم يُورثه (٧).

و له دفعه باللعان وفاقاً للشيخ (٨) و جماعة، و لعلّهم أرادوا التعانه كما يرشد إليه عبارة الكتاب، فإنّه ربّما لم يمكن الوارث الالتعان، فإنّه إنّما يمكنه

(١) النور: ٤. و في نسخ كشف اللثام بدل «المحصنات»: «أزواجهم» و هو سهو.

(٢) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٥٣١.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٢٢٤.

(٤) السرائر: ج ٢ ص ١١٥.

(٥) الخلاف: ج ٦ ص ٢٥١. و في موضع آخر منه أفتى بخلافه راجع الخلاف: ج ٥ ص ٤٥ مسألة ٦١.

(٦) المبسوط: ج ٨ ص ١٧٢.

(٧) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٢٤.

(٨) المبسوط: ج ٥ ص ٢٠٣.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٢٨

إذا قذفها بمحضور يمكن الوارث العلم بكذبه. والدليل على جواز دفعه باللعان أنه لا تعلق لسقوط الحدّ بالتلعان الزوجة ليفوت بموتها، وإنما يتعلق بالتلعان فله الدفع به.

قيل فى النهاية «١» والخلاف «٢» و لو لاعنه رجل من أهلها فلا ميراث له و لا حدّ عليه، للإجماع كما ادّعاه فى الخلاف «٣». و لقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر أبى بصير: إن قام رجل من أهلها فلا عنه فلا ميراث له، و إن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها «٤». و خبر عمرو بن خالد، عن زيد بن عليّ، عن آباءه، عن أمير المؤمنين (عليهم السّلام): فى رجل قذف فخرج فجاء و قد توفيت، قال: يتخيّر واحدة من ثنتين، فيقال له: إن شئت ألزمت نفسك بالذنب، فيقام فيك الحدّ فتعطى الميراث، و إن شئت أقررت فلا عنه أدنى قرابتها إليها و لا ميراث لك «٥».

و الأقرب وفاقاً للسراير «٦» و المبسوط «٧»: أنه لا لعان بينه و بين الوارث، لأنه خلاف الأصل يقتصر على موضع اليقين و الخبران ضعيفان، و ثبوت الميراث و إن لاعن الوارث، لعموم آية الإرث «٨» و إنما علم سقوطه بتلاعن الزوجين. و لو مات بعد إكمال لعانه و قبل إكمال لعانها شرعت فيه أم لا فهو كالموت قبل اللعان فى الميراث لعدم التلاعن، و يأتى على قول النهاية: أنه إن قام الوارث مقامها فلاعن انتفى الإرث «٩» و لو مات حينئذٍ ورثته لذلك.

(١) النهاية: ج ٢ ص ٤٥٧.

(٢) الخلاف: ج ٥ ص ٢٩ مسألة ٣٣.

(٣) الخلاف: ج ٥ ص ٣٠ مسألة ٣٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠٨ ب ١٥ من أبواب اللعان ح ١.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠٨ ب ١٥ من أبواب اللعان ح ٢.

(٦) السراير: ج ٢ ص ٧٠٣٧٠٢.

(٧) المبسوط: ج ٥ ص ٢٠٣٢٠٢.

(٨) النساء: ٧.

(٩) النهاية: ج ٢ ص ٤٥٧.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٢٩

و لو قذف و لم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها به أى بعين ما قذفها به أوّلًا قيل فى الخلاف «١» و المبسوط «٢» لا حدّ عليه لاتّحاد القذف، و إن تكرّر لفظه فإنّما هو تأكيد، و أصالة البراءة، و للإجماع، و الأخبار كما فى الخلاف «٣». و الأقرب ثبوته وفاقاً للمحقّق «٤» لتعدّد القذف و إن اتّحد المقدوف به.

و كذا الخلاف لو تلاعنا، و الأقرب سقوطه وفاقاً للشيخ «٥» و المحقّق «٦» لأنّ اللعان بمنزلة البيّنة أو الإقرار أو النكول. و يحتمل ثبوت الحدّ، لعموم آية الفرية، و انتفاء دليل على السقوط، فإنّ اللعان إنّما أسقط الحدّ بالقذف السابق، و لم يثبت المقدوف به بالبيّنة و لا بالإقرار.

أمّا لو قذفها به الأجنبيّ فإنّه يُحدّ لأنّ اللعان حجّة يختصّ بالزوج، و إنّما يسقط الحصانة «٧» فى حقّه و إن [صار أيضاً] «٨» باللعان أجنبيًا.

و لو قذفها فأقرت و لو مرة ثم قذفها به الزوج أو الأجنبي فلا حدّ لأنها بإقرارها أسقطت الحصانة، و الحدّ، و العقلاء يؤاخذون بإقرارهم.

و لو لاعن و نكلت ثم قذفها الأجنبي، قيل في المبسوط «٩» و الخلاف «١٠» لا حدّ لأن اللعان و النكول كالبيّنة و لا حدّ في القذف بما ثبت بالبيّنة.

و الأقرب وفاقاً للمحقق «١١» ثبوته لعموم آية الرمي «١٢» و منع سقوط الحصانة بمجرد ذلك و تنزله منزلة البيّنة مطلقاً.

(١) الخلاف: ج ٥ ص ٤١ مسألة ٥٣ و فيه: يجب عليه الحدّ ثانياً.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٢.

(٣) الخلاف: ج ٥ ص ٤١ مسألة ٥٣.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٠١.

(٥) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٢.

(٦) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٠١.

(٧) في ن بدل «الحصانة»: «الحدّ لأنّه»، و في ق بدلها: الحدّ فإنّه.

(٨) في ن: صادقها.

(٩) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٢.

(١٠) الخلاف: ج ٥ ص ٤١ مسألة ٥٤.

(١١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٠٢.

(١٢) النور: ٤.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٣٠

و لو شهد بزناها أربعة أحدهم الزوج حدّ الجميع على رأى وفاقاً لظاهر المفيد «١» و ابن زهرة «٢» و يسقط حدّ الزوج باللعان لخبر زرارة عن أحدهما (عليهما السّلام)، في أربعة شهدوا على امرأة بالزنى أحدهم زوجها، قال: يلاعن و يجلد الآخرون «٣». و يؤيّده قوله تعالى: «لَوْ لَّا جَاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ» «٤» و قوله تعالى: «وَ اللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ» «٥» إن كان الخطاب للأزواج.

و قيل في النهاية «٦» بذلك إن اختلت بعض الشرائط و إلّا ثبت الزنى و حدّ، جمعاً بين ذلك الخبر و خبر إبراهيم بن نعيم سأل الصادق (عليه السّلام) عن أربعة شهدوا على امرأة بالزنى أحدهم زوجها، قال: يجوز شهادتهم «٧». و هو في الحقيقة في طرف النقيض للقول الأوّل، إذ لا خلاف في عدم السماع مع اختلال الشرائط. و يؤيّده قوله تعالى: «وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ» «٨» من جعل أنفسهم من الشهداء و صدق الشهداء على الثلاثة، و قوله تعالى: «وَ اللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ» «٩» إن كان الخطاب للحكام، فإنّه يعمّ الزوج. و أصالة عدم الفرق بين الزوج و غيره، بل أولويته بالقبول، لما فيه من هتك عرضه.

و قيل في الوسيلة «١٠» و السرائر «١١» و الجامع «١٢» أو سبق الزوج بالقذف و إلّا حدّت جمعاً بين الخبرين، و عملاً بظواهر الآيات، فإنّ قوله تعالى: «لَوْ لَّا جَاؤُ

(١) انظر المقنعة: ص ٥٤٠.

(٢) انظر غنية النزوع: ص ٣٧٨.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠٦ ب ١٢ من أبواب اللعان ح ٢.

(٤) النور: ١٣.

(٥) النساء: ١٥.

(٦) النهاية: ج ٣ ص ٢٨٣ ٢٨٤.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٦٠٦ ب ١٢ من أبواب اللعان ح ١.

(٨) النور: ٦.

(٩) النساء: ١٥.

(١٠) الوسيلة: ص ٤١٠.

(١١) السرائر: ج ٣ ص ٤٣٠.

(١٢) الجامع للشرائع: ص ٤٨٠.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٣١

عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ» (١) «فِيمَنْ ابْتَدَأَ بِالْقَذْفِ، بِخِلَافِ الْبَاقِينَ.

و فِي السَّرَائِرِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ» (٢) «و هَذَا قَدْ رُمِيَ زَوْجَتَهُ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُ شُهَدَاءُ إِلَّا نَفْسُهُ، لِأَنَّ شَهَادَةَ الثَّلَاثَةِ غَيْرَ مَعْتَدٍّ بِهَا إِلَّا بِانْضِمَامِ شَهَادَةِ الرَّابِعِ، فَكَأَنَّهَا لَمْ تَكُنْ فِي الْحُكْمِ» (٣). وَ هُمْ وَ إِنْ لَمْ يَصْرَحُوا بِالِاخْتِلَالِ لَكِنَّهُ مَعْلُومٌ.

وَ جَمَعَ الصَّدُوقُ بَيْنَ الْخَبِيرِينَ بِنَاءً عَلَى مَا اخْتَارَهُ: «مَنْ أَنَّهُ لَا لِعَانَ إِلَّا إِذَا نَفَى الْوَلَدَ»: بِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَنْفِ الْوَلَدَ كَانَ أَحَدَ الْأَرْبَعَةِ، وَ إِلَّا حَدَّ الثَّلَاثَةِ وَ لَا عِنَهَا (٤). وَ أَبُو عَلِيٍّ بِأَنَّهُ إِنْ دَخَلَ بِهَا لِاعْنَاهَا وَ حَدَّ الْبَاقُونَ وَ إِلَّا كَانَ أَحَدَ الْأَرْبَعَةِ، بِنَاءً عَلَى اشْتِرَاطِ اللَّعَانِ بِالْدُخُولِ (٥).

وَ إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ غَيْرَ بَرْزَةٍ لَا تَخْرُجُ إِلَى مَجَالِسِ الرِّجَالِ أَنْفَذَ الْحَاكِمُ إِلَيْهَا مَنْ يَسْتَوْفِي الشَّهَادَاتِ عَلَيْهَا فِي مَنْزِلِهَا وَ لَمْ يَكْلَفْهَا الْخُرُوجَ، وَ كَذَا لَوْ كَانَتْ حَائِضًا وَ اللَّعَانُ فِي الْمَسْجِدِ وَ فِي الْمَبْسُوطِ: وَ يَسْتَحَبُّ أَنْ يَبْعَثَ مَعَهُ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءٍ أَوْ ثَلَاثَةٍ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: «وَ لَيَشْهَدَنَّ عَدَاؤُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ» (٦) وَ رَوَى أَصْحَابُنَا أَنَّ أَقْلَهُ وَاحِدٌ (٧).

وَ لَا يَشْتَرِطُ حُضُورَهُمَا مَعًا حِينَ اللَّعَانِ، لِلْأَصْلِ.

فَلَوْ لَاعَنَ فِي الْمَسْجِدِ وَ هِيَ عَلَى بَابِهِ أَوْ فِي مَنْزِلِهَا جَازَ إِلَّا عَلَى الْقَوْلِ بِوَجُوبِ قِيَامِهِمَا عِنْدَ الْحَاكِمِ عِنْدَ لِعَانِ كُلِّ مِنْهُمَا.

وَ اللَّعَانُ أَيْمَانٌ وَ لَيْسَ شَهَادَاتٌ وَ فَاقًا لِلشَّيْخِ (٨) وَ جَمَاعَةٌ؛ لِصَحَّتِهِ مِنَ الْفَاسِقِ وَ الْكَافِرِ، وَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: «بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الضَّادِقِينَ» (٩) وَ قَوْلِهِ: «بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ

(١) النور: ١٣.

(٢) النور: ٦.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٤٣١.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٥٣٦ ذيل حديث ٤٨٥١، المقنع: ص ٤٤٠.

(٥) مختلف الشيعة: ج ٩ ص ١٢٢.

(٦) النور: ١.

(٧) المبسوط: ج ٥ ص ٢٢٣.

(٨) الخلاف: ج ٥ ص ٧ مسألة ٢.

(٩) النور: ٦.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٣٢

□ □ □
الكاذبين» (١) وقوله (صلى الله عليه وآله) لهلال بن أمية: احلف بالله العذى لا إله إلا هو إنك لصادق (٢). وقوله (صلى الله عليه وآله) بعد التلاعن: لولا الأيمان لكان لى ولها شأن (٣). ولأن كلا منهما يلاعن لنفسه ولم يعهد شهادة أحد لنفسه، ولأنه لا معنى لكونه من المرأة شهادة فكذا منه.

□ □ □
وقوله فيصح من الأعمى كما يحتمل تفريع الصحة على كونه أيماناً، يحتمل التعليل، فإن من الأدلة كما فى المبسوط: أنه يصح من الأعمى، ولو كان شهادات لم يصح منه (٤). وخلافاً لأبى على (٥) لظاهر قوله تعالى: «فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ» (٦) الآية.

□ □ □
ويؤيده: أن محمد بن سليمان سأل الجواد (عليه السلام) كيف صار الزوج إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات بالله؟ وكيف لا يجوز ذلك لغيره و صار إذا قذفها غير الزوج مجلد الحد ولو كان ولداً أو أخاً؟ فقال: قد سئل جعفر (عليه السلام) عن هذا فقال: ألا ترى أنه إذا قذف الزوج امرأته، قيل له: وكيف علمت أنها فاعلة؟ فقال: رأيت ذلك منها بعيني كانت شهادته أربع شهادات بالله، وذلك أنه قد يجوز للرجل أن يدخل المدخل فى الخلوة التى لا تصلح لغيره أن يدخلها ولا يشهدا ولد و لا-والد فى الليل والنهار، فلذلك صارت شهادته أربع شهادات إذا قال: رأيت ذلك بعيني، وإذا قال: لم اعين صار قاذفاً و ضرب الحد، إنما أن يقيم عليها البينة، وإن زعم غير الزوج إذا قذف و ادعى أنه رآه بعينه قيل له: وكيف رأيت ذلك و ما أدخلك ذلك المدخل الذى رأيت فيه هذا وحدك؟ أنت متهم فى دعواك، فإن كنت صادقاً فأنت فى حد التهمة، فلا بد من أدبك بالحد الذى أوجه الله عليك. قال (عليه السلام): وإنما صارت شهادة الزوج أربع شهادات، لمكان الأربعة شهداء مكان كل شاهد

(١) النور: ٨.

□ □ □
(٢) وفيه: قال فقيل لهلال: تشهد أربع شهادات بالله إنك لمن الصادقين. راجع السنن الكبرى: ج ٧ ص ٣٩٤.

(٣) وفيه: قال فقيل لهلال: تشهد أربع شهادات بالله إنك لمن الصادقين. راجع السنن الكبرى: ج ٧ ص ٣٩٤.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ١٨٣.

(٥) مسالك الأفهام: ج ١٠ ص ٢٣٨.

(٦) النور: ٦.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٣٣

□ □ □
يمين (١). وللأخبار الناطقة بلفظ الشهادة كقوله (صلى الله عليه وآله) للرجل: اشهد أربع شهادات بالله إنك لمن الصادقين فيما رميتها به وللمرأة اشهدى أربع شهادات بالله إن زوجك لمن الكاذبين (٢).

□ □ □
وقول الصادق (عليه السلام) فيما مضى من الخبر: ليس بين خمس نساء و أزواجهن ملاءنة إلى قوله: و المجلود فى الفرية، لأن

اللَّهِ تَعَالَى يَقُولُ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا» (٣).

و لوجوب التصريح بلفظ الشهادة، ولأنه يدرأ الحد ولا شيء من اليمين كذلك، ولأنه إن نكل عنه ثم عاد إليه مكن منه و اليمين ليست كذلك.

والجواب: أن لفظ الشهادة في هذه الجملة حقيقة عرفية أو مجاز مشهور في اليمين، ولا بعد في مخالفته لسائر الأيمان في بعض الأحكام، وخبر النفي عن خمس و أزواجهن مع الضعف ليس نصاً في كون اللعان شهادة، بل اللمدى ينص عليه أنه لا يقبل منه الشهادة عليها بالزنى و إن أكدته باللعان. و إذا قذف الزوجة وجب الحد لعموم أدلة الفرية إلا أن يسقطه باللعان، و لا يجب عليه اللعان عيناً خلافاً لمن عرفته من العامة (٤).

و لا يطالبه عندنا أحد بأحدهما إلا الزوجة فإن الحد حق لها و اللعان لإسقاطه نعم لو ارثها المطالبة بالحد و قيل باللعان أيضاً كما سبق بعد موتها و عدم استيفائها، لما عرفت من الانتقال عندنا.

و لو أراد اللعان من غير مطالبة لم يكن له ذلك عندنا إن لم يكن نسب (٥) يريد نفيه. و للعامة قول بأن ذلك لغسل العار عن نفسه بالانتقال عنها و إصاق العار بها (٦).

(١) الكافي: ج ٧ ص ٤٠٣ ح ٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٦ ب ١ من أبواب اللعان ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٨ ب ٥ من أبواب اللعان ح ١٢. و النور: ٤.

(٤) بدائع الصنائع: ج ٣ ص ٢٤٣.

(٥) في ط بدل «نسب»: بسبب.

(٦) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٢٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٣٤

و لو طلب نفي النسب احتمل أن يلاعن بينهما الحاكم، بأن يطلب المرأة باللعان لانحصار طريق انتفاء النسب فيه و احتمال عدمه لأنه خلاف الأصل، فيقتصر على موضع اليقين.

و أما قصة العجلاني و أنه أتاه (صلى الله عليه و آله) فرماها فأمره بأن يأتي بزوجه «١» فلا دلالة فيها على الابتداء باللعان من غير طلبها، و إنما دلت على إحضارها مجلس الحكم.

[المقصد الرابع في اللواحق]

المقصد الرابع في اللواحق لو شهدا بقذفه الزوجة و قذفها لم تقبل للتهمة، فإن أبرئاه ثم أعادها لم تقبل أيضاً لأنها ردت للتهمة فلا تقبل بعد، و لو ادعيا قذفها خاصة ثم أبرئاه و زالت العداوة كأن مضت مدة عرف فيها صلاح الحال بينهم ثم شهدا بقذف زوجته قبلت، لأنهما لم يردا في هذه الشهادة أولاً. و للعامة قول بالعدم (٢).

و لو شهدا بقذف زوجته ثم ادعيا قذفها فإن أضافا الدعوى إلى ما قبل الشهادة بطلت، لاعتراضهما بأنه كان عدواً لهما حين الشهادة و إن لم يضيفاها إليه فإن كان ذلك قبل الحكم لم يحكم، لأنه لا يحكم بشهادة أحد عدوين على آخر و إن كان بعده لم يبطل لأنه لم يظهر تقدم العداوة على الحكم.

و لو شهدا أنه قذف زوجته و أمهما بطلت في حق الأم للتهمة، و يبطلانها بطلت بالكلية لأنها إذا ردت في البعض للتهمة ردت

فى الجمىع، كما كان تردّ شهادتهما بقذفهما وقذف الزوجه.

وفى المبسوط: فى انّ شهادتهما لآئهما عندنا تقبل و عندهم لا تقبل، لآئه متهم فى حقّ الامّ، و شهادتهما فى حقّ الزوجه تقبل عندنا، و قال بعضهم: لا تقبل، لأنّ

(١) وسائل الشىعه: ج ١٥ ص ٥٨٩ ب ١ من أبواب اللعان ح ٩.

(٢) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ١٤٥.

اصفهانى، فاضل همدى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام؛ ج ٨، ص: ٣٣٥

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٣٥

الشهادة إذا اشتملت على شيئين فردت في أحدهما فإنها ترد في الآخر «١».

و لو شهد أحدهما أنه أقرّ بالقذف و الإقرار بالعريه و الآخر أنه أقرّ بعين ذلك بالعجميه أو فى وقتين بأن شهد أحدهما بإقراره يوم الخميس و آخر به يوم الجمعة قبلت لاتحاد المقرّ به.

و لو شهدا بالقذف بطلت لأنّ ما شهد به أحدهما غير ما شهد به الآخر، و لم يستكمل شيء من القذفين عدد البيئه.

و لو ولدت توأمين بينهما أقلّ من ستّه أشهر فاستلحق أحدهما لحقه الآخر و لا يقبل نفيه لأنهما من حمل واحد، حتّى أنه إن كان نفى الأول ثمّ استلحق الثانى لحقه الأول أيضاً.

و كذا لو نفى أحدهما و سكت عن الآخر لحقه لأنه لما سكت عن الآخر لحقه و استلزم لحوق الآخر.

و لو ولدت الأول فنفاها باللعان ثمّ ولدت آخر لأقلّ من ستّه أشهر افتقر انتفاؤه إلى لعان آخر على إشكال: من الحكم بانتفاء الأول باللعان و هو يستلزم انتفاء الثانى، مع أصل البراءة من اللعان ثانياً. و من أصل اللقوق إلّا مع التصريح بالنفى و اللعان، و عدم الاكتفاء بالالتزام، و هو خيره المبسوط «٢».

و إن أقرّ بالثانى لحقه و ورثه الأول أيضاً، لاستلزام لحوقه كما عرفت و هو لا يرث الأول لإنكاره أوّلاً.

و هل يرث من الثانى؟ إشكال: من استلزام انتفائه من الأول انتفائه من الثانى، فكأنه أقرّ بأنه لا يرث منه كما أقرّ به من الأول. و من أنه لا عبرة فى نفى النسب بالالتزام، و أصل اللقوق و التوارث.

و لو كان بينهما أى التوأمين ستّه أشهر فصاعداً فلكلّ حكم نفسه لإمكان تعدّد الحمل بهما، فلا يستلزم لحوق أحدهما لحوق الآخر و لا نفيه نفيه فإن لاعتن الأول بعد وضعه و استلحق الثانى، أو ترك نفيه لحقه و إن

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٢٦ ٢٢٧.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢٠٩.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٣٦

كانت قد بانت منه باللعان، لإمكان وطئه بعد وضع الأول قبل اللعان.

و لو لاعنها قبل وضع الأول فأتت بآخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثاني، لأنها بانت باللعان و انقضت عدتها بوضع الأول فلا يمكنه وطؤها بالنكاح بعده، و ذكر انقضاء العدة لتأكيد الحجة، و إلا فليست هذه العدة إلا كعدة الطلاق البائن.

و لو مات أحد التوأمين قبل اللعان لنتفيهما فله أن يلاعن لنتفيهما. و للعامية قول بأنه لا لعان لنتفي نسب الميت، و أنه إذا لم يصح نفيه لم يصح نفي الحي إذا كانا من حمل واحد (١).

و القذف قد يجب و ذلك بأن يرى امرأته قد زنت في طهر لم يطأها فيه فإنه يلزمه مروءة حذراً من اختلاط المائين اعترالها حتى تنقضي العدة أى مدة الحمل بالوضع، أو مضى أقصاها فإن أتت بولد لستة أشهر من حين الزنى و لأكثر من أقصى مدة الحمل من وطئه لزمه نفيه للتخلص من الإلحاق المستلزم للتوارث و النظر إلى بناته و أخواته و يلزمه إذا رأى منها الزنى أن يقذفها بالزنى مبادرة إلى نفي من يحتمل ولادتها له، إذ ربما لم يتمكن من اللعان إذا ولدت فيلحق به الولد.

و لو أقرت بالزنى و ظن صدقها فالأقرب أنه لا يجب القذف و إن أقرت أربعاً، للأصل و انتفاء العلم، لعدم المشاهدة، و لأن اللعان إما يمين أو شهادة، و لا يتعلقان إلا بمعلوم. و يحتمل الوجوب، لحصول العلم الشرعي للإقرار، فيجب القذف، لقطع امتزاج المائين.

و لا يحل له القذف بدون الرؤية و إن شاع أن فلاناً زنى بها و وجد عندها مجردين. خلافاً للعامية فلهم قول بالحل إذا غلب الظن و لو بإخبار ثقة يسكن إلى قوله (٢).

و إذا عرف انتفاء الحمل منه لاختلال بعض شرائط الإلحاق به

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٤١.

(٢) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٤٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٣٧

وجب الإنكار و إن لم يرها تزنى و لا قذفها بالزنى للتخلص من الإلحاق المستلزم للتوارث و النظر إلى بناته و أخواته كما عرفت. و يمكن فهم وجوب النفي من قوله (صلى الله عليه و آله): أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء و لن يدخلها جنته (١).

و حكى قول بعدم الوجوب، للأصل، و اشتغال الاقتحام في اللعان من المشقة ما لا يتحملها أولوا المروءات.

و لا يحل الإنكار للشبهة و لا للظن كما لا يحل القذف لذلك و لا لمخالفة صفات الولد صفات الواطئ فعن الباقر (عليه السلام): إن رجلاً من الأنصار أتى رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقال: هذه ابنة عمى و امرأتى لا أعلم بها إلا خيراً و قد أتتني بولد شديد السواد منتشر المنخرين جعد ققط أفتس الأنف لا أعرف شبهه في أخوالى و لا فى أجدادى، فقال (صلى الله عليه و آله) لامرأته: ما تقولين؟ قالت: لا، و الذى بعثك بالحق نبياً ما أعددت مقعده منى منذ ملكنى أحداً غيره، قال: فنكس رسول الله (صلى الله عليه و آله) رأسه ملياً ثم رفع بصره إلى السماء ثم أقبل على الرجل فقال: يا هذا، إنه ليس من أحد إلا أن بينه و بين آدم تسعة و تسعين عرفاً تضرب في النسب، فإذا وقعت النطفة اضطربت تلك العروق تسأل الله الشبه بها فهذا من تلك العروق التى لم يدركها أجدادك، خذى إليك ابنتك، فقالت المرأة فرجت عنى يا رسول الله (٢).

و روى أيضاً: أن رجلاً أتاه (صلى الله عليه و آله) فقال: يا رسول الله إن امرأتى أتت بولد أسود، فقال: هل لك من إبل؟ فقال: نعم، فقال: ما ألوانها؟ قال: حمراء، فقال: فهل فيها من أوزق؟ فقال نعم، فقال: أنى ذلك، فقال: لعل أن يكون عرفاً نزع، قال: فكذلك هذا لعل أن يكون عرفاً نزع (٣). و للعامية (٤) قول بجواز النفي للمخالفة في الصفات.

(١) سنن البيهقي: ج ٧ ص ٤٠٣.

(٢) الكافي: ج ٥ ص ٥٦١ ح ٢٣.

(٣) سنن ابن ماجه: ج ١ ص ٦٤٥ ح ٢٠٠٢.

(٤) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٥٨.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٣٨

و لو شاهد زناها و هي في حباله جاز له اللعان و إن لم يكن له ولد يريد نفيه للتشفي لعموم النصوص «١» خلافاً للصدوق «٢» كما عرفت مع مستنده و الجواب عنه.

و لو غاب عن زوجته سنين فبلغها وفاته فاعتدت و تزوجت من دون أن يضرب الحاكم لها أربع سنين ثم تعتد بعد انقضائها و أولدها الثاني ثم قدم الأول فسخ النكاح أي ظهر انفساخه و فساده و ردت إليه و الأولاد للثاني إن جهل الحكم أو الحال لا للأول و إن كانت في الحقيقة فراشاً له، لعدم الإمكان، خلافاً لمن تقدم ذكره من العامة. هذا آخر الكلام في كتاب الفراق من كشف اللثام عن قواعد الأحكام.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٦ و ٥٨٩ ب ١ من أبواب اللعان ح ١ و ٩.

(٢) المقنع: ص ٣٥٥، الهداية: ص ٢٧٥.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٣٩

[كتاب العتق وفيه أربعة مقاصد]

إشارة

كتاب العتق

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٤١

كتاب العتق وفيه مقاصد أربعة:

[المقصد الأول: في العتق وفيه ثلاثة فصول]

إشارة

المقصد الأول: العتق واصله الكرم، و في الشرع أو عرفه زوال الرقية عن رقبة الإنسان بالفعل أو بالقوة، ليدخل الحمل، و قد يعتبر نية التقرب.

و فيه فصول ثلاثة:

[الفصل الأول في أركانه]

إشارة

□
الأول في أركانه مقدمه العتق مشروع وفيه فضل كثير و ثواب جزيل بإجماع أهل الإسلام و النصوص، فقد قال الله تعالى: «فَلَا اقْتَحَمَ الْعَقَبَةَ. وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ. فَكُّ رَقَبَةٍ» (١) الآية.

□
و روى من طريقى الخاصه «٢» و العامه «٣» أنّ من أعتق مؤمناً أعتق الله له بكلّ عضو عضواً له من النار حتّى الفرج بالفرج. و فى بعض الأخبار:

(١) البلد: ١١ ١٣٠.

(٢) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٣٠١ ح ١١٣٠.

(٣) صحيح مسلم: ج ٢ ص ١١٤٧ ح ٢٢ و ٢٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨ ص: ٣٤٢

أنّه يعتق بعضوين من الأنثى عضواً له من النار «١». و روى: أنّ من أعتق رقبة مؤمنة كانت فداه من النار «٢». و روى: أربع من أراد الله بواحدة منهمنّ و جبت له الجنة: من سقى هامة صادية «٣» أو أطعم كبداً جائعاً، أو كسا جلدأ عارياً، أو أعتق رقبة مؤمنة، إلى غير ذلك من الأخبار.

[أركان العتق و هى ثلاثة]

إشارة

و أركانه ثلاثة:

[الركن الأول: المحلّ]

الأول: المحلّ و هو كلّ إنسان مملوك للمعتق مسلم لم يتعلّق به حقّ لازم من جنايه أو حقّ غريم فلا ينعقد عتق غير المملوك إلّا بسراية و إن كان مملوكاً لغيره و أجازاه المالك من غير خلاف يظهر منّا؛ للأصل. و لقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر ابن مسكان: من أعتق ما لا يملك فلا يجوز «٤».

و لبعض العامة قول بالوقوف من المعتق الموسر، و أنّه يقوم عليه.

و لو قال: إن ملكتك فأنت حرّ لم يكن شيئاً، و لا ينعقد مع ملكه عندنا؛ للإجماع، و التعليق، و انتفاء الملك.

□
و روى فى بعض الكتب عن الصادق (عليه السّلام) فى الرجل يقول: إن اشتريت غلاماً فهو حرّ لوجه الله، و إن اشتريت هذا الثوب فهو صدقة لوجه الله، و إن تزوّجت فلانة فهى طالق، قال: ليس ذلك كلّه بشىء، إنّما يطلق و يعتق و يتصدّق بما يملك «٥». و للعامة قول بالانعتاق.

□
نعم لو جعله نذراً كأن يقول: لله علىّ إن ملكتك أن أعتقك و جب عليه إيقاع عتقه عند ملكه و لا ينعقد بالملك. و كذا لو قال:

«لله عليّ أنك حرّ إذا ملكتك» لم ينعق بالملك، بل وجب عليه الإعتاق إذا ملكه؛ للأصل،

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٦٥ ب ٣ استحباب اختيار عتق .. ح ١.

(٢) كنز العمال: ج ١٠ ص ٣١٥ ح ٢٩٥٧٢.

(٣) في ط: الظامئة.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧ ب ٥ أنه لا يصلح العتق .. ح ٤.

(٥) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٣٠٤ ح ١١٤٣.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٤٣

ولأنه ليس من الإيقاع في شيء، ولأن النذر إنما يتعلّق بفعله.

وقيل: لأنه لا بدّ من تحقّق الملك قبل العتق، إذ لا عتق إلّا في ملك. ولو انعتق بالملك اقتربنا فلم يقع في الملك.

ورّد بجواز كونه كتملك من ينعق عليه، ولذلك احتمل أن ينعق بالملك بلا إعتاق كما اختاره ابن حمزة.

ويختص الرق «١» بأهل الحرب من الكفار وهم الذين يقاتلون حتّى يسلموا، ولا يقبل منهم جزية.

وقوله خاصّة بمعنى أنّ لهم مزيد اختصاص بالاسترقاق وأهل الذمة، وهم اليهود والنصارى والمجوس إذا أخذوا بشرائط الذمة

فإنهم يلتحقون حينئذ بأهل الحرب. ولا يسترقون إلّا بالشرائط المتقدمة في الجهاد ثمّ إذا استرقوا يسرى الرق في أعقابهم

المتجدّدين بعد الاسترقاق وإن أسلموا ما لم يتحرّروا فتسرى الحرّية في الأعقاب المتأخّرة إلّا إذا كان أحد الأبوين حرّاً فتغلب

الحرّية، إلّا مع شرط الرق كما تقدم في النكاح.

ولا فرق في جواز الاسترقاق بين سبي المؤمنين وغيرهم من فرق الإسلام والكفار وإن اختصّ الرقيق بالإمام أو كانت فيه حصّة

فقد رخصوا ذلك للشيعة في زمن الغيبة، وغير المؤمن يملك بالسبي في الظاهر، فيصحّ الشراء منه، ويقوى التملك بالاستيلاء

على سببه بغير عوض.

ويجوز شراء ولد الحربى و بنته و زوجته و أمه و غيرهم من أقربائه و غيرهم منه، إذ هم فيء في الحقيقة للمسلمين، يجوز لهم

الاستنقاذ بأيّ وجه أمكنهم، فهو استنقاذ في الحقيقة، وقد مضى في المتاجر التردّد في لحوق أحكام البيع به.

و كلّ من جهلت حرّيته إذا أقرّ بالرقّ حكم عليه به مع بلوغه و رشده للأخذ بالإقرار. و قول عليّ (عليه السّلام) في صحيح ابن

سنان: الناس كلّهم

(١) في القواعد: الملك.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٤٤

أحرار إلّا من أقرّ على نفسه بالعبودية وهو مدرّك من عبد أو أمه، ومن شهد عليه بالرقّ صغيراً كان أو كبيراً. «١» فلا يلتفت إلى

إنكاره بعد ولو أقام بينه على الحرّية لتكذيبه البينة، إلّا أن يظهر تأويلاً لإقراره بأن يقول: إنّي لم أكن أعلم تولّد بعد عتق أبويّ

فلذا أقررت بالرقّ ثمّ ظهر لي ذلك بالبينة أو الشياخ. ولو عيّن مولاه فأنكر رقيته له رجح حرّاً، واحتمل الرقيّة المجهولة المالك.

و في اعتبار الرشد خلاف، من عموم الخبر و أخذ العاقل بإقراره مع أنّه ليس من الإقرار بالمال، إذ لا مائيّة إلّا بالأخذ بإقراره. و

من أنّه إذا سمع إقراره حكم بكونه مالاً قبل الإقرار فهو إقرار بالمال، ولاستلزامه الإقرار بخروج ما بيده فعلاً أو قوّة عن ملكه.

و كذا يحكم برق الملتقط في دار الحرب إذا لم يكن فيها مسلم يمكن تولّده منه بمعنى جواز استرقاقه، لأنّه في حكم ذراريهم،

فلا يكون رقيقاً ما لم يسترَق.

ولا يصحّ عتق الكافر مطلقاً وفاقاً للأكثر، و حكى عليه الإجماع فى الانتصار؛ للأصل، و يعارضه أصل عدم الاشتراط و غلبه الحرّية و للنهى عن إنفاق الخبيث، و فيه أنه غير مفهوم من الإنفاق مع اختصاصه بالواجب، و كون الخبيث بمعنى الردى من جهة المالىة، و ربّما لم يكن الكافر كذلك. و لقوله (عليه السّلام): «لا عتق إلّا ما أُريد به وجه الله» (٢) و فيه أنه ربّما تسبّب ذلك لإسلامه و لو فى ظنّ المعتق، كما روى أنّ أمير المؤمنين (عليه السّلام) أعتق عبداً نصرانياً فأسلم (٣) أو أراد به وجه الله لكونه إنساناً و عبداً من عبيد الله، أو كان المعتق كافراً مقرّاً بالله. و لخبر سيف بن عميرة سأل الصادق (عليه السّلام) أ يجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً؟ قال: لا (٤).

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٣٣ ب ٢٩ أنّ الأصل فى الناس .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٦ ب ٤ اشتراط صحّة العتق .. ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٩ ب ١٧ جواز عتق المستضعف .. ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٠ ب ١٧ جواز عتق المستضعف .. ح ٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٤٥

□ وهو أخصّ من المدعى. و لأنّه يتسلّط بالحرّية على أهل الدين و يقوى على معاصى الله، و ضعفه ظاهر و قيل فى النهاية و الاستبصار و النافع يجوز مع النذر جمعاً بين الخبرين، و قد يحمل على أنّه نذر إعتاقه و هو لا يعلم أنّه كافر و قيل فى الخلاف و المبسوط و الجامع: يجوز مطلقاً لانتهاء الدليل على البطلان، و عموم أدلّة الإعتاق، و ما سمعته من فعل عليّ (عليه السّلام) (١) و إرشاد قوله تعالى: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ» (٢) إليه.

و يصحّ عتق ولد الزنا صغيراً أو كبيراً إذا كان مسلماً ظاهراً على رأى وفاقاً للأكثر؛ للأصل، و الحكم بإسلامه ظاهراً، و قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر سعيد بن يسار: لا بأس بأن يعتق ولد الزنا (٣).

و خلافاً لابن إدريس بناء على كفره، و ادعى الإجماع عليه، و ربّما أُريد بقوله (عليه السّلام): ولد الزنا لا ينبج (٤) و قول الصادق (عليه السّلام): من ولد للزنا لا يدخل الجنّة (٥). و الإجماع ممنوع، و لو سلّم ففى الباطن. و الخبران ليسا من الدلالة فى شيء، و لو سلّم سندهما فلانتهاء الموافة.

□ و يصحّ عتق المخالف و إن كره، لقول الصادق (عليه السّلام): ما أغنى الله عن عتق أحدكم تعتقون اليوم و يكون علينا غداً، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلّا عارفاً (٦) دون الناصب لكفره.

و هل يصحّ عتق الجانى؟ الأقرب ذلك إن كانت الجناية خطأ و ادّى المولى المال أو ضمنه مع رضاه أى المستحقّ و هو المجنى عليه

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٣٣ ب ٢٩ أنّ الأصل فى الناس .. ح ١.

(٢) النساء: ٩٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٩ ب ١٦ جواز عتق ولد .. ح ١.

(٤) راجع الطرائف لابن طاوس: ص ٤٦٩.

(٥) عوالى اللآلى ج ٣ ص ٥٣٤، و فيه: عن الرسول (صلّى الله عليه و آله).

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٠ ب ١٧ جواز عتق المستضعف .. ح ٣.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٤٦

أو وارثه بضمائه، فإن المانع إنما هو تعلق الحق بقربته وقد انتفى بأحد الأمرين، وإن أعتق قبل تحقق واحد منهما احتملت الصحة مراعى، فإن أدى أو ضمن برضا المستحق انكشفت الصحة، وإلا البطلان، والعبارة تحتمله. والأقوى البطلان؛ لتعلق حق الغير بالرقبة، ولأن الصيغة لا تؤثر حين الإيقاع، فبعده أولى. نعم إن لم تستوعب الجناية الرقبة كان المعتق أحد الشريكين وإلا يجتمع ما ذكر بأن كانت الجناية عمداً أو خطأ ولم يؤد ولم يضمن ولم يرض المستحق فلا يصح العتق؛ لتعين الحق في الرقبة. وفي المبسوط: يصح في العمد، لأنه لا يمتنع القود.

وللمستحق أحد الأمور: إما البيع والاسترقاق أو القود، فإذا أعتق بقي له القود دون الخطأ؛ لتعلق الحق بالرقبة مع انتفاء القود.

وأطلق في النهاية صحته في الخطأ وضمن المولى دية المقتول، لأنه عاقلته.

ولا يشترط التعيين على رأى وفاقاً للمشهور، وفي الكنز أنه لم يظهر خلافاً للأصل، وتغليب الحرّية، ووقوع العتق مبهماً في الشرع فيما إذا أعتق ممالিকে كلهم في مرضه ولم يخرجوا من الثلث ولم يجز الورثة فإنه يخرج قدر الثلث بالقرعة. وقد احتمل الاشتراط لكونه معيناً، فلا بد له من محلّ معين، وللإستصحاب.

وعلى المختار فلو قال: «أحد عبيدي حرّ» صحّ وعين من شاء منهم من غير قرعة فإنه لما تعين في نفسه وأبهم عندنا. وقيل بالإقراع واحتمله في التحرير.

وإذا عين أحدهم لا يجوز العدول عنه إلى غيره، فإن عدل لغا ولم يؤاخذ بعقوبتهما، لأنه ليس إعتاقاً ولا إقراراً، ولم يبق لما أوقعه من العتق محلّ بعد تعيين الأول.

والأقرب وجوب الإنفاق على الجميع والمنع من استخدام أحدهم أو بيعه قبله أى التعيين، فالإنفاق لعدم العلم بالمسقط، ولمنعه كلاً منهم منافعه

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٤٧

بترك التعيين، وضعف دلالة ترك الإنفاق على أحدهم على التعيين. ويحتمل العدم، بناء على العلم بالسقوط في حق أحدهم وإن لم يتعين، وقد بينى الوجهان على احتمالي وقوع الانعتاق بالتعيين، ووقوعه بالصيغة وكشف التعيين.

والمنع من الاستخدام أو البيع؛ لاحتمال كلّ منهم الحرّية. فيجب الاجتناب عن الكلّ من باب المقدّمه، مع ضعف دلالة الاستخدام على التعيين للرقبة. ويحتمل الجواز؛ للإستصحاب، وبناء على تأخر الحرّية عن التعيين. ويقوى في البيع لقوة دلالة على اختيار الرقبة.

[واحتمل في التحرير بعيداً أن يكون الاستخدام تعييناً، محتملاً أيضاً كون وطء الجارية تعييناً وكذا اللمس والنظر بشهوة] «١».

ولو مات ولم يعين عين الوارث من غير قرعة؛ لانتقال الملك إليه مع عدم التعيين في نفسه.

وقيل في المبسوط والشرائع واستقرب في التحرير: إنه يقرع وهو هنا محتمل وإن لم يقل به إذا كان حياً؛ لاحتمال الوارث أن يكون المورث عين في نفسه أحدهم وإن لم ينطق به.

ولو عين ثم اشتبه عليه أحرّ التعيين حتى يذكر ولم يكن له تعيين من شاء بقرعة أو لا بها ويعمل بقوله متى عين بعد الاشتباه.

فإن ادعى بعض المماليك أنه المقصود دون من عينه فالقول قول المالك مع اليمين إن لم يكن للمملوك بينة فإنه فعله، فإن نكل وحلف المملوك أعتق ولو عين بعد الاشتباه ثم عدل عن المعين لم يقبل العدول في المنسّى به وهو الأول على ما ادّعاه ثانياً، ولا يوجد في بعض النسخ «٢» وحكم بعقوبتهما للأخذ بالإقرار.

و إن لم يذكر لم يقرع و إن طالت المدّة إلّا بعد موته لرجاء تذكّره

(١) ما بين المعقوفين زيادة من ق و ن.

(٢) أى أنّ كلمة «به» غير موجودة في بعض النسخ.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٤٨

فإن مات و لم يعين عيّن الوارث بالقرعة؛ لتعيّنه في نفسه، و إبهامه عندنا مع اليأس عن التذكّر إلّا أن يدعى الوارث العلم بالعين فيعمل بقوله مع اليمين لو نازعه غيره و لا بينة، لأنّ الأصل معه و انتقال الملك إليه فإن نكل قضى عليه. و لو صدّق أحد الوارثين أحد المدّعين للتعين و الآخر الآخر حكم بعق حصّة كلّ منهما فيمن صدّقه أخذاً بإقراره في حقّه دون حقّ الغير. و عن الصادق (عليه السّلام): إذا شهد بعض الورثة أنّ الموروث أعتق عبداً من عبيده لم يضمن الشاهد و جازت شهادته في نصيبه «١».

[الركن الثاني: المعتقد]

الركن الثاني: المعتقد و شرطه البلوغ و العقل و الاختيار و القصد و تيّء التقرّب به إلى الله سبحانه و تعالى و جواز التصرف بفكّ الرقيّة فلا ينفذ عتق الصبيّ و إن بلغ عشرّاً على رأى وفاقاً للأكثر، و هو قضية أصول المذهب. و خلافاً للنهائية و الجامع استناداً إلى خبر زرارة عن الباقر (عليه السّلام): إنّهُ إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّ له من ماله ما أعتق و تصدّق على وجه المعروف «٢». و هو ضعيف مرسل. و في النافع أنّ به رواية حسنة. و لا ينفذ عتق المجنون المطبق و لا غيره إلّا وقت إفاقته فإن ادّعى الإيقاع في الجنون قبل إن عرف له حال جنون. و لا- عتق المكره و قد مرّ بيانه في الطلاق و لا- الغافل و لا- الساهى و النائم و السكران و المغمى عليه و الهازل، فإنّما الأعمال بالنيات، و لا إيقاع بلا قصد. و سئل الباقر (عليه السّلام) عن عتق المكره، فقال: ليس عتقه بعق «٣». و الصادق (عليه السّلام) عن طلاق السكران و عتقه، فقال: لا يجوز «٤». و عنهما (عليهما السّلام) إنّ المدلّه ليس عتقه

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٣٠٨ ح ١١٥٨.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٥٧ ب ٥٦ حكم عتق الصبيّ .. ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٤ ب ١٩ أنّه يشترط في العتق .. ح ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٨ ب ٣٤ من أبواب مقدّماته ح ٥.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٤٩

بعق «١» إلى غير ذلك من الأخبار.

و لا- عتق الكافر على رأى وفاقاً للمحقّق و ابن إدريس، لأنّه ملزوم للولاء، و الكافر ليس أهلاً له، لأنّه سييل، و لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا، وَ الْمُؤْمِنُونَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ لَتَعْلَمَنَّ تِيَّةُ التَّقَرُّبِ مِنْهُ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ اللَّهَ سَبْحَانَهُ، و لا يترتب على نيّته ثواب، و لذا لا يصحّ عباداته، مع أنّه لا عتق إلّا ما أريد به وجه الله.

و خلافاً للخلاف و المبسوط تغليباً للحريّة. و لأنّه فكّ ملك، و ملك الكافر أضعف. و لأنّه يجوز وقفه و صدقته تغليباً للمالنيّة

على العبادة، فهنا أولى. مع منع أنه ليس أهلاً للولاء مطلقاً، وإنما ينتفى عنه الإرث و عليه العقل كما فى النسب. و كون المؤمنين بعضهم أولياء بعض لا ينفى الولاية عن عداهم، على أن المراد الولاية الدينيّة و هى منتفية. و منع اعتبار ترتب الثواب فى نيّة القربة. و أنه لا يعرفه سبحانه، إذ يكفى فى التقرب إليه أدنى معرفة يشترك فيها أرباب الملل و النحل، إلّا أن يكون نافعاً للصانع جملة، و لذا فصل فى المختلف بالفساد من النافى للصانع و الصحة من غيره، و لعل من أجمل نظر إلى ندره النافى أو انتفائه. و قد يرشد إلى النفوذ قوله تعالى «فَكُ رَقَبَةً. أَوْ إِطْعَامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْجَبَةٍ. يَتِيمًا ذَا مَقْرَبَةٍ. أَوْ مَسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ. ثُمَّ كَانَ مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا» (٢).

و ليس لقائل أن يقول: إنه إن كان مرتداً أمكنت منه نيّة القربة، لأنه كان عرفه سبحانه حين الإسلام، لأنه الآن جاحد. و لا عتق المحجور عليه لسفه أو فلس كسائر تصرفاتهما فى أموالهما، و لبعض العامة قول بنفوذ عتقهما. و الظاهر صحته من السفه بإذن الولي إذا كان أصلح له. و لا عتق غير المالك ملكاً تاماً كالموقوف عليه و الراهن إلّا إذا

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٥ ب ٢٠ اشتراط العتق .. ح ١ و فيه: ليس عتقه عتقاً.

(٢) البلد: ١٧١٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٥٠

أجاز المرتهن و لو بعد الإعتاق، و أجاز بعض العامة إعتاق الراهن مطلقاً.

و المريض المستلزم نفوذ عتقه فى جزء ما من مملوكه و إن قلّ التصرف فى أكثر من الثلث للتركة على القول بأنه لا تنفذ منجزاته إلّا فى الثلث، كأن لم يكن له إلّا عبد قيمته ثلاثون و كان العبد إذا أعتق منه شىء رجعت قيمته إلى عشرة، فإن أعتقه استلزم نفوذ عتقه أن لا يبقى للورثة إلّا ستة و ثلثان هى ثلثا قيمته بعد العتق، فيفسد على إشكال.

ينشأ من أنه أى الإعتاق المقتضى لذلك كالاتلاف و نقص السوق فلا يبطل تصرفه فى الثلث، كما أنه إذا لم يكن له إلّا ثلاثة مماليك فأوصى بعتقهم أو عتق ثلثهم ثم قتل أحدهم فإنه تنفذ وصيته فى ثلث الباقيين، و كما إذا نقصت القيمة للسوق من غير مدخلة لتصرفه و لأن من المعلوم ثبوت مال له فى هذا العبد مع عموم قوله (عليه السلام): المريض محجور عليه إلّا فى ثلث ماله «١». فلا يبطل تصرفه فى ثلثه و إن أدى إلى النقص فى ثلثى الورثة.

و من وجود المقتضى للبطلان «٢» لبطلان العتق فيما زاد على الثلث فيه «٣» و نفوذ هذا العتق مستلزم لتفويت الزائد على الثلث على الورثة، فكأنه أعتق ما زاد على الثلث و هو باطل، و بطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم «٤». و المحصل أن هذا النقص من تصرف المريض أو من إتلافه، فيبطل على الأول دون الثانى.

فلو كانت قيمته ثلاثين و رجع بالتشقيص كل جزء إلى ثلث قيمته حتى رجعت قيمة الكل إلى عشرة ثم كسب العبد ثلاثين قبل الموت

(١) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ١٤٤ ب ٣ من كتاب الحجر.

(٢) ليس فى ن.

(٣) فى ن «أى الثلث أو هذا العبد و هو التصرف فى أكثر من الثلث، لأن النفوذ».

(٤) فى ن: «أو يعنى من وجود المقتضى للبطلان، لأن العتق فيما زاد على الثلث فى العبد باطل لكونه تصرفاً فيما زاد على الثلث، و

هذا العتق أيضاً تصرف في الزائد على الثلث».

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٥١

أى موت المولى صحّ العتق قطعاً في شيء منه؛ لاندفاع المقتضى للفساد، لأنه زاد المال حتى لم يلزم تفويت أكثر من الثلث على الورثة، ولا يتفاوت الحال في ذلك بين كسب العبد وغيره، لكنه لا إشكال إلا فيما إذا كسب وكان المكسب له، فإن له من كسبه بقدر ما تحرّر منه، فتصير المسألة من دوريات الجبر والمقابلة، إذ ليس له من كسبه إلا ما يازاء ما تحرّر منه، ولا يعلم ما تحرّر منه إلا إذا علم مقدار ما يبقى للورثة، ولا يعلم إلا إذا علم ما بقي «١» لهم من الكسب «٢» ولا يعلم إلا إذا علم ما للعبد منه، ولا يعلم إلا إذا علم ما تحرّر منه. وأيضاً حصول الكسب يزيد التركة، وهو يوجب حصول العتق واستحقاق مقابله من الكسب، وهو يستلزم نقص التركة المستلزم لنقصهما المستلزم لنقصهما المستلزم لنقصهما وهكذا لا إلى نهاية، فلا بد من معرفة ما تحرّر منه وما يازائه من الكسب بالجبر والمقابلة.

فعلى الثانى وهو البطلان لولا الكسب يصحّ العتق في شيء لوجود المقتضى وارتفاع المانع وله من كسبه ثلاثة أشياء وللورثة ستة أشياء ضعف الثلاثة، وإنما كان له ثلاثة أشياء لأنّ المعتق منه فى تقدير ثلاثة أشياء من قيمته الأولى لأنه أعتق وقيمته ثلاثون فنقص إلى عشرة، واعتبرت القيمة الأولى التى هى ثلاثة أمثال الثانية فى قدر ما تحرّر منه لأنّ العبد يحسب عليه نقصان الجزء لأنه أى النقصان إنما طرأ لمنفعته فكان ما نقص كالواصل إليه فلم ينقص ممّا أعتق منه شيء.

وإنما كان للورثة من الكسب ستة أشياء، لأنه لا يحسب على الورثة نقصان جزئهم أى الجزء الذى يبقى لهم من العبد لعدم وصوله أى ما نقص إليهم فلم من العبد والكسب ضعف الجزء المنعتق الآن، وهو شيء مع ما نقص وهو شيان، فيكون ستة أشياء، وثلاثة منه ليست من التركة.

فالعبد وكسبه فى تقدير عشرة أشياء ستة للورثة والباقى للعبد

(١) فى ق و ن: «يبقى».

(٢) فى ق و ن: «المكسب».

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٥٢

فالشئ المعتق من العبد أربعة «١» من عشرة وهى خمسا قيمته الآن وله من كسبه اثنا عشر خمسا كسبه، ولهم من العبد ستة من عشرة وهى ثلاثة أخماس قيمته، ومن الكسب ثمانية عشر ثلاثة أخماسه [وفيه أنّ المورث كما فوّت عليهم الشقص من العبد الذى قيمته اثنا عشر فوّت عليهم اثنا عشر اخرى بالنقص، فينبغى أن يكون لهم من التركة ضعف أربعة وعشرين، وإنما يتم بأخذهم ما للعبد من الكسب، ولا يبعد أن يريدوه وإن لم يصرح به، وأما الاجتزاء به عن النقص بمالهم من الكسب فلا يصحّ، لأنّ التركة فى الحقيقة على هذا ثمانية وأربعون، ثلاثون منها العبد وثمانية عشر كسبه، لخروج اثنا عشر من الكسب عن التركة، وليس للمورث التصرف فى أزيد من الثلث ليقبى للورثة الثلثان وهى اثنان و ثلاثون] «٢» هذا إذا فرض الناقص من قيمة ما تحرّر موجود واتبع مقابلة من الكسب.

و يحتمل أن لا يعتبر من الكسب فى مقابلة الناقص لانتفائه حقيقة وحينئذ يقال: عتق منه شيء وله من كسبه شيء يازاء ما عتق منه وللورثة ستة أشياء إذ لا يحسب عليهم النقص فالعبد وكسبه فى تقدير ثمانية أشياء، فالشئ المعتق منه خمسة خارجة من قسمة الأربعين على الثمانية، فالمعتق خمسة من عشرة وهو النصف [ولهم من الكسب خمسة] «٣» لأنه يؤخذ من حصّته من الكسب لولا النقص، وهى ثلاثة أمثال الخمسة ما فوّت على الورثة من نصيبهم بالتشقيص، وهو شيان وهما هنا عشرة و ينبغى

أن يكون للورثة من نفسه.

و ضمان التفويت و كسبه جملهً مثلاً ما انعتق لولا النقص أى الثلاثون خاصيةً أى لا يجمع بين مثلى ذلك و مثلى ما للعبد من الكسب، فإنهم يعطون من الكسب ما فوّت عليهم و هو كذلك هنا، لأنه قد انعتق منه خمسة، و هى فى تقدير خمسة عشر التى هى نصفه لولا النقص و فوّت

(١) فى ن: «فالشىء أربعة، فإنّ العبد و كسبه أربعون، فالمعتق من العبد أربعة».

(٢) ما بين المعقوفين زيادةً من ن.

(٣) ما بين المعقوفين زيادةً من ن.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٥٣

عليهم عشرة من نصيبهم من رقبته، فحصل لهم خمسة من نفسه و خمسة عشر من كسبه بإزاء ما بقى لهم من الرقبة بتقدير عدم النقصان و عشرة بدلاً ممّا فوّت و للعبد من الأربعين عشرة، خمسة من نفسه و خمسة من كسبه، و للورثة ثلاثون خمسة من العبد و الباقي من كسبه.

و يحتمل ضعيفاً أن يجبر جميع النقص من قيمته من كسبه، لأنه أى النقص بتفويته و بعضه لا كلّ عبد فيضمن ما فوّته من ماله الذى اكتسبه و الناقص عشرون فيجبرها من كسبه، فيصير الكسب بتقدير عشرة هى ثلث القيمة، فنقول: عتق منه شىء و له من كسبه ثلث شىء لأنّ المتخلف منه بعد جبر النقص ثلث القيمة و للورثة شيان مثلاً ما عتق منه فالعبد و الكسب فى تقدير ثلاثة أشياء و ثلث بجعل الكلّ من جنس الثلث يصير عشرة، للورثة شيان هما ستّة من عشرة، و له شىء و ثلث و هما أربعة، ثمّ الأربعة إذا بسطت من جنس الثلث فالشىء الذى للعبد اثنا عشر لأنها الخارجة من قسمة الأربعين على ثلاثة و ثلث، و يعتق من العبد اثنا عشر و قد كانت قيمته عشرة فيعتق كلّ و يأخذ دينارين تتمّة الشىء الذى له من نفسه من كسبه و له من كسبه ثلث شىء هو ثلث الاثنى عشر أربعة فله من الأربعين ستّة عشر فيبقى للورثة أربعة و عشرون، و هى ضعف ما انعتق و تتمته إذا كان المنعتق عشرة و تتمته اثنين و ضعفه، لأنه لم يعهد نفوذ العتق فى الرقبة و شىء من المال، و لأنه لو انعتق كلّ كان له الكسب كلّ؛ لسبق العتق على الكسب، و لعدم اندفاع التصرف فى أكثر من الثلث.

و على الأوّل و هو صحّة العتق لولا الكسب يحتمل أن يجبر من كسبه ما فوّته بالعتق لأنّما لم نجبره عند عدم الكسب للضرورة فيجىء ما سبق من الاحتمالات.

و يحتمل عدمه أى الجبر، و هو الأقوى، لأنّنا جعلنا الناقص كالتالف، و النقص للسوق فلا جهةً لجبره من الكسب فيكون بمنزلة عبد لم يكن قيمته

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٥٤

إلا عشرة و كسب ثلاثة أمثال قيمته فيكون التركة أربعين، و ينفذ العتق فى تمام العبد؛ لكونه أقلّ من الثلث.

و لو أجاز العتق بعض الورثة مضى فى حقّه كالتالف من الأصل، و فى حقّ باقى الورثة من الثلث فلو كان الوارث ولدين له عتق نصفه و هو حصّة المجيز، و ثلث النصف الآخر و هو السدس و النقصان حينئذ كالتالف قطعاً فى أنّه لا يبطل به العتق؛ لإجازة بعض الورثة، و عدم تفرد المريض فى التسبب للنقصان، فيكون كعبد مشترك بينه و بين غيره فأعتق الشريك فتسبب لنقصان قيمته فيصحّ العتق و إن لم يكن فى التركة سواه من الثلث فى حقّ غيره أى غير المجيز.

و لو كان فى التركة كسب أوله مال غيره لم يجبر النقص منه لكونه كالتالف، و مثل ذلك إذا كان عتق أى جزء منه ينقص قيمته

إلى عشرة فجمع المولى بين إعتاقه و الجناية عليه بما يؤدى إلى ذلك، فإنه يصح العتق أيضاً، و يكون النقص كالتالف، لأن الجناية سبب مستقل فى النقص، و لم يضمن المولى ما جنى، لأن تضمينه ينفى العتق، و هو يستلزم نفى الضمان. و يصح عتق مكاتبه و مدبره و أم و ولده لأنهم أرقاء و إعتاقهم تعجيل خير لهم. و فى الحسن عن أمير المؤمنين (عليه السلام): أيما رجل يترك سرية لها ولد أو فى بطنها ولد أو لا ولد لها فإن أعتقها ربها عتقت، و إن لم يعتقها حتى توفى فقد سبق فيها كتاب الله «١» الخبر. و فى الصحيح عن محمد بن مسلم سأل الباقر (عليه السلام) عن رجل دبّر مملوكاً له ثم احتاج إلى ثمنه، فقال: هو مملوكه إن شاء باعه و إن شاء أعتقه و إن شاء أمسكه حتى يموت «٢».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ أن أم الولد إذا كان .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٦ ص ٧١ ب ١ جواز بيع المدبر و عتقه .. ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٥٥

و ليس لولئى الطفل أو المجنون العتق عنه إلا مع المصلحة كما فى المملوك الكبير كبراً يعجز معه عن الخدمة و الكسب. و بالجملة العاجز كبيراً أو غيره مع عدم رغبة المشتري فيه فإنه يعتقه تفضيلاً من النفقة و كذا ولئى السفیه إذا امتنع نفسه من الإعتاق فإن من شأن أوليائهم التصرف فى أموالهم على قضيه مصالحهم.

و لو أعتق مملوك ولده الصغير بعد التقويم على نفسه و كان فى ذلك مصلحة الولد صح العتق و لا يصح قبله إلا مع المصلحة. و احتمال الشهيد الصحة، و يكون ضامناً للقيمة كعتق البائع ذى الخيار و لا مملوك الكبير الكامل بعده أو مع المصلحة؛ لانتفاء الولاية عنه. و عليه ينزل إطلاق الشيخ فى النهاية و خبر زيد بن علي عن آبائه عن علي (عليهم السلام) قال: أتى النبى (صلى الله عليه و آله) رجل فقال: يا رسول الله إن أبى عمد إلى مملوك لى فأعتقه كهية المضرة لى، فقال رسول الله (صلى الله عليه و آله): أنت و مالك هبة لله لأبيك، أنت سهم من كنانته يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء الذكور و يجعل من يشاء عقيماً، جازت عتاقه أبيك يتناول والدك من مالك و بدنك و ليس لك أن تتناول من ماله و لا من بدنه شيئاً إلا بإذنه «١».

و الأولى بلفظ «الرجل» أن يحمل على الكبير الناقص أو استحباب إجازته فعل أبيه، على أن الخبر ضعيف.

و لو أعتق مملوكه عن غيره بإذنه وقع عن الأمر عند الأكثر لأنه إنما نواه عنه، و إنما الأعمال بالنيات. خلافاً لابن إدريس فأوقعه عن المعتق إذ لا عتق إلا فى ملك، و لا ناقل هنا، إذ لم يقع إلا العتق، و هو زوال الملك لا انتقاله.

و الجواب: إن إيقاع العتق عنه تضمن نقل الملك إليه، لصحيح بريد بن معاوية سأل الباقر (عليه السلام) عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات قبل أن يعتق فانطلق ابنه فابتاع رجلاً من كسبه فأعتقه عن أبيه و أن المعتق أصاب بعد ذلك مالاً ثم مات و تركه لمن يكون تركته؟ فقال: إن كانت الرقبة التى كانت على أبيه فى ظاهر

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٦٦ ب ٦٧ حكم ما لو أعتق الوالد .. ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٥٦

أو نسك أو واجبه عليه فإن المعتق سائبة لا سبيل لأحد عليه، قال: و إن كانت الرقبة على أبيه تطوعاً و قد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة فإن ولاء المعتق ميراث لجميع ولد الميت من الرجال، قال: و إن كان ابنه الذى اشترى الرقبة فأعتقها عن أبيه من ماله بعد موت أبيه تطوعاً منه من غير أن يكون أبوه أمره بذلك فإن ولاءه و ميراثه للذى اشتراه من ماله و أعتقه عن أبيه إذا كان لم

يكن للمعتق وارث من قرابته «١».

فإن ثبوت الولاء لورثة الأب إذا كان أمره دليل على الانتقال و وقوع العتق عنه، و لا بعد في تملك الميت إذا أحدث في حياته سبباً له، و هو الأمر، و إذا ثبت الانتقال إلى الميت فالحق أولى.

و لو سلمنا عدم الانتقال إليه لم يضرنا، فإن ثبوت الولاء دل على العتق عنه، و هو المطلوب. لكن يرد عليه أنه يجوز أن يراد أنه أمر ابنه بالإعتاق من تركته و هو أوفق بالأصول و إن خالف الظاهر.

و هل ينتقل إليه عند الأمر المقارن للفعل ليتحقق العتق في الملك؟ الأقرب ذلك، لأنه بأول جزء من الإيقاع ملكه إياه لأن الأمر يتضمن طلب التمليك، و الشروع في امتثاله يتضمن القبول و هو التمليك «٢» و لأنه لا بد من تأخر العتق عن الملك، و بتمام الصيغة يتم العتق، فلا بد من الانتقال قبله، و لا يكفي الاستدعاء ما لم يقترن بالإجابة. و لا يرد عليه أنه يلزم إذا لم يكمل الصيغة أن ينتقل و لا يعتق، فإن الناقل إنما هو الأمر مع أول جزء من الصيغة، و إذا لم يكمل الصيغة لم يكن المأتي به أول جزء منها، و لا يلزم من ذلك أن لا ينتقل ما لم يكمل الصيغة، فإن إكمالها يكشف عن الانتقال عند أولها، فأولها كالمضغ في تمامية الملك به، أي كما أن الضيف يملك الطعام بالمضغ الذي هو أول أجزاء الأكل فكذا الأمر يملك هنا بأول أجزاء الصيغة.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٥ ب ٤٠ أن المعتق إذا مات ح ٢، و فيه: «في ظاهر أو شكر أو واجبه».

(٢) كذا، و الظاهر: التملك.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٥٧

و قد قيل هناك بالملك حين الأخذ و حين الانزدراد و حين الوضع في الفم، و الأقوى أنه لا ضرورة فيه إلى الملك، لإباحة التناول.

و قيل: إن الانتقال هنا بتمام لفظ الإعتاق، فينتقل أولاً ثم يعتق و يتأخر الانعتاق عن الإعتاق، كما إذا قال: «أعتقت عبدي عنك بكذا» فإنه لا يعتق ما لم يقبل. و دليله أن الانتقال لا يتم إلا بإجابة المستدعي، و لا يتم الإجابة إلا بتمام الصيغة، و لما لم يمكن العتق إلا في ملك فلا بد من تقدمه عليه آنأ، لاستحالة اتفاقهما للتناقض.

و يندفع بأن الإجابة هنا ضميتي و يكفي فيها الشروع في الصيغة.

و قيل: ينتقل بالأمر، و الإعتاق كاشف عنه. و فيه أنه ليس الاستدعاء، و لا دلالة له على النقل بوجه. و قيل: يحصل العتق و الانتقال معاً بتمام الصيغة. و فيه جمع بين النقيضين و ليس لأحد أن يقول إذا انتقل الملك إلى الأمر لم يصح العتق و لا إتلافه إلا بالإذن بعد التملك، لأنه أتلفه نيابة عنه أي بإذنه، و يكفي الإذن قبل التملك معلقاً كأن يقول: اشترى بمالى عبداً ثم أعتقه عنى.

فلو كان المملوك المعتق أباً للأمر صح عتقه في الكفارة على إشكال من أنه عتق صدر اختياراً بالصيغة المشروعة لا اضطراراً بالنسب. و من أنه لما ملكه انعتق قهراً لا بالصيغة، و إنما كشف تمام الصيغة عن تقدم الملك لكشفه عن إجابة استدعائه، و لما تحققت الملك تحققت الانعتاق بعده بلا فصل، و قد قلنا: إنه يملكه عند أول الصيغة فيعتق بعد ذلك قبل تمامها لا بتمامها، و هو الأقوى.

[الركن الثالث: اللفظ]

الركن الثالث: اللفظ و يعتبر فيه لفظان. التحرير و الإعتاق لكونهما صريحين، و قد نطقت بهما النصوص «١». أما التحرير فلا يظهر فيه خلاف، و أما الإعتاق فيظهر المنع منه من جماعة، و تردّد فيه المحقق.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨ ب ٦ استحباب كتابه كتاب ..

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٥٨

و الأقوى الوقوع؛ للنصوص، كالأخبار الناطقة بالصحة: إذا قال السيد لأمتة: أعتقتك و تزوجتك و جعلت عتقتك مهرک «١» دون ما عدهما بالاتفاق من صريح مثل فكّ الرقبة و إزالة قيد الملك.

و قد يقال: إنهما كنيان أو كناية مثل أنت سائبة أى مرسى أو لا سبيل لى عليك أو لا سلطان لى عليك أو اذهب حيث شئت، أو خلتك، أو لا رقى لى عليك، أو لا ملك، أو أنت لله، أو لا ولاية لأحد عليك، أو لى عليك، أو لست عبدى و لا مملوكى، أو يا سيدي أو يا مولاي أو أنت سيدي أو مولاي أو ابني و إن كان أكبر منه أو قال لأمتة أو عبده: أنت طالق أو حرام، سواء نوى بذلك كله العتق أو لا استصحاباً و اقتصاراً على اليقين، و أوقعته العامة بالكنايات مع التية.

و لا بدّ من الإتيان بصيغة الإنشاء و الإيقاع للعتق مثل أنت حرّ أو عتق أو معتق أو أعتقتك كما يقتضيه ما مرّ دون حررتك؛ للأصل و هذه و إن كانت فى الأصل إخباراً لكنها من الشيعى فى إنشاء العتق بمكان و لو قال: يا حرّ أو يا معتق ففى التحرير إشكال، ينشأ من عدم القطع بكونه إنشاء للعتق. و الأقوى أنه ليس بإنشاء له، و إنما هو إنشاء للنداء و إن جاز التجوّز به عنه، لكنّه استعمال نادر يعدّ من الكنايات.

و لو كان اسمها حرّة أو اسمه حرّاً فقال: أنت حرّة أو أنت حرّ فإن قصد الإخبار بالاسم لم تعتق، و إن قصد الإنشاء للعتق صحّ و ربّما يعلم إذا لم يقف، فإنّ الاسم غير منصرف، بخلاف الصفة.

و لو جهل الأمر رجع إلى قوله فى نيته للاشتراك، و عدم الوصلة إلى امتياز المراد إلّا قوله، و يقبل و إن خالف القانون، بأن نون و ادعى قصد الإخبار أو عكس.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٠٩ ب ١١ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٥٩

فإن تعدّد الاستعلام بموته و نحوه لم يحكم بالحزبة للأصل. و قد احتملت، للظاهر.

و لا يكفى الإشارة مع القدرة على النطق و لا على الكتابة فإنه بمنزلة العبادات اللفظية فى أنه لا بدّ من اللفظ و لا يكفى القصد، و لحسن زرارة قال للباقر (عليه السلام): رجل كتب بطلاق امرأته أو عتق غلامه ثمّ بدا له فمحاها، قال: ليس ذلك بطلاق و لا عتاق حتى يتكلّم به «١».

و كذا لا يكفى النطق بغير العريية معها أى مع القدرة عليها؛ للأصل مع تعلق غرض الشارع باللفظ كما عرفت، و عدم تلقى غير العريية منه. و أما مع العجز فيقع بأية لغة كان، لأنها لا تقصر عن الإشارة، و للضرورة.

و لا يقع إلّا منجزاً بالإجماع كما فى الخلاف و السرائر و المختلف، إذ لا إيقاع بدونه، مع الأصل.

فلو علّقه بشرط أو صفة من وقت أو غيره لم يقع و إن وجد الشرط و أوقعه القاضى معلّقاً على الوقت، و أبو على على الشرط، و ربّما يظهر من النهاية. و فى الانتصار: أنه يقع مشروطاً فى النذور و القربات كقوله: إن شفانى الله فعبدى حرّ، دون اليمين كقوله: إن دخلت الدار فعبدى حرّ. و نحوه فى الغنية.

و لو علّقه بالنقيضين فالأقرب الوقوع إن اتّحد الكلام لأنّ الجمع بينهما دليلٌ أنّه لم يرد التعليق بل التأكيد، مع احتمال العدم ضعيفاً؛ لظاهر التعليق، و أمّا مع اختلاف الكلام فالعدم ظاهر.

و لو قال: «أنت حرّ متى شئت» لم يقع و إن شاء، و إن بادر بالمشيئة فإنّه من التعليق، و إنّما أفردّه لما قد يتوهم التحرير بقوله: «أنت حرّ» و إلغاء قوله: «متى شئت» أو أنّه إذا قال: «إنّي كنت شئت حين قلت ذلك» لم يكن من التعليق لاتّحاد زمان المشيئة و الإيقاع.

(١) وسائل الشيعه: ج ١٥ ص ٢٩١ ب ١٤ من أبواب مقدماته و شرائطه ح ٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٦٠

و لا بدّ من إسناد العتق إلى الذات أو أبعاضها المشاعه فإنّه المعهود في الشرع و العرف، و لأنّ الرقّ كذلك فكذا فكّه، و ذلك بأن يقول: «أنت حرّ أو عبدى أو هذا أو فلان» و يذكر ما يميّز به عن غيره من اسم أو غيره إن أراد عتق معيّن أو شرطنا التعيين أو نصفك أو ثلثك أو ربعك و نحوها من الأجزاء المشاعه.

أمّا لو أسنده إلى جزء معيّن بأن قال: «يدك حرّة أو رجلك أو وجهك أو رأسك» لم يقع و إن شاع إطلاق بعض ألفاظ الأجزاء على الكلّ كالرأس و الرقبه؛ للأصل و الإجماع كما في الانتصار. نعم إن أراد بالوجه الذات وقع لكونها من معانيه. و للعامه قول بالوقوع إذا علّق على ما يطلق على الجملة كالرأس و الفرج و أخويه مطلقاً.

و لو قال: بدنك أو جسّدك حرّ فالأقرب الوقوع وفاقاً للمحقّق، فإنّ الرقّ إنّما يتعلّق بالجسد، و لاتّحاده مع الذات في العرف العامّ و إن تغايرا عند التحقيق. و يحتمل العدم؛ للتغاير، و للأصل مع عدم تلقى مثله عن الشارع. □

و لو جعل العتق يميناً لم يصحّ اتفاقاً كما في الانتصار و الخلاف و الغنيه و السرائر إذ لا يمين إلّا بالله. و في الصحيح عن منصور بن حازم قال له الصادق (عليه السّلام): إنّ طارقاً كان نخاساً بالمدينه فأتى أبا جعفر (عليه السّلام) فقال: يا أبا جعفر إنّي هالك إنّي حلفت بالطلاق و العتاق و النذور فقال له: يا طارق إنّ هذه من خطوات الشيطان «١». و ذلك مثل قوله إن فعلت كذا فأنت حرّ بقصد زجره نفسه عن الفعل أو البعث عليه، و لعلّه الفرق بينه و بين التعليق بالشرط.

[الفصل الثاني في أحكامه]

إشارة

الفصل الثاني في أحكامه العتق مع الصّحة لازم لا يصحّ الرجوع فيه، سواء اختار العبد ذلك أو لا فإن الحرّ لا يسترقّ. نعم إن لحق بدار الحرب ثمّ استرقّ صحّ.

(١) وسائل الشيعه: ج ١٦ ص ١٣٩ ب ١٤ أنه لا تنعقد اليمين بالطلاق .. ح ٤.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٦١

و عتق الحامل ليس عتقاً للحمل و بالعكس للأصل، و انتفاء الصيغه و القصد، بل ربما قصد العدم.

خلافاً للشيخ و بنى حمزة و البراج و سعيد فحرّروا الحمل بتحرير الحامل، لخبر السكوني عن الصادق (عليه السّلام): في رجل أعتق أمه و هي حبلى و استثنى ما في بطنها: قال الأمه حرّة و ما في بطنها حرّ، لأنّ ما في بطنها منها «١». و هو ضعيف، لكن يؤيده

ما فى الصحيح عن الوشاء عن الرضا (عليه السلام): فى جاريه دبّرت و هى حبلى، قال: إن علم به فهو مدبر، وإلا فهو رقب «٢». و لو شرط على العبد شرطاً فى نفس العتق مثل «أنت حرّ و عليك ألف أو خدمه سنه» لزمه الوفاء به لعموم المؤمنون عند شروطهم، إلا من عصى الله. و خصوص نحو صحيح أبى العباس سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل قال: غلامى حرّ و عليه عماله كذا و كذا، قال: هو حرّ و عليه العماله «٣». و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام): فى الرجل يقول لعبده: أعتقتك على أن أزوجهك ابنتى فإن تزوجت عليها أو تسرى عليك مائه دينار فأعتقه على ذلك فيتزوج أو يتسرى، قال: عليه مائه دينار «٤».

و هل يشترط فى لزوم الوفاء رضى المملوك بالشرط؟ إشكال من عدم الدخول فى عموم المؤمنون عند شروطهم، بل فى الشرط عليه عرفاً بدون الرضا، مع أصل البراءة من الوفاء و اقتضاء التحرير تبعيّه المنافع، فلا يصح شرط شىء منها بدون الرضا. و من عموم الخبرين و نحوهما، و ملك المولى منفعه، و الشرط بمنزلة استثناء بعض منها. و أقربه العدم فى الخدمة دون المال و نحوه، لأنّ الخدمة من المنافع

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٦٧ ب ٦٩ حكم من أعتق أمه حبلى ... ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٦ ب ٥ أنّ أولاد المدبرة من مملوك .. ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٤ ب ١٠ من أعتق مملوكاً و شرط عليه ... ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٥ ب ١٢ حكم من أعتق عبده على أن يزوجه ابنته ... ح ٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٦٢

المتصلة التابعة للعين أصالة، فشرطها ظاهر فى الاستثناء، بخلاف المال و نحوه، للانفصال و عدم التبعية للعين، إلا إذا حصل. و خبر أبى جرير سأل أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل قال لمملوكه: أنت حرّ و لى مالك، قال: لا يبدأ بالحرية قبل المال، يقول له: لى مالك و أنت حرّ برضى المملوك و المال للسيد «١».

و لو شرط إعادته فى الرقب إن خالف الشرط أعيد فيه مع المخالفة وفقاً للشيخ و جماعة، لأنّ المؤمنين عند شروطهم، و لأنّ إسحاق بن عمّار سأل الصادق (عليه السلام) عن الرجل يعتق مملوكه و يزوجه ابنته و يشترط عليه إن هو أغارها أن يرده فى الرقب، قال: له شرطه «٢».

و قيل فى السرائر لا- يعاد فيه، لأنّ الحرّ لا يعود رقاً. و الخبر ضعيف مخالف للأصل «٣» و عود المكاتب فى الرقب مجاز فإنه لا يعتق إلا إذا وفى مال الكتابة، و ظاهره صحه العتق لتغليب الحرية، و لصدور صيغته الصحيحة، و غاية ما بعدها من الشرط الإلغاء. و فى المختلف و الإرشاد و التحرير و نكت النهاية بطلان العتق، لأنه حينئذ يكون معلّقاً.

و لو أبق مدّة الخدمة المشترطة كلاً أو بعضاً لم يعدّ فى الرقب إلا إذا شرط العود و أمضيها، و لا للمولى عليه الخدمة فى مثل المدّة، لأنها غير المشروط و لكن له المطالبة بأجرة الخدمة، و كذا لورثته إن مات و لم يستوفها على رأى وفقاً لابن إدريس و المحقق لأنها حقّ متقوم فإذا تلفت لزمتم قيمتها. و نفى الأجرة أبو علىّ و الشيخ فى ظاهره للأصل.

و أمّا صحيح يعقوب بن شعيب «سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل أعتق جارية و اشترط عليها أن تخدمه خمس سنين فأبقت فمات الرجل فوجدها ورثته أ لهم أن

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٥ ب ١٢ حكم من أعتق عبده على أن يزوجه ابنته .. ح ٢.

(٣) في ق و ن: «للأصول».

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٦٣

يستخدموها؟ قال: لا «١» فلا يدل على شيء من ذلك.

ولا يجزئ التدبير عن العتق الواجب في كفارة أو غيرها، ولا بعد موت المولى، لأنه وصية بالعتق. ولخبر إبراهيم الكرخي قال للصادق (عليه السلام): إن هشام ابن أديم سألتني أن أسألك عن رجل جعل لعبده العتق إن حدث بسيدته حدث فمات السيد و عليه تحرير رقبة واجبة في كفارة أ يجزئ عن الميت عتق العبد العذبي كان السيد جعل له العتق بعد موته في تحرير الرقبة التي كانت على الميت؟ فقال: لا «٢».

و يستحب عتق من مضى عليه سبع سنين في ملكه من المؤمنين، لخبر بعض آل أعين عن الصادق (عليه السلام) قال: من كان مؤمناً فقد أعتق بعد سبع سنين أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، ولا يحل خدمته من كان مؤمناً بعد سبع سنين «٣» و يستحب عتق المؤمن مطلقاً كما عرفت في أول الكتاب إلبا أن يعجز عن الاكتساب فيؤدى عتقه إلى التكفف أو غيره فيخرج عن الإحسان. و في الصحيح عن هشام بن سالم سأل الصادق (عليه السلام) عن من أعتق النسمة، فقال: أعتق من أغنى نفسه «٤». فيعينه لو أعتقه استحباباً. ففي الصحيح عن ابن محبوب عن الرضا (عليه السلام): من أعتق مملوكاً لا حيلة له فإن عليه أن يعوله حتى يستغنى عنه، وكذلك كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يفعل إذا أعتق الصغار و من لا حيلة له «٥».

و يكره عتق المخالف لأنه إكرام وإعانة له. و عن الصادق (عليه السلام): ما أغنى الله عن عتق أحدكم يعتقون اليوم و يكون علينا غداً، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلّا عارفاً «٦».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٤ ب ١١ من أعتق مملوكاً و شرط عليه خدمته .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٥٨ ب ٩ من أبواب الكفارات ح ١ وفيه: «هشام بن أدين».

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٣٦ ب ٣٣ تأكد استحباب عتق المملوك المؤمن بعد سبع سنين .. ح ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٨ ب ١٥ جواز عتق الولدان الصغار و استحباب .. ح ٣.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٧ ب ١٤ وجوب نفقة المملوك و إن عتقه .. ح ١.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٩ ب ٢٠ جواز عتق المستضعف و لوفى .. ح ٣.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٦٤

و يدل على الجواز عموم خبر أبي علي بن راشد سأل الجواد (عليه السلام) أن امرأة من أهلها اعتل صبي لها فقالت: اللهم إن كشفت عنه ففلانة جاريتي حرّة، و الجارية ليست بعارفة، فأبى أفضل تعتقها أو تصرف ثمنها في وجه البرّ؟ فقال: لا يجوز إلّا عتقها «١». و لكن ما ذكر للمنع من عتق الكافر يجرى فيه غير الخبر.

و يجوز إعتاق المستضعف من غير كراهية. فسأل الحلبي الصادق (عليه السلام) في الصحيح: الرقبة تعتق من المستضعفين؟ قال:

نعم «٢». مع أصالة الإباحة، و عدم شمول العلة في كراهة عتق المخالف له.

و يصدق لو ادعى بقوله: أنت حرّة العفيفة و بقوله أنت حرّ الكريم الأخلاق لاستصحاب الرق ما لم يعلم المزيل، و لا بدّ في المزيل من التّية، و لا يعلم إلّا من قبله. و احتمال الخلاف لمخالفته الظاهر فإن ادعى العبد أنه علم منه قصد العتق حلف له، فإن نكل حلف العبد و عتق.

و لو نذر عتق أوّل مملوك يملكه أو أوّل داخل أو نحو ذلك فملك جماعة دفعه أو دخلوا كذلك قيل فى السرائر بطل النذر، لأنّ النكرة أفادت الوحده، و ليس منهم أحد يكون أوّلًا «٣» و إنّما يتمّ لو اعتبر فى الأوّليه السبق على جميع المماليك، و هو ممنوع.

و قيل فى التهذيب «٤» و النكت يتخير أيهم شاء بلا قرعه، إلّا أن يموت المولى فالقرعه، لخبر الحسن الصيقل سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل قال: أوّل مملوك أملكه فهو حرّ فأصاب سته، قال: إنّما كان يتته على واحد فليختر أيهم شاء فليعتقه «٥». و لأنّ الأوّل إمّا بمعنى غير المسبوق، أو بمعنى السابق غير

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٦٣ ب ٦٣ أنّ من نذر عتق مملوكه .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٩ ب ١٧ جواز عتق المستضعف و لو فى .. ح ١.

(٣) فى المخطوطات: أوّل.

(٤) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٢٦ ذيل الحديث ٢١٨.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٥٩ ب ٥٧ أنّ من نذر عتق أوّل مملوك .. ح ٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٦٥

المسبوق، و يصدق كلّ منهما على كلّ منهم كما يصدق عليه إذا انفرد مع إفادة التنكير الوحده، و الأصل البراءة من القرعه مع كونها لما تعين فى نفسه و لم يتعين.

و قيل فى المقنع و النهاية يقرع لان المعتق واحد منهم، و لا أولوية إلّا بالقرعه. و لصحيح الحلبي عن الصادق (عليه السلام): فى رجل قال: أوّل مملوك أملكه فهو حرّ فورث سبعة جميعاً، قال: يقرع بينهم و يعتق الذى يخرج اسمه «١». و يمكن الحمل على الاستحباب.

و يحتمل حرّيه الجميع، لأنّ الأوّليه وجدت فى الجميع، كما لو قال: من سبق فله عشرة فسبق جماعة فإنّ لكلّ منهم عشرة. و يؤيّد خبر عبد الله ابن الفضل الهاشمي رفعه قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل نكح وليده رجل أعتق ربّها أوّل ولد تلده فولدت توأمًا فقال: أعتق كلاهما «٢». و أرسل فى بعض الكتب نحو ذلك عن عليّ (عليه السلام) و الصادق (عليهما السلام) «٣».

و فيه ضعف؛ لعدم العموم هناك للتنكير، بخلاف لفظه «من» فإنّها تعمّ الواحد و الكثير.

أمّا لو نذر عتق أوّل ما تلده فولدت توأمين دفعه عتقا لعموم لفظه «ما» و لما سمعته من مرفوع عبد الله بن الفضل الهاشمي، و ما روى فى بعض الكتب عن الصادق (عليه السلام) أنّه قال: من أعتق حملًا لمملوكه له أو قال لها: ما ولدت أو أوّل ولد تلدينه فهو حرّ، فذلك جائز و إن ولدت توأمين عتقا جميعاً «٤».

و لو ترتب فى الولادة عتق الأوّل خاصه، و يحمل إطلاق الخبر على الدفعه و إن ندرت.

و لو اشتبه الأوّل أقرع و إن نوى بمن أو ما الموصوفه ساوت النكرة كما لو نوى بالنكرة ما يشتمل المتعدّد انعتق المتعدّد قطعاً.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٥٨ ب ٥٧ أنّ من نذر عتق أوّل مملوك .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٣٥ ب ٣١ أنّ من نذر عتق أوّل ولد تلده الأمه .. ح ١.

(٣) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٣٠٨ ح ١١٥٧.

(٤) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٣٠٨ ح ١١٦٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٦٦

و لو نذر عتق أوّل ما تلده و ولدت الأوّل ميّتاً احتمل بطلان العتق و انحلال النذر لأنّ شرط النذر وجد في الميّت، و ليس محلاً للعتق.

و احتمل الصحّة في الحيّ الذي تلده بعد، لأنّ الظاهر أنّه تعلّق النذر بأوّل حيّ تلده لاستحالة تعلّق العتق بالميت.

و كذا لو نذر عتق أوّل من يدخل فدخل جماعة دفعه عتقوا، أو أوّل من يملك فملك جماعة دفعه و إن انحصر ملكه فيمن دخلوا أو في من ملكهم، لشيوع الأوّل في غير المسبوق حقيقة و إن لم يسبق إلّا تقديراً، لكن الوجه في الأوّل أنّه إن أراد أوّل من يدخل من عبيدى المملوكين لى بالفعل كما هو الظاهر لم ينعق «١» أحد منهم؛ لعدم الأوّلية.

و لو أعتق بعض مماليكه فقيل له أعتقت عبيدك؟ فقال: نعم و إنّما أراد التصديق دون الإنشاء لعتقهم، أو لم نعتبه و إن قصد الإنشاء عتق ذلك البعض خاصّة في نفس الأمر، لأنّ العتق لا يتحقّق إلّا بصيغته. و في الظاهر، لأنّه إنّما أقرّ بعتق بعض عبيده، و يصدق على البعض أنّهم عبيده، فلا يؤاخذ بعتق الكلّ و إن ظهر السؤال فيه، إذ يسمع من المقرّ التأويل فضلاً عن مثله. و لخبر زرعه عن سماعة سأله عن رجل قال: لثلاثه مماليك له: أنتم أحرار و كان له أربعة، فقال له رجل من الناس: أعتقت مماليكك؟ فقال: نعم أ يجب العتق للأربعة حين أجملهم أو هو للثلاثة الذين أعتق؟ فقال: إنّما يجب العتق لمن أعتق «٢».

و قد يقال: بل يؤاخذ بعتق الجميع؛ لإفادته الجمع المضاف العموم ظاهراً.

و هل يشترط في عدم الأخذ بعتق الجميع الكثرة فيمن أعتقه؟ الأقرب ذلك ليصدق عليه «عبيدك» و إلّا لم يكن له أن يقول: إنّما أقررت بعتق الواحد الذي أعتقته أو الاثنين، فإنّه تأويل لا يطابقه اللفظ، فلا يسمع.

(١) في ق و ن: «يعتق».

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٥٩ ٦٠ ب ٥٨ أنّ من أعتق ثلاثة مماليك و كان له .. ح ١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٦٧

و يحتمل العدم؛ لجواز أن يقول: إنّما أردت إيقاع العتق في جملتهم، و هو يصدق بعتق واحد منهم.

و لو قيل: «أعتقت غانماً؟ فقال: نعم» و قصد الإنشاء ففي الوقوع نظر من أنّه صريح في أعتقت، و هو صريح في التحرير مع تغليب الحرّيّة، و انتفاء نصّ أو إجماع بحصر لفظ الإعتاق في غيره. و من خروج الصريح في الصريح، مع الاستصحاب، و الخروج عن المعهود في الأخبار و بين الناس.

و لو نذر عتق أمته إن وطئها مثلاً صحّ اتفاقاً فإن أخرجها من ملكه انحلّ النذر قيد الوطاء بكونها في ملكه أولاً؛ لانصراف الإطلاق إليه بقربنة العتق، إذ لا عتق إلّا في ملك و فساده بشرط تجدد الملك كما عرفت، مع احتمال مساواة الإطلاق للتعميم فإنّه نذر عتق لا عتق. و لو عاد الملك لم يعد حكم النذر، فإنّه لا يعود بعد الانحلال إلّا أن يعمّمه لفظاً أو ثبوتاً، و الأصل فيه صحيح محمّد بن مسلم سأل أحدهما (عليهما السّلام) عن الرجل يكون له الأمة فيقول: يوم يأتيها فهي حرّة ثم يبيعه من رجل ثم يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها قد خرجت عن ملكه «١». و هو و إن لم يكن صريحاً في النذر لكن حمل عليه، لما عرفت من فساد التحرير المعلق.

و لو نذر عتق كلّ عبد له قديم أو أعتقه انصرف إلى من مضى عليه في ملكه سنّه أشهر فصاعداً لمرسل داود النهدي: أنّ ابنه أبي سعيد المكارى سأل الرضا (عليه السّلام) عن رجل قال عند موته: كلّ مملوك لى قديم فهو حرّ لوجه الله، فقال: نعم إنّ الله عزّ

ذكره قال: في كتابه: «حَتَّىٰ لَعَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ» فما كان من مماليكه أتى عليه ستّة أشهر فهو قديم حرّ. هكذا روى في الكافي (٢) و التهذيب (٣) مرسلًا. و في نسخ تفسير عليّ بن إبراهيم رواه عن أبيه عن داود بن أبي سعيد سأله (عليه السّلام) «(٤) الخبر، فيكون حسنًا.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٦٠ ب ٥٩ أنّ من نذر عتق أمته إن وطئها فخرجت من ملكه .. ح ١.

(٢) الكافي: ج ٦ ص ١٩٥ ح ٦.

(٣) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٣١ ح ٨٣٥.

(٤) تفسير القمي: ج ٢ ص ٢١٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٦٨

و في إرشاد المفيد: و قضى عليّ (عليه السّلام) في رجل وصّى فقال: أعتقوا عني كلّ عبد قديم في ملكي، فلما مات لم يعرف الوصي ما يصنع فسأله عن ذلك، فقال: يعتق كلّ عبد له في ملكه ستّة أشهر و تلا قوله تعالى: «وَ الْقَمَرَ قَدْرَ نَاهُ مَنَازِلَ حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ».

و هل ينسحب الحكم في الأمة، أو الصدقة نذرًا أو وصيّة بكلّ ملك له قديم، أو الإقرار بكلّ ملك له قديم؟ إشكال من دلالة الخبرين على انصراف القديم إلى ذلك مطلقاً للاستدلال بما في الآية «١» مع كونه فيها وصفاً للعرجون، جعلناه حقيقة فيه أولاً. و من أنّه في اللغة إنّما هو ما قدم زمانه، و الأصل عدم الاختصاص بهذه المدّة، فيقتصر خلافه على المنصوص المفتى به، بل المجمع عليه كما في الإيضاح. و الخبر الأوّل و إن عمّ الأمة لكنه لإرساله لا يكفي ما لم ينضمّ إليه عمل الأصحاب، و أنّهم إنّما ذكروا العبد.

و لو كان له مماليك و قصرت مدّة الجميع عن ستّة أشهر فإن ترتّبوا في الملك فالأقرب عتق الأوّل اتّحد أم تعدّد اعتباراً بالمعنى الحقيقي بقرينة الحال، و تصحيحاً للنذر، و قصرًا للخبر و الفتوى على الموجود كذلك و إلّا يترتّبوا عتق الجميع إذ يكفي في القدم بمعناه اللغوي التقدّم على النذر.

و يحتمل قوياً العدم فيهما أي صورتي الترتّب و عدمه؛ لدلالة الخبر و الفتوى على الانصراف إلى تلك المدّة و لم يتحقّق مع أصالة البراءة.

و لو علّق نذر العتق بعدم الدخول بها أو في الدار مثلاً و لم ينو وقتاً معيّنًا أو علّقه بأخرهم دخولاً عتق في آخر جزء من حياته أي المولى، فإنّ الهيئة لا تنتفى إلّا إذا انتفت أفرادها كلّها، و الآخريه أيضاً تضمّنت نفى الدخول عن الغير بعده، و لمّا لم يكن العتق إلّا في ملك اعتبر حياته، و المراد

(١) يس: ٣٩.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٦٩

بانعتاقه و جوب إعتاقه حينئذٍ، فإن اتّفقت الصيغة فيه عتق، و إلّا وجب على الوارث الإعتاق، إلّا على القول بجواز التعليق في النذور فإنّه يعتق حينئذٍ، أعتق ثانياً أم لا.

و هل له يبعه قبل ذلك أي قبل الدخول و آخر جزء من حياته؟ إشكال من عدم العتق، و وجوبه قبل الشرط، و الشرط تأخر الدخول أو عدمه في ملكه، و الأصل عدم وجوب تحصيله. و من أنّ الشرط تأخر الدخول أو عدمه مطلقاً، فيجب عليه العتق إذا

تحقق ذلك في آخر جزء من حياته بل يعتقد بذلك في وجه و البيع ينافيه.

و لو علقه أى النذر على الدخول ثم باعه قبله ثم عاد إليه ففى عتقه مع الدخول نظر من مساواته للتعليق على الوطاء، و مشاركته له فى العلة المنصوصة. و من إطلاق الدخول، و خروجه عن المنصوص، و عدم ظهوره فى التقييد بالملك كما احتملناه فى الوطاء مع الإطلاق.

و يقوى الإشكال فى العتق أى ترجيح العدم لو دخل قبل عوده إليه ثم عاد إليه و دخل بعده من حيث إنه علق على شرط وجودى، و هو لا يقتضى التكرار كالعدمى فإذا وجد مرة و لم يمكن العتق للخروج عن الملك انحلت اليمين.

و التحقيق أن الدخول إما أن يبقى على إطلاقه فيعمّ الدخول خارجاً عن ملكه، فإذا دخل كذلك انحلت اليمين، أو يقيد بالملك بقرينه العتق، أو بالحمل على الوطاء المنصوص، و لا يقيد إلّا بالملك الحاصل دون المتجدد.

فإن شهد اثنان بالدخول ألزمه الحاكم بالإعتاق، فإذا أعتقه كذلك صحّ و إن كان اجبر عليه كما فى غيره ممّا يدعو الضرورة إليه من طلاق و نحوه و إن ظهر كذبهما بطل لظهور فساد الإلزام.

و يحتمل الصحة تغليباً للحرية و تنفيذاً للحكم الشرعى و التضمنين للشاهدين قيمة المملوك للمولى.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٧٠

و لو رجعا ضمنا القيمة و تمّ العتق أخذاً بإقرارهما فى أنفسهما، لا على العبد، فإنه لا يثبت الكذب بمجرد رجوعهما.

و لو نذر عتق المقيّد إن حلّ قيده بصيغة المجهول أيّاً من كان الحالّ و عتقه إن نقص وزن القيد عن عشرة فشهدا عند الحاكم بالنقص فحكم بعتقه و أمر بحلّ قيده فظهر كذبهما بعد الحلّ عتق بحلّ القيد و ظهر أنه لم يعتق بالشرط الذى حكم الحاكم بعتقه به و هو النقص، إلّا على الاحتمال فى المسألة السابقة، و على الاحتمال يضمنان.

و فى تضمينهما على ما ذكره من حصول العتق بالحلّ دون النقص إشكال.

ينشأ من أن الحكم بالعتق لم يحصل حينئذٍ بشهادتهما بل بحلّ قيده و لم يشهدا به و إنّما التضمنين فيما تعلقت به الشهادة و لأنه أى كلاً منهما لو باشر الحلّ لم يضمن للأصل من غير معارض فعدم الضمان بشهادته بالنقص التى تسببت للحلّ أولى.

و من أن شهادتهما الكاذبة سبب الحال الذى هو سبب عتقه و إتلافه فإنّ الحاكم لمّا ظن العتق بشهادتهما أمر بالحلّ، فيكونان كمن وضع حجراً فى الطريق فيعثر به رجل فوقه فى بئر حفرت ظمناً فإنه ضامن دون الحافر و لأنّ عتقه حصل بحكم الحاكم المبني على الشهادة الكاذبة فإنه لو لم يحكم بالعتق أوّلاً لم يأمر بالحلّ.

و لو حلّه أجنبي عن المولى و الحاكم الذى ظنّ العتق بالشهادة بالنقص لم يضمن، عالماً كان بالنذر أو جاهلاً، نهاه المالك عنه أولاً نقص القيد أولاً، كان النذر كما تقدّم أو قصر على الحلّ على إشكال إلّا إذا أمره المالك أو علق النذر عليه و على النقص و كان ناقصاً، من الأصل و كون السبب هو النذر لا الحلّ مع حصول الثواب للمولى بالعتق، و لو ضمن لم ينل إلاّ العوض الدينوى.

و من أنه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه مع التلف به، و أنه الموجد للسبب

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٧١

و المولى جاعله سبباً، و الموجد هو المتلف الموصوف فعلة بالقبح كمن ألقى الغير فى النار فإنه المتلف الضامن لا من جعل النار محرقة.

و مال العبد لمولاه كما تقدّم فى الديون و إن علم به حال العتق و لم يستثنه على رأى وفاقاً لابن إدريس و غيره ممّن منع ملكه مطلقاً، و الوجه ظاهر. و خلافاً للصدوق و الشيخ و جماعة ممّن ملكه.

و من منع ملكه، لصحيح زرارة «١» و حسنته «٢» «٣» عن الصادقين (عليهما السلام): فى رجل أعتق عبداً له مال لمن مال العبد؟

قال: إن كان علم أن له مالاً تبعه ماله و إلا فهو للمعتق «٤». و صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل أعتق عبداً له و للعبد مال فتوفى الذى أعتق العبد لمن يكون مال العبد أ يكون للذى أعتق العبد أو للعبد؟ قال: إذا أعتقه و هو يعلم أن له مالاً فماله له، و إن لم يعلم فماله لولد سيده «٥». و قوله (عليه السلام) فى خبر آخر لزرارة: إذا كان للرجل مملوك فأعتقه و هو يعلم أن له مالاً و لم يكن استثنى السيد المال حين أعتقه فهو للعبد «٦».

قال: المحقق فى النكت: إن المنع من الملك مع بقاء الرقيّة لا يستلزم المنع فى حال الحرّيّة، فإذا ملكه المتصرف فيه ثم أعتقه أمكن أن يملك فى تلك الحال، لأنه صار له أهليّة الملك فاستقر له الملك بالتملك الأول.

و يمكن الجواب: بحمل العلم على الاعتقاد، أى إذا كان فى علمه، أى زعمه أنه يملك شيئاً و أن ما بيده ماله، فإذا أعتقه و لم يستثن المال كان الظاهر منه أنه لم يطمع فيما بيده، فكان بمنزلة الهبة له أو الزم باعتقاده. و يحتمل العبد فى الأخير على المكاتب أى إذا عجل عتقه و لم يستثن ما بيده كان له إن علم به المولى، و إن استثناه كان شرطاً عليه أن يؤدى المال لينعتق.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٨ ب ٢٤ حكم مال المملوك إذا أعتق ح ١.

(٢) الكافي: ج ٦ ص ١٩٠ ح ٢.

(٣) ليس فى ق و ن.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٨ ب ٢٤ حكم مال المملوك إذا أعتق ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٩ ب ٢٤ حكم مال المملوك إذا أعتق ح ٦.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٨ ب ٢٤ حكم مال المملوك إذا أعتق ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٧٢

أمّا مال المكاتب فله و إن لم يعلم به المولى عند عتقه كما سيأتى و عتق المريض يمضى من الثلث إن مات فى المرض و كان متبرّعاً بالعتق كما مر «١» فى الوصايا.

و لو اشترى أمه نسيئته فأعتقها و تزوّجها و مات قبل الإيفاء للثمن و لا تركه قيل فى النهاية بطل عتقها و نكاحه، و تردّ على البائع رقاً، فإن كانت قد حملت كان الولد أيضاً رقاً لرواية هشام بن سالم فى الصحيح قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) و أنا حاضر عن رجل باع من رجل جارياً بكرةً إلى سنة فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد و تزوّجها و جعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال: أبو عبد الله (عليه السلام): إن كان للذى اشتراها إلى سنة مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته فإن عتقه و نكاحه جائز، و إن كان لم يملك مالاً أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته كان عتقه و نكاحه باطلاً، لأنه عتق ما لا يملك، و أرى أنها رقّ لمولاه الأول، قيل له: فإن كانت عقلت من الذى أعتقها و تزوّجها ما حال ما فى بطنها؟ فقال: الذى فى بطنها مع أمه كهيتها «٢».

و الأقرب وفاقاً للمحقق و ابن إدريس عدم بطلان العتق و عدم رقّ الولد لصدور العتق الصحيح عن أهله بانعقاد الولد حرّاً فلا يعود رقاً.

و تحمل الرواية على المريض مرض الموت، و قد مضى جميع ذلك مع زيادة فى النكاح.

إذا عمى العبد بل المملوك أو جذم أو أقعد أو نكّل به مولاه أى فعل به ما جعله عبرة و نكالا لغيره، بأن قطع منه عضواً فأبانه، و منه قطع إحدى الأذنين و قلع إحدى العينين، و ربّما تردّد فيه بعضهم عتق.

(١) ليس فى ق.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٣٠ ب ٢٥ حكم من اشترى أمه نسيه و أعتقها .. ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٧٣

أمّا العمى و التنكيل فيهما أخبار، كقول الباقر (عليه السّلام) فى حسن الحلبي: إذا عمى المملوك فقد أعتق «١». و فى خبر أبى بصير: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فيمن نكّل بمملوكه أنّه حرّ لا سبيل له عليه سائبة يذهب فيتولّى إلى من أحبّ، فإذا ضمن حدثه فهو يرثه «٢». و ما روى فى امرأة قطعت ثدى وليدتها أنّها حرّة لا سبيل لمولاتها عليها «٣». و خبر جعفر بن محبوب أرسله عن الصادق (عليه السّلام) قال: كلّ عبد مثّل به فهو حرّ «٤».

و من طريق العامية: إنّ رجلاً جبّ عبده فقال له النبى (صلّى الله عليه و آله): اذهب فأنت حرّ «٥». و فى رواية أخرى: إنّ رجلاً جذع أنف عبده و جبّه فقال (صلّى الله عليه و آله) اذهب فأنت حرّ «٦».

و ذكر ابن إدريس: أنّ العتق به رواية أوردتها الشيخ فى النهاية. و تردّد فيه المحقّق.

و أمّا الجذام، فيه خبر السكونى عن الصادق عن أبيه عن أمير المؤمنين (عليهم السّلام) قال: العبد الأعمى و الأجدم و المعتوه لا يجوز فى الكفّارات، لأنّ رسول الله (صلّى الله عليه و آله) أعتقهم «٧» و خبره عنه (عليه السّلام) قال: قال رسول الله (صلّى الله عليه و آله): إذا عمى المملوك فلا رقّ عليه، و العبد إذا جذم فلا رقّ عليه «٨» و الخبران و إن ضعفا لكنّ الأصحاب قطعوا به حتّى ابن إدريس. و ألحق به ابن حمزة البرص و لم نظفر بماخذ له.

قيل: و نحن فى عويل من إثبات حكم الجذام؛ لضعف المستند إن لم يكن إجماع فكيف يلحق به البرص؟!.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٧ ب ٢٣ أنّ المملوك إذا عمى أو أقعد أو جذم ح ١ و فيه: «عن حماد بن عثمان عن الصادق (عليه السّلام)».

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٦ ب ٢٢ أنّ المملوك إذا مثل به أو نكل به .. ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٦ ب ٢٢ أنّ المملوك إذا مثل به أو نكل به .. ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٦ ب ٢٢ أنّ المملوك إذا مثل به أو نكل به .. ح ١.

(٥) نيل الأوطار: ج ٧ ص ١٥٧ ١٥٨، مع اختلاف.

(٦) مسند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ١٨٢.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٧٨ ٥٧٩ ب ٢٧ من أبواب الكفّارات ح ٣.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٦، ص ٢٧، ب ٢٣، أنّ المملوك إذا عمى أو أقعد أو أجدم .. ح ٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٧٤

و أمّا الإقعاد فيه ما أرسله ابن الجنيد عن أمير المؤمنين (عليه السّلام): أنّه ينعق إذا أصابته زمانة فى جوارحه و بدنه. و ربّما دلّ عليه نحو قوله (عليه السّلام): لا يجوز فى العتاق الأعمى و المقعد، و يجوز الأشلّ و الأعرج «١» إن كانت العلة فى عدم الإجزاء

الانعتاق بنفسه كما فى النهاية و غيرها، و فى الخلاف الإجماع فيه و فى العمى و التنكيل و كلّ من هؤلاء لا ولاء لأحد عليه بسبب الانعتاق، فإنه إنّما يتسبب عن النزاع بالعتق كما سيأتى.

و إذا أسلم المملوك فى دار الحرب سابقاً على مولاه و خرج إلينا عتق اتّفاقاً، و عن النبىّ (صلى الله عليه و آله): أيما عبد خرج إلينا بعد مولاه فهو عبد «٢». و لم يعتبر ابن إدريس الخروج تمسكاً بأنّه إذا أسلم لم يكن للكافر عليه سبيل، و هو لا يجدى. و إذا مات إنسان و له وارث رقّ و لا وارث له سواه دفعت قيمته من التركة إلى مولاه و أعتق و ورث كما سيأتى.

[الفصل الثالث فى خواصّه]

إشارة

الفصل الثالث فى خواصّه و فيه أربعة مطالب و هى أربعة: السراية و التسبب عن القرابة و الولاء و القرعة، إذ الأصل الشيعاء، لكن تعلق غرض الشارع بإكمال العتق و لذا كانت فيه أربعة مطالب:

[المطلب الأول: فى السراية]

إشارة

المطلب الأول: السراية و من أعتق شقصاً مشاعاً من عبد أو أمه ملكه أجمع عتق عليه أجمع فى المشهور، إلّا إذا أعتق فى مرض الموت، و لم يخرج الكلّ من الثلث، و لم يجز الورثة. و يدلّ عليه الأخبار كقول الباقر (عليه السّلام) فى خبر غياث بن إبراهيم: إنّ رجلاً أعتق بعض غلامه، فقال علىّ (عليه السّلام): هو حرّ ليس لله شريك «٣». و نحوه فى خبر طلحة بن زيد «٤». و كلّ ما دلّ على السراية فى المشترك فإنّها بالمختصّ أولى.

(١) وسائل الشيعية: ج ١٦ ص ٢٧ ب ٢٣ أنّ المملوك إذا عمى أو أقعد أو جدم .. ح ٤.

(٢) وسائل الشيعية: ج ١١ ص ٨٩ ب ٩٠ ح ٤٤ من أبواب جهاد العدو و ما يناسبه ح ١.

(٣) وسائل الشيعية: ج ١٦ ص ٦٣ ب ٦٤ أنّ من أعتق بعض مملوكه انعتق كله .. ح ١.

(٤) وسائل الشيعية: ج ١٦ ص ٦٣ ب ٦٤ أنّ من أعتق بعض مملوكه انعتق كله .. ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٧٥

و عن ظاهر ابن طاوس المنع تمسكاً بالأصل و استضعافاً للسند، و هو لا يجرى فيما يدلّ على السراية فى المشترك، و تمسكاً بنحو صحيح ابن سنان عن الصادق (عليه السّلام): فى امرأة أعتقت ثلث خادمها عند موتها أعلى أهلها أن يكاتبوها إن شاؤوا و إن أبوا؟ قال: لا و لكن لها من نفسها ثلثها و للوارث ثلثاها يستخدمها بحساب العدى له منها، و يكون لها من نفسها بحساب ما أعتق منها «١».

و خبر أبى بصير سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل أعتق نصف جاريتته ثمّ إنّه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، قال: و ليشترط عليها أنّها إن عجزت عن نجومها تردّ فى الرقّ فى نصف رقبته «٢».

و خبر حمزة بن حمران سأل أحدهما (عليهما السلام) عن رجل أعتق نصف جاريته ثم قذفها بالزنا، فقال: أرى أن عليه خمسين جلدَةً و يستغفر الله، قال: أ رأيت إن جعلته في حلّ و عفت عنه؟ قال: لا ضرر عليه إذا عفت من قبل أن ترفعه، قال: فتغطى رأسها منه حين أعتق بعضها؟ قال: نعم و تصلّى و هي مخمرة الرأس، و لا تتزوَّج حتّى تؤدّى ما عليها أو يعتق النصف الآخر «٣».

و الجواب: اختصاص الخبر الأوّل بمن لم يكن لها إلّا الخادم، و احتمال الباقيين بناء «أعتق» للمفعول، فيكون الرجل هو شريك المعتق أو وارثه لا المعتق. و حمل الأخير في التهذيب على أنّه إنّما ملك «٤» النصف.

و إن أعتق شقصاً له من عبد بل من مملوك مشترك قوم عليه باقيه و سرى العتق فيه بالإجماع و النصوص «٥» لكن

[شروط أربعة في سراية العتق في الشقص]

إشارة

بشروط أربعة

- (١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٦٤ ٦٥ ب ٦٤ أنّ من أعتق بعض مملوكه انعتق كلّ .. ح ٧.
 - (٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٥ ب ١٢ حكم من أعتق نصف جاريته و كاتبها على النصف الآخر ح ١.
 - (٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٦٣ ٦٤ ب ٦٤ أنّ من أعتق بعض مملوكه انعتق كلّ .. ح ٣.
 - (٤) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٢٩ ذيل الحديث ٨٢٦.
 - (٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٠ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له فيه شريك.
- كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٧٦

[الشرط الأول أن يكون المعتق موسراً]

الأوّل: أن يكون المعتق موسراً بالاتّفاق كما في الانتصار و الخلاف و الغنية، و يدلّ عليه الأصل و الأخبار، كصحيح الحلبي عن الصادق (عليه السلام): في جارية كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه: قال: إن كان موسراً كلّف أن يضمن، و إن كان معسراً خدمت بالحصص «١». و للعامّة قول بالسراية مطلقاً.

و يحصل اليسار بأن يكون مالاً قيمة نصيب الشريك فاضلاً عن قوت يومه و ليلته له و لعياله الواجبى النفقة و دست ثوب يفهم «٢» ذلك من لفظه. و اقتصر في المبسوط على القوت و لعله أتكل على الظهور.

و في بيع مسكنه إشكال من الشكّ في تضمّن اليسار الزيادة عليه، و أيضاً من اعتبار الزيادة عليه في الدين و هو دين. و من عموم نحو قوله (صلّى الله عليه و آله): من أعتق شقصاً من مملوك فعليه خلاصه كلّ من ماله «٣». و قوله (صلّى الله عليه و آله): من أعتق شقصاً له في عبد و كان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل، و أعطى شركاؤه حصّتهم و عتق عليه العبد «٤».

و لو كان معسراً عتق نصيبه خاصيةً و سعى العبد في فكّ باقيه وفاقاً للمشهور، لقول الباقر (عليه السلام) في صحيح محمّد بن قيس: من كان شريكاً في عبد أو أمة قليل أو كثير فأعتق حصّته و له سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كلّ، و إن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم أعتق منه ما أعتق ثم يسعى العبد في حساب ما بقى حتّى يعتق «٥» إلى غيره من النصوص.

و الفِكَ بجميع السعى أى كل ما يكتسبه فهو له يفك به رقبته فليس لمولاه بنصيب الرقيء من كسبه شىء وفاقاً للنهاية على إشكال من خبر علي بن أبي حمزة سأل الصادق (عليه السلام) عن مملوك بين أناس فأعتق أحدهم

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٢ ب ١٨ أن من أعتق مملوكاً له .. ح ٧.

(٢) فى ق ون: «لفهم».

(٣) سنن البيهقي: ج ١٠، ص ٢٨١.

(٤) سنن البيهقي: ج ١٠، ص ٢٧٤.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢١ ب ١٨ أن من أعتق مملوكاً له .. ح ٣.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٧٧

نصيبه، قال: يقوم قيمته ثم يستسعى فيما بقى، و ليس للباقي أن يستخدمه، و لا يأخذ منه الضريبة «١». و صحيح سليمان بن خالد سأله (عليه السلام) عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، قال: إن ذلك فساد على أصحابه لا يستطيعون بيعه و لا مؤاجرتة «٢» لدلالته على انقطاع التصرف عنه. و من استصحب الرق إلى الأداء، و هو يستلزم تشريك المولى فى الكسب.

و لو عجز العبد أو امتنع من السعى كان له من نفسه بقدر ما عتق و للشريك ما بقى كما قال: الصادق (عليه السلام) فى خبر علي بن أبي حمزة: و متى لم يختار العبد أن يسعى فيما قد بقى من قيمته كان له من نفسه بمقدار ما أعتق، و لمولاه الذى لم يعتق بحساب ماله «٣». إلى غير ذلك من مضامين الأخبار و كان الكسب بينهما و النفقة و الفطرة عليهما بالحساب.

فإن هياه مولاه صحح كما فى صحيح محمد بن مسلم عن الصادق (عليه السلام) قال: و إذا أعتق لوجه الله كان الغلام قد أعتق من حصّة من أعتق، و يستعملونه على قدر ما أعتق منه له و لهم، فإن كان نصفه عمل لهم يوماً و له يوم «٤». و فى مرسل حرير: إن لم يكن له مال عومل الغلام يوم للغلام و يوم للمولى «٥» و تناولت المهاياة الكسب المعتاد و النادر كالصيد و الالتقاط عندنا؛ لعموم الأدلّة، و كل ما اكتسبه فى يوم اختص به نادراً أو غيره و ما اكتسبه فى نوبة المولى اختص به كذلك. و للعامة قول باستثناء النادر و أنه مشترك بينهما مطلقاً لأنّ المهاياة معاوضة و النادر مجهول فلا يدخل فيها.

ثم ما ذكره من جواز امتناع العبد صريح الشيخ و جماعة، و هو ظاهر

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٣ ب ١٨ أن من أعتق له .. ح ١٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦، ص ٢٣، ب ١٨، أن من أعتق له .. ح ٩.

(٣) الظاهر أنها ليست برواية بل من كلام الشيخ، انظر تهذيب الأحكام: ج ٨، ص ٢٢١، ذيل الحديث ٧٩٢.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٣ ب ١٨ أن من أعتق مملوكاً له .. ح ١٢.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٣ ب ١٨ أن من أعتق مملوكاً له .. ح ١١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٧٨

الأخبار «١» الناطقة بأنه إن كان المعتق معسراً خدماً بالحصص، و صريح ما سمعته الآن من خبر علي. و عن أبي الصباح أنه سأل الصادق (عليه السلام) عن الرجلين يكون بينهما الأمة فيعتق أحدهما نصفه فتقول الأمة للذى لم يعتق نصفه: لا أريد أن تعتقنى ذرنى كما أنا أخدمك فإنه أراد أن يستنكح النصف الآخر، فقال: لا ينبغي له أن يفعل أنه لا يكون للمرأة فرجان، و لا ينبغي له أن يستخدمها و لكن يعتقها و يستسعيها «٢».

قال الصدوق: و في رواية أبي بصير مثله إلا أنه قال: و إن كان الذي أعتقها محتاجاً فليستسرها (٣).

و لو كان الشريك المعتق موسراً ببعض الحصّة قوّم عليه بقدر ما يملكه و كان حكم الباقي حكم ما لو كان معسراً كما في المبسوط لأنّ الميسور لا يسقط بالمعسور. و يحتمل العدم؛ لأصالة البراءة فيقصر خلافه على اليقين، و النصوص إنّما تضمّنت القدرة على فكّ الجميع صريحاً أو ضمناً.

و المديون بقدر ماله فصاعداً معسر فلا يجب عليه الفكّ؛ لأصالة البراءة، و تقدّم حقوق الديان و دخوله في الفقراء؛ لاستحقاقه الزكاة، و لأنّ كلّاً من الدين و الفكّ يتعلّق بذمته لا بالمال، فلو وجب الفكّ وجب التقييط، و لا تقييط هنا. و الأقوى وفاقاً للإرشاد أنّه موسر، خصوصاً مع تأجيل الديون؛ لعموم النصوص (٤) إذ يصدق عليه أنّ له مالاً يسع الباقي و له التصرف في ماله بما شاء. و يؤيّد أنّه لو استغرق بعض ديونه ماله فطالبه صاحب دين آخر وجب عليه الأداء، و تردّد فيه في التحرير.

و المريض معسر فيما زاد على الثلث إن لم ينفذ منجزاته إلّا في الثلث، فلا يسرى عتقه إن نقص الثلث عن قيمة الباقي، إلّا أن يزيد قبل الموت.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٠ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له ..

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٤ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له .. ح ١٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ١١٥ ذيل الحديث ٣٤٣٨.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٠ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له ..

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٧٩

و الميّت معسر مطلقاً لانتقال تركته بالموت، فلا يسرى عتقه الموصى به و إن وفي الثلث بالبقية وفاقاً للشيخ و ابن إدريس. و سيأتي قول بالسراية إن وفي الثلث.

و لو أيسر الشريك المعتق المعسر عن حصّة الشريك كلا أو بعضاً بعد تمام العتق ليسعى العبد أو غيره لم يتغيّر الحكم و لم يكن عليه من قيمة البقية شيء للعبد أو لمولاه؛ للأصل من غير معارض.

و قيل في النهاية إن قصد الإضرار بالشريك فكّه وجوباً إن كان موسراً، و بطل عتقه إن كان معسراً، و إن قصد القرية لم يقوّم عليه، و إن كان موسراً بل يستسعى العبد في قيمة الباقي لحسن الحلبي و صحيحه أنّه سأل الصادق (عليه السلام) عن رجلين كان

بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فقال: إن كان مضاراً كلف أن يعتقه كلّ، و إلّا استسعى العبد في النصف الآخر (١).

و صحيح محمد بن مسلم قال: للصادق (عليه السلام) رجل ورث غلاماً و له فيه شركاء فأعتق لوجه الله نصيبه، فقال: إذا أعتق نصيبه مضاراً و هو موسر ضمن للورثة، و إذا أعتق لوجه الله كان الغلام أعتق منه حصّة من أعتقه و يستعملونه على قدر مالهم

فيه، قال: و إن أعتق الشريك مضاراً و هو معسر فلا عتق له (٢).

و دفع ما أُورد عليه من منافاة قصد المضارة بالإخلاص في التقرب بمنع المنافاة، فإنّه يقصد تقويم الحصّة على الشريك و إعتاقه لوجه الله. و ظنّي أنّ المنافاة متحقّقة، لكن لا يبعد القول بوقوع العتق مع هذه الضميمة تغليباً للحريّة، و لوجود النصّ الصحيح من غير معارض.

و زاد في التهذيب (٣) و الاستبصار (٤) استحباب شرائه الباقي و إعتاقه إذا لم

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢١ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له .. ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٣ ب ١٨ أن من أعتق مملوكاً له .. ح ١٢.

(٣) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٢٠ و ٢٢١ ذيل الحديث ٧٩٠.

(٤) الاستبصار: ج ٤ ص ٤ ذيل الحديث ١٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٨٠

يكن مضاراً. و في الخلاف اقتصر على التفصيل إذا كان معسراً، و ألزمه القيمة إن كان موسراً من غير تفصيل؛ لإطلاق الأخبار بتكليف الموسر ذلك.

وقيل في المبسوط مع إعساره يستقر الرق في الباقي لنحو صحيح الحلبي عن الصادق (عليه السلام): في جاريته كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، قال: إن كان موسراً كلف أن يضمن، و إن كان معسراً خدمت بالحصص «١». و ما تقدّم من صحيح محمد بن مسلم.

و الجواب: أن عليه الخدمة بالحصص ما لم يفك نفسه كما دلّت عليه الأخبار الأخر.

[الشرط الثاني أن يعتق باختياره]

الشرط الثاني أن يعتق باختياره وفقاً للمشهور، لأن السراية خلاف الأصل فيقصر على المنصوص «٢». و النصوص إنما تضمنت الإعتاق سواء كان اختيار العتق بإيقاعه بعد التملك اختياراً أو قهراً و لو بالتكليف و إن حرم، أو كان اختياره بشراء أو أتهاب أو غيرهما ممّا يختاره من أسباب التملك و إن اعتق عليه بعده قهراً؛ لشمول الإعتاق لاختيار سبب العتق؛ لعدم الفرق بين هذه الأسباب و صيغة العتق. و في الصحيح عن محمد بن ميسر قال: للصادق (عليه السلام): رجل أعطى رجلاً ألف درهم مضاربة فاشترى أباه و هو لا يعلم ذلك، قال: يقوم فإن زاد درهم واحد عتق و استسعى الرجل «٣».

و لو ورث شقصاً من أبيه مثلاً لم يقوم عليه الباقي على رأى وفقاً للمشهور، و لعدم الاختيار. و خلافاً للخلاف، و استدلالاً بإجماع الفرقة و أخبارهم.

و لو أتهب أو اشترى مثلاً شقصاً من أبيه مثلاً سرى و إن لم يكن يعلم الحكم أو كان أباه حين الأتهاب مثلاً لاختياره السبب، و ما سمعته من

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٢ ب ١٨ أن من أعتق مملوكاً له .. ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٤ ب ١٩ أنه يشترط في العتق الاختيار ..

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ١٨٨ ب ٨ في أحكام المضاربة ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٨١

صحيح محمد بن ميسر. و أغرب أبو عليّ فحكم بالسراية إن ورث لا إن أتهب أو قبل الوصية.

و لو قبل الولي هبة أب الطفل عنه انعتق لصحة الأتهاب و تملك الطفل بقبول وليه.

و لو قبل هبة البعض انعتق البعض، و في التقويم للبقية عليه إشكال، ينشأ من أن قبول الولي كقبوله كالوكيل بل أقوى و من دخوله في ملكه بغير اختياره مع مخالفة السراية للأصل، فيقصر على المنصوص و هو بالنسبة إلى المعتق، و نزول إعتاق الولي منزلة إعتاقه ممنوع، و هو الأقوى.

فإن قلنا بوجوب التقويم لم يكن للولي قبوله إن كان موسراً للضرر و إن قبل لم ينفذ، إلا أن يكون تحمّل هذا الضرر على الطفل

أصلح له و كذا لا يجوز للولي أن يقبل الوصية للطفل و لا الهبة مع الضرر من غير أن يعارضه مصلحة كما لو أوصى له بأبيه الفقير العاجز عن الاكتساب فإنه يوجب عليه نفقته.
و لو كان الطفل أو المجنون معسراً جاز أن يقبل عنه الولي هبة الشقص من أبيه مثلاً، إذ لا تقويم عليه قطعاً.

[الشرط الثالث: أن لا يتعلّق بمحلّ السراية حقّ لازم]

الشرط الثالث: أن لا يتعلّق بمحلّ السراية حقّ لازم كالوقف فإنه يمنع من البيع، فلا يصحّ التقويم و لا الشراء إلّا على القول بانتقال الوقف إلى الموقوف عليه فأحتمل السراية؛ لعموم الأخبار «١» و ثبوت بيع الوقف في موارد فلعله منها، و لأنّه انعتاق قهري، فيكون كما لو عمى أو جذم.

و الأقرب السراية في الرهن و الكتابة و الاستيلاء و التدبير أى لا يمنع منها شيء من هذه الحقوق اللازمة، لأنّ الملك أقوى منها فإذا لم يمنع من السراية فهي أولى، و لتغليب الحرّية. و يحتمل العدم؛ لكونها حقوقاً لازمة مانعة من البيع.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٦٣ ب ٦٤ أنّ من أعتق بعض مملوكه انعتق ..

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٨٢

و لو أعتقا دفعه لم يقوّم حصّة أحدهما على الآخر للأصل، و الخروج عن النصوص.

و لو ترتّب العتقان و تقدّم على أداء السابق فيه حصّة الآخر فكذلك إن شرطنا في انعتاق نصيب الشريك الأداء لقيمة حصّته أو كان المعتق الأول معسراً أو غير مضارّ على القول المحكيّ فإنه يصحّ حينئذٍ إعتاق المتأخّر، و لا تقويم بعد إعتاقه، بخلاف ما إذا كان موسراً و حكمنا بعق الكلّ بإعتاقه فإنه يلغو المتأخّر.

[الشرط الرابع: يمكن العتق من نصيبه أوّلاً]

الشرط الرابع: يمكن العتق من نصيبه أوّلاً أى فى منطوق الصيغة و إن كان فى ضمن الجميع بأن أوقع عليه العتق فلو أعتق نصيب شريكه كان باطلاً إذ لا عتق قبل ملك، و إن قلنا هنا بالإعتاق تبعاً لنصيبه فلا يصحّ جعله متبوعاً.

و لو أعتق نصف العبد انصرف إلى نصيبه حملاً له على الصحيح و لزم التقويم عليه و الإعتاق للنصف الآخر، لكن لو ادعى أنّه قصد النصف الآخر صدق؛ للأصل. فإن نازعه العبد حلف، فإن نكل حلف العبد.

و لو أعتق الجميع صحّ فى نصيبه أو فى الجميع و لزمه القيمة، و مع اجتماع الشرائط للسراية هل يعتق أجمع باللفظ أى صيغة عتق نصيب نفسه دفعه، أو على التعاقب بأن ينعق أوّلاً نصيبه ثم يسرى إلى الباقي أو بالأداء لقيمة الباقي أو يكون مراعى فإن أدى بأن العتق من وقت إيقاعه و إن لم يؤدّ بأن استقرار الملك فى نصيب شريكه لمالكه؟ إشكال من الأخبار «١» الناصّة على أنّه ياعتاق نصيبه أفسده على الشريك و تعليل وجوب القيمة عليه بالإفساد، إذ لا إفساد ما لم ينعق الكلّ. و لقوله (عليه السلام): إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال فقد عتق كلّ «٢». و فى خبر آخر:

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٢ و ٢٣ ب ١٨ من أنّ من أعتق مملوكاً له ... ح ٥ و ٩.

(٢) مسند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ١١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٨٣

فهو حرّ كلّه «١». و في خبر آخر: فهو عتيق «٢». و هو خيرة السرائر.

و من أنه لا- عتق في غير ملك، و للاستصحاب و تضرر الشريك لو هرب المعتق أو تلف ماله، و لقول الباقر (عليه السلام) في صحيح محمّد بن قيس: من كان شريكاً في عبد أو أمه قليل أو كثير فأعتق حصّيته و له سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كلّه «٣». و يؤيده أنه إن كان معسراً استقرّ الرقّ في الباقي ما لم يفكّه المملوك بسعيه. و هو خيرة الشيخين و جماعة. و من الجمع بين الأخبار، و هو خيرة المبسوط.

[و يتفرّع على ذلك الاختلاف مسائل]

و يتفرّع على ذلك الاختلاف مسائل:

أ: للشريك عتق حصّيته قبل الأداء إن شرطناه في الانعتاق أو ظهوره، أمّا على الأوّل فظاهر، و أمّا على الثاني فلأنه ما لم يؤدّ لم يظهر الانعتاق، و الأصل العدم، و هذا تعجيل عتق له كتعجيل عتق المكاتب و أمّ الولد و المدبّر. و يحتمل ظهور البطلان إذا أدى و إلّا نشترطه بل قلنا بالسراية «٤» فلا يصحّ عتقه، و الوجه ظاهر. و يجوز أن يريد بالاشتراط اشتراطه في العتق، و بخلافه الباقيين. و وجه عدم الصحّة إن قلنا بالمراعاة أنه لا يصحّ إلّا في ملك و هو غير معلوم، أو المراد بعدم الصحّة عدم القطع بها فيقطع بالعدم على القول بالعتق باللفظ، و لا يقطع على الآخر بشيء.

و ليس له التصرّف فيه بغير العتق من هبة أو بيع أو نحوهما على القولين أي الأقوال، فإنّها بمنزلة قولين، فإنّ الثالث يرجع إلى الأوّل، و ذلك للتشبّه بالحريّة. و يقوى الجواز على اشتراط الأداء في العتق مع علم المعامل بالحال بل مطلقاً، و لكن يتخبر إذا علم. و يجوز أن يريد بالقولين ما أراه بقوله: «و إلّا» على التفسير الأخير من القول الأوّل و الثالث، و لا شبهة في أنّ عدم الجواز عليهما أظهر.

(١) مسند أحمد بن حنبل: ج ٥ ص ٧٥.

(٢) سنن النسائي: ج ٧ ص ٣١٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢١ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له ... ح ٣.

(٤) في ن: «السراية باللفظ».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٨٤

ب: تثبت الحريّة في الجميع قبل الأداء إن لم نشترطه في العتق، و إن شرطناه في ظهوره فترثه ورثته إن مات و لو قبل الأداء فإن فقدت فالمعتق و لا شيء للشريك سوى القيمة إذ لا ولاء له و تثبت أحكام الحريّة من وجوب كمال الحدّ و غيره بخلاف ما إذا شرطناه في العتق أو في ظهوره إلّا أنّه على الثاني يظهر بالأداء أنّه كان له أحكام الحرّ.

ج: لو لم يؤدّ القيمة حتّى أفلس عتق العبد أجمع و كانت القيمة في ذمته يضرب بها الشريك مع الغرماء إن فلس إن لم نشترط الأداء في العتق و إلّا عتق النصيب خاصّة إلّا أن يوسر ثانياً فيؤدّي فيعتق الباقي أو يظهر عتقه.

د: لو أعتق حاملاً فلم يؤدّ القيمة حتّى وضعت فليس على المعتق إلّا قيمتها حين العتق إن لم نشترط الأداء في العتق، و إن شرطناه في الظهور و سرى العتق فيها و في الحمل إن أتبعناها الحمل، و قيمتها حين العتق يتضمّن ذلك.

و إن شرطنا الأداء قوم الولد أيضاً يوم سقوطه إن قلنا بالسراية في الحمل أي بتبعيته للحامل، فإنّه كان انعتق منه حينئذٍ حصّته، و

لما اشترطنا الأداء لم ينعق الباقي ما لم يؤدّ، فحين الأداء يعتبر القيمة أوّل ما يكون له قيمة و هو يوم السقوط، إذ لا قيمة للحمل كما مرّ غير مرّة. هذا بناء على ما سنذكره من اعتبار القيمة حين العتق، وإلّا لم يتفاوت الحال على القولين، وكذا إن لم يتبع الحمل لم ينعق الولد على القولين، لكن يقوّم عليه حاملاً مجردة عن الحمل إن اعتبرنا القيمة حين العتق مطلقاً.

ه: لو مات العبد قبل الأداء مات حرّاً و عليه القيمة إن لم نشترط الأداء، وإلّا مات مبعوضاً و لم يلزمه شيء و للعامة قول بلزوم القيمة عليه أيضاً للزومها قبل الموت.

و: لو ادّعى أنّ شريكه أعتق نصيبه موسراً فأنكر حلف و كان نصيب المنكر رقاً يمينه و نصيب المدّعى حرّاً بإقراره مجاناً لليمين و إن

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٨٥

لم نشترط الأداء و لو شرطنا الأداء بقى رقاً أيضاً، و لو نكل استحقّ المدّعى باليمين المردودة قيمة نصيبه و لم يعتق نصيب المدّعى عليه فإنّه إنّما يثبت بها ما ادّعاه لنفسه، فإنّ دعواه في حقّ العبد شهادة، و اليمين المردودة كالإقرار أو البيّنة في حقّ المدّعى لا المشهود له.

[الخاتمة]

خاتمة تعتبر القيمة يوم العتق على القولين وفاقاً للمبسوط فإنّه يوم الإلتلاف أو الحيلولة بين المالك و مملوكه. و قيل: على اشتراط الأداء العبرة بأقصى القيم منه إلى الأداء، لأنّ الإعتراف سبب يدوم أثره إلى التلف، فهو كجراحة دامت حتّى مات العبد. و قيل: يوم الأداء لأنّه يوم التلف. و يضعفان بأنّ التلف هنا مأمور به شرعاً فهو غير مضمن، و إنّما المضمن هو الإعتراف، و من البيّن أنّه لمّا أعتق نصيبه كلّف بأداء قيمة الباقي حينئذٍ فيستصحب.

و لو مات قبل الأداء أخذ من تركته إن لم نشترط الأداء في العتق أو ظهوره، فإنّه حينئذٍ من الديون اللازمة عليه.

و لو هرب أو أفلس آخر الأخذ حتّى يرجع أو يوسر و تؤخذ القيمة شرطنا الأداء أم لا، فإنّها من الديون أو الحقوق اللازمة لا يفوت بالتأخير، و الظاهر بقاء الحجر على الشريك في غير العتق من التصرفات فيه إلى الأداء أو اليأس منه. و احتمال ضعيفاً ارتفاعه عنه حذراً من التعطيل عليه بغير بدل.

و لو اختلفا في القيمة قدّم قول المعتك مع يمينه وفاقاً لأبي عليّ للأصل.

و قيل في المبسوط: قدّم قول الشريك، لأنّه ينتزع منه نصيبه قهراً، فيكون كما لو اختلف الشفيع و المشتري. و ربّما بنى الخلاف على الخلاف في اشتراط الأداء و عدمه، إذ على الثاني يكون قد أتلف [فيقدّم قوله في ما أتلفه، و على الأوّل يكون الباقي] «١» ملكاً ثابتاً للشريك، فلا ينتزع منه إلّا بما يقوله،

(١) ما بين المعقوفين زيادة من ق و ن.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٨٦

و لكن المحقّق قدّم قول المعتك مع شرطه الأداء.

و لو ادّعى الشريك في العبد صناعةً تزيد قيمته و أنكرها المعتك قدّم قول المعتك قطعاً للأصل من غير معارض. و للعامة قول بتقديم الشريك إلّا أن يكون العبد محسناً لها و لم يمض من العتق زمان يمكن تعلّمه فيه عادةً فيقدّم قول الشريك، و إن مضى

زمان يمكن فيه التعلّم احتمال قوياً تقديم قول المعتق كما في المبسوط و نسبه إلينا لأصالة البراءة و أصالة عدمها و احتمال تقديم قول الشريك؛ لأصالة عدم التجدد أى أصالة تأخر العتق، و ذلك إذا لم يعلم زمنه أو توزع فيه أو لما كان ينتزع منه قهراً و كانت القيمة الآن زائدة كان القول قوله فى عدم التجدد. هذا على المختار من اعتبار قيمة يوم العتق.

و لو اختلفا فى عيب قدّم قول الشريك مع يمينه للأصل. و للعامّة قول بتقديم قول المعتق لأصل البراءة. و لو كان العيب موجوداً و اختلفا فى تجدده احتمال تقديم قول المعتق؛ لأصالة البراءة و عدم التجدد أى تأخر العتق، أو لما كان يؤخذ منه القيمة قهراً و قيمته الآن ناقصة كان القول قوله فى عدم تجدد النقص، أو إذا أمكن أن يكون فى أصل الخلقة فالأصل عدم التجدد، أو لما كان الأصل البراءة كان الأصل عدم التجدد.

و احتمال تقديم قول الشريك؛ لأصالة براءته من العيب حين الإعتاق و إن كان ممّا يحتمل الكون فى أصل الخلقة، فإنّ الأصل فيها الخلوّ من العيب، و هو الأقوى.

و لو اشترك فى العبد ثلاثة و أعتق اثنان منهم حصّة تهما دفعة فومت حصّة الثالث عليهما بالسويّة اختلفت حصّة تهما أو اتفقت لتساويهما فى الإلتلاف كجراحين جرح أحدهما جراحة و الآخر جراحات فسّرت فإنّ الديّة عليهما بالسويّة. و للعاميّة قول بالتفاوت على نسبة الحصّتين.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٨٧

و لو كان أحدهما معسراً قوم تمام الباقي على الموسر.

و لو كان معسراً بالبعض قوم عليه بقدر ما يملكه و على الآخر بالباقي و الكلّ ظاهر و إن ترتّب و لم يؤدّ الأوّل شيئاً فإن لم نشترط الأداء كان الثانى لاغياً، و إن شرطناه صحّ عتقه. و احتمال التقويم عليهما كما لو أعتقا دفعة، و على الأوّل خاصيّة فإنّ الثالث كان استحقّ قيمه نصيبه على الأوّل بإعتاقه، فلا يتغيّر بإعتاق الثانى، و إنّما يؤثر فيما استحقّ هو عليه، و هو أقوى.

و الولاء على تقدير صحّة عتقهما لهما على قدر العتق، و لا فرق فيما ذكر من السراية و أحكامها بين أن يكون الشريكان مسلمين أو كافرين أو كان المعتق كافراً إن سوّغنا عتق الكافر أو بالتفريق فكان أحد الشريكين مسلماً و الآخر كافراً؛ لعموم الأدلة.

و لو أوصى بعتق بعض عبده أو بعتقه و ليس له سواه حتّى ينزل منزلة الوصيّة بعتق البعض أو أعتق البعض و لم يقوّم على الورثة باقيه أى لم يسر العتق فى الباقي، و أولى بذلك إن كان مشتركاً وفاقاً للمبسوط و السرائر فإنّ البعض خرج بالوصيّة عن ملكهم، و ما أوقعوه من الإعتاق فإنّما هو عن الميّت، فلا العبد كلّهم ليسرى العتق فى الكلّ، و لا أعتقوا شقصهم من مشترك ليجب عليهم استخلاص الكلّ، و لا الوصيّة بأنّ العتق «١» عتق ليسرى مع أنّ السراية خلاف الأصل، فيقصر على اليقين.

و فى النهاية: السراية إذا أوصى بالبعض أو كان مشتركاً و وسع الثلث الكلّ لسبق السبب على الموت.

و خبر أحمد بن زياد سأل الكاظم (عليه السّلام) عن الرجل تحضره الوفاة و له المماليك الخاصّة بنفسه و له ممالك فى شركة رجل آخر فيوصى فى وصيّته ممالكى أحرار، ما حال ممالكه الذين فى الشركة؟ قال: يقوّمون عليه إن كان ماله

(١) فى المطبوع الحجرى: «بالعتق».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٨٨

يحتمل ثم هم أحرار «١».

و كذا لو أعتقه عند موته أى فى المرض أعتق من الثلث فإن لم يف إلاّ ببعضه عتق البعض خاصيّة و لم يقوّم عليه الباقي، لما مرّ من أنّه معسر فيما زاد على الثلث إلاّ على تنفيذ المنجزات من الأصل و الاعتبار بقيمة الموصى به أى بعتقه بعد الوفاة فإنّه حين

الإعتاق فلا- عبرة بزيادتها أو نقصانها قبله و لا بزيادتها قبله على الثلث أو نقصانها عنه و بالمنجز عند الإعتاق فلا عبرة بما بعده وفاقاً للشيخ و أبى على و للمصنّف قول باعتبار الوفاة و الاعتبار فى قيمته التركة بأقلّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين قبض الوارث، لأنّ التالف بعد الوفاة قبل القبض غير معتبر أى غير محسوب على الوارث، و أولى منه التالف قبل الوفاة و الزيادة بعد الوفاة نمت على ملك الوارث فلا يدخل فى التركة.

و لو ادعى كلّ من الشريكين الموسرين على صاحبه عتق نصيبه و لا يبيّنه حلفاً و استقرّ الرقّ عليه بينهما إن قلنا: إنّه ينعق بالأداء و إن قلنا: إنّه ينعق بالإعتاق عتق من غير أن يحلفاً أخذاً لهما بإقرارهما.

و لو كانا معسرين كان كلّ منهما شاهداً لعتق نصيب الآخر غير متّهم، فلو كانا عدلين فللعبد أن يحلف مع كلّ واحد منهما لعتق نصيب الآخر منه و يصير جميعه حرّاً أو يحلف مع أحدهما و يصير نصفه إن كانت الشركة بالتناصف حرّاً، و لو كان أحدهما خاصية عدلاً كان له ان يحلف معه و يصير نصفه حرّاً. و هذا كلّ لا يخالف ما سيأتى من أنّ العتق لا يثبت بشاهد و يمين، فإنّ اليمين هنا لدفع السعى عن نفسه.

و على ما اخترناه من الاستسعاء خرج نصيب كلّ منهما عن يده بادعاء الآخر فيخرج العبد كلّ عن أيديهما بالدعويين أو المراد بالخروج المشاركة له، و المعنى خرج نصيب كلّ منهما عن استقرار يده عليه باعترافه،

(١) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٤٦٣ ٤٦٤ ب ٧٤ حكم من أعتق مملوكه فى مرضه .. ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٨٩

فيخرج كلّ عنه بإقراريهما و يستسعى فى قيمته كلّ لاعتراف كلّ منهما بذلك أى بأنّ للعبد فكّ نفسه بسعيه فى نصيبه هذا على المختار من السعى بجميع الكسب.

و أمّا إذا لم يملكه يمكنه السعى، إلّا بما قابل من جزئه الحرّ من كسبه، فلا يمكنه السعى هنا، فإنّ كلّاً منهما يأخذ من كسبه ما قابل نصيبه لإنكاره العتق فيه، فلا يبقى منه ما يفكّ به. و على المختار إن كانا موسرين ففى الاستسعاء نظر، من اعتراف كلّ منهما باستحقاق قيمة نصيبه من الآخر لا من العبد، و من تعدّر الأخذ منه فيتنزّل منزلة الإعسار، و لعلّه أقرب.

و إن اشترى أحدهما بعد ما ادّعا من العتق نصيب صاحبه عتق عليه ذلك؛ لإقراره و لم يسر إلى النصف الذى كان له، و لا يثبت له عليه ولاء بإزاء هذا الجزء، لأنّه لم يصدر عتقه عنه، فإن مات و لم يكن له وارث سواهما كان ماله مجهول المالك، فإنّ البائع يقول: إنّه للمشتري لكونه عبده، و المشتري يقول: إنّه للبائع بالولاء.

قيل: و لكن للمشتري أن يأخذ منه بقدر ما أداه من الثمن، فإنّه يدعى أنّ البائع إنّما أخذه ظلماً و قد ظفر له بمال. و فيه أنّه لم يدع الظلم بالنسبة إليه، و قد تبرّع بما أداه و أباحه للبائع.

و لو أكذب نفسه فى شهادته على شريكه بالعتق ليسترقّ ما اشتراه منه أو ما سيشتريه لم يقبل بالنسبة إليه، فإنّه إنكار بعد الإقرار. أمّا الولاء لو أعتقه فله لأنّ على العبد حينئذٍ ولاء لا يدّعيه سواه فيثبت له كما فى سائر ما يدّعيه من لا منازع له و إن تضمّنت شهادته أوّلاً بإعتاق شريكه بطلان الولاء له فى نصيب الشريك.

و فيه إشكال لذلك أقرب انتفاء الولاء عنه، إذ ليس هو المعتقد لهذا الجزء باعترافه أوّلاً، فهو لا يدعى ولاء إلّا بعد أن أقرّ بانتفائه عنه فلا يسمع.

نعم يثبت له المال الذى يتركه العبد لاعتراف البائع له

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٩٠

بالاستحقاق وهو أيضاً يدعيه الآن، ولا يضرّ شهادته السابقة المتضمنة؛ لانتهاء المال عنه، فإنه لم يكن حين الشهادة مال ينفيه، و حين حصول المال لا ينفيه ولا منازع له فيه فيكون له «١». وفيه تردّد وإن افترق المال والولاء بعداً عن الإقرار وقرباً. وبمكان من البعد ما في الإيضاح من أنه لم يفرض اعتراف المشتري، وإنما احتمال ثبوت الولاء بمجرد الإكذاب تمسكاً بأن للعبد بشهادته أولاً ولأنه ينكره من شهد به له، فلا يثبت له، ولما أكذب نفسه كان بمنزلة من في يده مال فأقرّ به لزيد فكذب به زيد ثم رجع وأدّاه لنفسه فيكون الولاء له، ثم استقرّب أن ليس الولاء له، لأنه ليس بمعتق ولا وارث له لينتقل منه إليه، وإنما له المال. وعلى ما اختاره من ثبوت المال له دون الولاء.

فلو مات المشتري قبل العبد ثم مات العبد ورث العبد وارث المال لا وارث الولاء خاصّة فإن أكذب البائع نفسه فأقرّ بعق نصيبه بعد إكذاب المشتري نفسه قدّم قول البائع وإن كان مدّعياً لفساد العقد، لتصادقهما حينئذٍ على الفساد لإلغاء إكذاب المشتري، لكن لا ولاء له أخذاً بإقراره الأوّل.

وهل له المال؟ يحتمله، لأنه يدعيه وقد صدّقه المشتري حيث ادّعى عليه العتق، ولا يسمع إكذابه نفسه ثانياً. والعدم، لأنه بالبيع الذي فعله أقرّ بأن المال ليس له، فلا يسمع إكذابه نفسه ثانياً.

ولو اشترى كلّ منهما نصيب صاحبه بعد ما ذكر من التداعي عتق أجمع باعترافهما ولا ولاء لأحدهما عليه لاقرارهما فإن أعتق كلّ منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته أو عكس ثبت الولاء لكلّ منهما بالتقرّب المتقدّم، وفيه إشكال، وكذا لو انفرد به أحدهما ثبت له الولاء وكان عليه فكّ الباقي إن أيسر أخذاً بإقراره الثاني.

(١) عبارة «فيكون له» ليس في ق و ن.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٩١

ولو أقرّ كلّ منهما بأنه كان قد أعتق و صدّق الآخر في شهادته بطل البيعان لتصادقهما على البطلان وإن أكذب كلّ منهما نفسه للإلغاء كما عرفت ولكلّ منهما الولاء على نصفه قطعاً إن أعتق كلّ منهما ما اشتراه لتحقق إعتاق كلّ منهما إمّا قبل البيع أو بعده، واحتمالاً إن لم يعتقا لتصادقهما الآن على ذلك كما عرفت.

ولو كان أحدهما معسراً والآخر موسراً وتداخيا العتق عتق نصيب المعسر وحده بمجرد التداعي إن لم نشترط الأداء في السراية، لا تفاقهما حينئذٍ على عتقه.

ولا تقبل شهادة المعسر عليه أي الموسر أو العتق وإن كان عدلاً للتهمة ويحلف الموسر يميناً واحدة على عدم العتق ويبرأ من القيمة والعتق معاً ولا ولاء لأحدهما في نصيب المعسر وهو ظاهر.

ولو أقام العبد شاهداً على عتق نصيب الموسر حلف معه و عتق نصيب الموسر أيضاً.

ولو أعتق المعسر من الشركاء الثلاثة نصيبه تحرّر واستقرّ رقب الآخرين على اشتراط الأداء وعدمه إن لم نقل بالاستسعاء مع الإعسار كما يظهر من إطلاق بعض الأخبار «١».

فإن أعتق الثاني نصيبه وكان موسراً سرى في حصّة الثالث وكان ثلثا الولاء للثاني إن تساوت الحصص، لوقوع عتق الثلثين باختياره عتق الثلث.

و إذا دفع الشريك المعتق قيمة نصيب شريكه عتق بعد الدفع والانتقال إليه ليقع العتق عن ملك ان قلنا إنه إنما ينعق بالأداء و قيل: بل معه، لأنه الجزء الأخير لتمام علّة العتق.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٠ ب ١٨ أن من أعتق مملوكاً له فيه شريك ..

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٩٢

و كذا إذا دفع قيمة باقى قريبه و كان قد ملك منه شقصاً فاعتق عليه أو قيمهً تمامه فلا يتفاوت الحال فى الاعتاق عليه قهراً، و الخلاف فى مقارنته لدفع القيمة، لأنه لا يملك قريبه أو تأخره عنه، إذ لا عتق إلا فى ملك، و هو الأقوى، فإنه لا يملكه ملكاً مستقراً و لو كان الشريك المعتق معسراً و استسعى العبد فسعى و اعتق ثم أيسر المعتق فلا رجوع للعبد عليه بما أذاه؛ للأصل من غير معارض، و ربما احتل الرجوع على اشتراط الأداء.

أما لو أيسر قبل الدفع من العبد فإنه يضمن القيمة لإطلاق الأخبار (١) بأنه يضمن القيمة؛ لإفساده على الشريك، و أصالة براءة العبد ما لم يدفع، و نحو خير عبد الرحمن بن أبى عبد الله سأل الصادق (عليه السلام) عن قوم ورثوا عبداً جميعاً فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذى عتق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقى؟ قال: نعم يؤخذ بما بقى منه بقيته يوم أعتق (٢) فإن الظاهر كون «أعتق» بصيغته المعلوم، و أنه آخر الأداء و هو يعم ما لو كان التأخير للإعسار.

و على ما اخترناه من السعاية الأقرب أنه قبلها مملوك فى حصية الشريك للأصل، و كون العبد بالخيار فى السعى، و إطلاق ما نطق به من الأخبار (٣) بأنه يخدم بالحصص إذا أعسر المعتق، و قول الباقر (عليه السلام) فى خبر محمد بن قيس: ثم يسعى العبد فى حساب ما بقى حتى يعتق (٤). و فى حسنه: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى عبد كان بين رجلين فحرر أحدهما نصفه و هو صغير و أمسك الآخر نصفه، قال يقوم قيمة يوم حرر الأول، و أمر المحرر أن يسعى فى نصفه الذى لم يحرر حتى يقضيه (٥). و يحتمل أن يكون حرراً و المال فى ذمته لما تقدم من قوله (عليه السلام): ليس

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٠ ب ١٨ أن من أعتق مملوكاً له فيه شريك ..

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٢ ب ١٨ أن من أعتق مملوكاً له فيه شريك ... ح ٦.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٢ ب ١٨ أن من أعتق مملوكاً له فيه شريك .. ح ٧.

(٤) المصدر السابق: ص ٢١ ح ٣.

(٥) المصدر السابق: ص ٢١، ح ٤.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٩٣

لله شريك (١). و لا ينبغي أن يستخدمها ما عليه فإذا مات و لم يتم السعاية أخذ مولاه بقيه السعاية من تركته.

و على الأول يرث بقدر الرقية بل له من التركة بقدرها بلا إرث و الساعى على الأول كالمكاتب المطلق ينعق منه بقدر ما يؤدى للأصل، و تغليب الحرية، و ظاهر قوله (عليه السلام): ثم يسعى العبد فى حساب ما بقى حتى يعتق.

و إذا أثبتنا السعاية فإنه يستسعى حين أعتقه الأول، فإذا أعتق الثانى لم يصح عتقه إن قلنا بتحريره بالأول و ثبوت المال فى ذمته و السعاية باقية عليه كما يظهر مما بعده، و استتقرب سقوطها فى التحرير بناءً على أن الاعتاق يقتضيه و وقوع الحرية به، و فساد إحدى النصيبين لا يقتضى فساد الأخرى، و لأن الظاهر منه الإسقاط حيث يطلق (٢) بالتحرير و إلا صح العتق و لا سعاية عليه.

و لو أعتق المعسر حصته فهياها الثانى أو قاسمه كسبه ثم مات العبد و فى يده مال فى مقابلة ما تحرر منه بالمهاياة و المقاسمة لم يكن للمالك الثانى فيه شىء إلا أن يكون بقى من المقاسمة شىء لم يؤده إليه لأنه أى ما فى يده حصل له بجزئه الحر أى بإزائه، فلا ينافى ما أطلقوه من أن المبعوض يورث بحساب الحرية، و لا يعطى أنه لو ورث بجزئه الحر أو أوصى له لم يكن للمولى منه شىء، مات أولاً، هياها أولاً، فإن ذلك فى يده بسبب الحرية لا بإزائها، و هو داخل فى الكسب النادر.

و لو كان له نصف عبيدين متساويين في القيمة و لا يملك غيرهما فأعتق أحدهما سرى إلى نصيب شريكه قطعاً إن لم يستثن الخادم أو لم يحتج إليه لأنه حينئذٍ موسر بالنصف من الآخر و أولى منه لو كان الآخر أعلى قيمة فإن أعتق الآخر و لم يؤد إلى شريكه في الأول ليستخلصه

(١) وسائل الشريعة: ج ١٦ ص ٦٣، ب ٦٤، أن من أعتق بعض مملوكه .. ح ١ و ٢.

(٢) في المطبوع الحجري، نطق.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٩٤

عتق، لأن وجوب القيمة لبقية الأول عليه لا يمنع صحه عتقه لغيره و إن انحصر فيه ماله؛ لتعلقها بالذمة دون العين و لم يسر عتق الثاني إلى بقيته لأنه الآن معسر.

و لو أعتق نصف الثاني في مرضه لم يصح، لأن عليه ديناً و لا مال له سواه، إلا أن يتجدد له المال أو زادت قيمته قبل الموت.

[المطلب الثاني: عتق القرابة]

المطلب الثاني: عتق القرابة فمن ملك أحد أبعاضه أعنى أصوله و فروع و إطلاق البعض على الأصول تغليب و إن كان على الفروع أيضاً تجوزاً فإنه المعهود، أو إضافة الأبعاض لأدنى ملابسة، أى كل من الأصل و الفرع بعض من كل هو مجموعهما عتق عليه اتفاقاً سواء دخل في ملكه باختياره أو بغير اختياره، و سواء كان المالك رجلاً أو امرأة و الأصل في ذلك النصوص، و هي كثيرة، كقول أحدهما (عليهما السلام) في صحيح محمد بن مسلم: إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته عتقوا «١». و قول الصادق (عليه السلام) في صحيح عبيد بن زرارة: لا يملك والدته و لا والده و لا أخته و لا ابنه أخيه و لا ابنه أخته و لا عمته و لا خالته و يملك ما سوى ذلك «٢». و خبر أبي حمزة الثمالي سأله (عليه السلام) عن المرأة ما تملك من قرابتها؟ قال: كل أحد إلا خمسة: أبوها و أمها و ابنها و ابنتها و زوجها «٣».

و ربما استدلل بقوله تعالى: **وَ مَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا. إِنَّ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ إِلَّا آتَى الرَّحْمَنِ عَبْدًا** «٤» و قوله تعالى: **وَ قَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ** «٥».

(١) وسائل الشريعة: ج ١٦ ص ٩ ب ٧ أن الرجل إذا ملك أحد الآباء ح ١.

(٢) المصدر السابق: ح ٥.

(٣) وسائل الشريعة: ج ١٦ ص ١٣ ب ٩ أن المرأة إذا ملكت أحد الآباء ح ١.

(٤) مريم: ٩٣ ٩٢.

(٥) الأنبياء: ٢٦.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٩٥

و كذا لو ملك الرجل إحدى المحرّمات عليه نسباً للأخبار كقول الصادق (عليه السلام) في خبر أبي بصير و أبي العباس و عبيد: إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه و ذكر أهل هذه الآية من النساء عتقوا جميعاً «١» أو رضاعاً وفاقاً للشيخ و جماعة، لقوله (عليه السلام): يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب «٢». و نحوه قول الصادق (عليه السلام) في خبر أبي

بصير و أبى العيّاس و عبيد: و لا- يملكك أمه من الرضاعة و لا- أخته و لا- عمته و لا- خالته إذا ملكن عتقن، و قال: ما يحرم من النسب فإنّه يحرم من الرضاع «٣». و قوله فى صحيح الحلبي و ابن سنان فى امرأة أرضعت ابن جاريتها، قال: تعتقه «٤». و حكى عليه الإجماع فى الخلاف.

و خلافاً للحسن و أبى عليّ و المفيد و سلّار و ابن إدريس للأصل و بعض الأخبار كقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر الحلبي: فى بيع الأم من الرضاع، قال: لا بأس بذلك إذا احتاج «٥». و فى خبر عبد الله بن سنان: إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حرّ إلّا ما كان من قبل الرضاع «٦». و خبر إسحاق بن عمّار سأل الكاظم (عليه السّلام) عن رجل كانت له خادمة فولدت جارية فأرضعت خادمه ابناً له و أرضعت أمّ ولده ابنةً خادمه فصار الرجل أباً بنت الخادم من الرضاع يبيعه؟ قال: نعم إن شاء باعها فانتفع بثمانها «٧».

و الجواب: ضعفها عن معارضة الأخبار الأوّلة مع احتمال الأخير عود الضمير على الخادمة الّتى أرضعت ابنه، و الأوّل أن يراد أمّ ولده من الرضاع لا أمه، و الثانى كون «إلّا» بمعنى الواو، مع أنّ الاستثناء إنّما يفيد عدم مساواة مجموع الأب

اصفهانى، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج ٨، ص: ٣٩٥

(١) وسائل الشريعة: ج ١٣، ص ٢٩، ب ٤، من أبواب بيع الحيوان ح ١.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٤، ص ٢٨٢، ب ١، من أبواب ما يحرم بالرضاع.

(٣) وسائل الشريعة: ج ١٣، ص ٢٩، ب ٤، من أبواب بيع الحيوان ح ١.

(٤) وسائل الشريعة: ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ من أبواب بيع الحيوان ح ٣.

(٥) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٤٥ ح ٨٨٦.

(٦) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٤٥ ح ٨٨٥.

(٧) وسائل الشريعة: ج ١٤ ص ٣٠٩ ب ١٩ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٩٦

و الأخ من الرضاع لهما من النسب، فيجوز أن يكون لعدم تأكّد استحباب تحرير الأخ منه كما يتأكّد فيه من النسب.

و لا- ينعقد على المرأة سوى العمودين بالاتّفاق إلّا فى الزوج ففيه خلاف تقدّم، و يدلّ عليه مع الأصل خبر أبى حمزة سأل الصادق (عليه السّلام) عن المرأة ما تملك من قرابتها، قال: كلّ أحد إلّا خمسة: أباه و أمّها و ابنها و ابنتها و زوجها «١».

و لئلاّ لم يذكر من الرضاع إلّا المحرّمات على الرجل غير العمودين و كان حكمها أيضاً كذلك قال و لو ملك أحدهما أى العمودين من الرضاع من ينعقد عليه لو كان نسباً رجلاً كان أو امرأة عتق عليه معنى ما ذكر، و الخلاف الخلاف و الأقوى أنّه لا حكم لقرابة الزنا، و فى الخنى أنّها كالمرأة مالكة و كالرجل مملوكة؛ للأصل فيهما و لا يثبت العتق إلّا حين يتحقّق الملك إذ لا عتق إلّا فى ملك، و لأنّ العقد لو اقتضى زوال الملك عن البائع مثلاً من غير أن يملكه المشتري لما قوّم عليه إن اشترى بعضه و لما تبعه أحكام البيع من الأرش و غيره، و للأخبار «٢» لنطق الأكثر بأنّه إذا ملك كذا انعتق عليه، و أمّا ما فى بعضها من نحو «لا

يملك أمه من الرضاع» (٣) «و لا يملك الرجل والديه و لا ولده و لا عمته و لا خالته» (٤) فبمعنى الاستقرار. و إذا توقّف العتق على الملك و هما متضادان لا- يمكن اجتماعهما فى آن لزم القول بالملك آنأ ثم العتق، و هو خيرة المبسوط. و هنا قولان آخران: أحدهما أنه لا ملك، و الآخر وقوع الملك و العتق معاً. و من يعتق عليه بالملك كله يعتق عليه بعضه لو ملك ذلك

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٣ ب ٩ أن المرأة إذا ملكت أحداً من الآباء .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٦ ب ٥ أنه لا يصح العتق قبل الملك.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩ ب ٧ أن الرجل إذا ملك أحد الآباء ... ذيل الحديث ٥.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ من أبواب بيع الحيوان، و ج ١٦ ص ٩ ب ٧ أن الرجل إذا ملك أحد الآباء.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٩٧

البعض لعموم الأدلّة و لا- يقوّم عليه الباقي لو كان معسراً و إن ملكه اختياراً و لا- مع يساره لو ملكه بغير اختياره لما عرفت من شرط السراية وفاقاً للشيخ و جماعة، لقوله (عليه السّلام): يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب «١». و نحو قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر أبى بصير و أبى العباس و عبيد و لا فارق «٢».

و لو ملكه مختاراً موسراً فالأقرب وفاقاً للمبسوط التقويم عليه؛ لصدق أنه أعتق البعض اختياراً، فإنّ الإعتاق تحصيل العتق، و هو هنا بالملك. و يحتمل العدم بناء على وقوعه قهراً بالملك، و ليس الملك علمه للعتق لتضادّهما، بل إنّما حصل العتق بحكم الشارع، و لو سلّم فقد وقع الخلاف فى إسناد الفعل إلى فاعل السبب، و فى أنّ القدرة على السبب قدرة على المسبّب.

و هل يقوّم اختيار الوكيل شراء بعض قريب الموكل الذى يعتق عليه أو اختياره ذلك جاهلين بأنّه ممّن يعتق عليه مقام اختياره عالمًا؟ فيه نظر فالأوّل من أنّ إطلاق التوكيل يستلزم صحّة الشراء المستلزم للعتق و نزول اختيار الوكيل منزلة اختيار الموكل فوقع العتق باختياره فلزم التقويم، و من أنّ الظاهر أنّ الإذن لا يتناول مثله، لأنّ فيه إتلاف المال فيبطل، و إن صحّ فليس اختياراً للعتق إلّا مع العلم بأنّه يعتق، إذ لا معنى لاختياره إلّا القصد إلى إيقاعه و هو منتفٍ. و الثانى من الشكّ فى أنّ اختياره الشراء المؤدى إلى العتق اختيار له مع جهله بالتأدى إليه إن قلنا بكونه اختياراً له مع العلم. و صحيح محمّد بن ميسر قال للصادق (عليه السّلام): رجل أعطى رجلاً ألف درهم مضاربة فاشترى أباه و هو لا يعلم ذلك، قال: يقوّم، فإن زاد درهم واحد عتق و استسعى الرجل «٣».

و لو أوصى له ببعض ولده فمات بعد موت الموصى قبل القبول فقبله أخوه أى الولد له أى للموصى له سرى فى باقيه على الميّت

(١) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٢٨٠ ب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٢٩ ب ٤ من أبواب بيع الحيوان ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ١٨٨ ب ٨ من أبواب المضاربة ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٩٨

إن خرج قيمة الباقي من الثلث لإعساره فيما زاد عليه، و ذلك لتنزّل قبوله منزلة قبول الموصى له فكأنّه قبل فى الحياة و قبوله كاشف عن ملكه من حين موت الموصى. و فيه أنه لا وجه لدخوله تحت نصوص السراية، و أن ينزل قبول الوارث منزلة قبول

مورثه و كشف عن ملكه حين مات الموصى.

و لو أوصى له ببعض ابن أخيه فمات و أخوه وارثه فقبله أخوه له لم يقوّم الباقي على الأخ لأنّ الملك يحصل للميت أولاً، لقبول الوارث له ثمّ له بالإرث فكأنّه حصل له الملك بغير اختياره، و يحتمل التقويم لأنّه فى الحقيقة حصل باختياره و إن بعد بواسطة و كذا الاحتمال لو رجع إليه بعض قريبه الذى ينعق عليه برّد عوضه بالعيب كما لو باع بعض أخيه بعين ثمّ مات البائع و لم يخلف إلّا ابن أخيه ثمّ ظهر فى العين عيب فرده فرجع إليه البعض من أبيه؛ لاحتمال أنّه إنّما اختار ردّ العوض و الرجوع حصل بغير اختياره، و كون الرجوع أيضاً باختياره بواسطة.

و لو اشترى هو و أجنبيّ صفقة قريبه الذى ينعق عليه عتق كلّ مع يساره و ضمن قيمة حصّة شريكه لعموم الأدلّة. و لو اشترى الزوج و الولد أمّه أى الولد صفقة و هى حامل بنت سرى على الولد فى الأمّ و قومت حصّة الزوج منها على الابن و عتقت البنت عليهما معاً لأنّها بنت الزوج و أخت الابن، و ليس لأحدهما على الآخر شىء من قيمتها. و كذا لو وهبت الأمّ لهما فقبلها دفعةً و لو قبلها الابن أولاً و تأخر قبول الزوج لا على وجه يعتمد عتقت عليه هى و حملها بعضها أصالةً و البعض سرايةً و غرم القيمة لهذا البعض.

و هل هى للزوج أو للواهب؟ إشكال من تعلق حقّ الزوج بها و إسقاط الواهب حقّه منها، و من حصول العتق قبل قبول الزوج و الدخول فى ملكه و الملك قبله للواهب فله القيمة، فإنّه إذا تلف الموهوب قبل القبول بطلت الهبة و أقربه الثانى للتلف قبل الانتقال فلا يجدى تعلق الحقّ به قبل التلف، و الواهب إنّما أسقط حقّه من العين مع أنّه لا يتمّ الإسقاط إلّا بتمام القبول فله أى للواهب

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٣٩٩

نصف القيمتين أى قيمتى الأمّ و البنت أى قيمة الأمّ حاملاً لا مجردة عن الحمل، إلّا أن يعتبر القيمة حين الأداء و لم يؤدّ إلّا بعد الوضع، فإنّه يؤدّى نصف القيمتين حقيقةً و إلّا فلزوج نصف قيمة الأمّ حاملاً مجردة عن الحمل، إلّا أن يعتبر حين الأداء و آخر فنصف قيمتها والدّة، و ليس عليه حينئذٍ نصف قيمة الولد لانعاقه عليه بقبوله، إلّا على القول بعق الجميع بمجرد عتق البعض إذا كان المعتق موسراً من غير اشتراطه بالأداء فإنّه يلغو قبول الزوج حينئذٍ، كما يلغو إعتاق الشريك بعد إعتاق شريكه قبل الأداء. و لو قبل الزوج أولاً عتق عليه الولد كلّ و عليه قيمة نصفه ثمّ إذا قبل الابن عتقت عليه الأمّ كلّها و عليه نصف قيمتها و يتفاضان بما لهما من نصفى الأمّ و الولد على الأول و هو كون القيمة للمتهب و يردّ كلّ منهما الفضل على صاحبه إن فضلت إحدى القيمتين على الأخرى، و ذلك إن ألغينا قبول الابن للبنت؛ لانعاقها بمجرد قبول الزوج، و إلّا لم يكن له نصف قيمتها و كذا الوصية للزوج و الابن بأمّه حاملاً بنت إن كان القبول ناقلاً، إذ لو كان كاشفاً لم يتفاوت الحال بالافتراق و الترتّب.

[المطلب الثالث: القرعة]

إشارة

المطلب الثالث: القرعة و محلّها الكثرة إذا حصل العتق لبعضهم و لم يتعيّن فمن أعتق أحد عبده و لم يعيّن لفظاً و لا نيةً أو لفظاً خاصةً ثمّ مات قبله قيل: تعيّن الوارث بلا قرعة و قيل: مع القرعة و قد تقدّم. و من أعتق فى مرض الموت ثلاثة أبعد لا مال له سواهم دفعةً اخرج واحد بالقرعة فيتعيّن العتق فى كلّ أو بعضه أو فيه و فى

بعض آخر يخرج بالقرعة.

و لو رتب العتق بدئ بعق الأول فإن زاد على الثلث نفذ بقدره و لو نقص أكمل من الباقي بقدره، و كذا لو أوصى بالعتق على ترتيب بدئ بالأول و لا قرعة.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٠٠

و لو رتب في الوصية لكن اشتبه أو جمع بينهم أقرع و كذا لو رتب في المنجز فاشتبه و التدبير كالوصية.

و لو قال: الثلث من كل واحد منكم حرّ ففى إجراء القرعة فيه إشكال من أنه يسرى العتق فى كل منهم بعق ثلثه لإيسار المولى، و لا يسرى فى الكل لانحصار المال فيهم. و من أنه لا سرايه هنا، لأنه أتلف ثلث ماله دفعه و هو معسر فى الزائد، و هو أقرب كما مرّ فى الوصايا.

و لو أعتق ثلاثة فصاعداً لا يملك غيرهم و مات أحدهم قبل موت المولى أو قبض الوارث لم ينتزل (١) الميت منزلة المعدوم، لأنه مات بعد التحرير بل أقرع بين الميت و الأحياء فإن خرجت على الميت حكم بموته حرّاً فمؤنة تجهيزه على وارثه أو فى بيت المال كلّما أو بعضاً و إلّا حكم بكونه رقاً فتجهيزه على ورثة المولى و لا يحتسب من التركة لتلفه قبل القبض و يقرع بين الحيين فيتحرّر من تقع عليه القرعة خاصية إن وفى بالثلث من التركة الباقية، و لو عجز أكمل الثلث من الآخر معيناً إن كانوا ثلاثة و إلّا فبالقرعة فإن فضل منه أى من الأول الذى خرجت القرعة بحريته شىء بأن زاد على ثلث التركة الباقية كان الفاضل رقاً فلو كانوا ثلاثة متساوين قيمة عتق منه ثلاثة.

و لو كان موته بعد قبض الورثة له حسب من التركة كما فى المبسوط لدخوله فى يد الوارث و ضمانه، فاعتبر الثلث من التركة الاولى. و قيل: بل لا يحسب منها كالأول، إذ ليس لهم التصرف فيه ما لم يظهر الحرّ من العبد.

و لو دبرهم و مات أحدهم قبل المولى بطل تدبيره و لم يحسب من التركة بل أقرع بين الحيين و أعتق من أحدهما ثلثهما و ثلثهما قد يكون ثلثى الواحد و قد يزيد و قد ينقص، و لو مات بعد المولى قبل القبض أو بعده لم يبطل تدبيره بل كان كما فى المسألة المتقدمة.

(١) فى ط: ينزل.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٠١

و لو أعتق ثلاث إماء فى مرض الموت و لا يملك سواهنّ أخرجت واحدة بالقرعة، فإن كان بها حمل تجدد بعد الإعتاق فهو حرّ إجماعاً إلّا أن يكون أبوه عبداً و اشترط الرقية و أجزناه و إن كان سابقاً فالأقرب الرقية لما عرفت من أنّ الحمل لا يتبع الحمل فى العتق، خلافاً للشيخ و أبى على.

و لو أوصى بعق عبد مثلاً فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه، فإن امتنع أعتقه الحاكم و يحكم بحريته من حين الإعتاق إذ به يتم السبب الشرعى لها لا من حين الوفاة فإن الوصية ليست من الإعتاق فى شىء فما اكتسبه بينهما للوارث على رأى وفاقاً للمحقق لأنه بينهما رقيق له فكسبه له، و خلافاً للشيخ تمسكاً بأن الإرث بعد الوصية، فالوصية و الموت تمّ سبباً لخروج العبد عن ملك الوارث و الكسب تابع، لكن لا يملكه العبد إلّا بعد العتق.

و لو أعتق المريض شقصاً له من عبد مشترك ثم مات معسراً فلا تقويم قطعاً، و حدّ الإعسار عدم وفاء الثلث فإن لم يكن له غيره أى الشقص عتق ثلثه أى ثلث الشقص خاصة.

و لو خلف ما يزيد بعد أداء قيمة الشقص الباقى ضعف قيمة الشقص الباقى قوم عليه و عتق على إشكال، ينشأ من انتقال التركة

إلى الورثة بالموت حيث لا دين ولا وصية فلا يبقى للميت شيء يقضى منه للشريك فيكون معسراً، ومن أن النص والفتوى دلاً على أن من أعتق شركاً له عتق عليه الكل فصار قيمة الباقي ديناً عليه.

أما لو أوصى بعتق الشقص فالأقرب عدم التقويم فإن الوصية غير العتق فلا سراية حين الوصية ولا مال له حين العتق ولا تقويم على الوارث فإنه يعتق عن الميت. ويحتمل التقويم ضعيفاً بناءً على أن الوصية بالشيء وصية بلوازمه، والتقويم لانزم لعتق الشقص، وعموم ليس لله شريك وكذا التدبير فإنه وصية.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٠٢

ولو أعتق المريض مماليك أو أوصى به وظهر دين مستغرق بعد الحكم بالحرية لخروجهم من الثلث ظاهراً حكم بطلان العتق، فإن قال الورثة: نحن نقضى الدين ونمضى العتق فالأقرب وفاقاً للشيخ نفوذه، لأن المانع من نفوذه الدين وقد سقط بضمان الورثة أو أدائهم ويحتمل عدمه، لأن الدين مانع فوق باطلاً حين وقع ولا يصح بزوال المانع بعده إذ لا يكفي في تحقق الشيء، بل لا بد فيه معه من وجود الموجب، ولا يكفي وجوده حين كان المانع، وإنما يتم إن كان المانع مانعاً من التأثير دون استقراره، وتغليب الحرية يقوى الثاني.

ولو وقعت القرعة على واحد من الثلاثة فأعتق ثم ظهر دين يستغرق نصف التركة احتتمل بطلان القرعة، لأن صاحب الدين شريك فيه، فلم يصح الإقراع والقسمة مع غيبته واحتمل الصحة، ويرجع نصف العبد رقاً فإنه إنما يبطل لو تضمن تضييع حق للشريك، وليس كذلك، فإنها إنما عينت العتق، وإنما للدائن حق في نصف كل منهم، فإذا رجع نصف المقروع رقاً فقد جمع بين الحقين، هذا إن تعلق الدين بالتركة، وإلا فالصحة متعينة.

ولو ظهر له مال بقدر ضعفهم بعد رقية اثنين أعتقوا أجمع وإن أعتقهم [و عرف الخلاف] «١» في مرضه ظهر صحته في الجميع ويكون كسبهم من حين الإعتاق لهم لا من حين موت المولى الموصى بعتقهم كما عرفت وعرفت الخلاف.

وإن كانوا يبيعوا ظهر أنه بطل البيع، وكذا لو كانوا زوجهم بغير إذنهم وأجزنا ذلك لمولى العبد ظهر فساد الترويج، لأن الوارث ليس مولى لهم ولو كان تزوج أحدهم بغير إذن سيده أى الوارث ظهر أنه كان نكاحه صحيحاً إذ لا ولاية له عليه.

(١) ما ييم المعقوفين ليس في ق و ن.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٠٣

ولو ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثهم فيقرع بين الاثنين الباقيين إن نقص الأول عن الثلثين.

ولو علق في الصحة نذر العتق بشرط وجد في مرضه أعتق من صلب المال لتقدم السبب وانتفاء التهمة. واحتمل في التحرير كونه من الثلث لصدق كونه من منجزات المريض.

ولو شهد بعض الورثة بعتق مملوك لهم مضى العتق في نصيبه منه فإن شهد آخر منهم وكانا مرضيين نفذ العتق فيه أجمع وكذا لو حلف مع شهادة واحد مرضي كما مر وإلا مضى في نصيبهما خاصة ولا يكلف أحدهما شراء الباقي لأنهما لم يعتقا، ولكن يستسعى المملوك، لصحيح محمد بن مسلم سأل أحدهما (عليهما السلام) عن رجل ترك مملوكاً بين نفر فشهد أحدهم أن الميت أعتقه، قال إن كان الشاهد مرضياً لم يضمّن، و جازت شهادته، واستسعى العبد فيما كان للورثة «١». ونحوه خبر منصور عن الصادق (عليه السلام) «٢».

ولو شهد اثنان مرضيان على رجل بعتق شقص قوم عليه الباقي، فإن رجعا بعد الغرم غرما قيمة العبد أجمع لأنهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه إلا أن يشهد آخران بعتقه قبل شهادتهما فيسقط الضمان.

و لو شهدا على المريض بعق عبد هو ثلث تركته فحكم الحاكم بعقته ثم شهد آخران بعق آخر هو ثلث تركته ثم رجع الأولان فإن سبق تاريخ متعلق شهادتهما و لم يكذب الورثة رجوعهما بشرط أن لا يصدّقه أيضاً بل يسكتوا، والأظهر و لم يصدق عتق الأول عملاً بالحجة الشرعية من غير معارض، فإن الشهادة الثانية لا تعارضها لضبط التاريخ، و خصوصاً إذا كذبوا الرجوع و صدّقوا الشهادة و لما رجعا بعد الحكم لم يقبل رجوعهما و لم يغرم شيئاً للورثة و لا للعبد الثاني؛ للأصل، و عدم

(١) وسائل الشريعة: ج ١٦ ص ٥٥ ب ٥٢ أن أحد الورثة لو شهد .. ح ١.

(٢) المصدر السابق: ص ٥٦ ح ٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٠٤

تفويتها شرعاً على أحد شيء، لحكم الشرع بعق الأول و رق الثاني.

و يحتمل قوياً إلزامهما بشراء الثاني بمهما كان من الثمن و عتقه و ضمانهما منافعه لأنهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها أى مع اعترافهما بكذبها فاعترفاً بالتفويت عليه، و يلزم الورثة الرضا؛ لقيام الحجة الشرعية بعقته بدون معارض، و قد يمنع إلزامها بذلك و تغريمها لما أن السبب فى عدم اعتاقه قصور الثلث مع عدم إجازة الوارث لا شهادتهما الكاذبة، و ضعفه ظاهر.

و إن صدّقوهما فى الرجوع و كذبوهما فى شهادتهما عتق الثاني لأنه ثبت عتق عبد هو ثلث، و إنما النزاع فى التعيين، فلما كذبوا البيّنة الأولى فكأنهم وافقوا الثانية فى عتق الثاني و رجعوا عليهما بقيمة الأول لأنهما فوّتا رقه عليهم بشهادتهما المرجوع عنها فإن أخذوا القيمة ثم عتقوا تمام الثاني لأنه ثلث التركة و إلا كان أعسر الشاهدان كان الأول تالفاً من التركة و عتق من الثاني ثلث الباقي منها.

و إن تأخر تاريخ شهادة الأولين عن تاريخ شهادة الثانيين بطل عتق المحكوم بعقته لقيام الحجة الشرعية بما ينافيه من غير معارض لها و لم يغرم شيئاً كذباً أنفسهما أم لا.

و لو كانتا أى البيّنتان مطلقتين أو إحداهما أو اتفق التاريخان أقرع لحصول العلم بما اتفقا عليه من عتق عبد هو ثلث، و الإيهام فى عينه لتعارضهما إذ لا عبرة برجوعهما فى حق الغير و هو العبد الأول، و لا- مخلص إلماً بالقرعة، و لا- بدّ من أن يراد باتفاق التاريخين الاتفاق عرفاً، فإنه مع الاتفاق حقيقة يثبت وقوع العتق عليهما معاً فى آن و هو يستلزم عتق نصف كلّ منهما بلا قرعة، إلا أن يقال بالسراية فتجرى القرعة كما احتمله فيما إذا أعتق ثلث كلّ واحد من ثلاثة أعبد لا مال له سواهم.

و إذا أقرع فإن خرجت على الثاني عتق و بطل عتق الأول لقيام الحجة بما ينافيه إلا أن يكذب الورثة شهادة الأخيرين بالتقريب الآتى

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٠٥

و لا- غرم على الأولين، و هو ظاهر، و لا- على الثانيين و إن كذبوهما، إذ لا بينة لهم على الإلتلاف بغير حق، و لأنه يحكم بعق الثاني مع التكذيب و إن خرجت على الأول عتق أى ظهر صحه عتقه.

ثم الورثة إن كذبوا الأولين فى شهادتهما عتق الثاني إن لم يكذبوا الأخيرين أيضاً، لأنّ تكذيبهم مع حصول العلم بعق عبد هو ثلث بمنزلة الاعتراف بعق الثاني للانحصار فيهما و رجعوا على الشاهدين بقيمة الأول لتفويت الشاهدين رقه بغير حق باعترافهما و إن كذبوهما فى رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لاعترافهم بأنهما لم يفوّتا عليهم بغير حق.

خاتمته في كيفية القرعة إذا احتيج إليها إذا أعتق ثلث عبيده ولم يعين أو أعتقهم أجمع مريضاً أو أوصى به ولا مال له غيرهم احتيج إلى القرعة، وتختلف الكيفية باختلاف الفروض والفروض ستة:

[الفرض الأول]

الأول: أن يكون لهم ثلث صحيح عدداً وقيمة كثلاثة أو ستة أو تسعة وقيمتهم واحدة ولا مال له سواهم فيقسمون ثلاثة أقسام متساوية عدداً وقيمة قسماً للحرية وآخرين للرقيّة ويكتب ثلاث رقاع في واحدة حرّية وفي آخرين رقيّة ويستر الرقاع ثم يقال لرجل لم يحضر أو كان في حكمه من عدم العلم بالحال وكونه أميناً أخرج على اسم هذا القسم، فإن خرجت رقعة الحرّية عتق، وإن خرجت رقعة الرقّ رقّ وأُخرجت أخرى على اسم «١» آخر، فإن خرجت رقعة الحرّية عتق و رقّ الثالث، وإن خرجت رقعة الرقّ عتق الثالث قطعاً أو يكتب اسم كلّ قسم واحداً أو أكثر في رقعة ثم يخرج رقعة على الحرّية فيعتق المسمون فيها ويرقّ الباقيان، وإن أخرج على الرقيّة جاز و رقّ المسمون فيها ثم يخرج أخرى على الرقّ فيرقّ المسمون فيها ويعتق الثالث، وإن أخرج الأولى

(١) في ق و ن: «قسم».

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٠٦

على الرقيّة والثانية على الحرّية جاز أيضاً وعتق المسمون فيها و رقّ الثالث لكنهما يشتملان على ما لا حاجة إليه، والأولى أفراد كلّ واحد برقعة كما سيأتي

[الفرض الثاني]

الثاني: يمكن قسمتهم أثلاثاً عدداً وقيمة وقيمتهم مختلفة لكن يمكن التعديل فيها كسنة قيمة كلّ واحد من اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة كلّ واحد من الآخرين ألفان وقيمة كلّ من الباقيين ألف فتكون التركة اثني عشر، ويمكن أن يجعل كلّ عباين ثلث التركة بالقيمة فيجعل الأوسطين جزء إذ قيمتهما أربعة آلاف، هي الثلث و واحداً من الأولين و آخر من الآخرين جزء، و كذا يجعل الجزء الثالث الآخر من الأولين و آخر من الآخرين و يعتمد القرعة كما تقدّم من أحد الوجهين.

[الفرض الثالث]

الثالث: أن يكون عددهم إذا قسموا أثلاثاً متساوياً ولكن قيمتهم مختلفة، ولا يمكن الجمع بين تعديلهم في العدد والقيمة معاً، بل إنّما يمكن التعديل بكلّ منهما أي العدد والقيمة منفرداً كأن يكونوا ستة و يكون قيمة أحدهم ألفاً وقيمة آخرين ألفاً وقيمة ثلاثة ألفاً و إنّما يعتبر التعديل بالقيمة لا بالعدد فإنّ العبرة بثلث التركة قيمة، خلافاً لبعض العامة فاعتبر العدد في التعديل لكن يوافقنا في أنه لا يعتق إلّا الثلث قيمة فيجعل العبدى قيمته قيمة ألف جزء و اللذين قيمتهما ألف جزء و الثلاثة الآخر جزء ثم يقرع كما تقدّم من الوجهين.

[الفرض الرابع]

الرابع: أن يمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد كسبعة قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة أربعة ألف فيعدلون بالقيمة أيضاً و يقرع بأحد الوجهين.

[الفرض الخامس]

الخامس: أن يمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كسبعة قيمة اثنين ألف تساوت قيمتهما أم لا، وكذا الباقي، لكن مع الاختلاف يجب أن لا يتحقق فيهم اثنان قيمتهما ألف إلا مرة، وكذا الباقيان وقيمة اثنين سبعمائة وقيمة اثنين خمسمائة فيقسّمهم أثلاثاً بالعدد على وجه يتقاربون في القيمة

كشفت اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٠٧

فيجعل كل اثنين يقارب القسمين الباقيين قيمة قسماً فيجعل المتوسطين اللذين قيمتهما سبعمائة جزءاً واحداً من الأقل مع واحد من الأرفع جزءاً و يقرع كما تقدّم فإذا خرجت الحرّية على جزء قيمته أكثر من الثلث كغير المتوسطين أعيدت القرعة بينهما فيعتق من يخرج به بتمامه و من الآخر تتمّية الثلث لا- كله فإن خرجت على جزء قيمته أقل من الثلث عتقا و أكمل الثلث من الجزئين الباقيين بالقرعة المشتملة على الحرّية يخرج باسم واحد.

[الفرض السادس]

السادس: أن لا يمكن تعديلهم لا بالعدد ولا بالقيمة كخمسة قيمة واحد منهم ألف وقيمة اثنين ألف أحدهما ثلاثمائة مثلاً و الآخر سبعمائة وقيمة اثنين ثلاثة آلاف قيمة أحدهما ألف وثمانمائة مثلاً و الآخر ألف و مائتان.

فيحتمل تجزئتهم ثلاثة أجزاء الأكثر قيمة و هو الواحد الذي قيمته ألف و ثمانمائة جزءاً و يضمّ إلى الثاني و هو ما قيمته ألف و مائتان أقل الاثنين الباقيين اللذين قيمتهما ألف قيمة و هو ما قيمته ثلاثمائة و تجعلهما جزءاً و الباقيين و هو ما قيمته سبعمائة و ما قيمته ألف جزءاً واحد قيمته ألف و ثمانمائة، و آخر اثنان قيمتهما ألف و خمسمائة، و آخر اثنان قيمتهما ألف و سبعمائة ثم يقرع بسهم حرّية و سهم رقّ و يعدل الثلث بالقيمة كما تقدّم من أنه إن خرجت القرعة على جزء قيمته أقل من الثلث عتق جميعه و أكمل الثلث من الجزئين الباقيين بإخراج قرعة الحرّية باسم واحد، و إن خرجت على ما قيمته أكثر فإن كان واحداً كما فرضناه عتق منه بقدر الثلث، و إن تعدّد أقرع ثانياً بينهما فمن خرج عتق بتمامه مع جزء من الآخر.

و يحتمل عدم التجزئة بل يخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث من واحد أو أكثر فيكتب خمس رقاع بأسمائهم ثم يخرج على الحرّية أو خمس رقاع اثنتان بالحرّية و ثلاث بالرقّ و يخرج على

كشفت اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٠٨

أسمائهم فإن كان الخارج باسمه أو على اسمه بقدر الثلث عتق و إن زاد عليه عتق بقدره و استسعى في الباقي، و إن نقص عنه عتق و أكمل من البواقي بقدر الثلث بالقرعة، و الأقرب عندى استعمال الأخير في جميع الفروض لأنه أقرب إلى التعيين فإنه إذا جمع اثنان فصاعداً في قرعة احتتمل عتق واحد دون الباقي، و لا يندفع إلا بالإقرار، و حينئذٍ أمكن في الثاني أن يعتق ثلاثة منهم، و لا يندفع هذا الوجه في الثالث و الرابع بأنه يجوز أن يتبع العبد، بخلاف الوجه الأول فإنه يوجب العتق تاماً، إذ لا دليل على الترجيح من هذه الجهة، و لا بما روى: أن أنصارياً أعتق ستة لا مال له سواهم فجزّاهم النبي (صلى الله عليه و آله) ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين «١» لضعف الخبر، و عدم تعيينه للإقراع كذلك.

و لو كان له مال غير العبيد يكون ضعف قيمة العبيد أو أكثر عتقوا و إن كان أقل من الضعف عتق قدر ثلث المال من العبيد، فإذا

كان العبيد نصف المال عتق ثلاثهم، وإن كانوا ثلثيه عتق نصفهم، وإن كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة أتساعهم فإنما نيسط المال أثلاثاً يكون اثنا عشر، ثلاثة منها غير العبيد و العتق معتبر في ثلثها و هو أربعة من الاثنى عشر جزء من تمام المال، و من تسعة من العبيد.

و طريقه أى الضابط لما يعتق منهم إذا كان له مال سواهم أن تضرب قيمة العبيد في ثلاثة لكون المقصود هو الثلث ثم ينسب إليه أى إلى الحاصل مبلغ التركة، فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها، فلو كانت قيمتهم ألفاً و الباقي ألف ضربت قيمة العبيد في ثلاثة يكون ثلاثة آلاف ثم ينسب إليها الألفين فيكون ثلثها، فيعتق من العبد الثلثان و هو ثلث التركة. و لو كانت قيمتهم ثلاثة آلاف و الباقي ألف ضربنا قيمتهم في ثلاثة تصير تسعة آلاف و ينسب إليها التركة أجمع و هى أربعة آلاف فيكون أربعة أتساعها فيعتق أربعة أتساعهم و هى ثلث التركة التى هى اثنا عشر.

(١) سنن البيهقي: ج ١٠ ص ٢٨٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٠٩

و لو كانت قيمتهم أربعة آلاف و الباقي ألف عتق ربعهم و سدسهم فإنما تضرب الأربعة في الثلاثة يكون اثنا عشر و ينسب إليها الخمسة يكون ربعها و سدسها.

و لو لم يكن له مال سواهم و كان عليه دين بقدر نصفهم مثلاً قسّموا نصفين و كتب رقعتان رقعة للدين و رقعة للتركة أو رقعتان للنصفين و يخرج على الدين، و الأولى أن يكتب رقاع بعددهم فيخرج على الدين واحد واحد حتى يستوفى فيباع من يخرج للدين و يبقى الباقي جميع التركة و إن استلزم ذلك تشطير عبد يضرب بالورثة أو يوجب نقص قيمته اختير للدين غيره بلا قرعة إن انحصر، و إلا فبالقرعة، و إذا تعين الباقي تركة يعتق ثلثهم بالقرعة كما تقدّم.

و لا يجوز القرعة بما فيه خطر أى خوف تلف أى بأمر غير مضبوط مثل إن طار غراب ففلان يتعين للحرية لعدم ورود الشرع بمثل ذلك. نعم يحتمل جوازها بنحو النوى و الحصى للضبط، و الخبر بأنه (عليه السلام) أقرع بالبعر مرة و بالنوى اخرى (١) لكن الأحوط بالكتابة في رقاع، و ينبغى أن يتساوى و أن يجعل في بنادق و أن يغطى بثوب زيادة في الإبهام و بعداً عن التهمة.

[المطلب الرابع فى الولاء و فيه ثلاث مباحث]

إشارة

المطلب الرابع فى الولاء و مباحثه ثلاثة:

[المبحث الأول: فى سببه]

□
الأول: فى سببه و سببه التبرع بالعتق بالنص كقول الصادق (عليه السلام) فى خبر إسماعيل بن الفضل: إذا أعتق لله فهو مولى للمذى أعتقه (٢). و الإجماع كما فى الانتصار و الغنية و السرائر إذا لم يتبرأ من ضمان الجريرة و إن كان العتق بعد الموت كالنذير، فلو لم يتبرع بل أعتق فى واجب كالنذر و الكفارة و الكتابة

(١) لم نعتز عليه.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٣٩ ب ٣٦ من أعتق و جعل ... ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤١٠

و شراء العبد نفسه و الاستيلاء على رأى وفاقاً لابن إدريس و العتق بعوض من العتيق أو غيره كأن يعتقه و يشترط عليه مالا أو قيل له: أعتق عبدك و لك على كذا و عتق القراية على رأى وفاقاً لابن إدريس و ابن الجنيد سقط و يدل على السقوط فى العتق فى كفارة أو نذر مع الأصل و الإجماع كما فى الانتصار و الغنية النصوص، كقول الباقر (عليه السلام) لعَمَّار بن أبى الأحوص: انظر فى القرآن فما كان فيه تحرير رقبة فذلك، يا عَمَّار السائبة التى لا ولاء لأحد من المسلمين عليه إلا الله عزّ و جلّ، فما كان ولاؤه لله عزّ و جلّ فهو لرسول الله (صلى الله عليه و آله)، و ما كان لرسول الله (صلى الله عليه و آله) فإنّ ولاءه للإمام و جنايته على الإمام و ميراثه له «١» و لبريد بن معاوية فى الصحيح: إن كانت الرقبة التى كانت على أبيه فى نذر أو شكر أو كانت واجبة عليه فإنّ المعتق سائبة لا سبيل لأحد عليه «٢» و أمّا صحيح أبى بصير سأل الصادق (عليه السلام) عن الرجل يعتق الرجل فى كفارة يمين أوظهار لمن يكون الولاء؟ قال: للذى يعتق «٣». فيحتمل البناء للمفعول أى له يضعه حيث يشاء.

و أمّا السقوط عن المكاتب فلانتفاء التبرّع، بل هو بمنزلة شراء «٤» نفسه، و لحسن ابن أبى عمير أرسله عن الصادق (عليه السلام): فى رجل كاتب مملوكه و اشترط عليها أنّ ميراثها له، فرفع ذلك إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) فأبطل شرطه و قال: شرط الله قبل شرطك «٥».

و فى الخلاف و الإيجاز و المبسوط و السرائر و الوسيلة و الغنية و الجامع و الإصباح و التحرير: ثبوته مع الشرط، و نفى عنه الخلاف فى السرائر، و يدلّ عليه مرسل أبان سأل الصادق (عليه السلام) عن المكاتب فقال: يجوز عليه ما اشترطت عليه «٦».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٨ ب ٤٣ أنّ المعتق واجباً سائبة .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٥ ب ٤٠ أنّ المعتق إذا مات .. ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٩ ب ٤٣ أنّ المعتق واجباً .. ح ٥.

(٤) فى ق و ن: «سرايته».

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٧ ب ١٥ أنّ من شرط ميراث .. ح ١.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٦ ب ٤ أنّ المكاتب المطلق .. ح ٤.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤١١

و قول الباقر (عليه السلام) فى حسن محمّد بن قيس: إن اشترط السيد ولاء المكاتب فأقرّ العبدى كوتب فله ولاؤه «١». و فى صحيحه: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى مكاتب اشترط عليه ولاؤه إذا أعتق فنكح و ليدة لرجل آخر فولدت له ولداً فحرّر ولده ثمّ توفّى المكاتب فورثه ولده فاختلفوا فى ولده من يرثه؟ قال: فألحق ولده بموالى أبيه «٢». و فى خبر ابن سنان: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى من كاتب عبداً أن يشترط ولاؤه إذا كاتبه «٣». و يجوز أن يكون ما تقدّم من إبطال الشرط لوجود قريب يرثه.

و أمّا السقوط إذا اشترى العبد نفسه فلالأصل، و انتفاء التبرّع.

و فى المبسوط و الخلاف و الوسيلة و الجامع: ثبوته مع الشرط؛ لعموم المؤمنون عند شروطهم، و كونه كالمكاتبه مع الشرط.

و أما عن أمّ الولد فلانعتاقها بعد المولى من نصيب الولد وجوباً مع نصّ الأخبار بأنّ الولاء لمن أعتق «٤» و أنّ المعتق هو المولى «٥».

و فى المبسوط و الوسيلة: ثبوته عليها.

و أما فى العتق بعوض فلأصل مع انتفاء التبرّع.

و أما فى تملك من يعتق عليه فلذلك، و لقولهم (عليهم السلام): الولاء لمن أعتق «٦».

و فى المبسوط و الوسيلة: ثبوته؛ لعموم الخبر، فإنّ اختيار التملك إعتاق، و فيه أنّه خلاف المتبادر مع أنّه قد لا يكون التملك بالاختيار إلّا أن يستثنى. و لخبر سماعه عن الصادق (عليه السلام): يملك ذا رحمه هل يصلح له أن يبيعه أو يستعبده؟ قال: لا يصلح له أن يبيعه و لا يتّخذه عبداً و هو مولاه و أخوه فى الدين، و أيهما مات

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٧ ب ١٦ حكم ولاء .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٨ ب ١٦ حكم ولاء .. ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٩ ب ٤٣ أنّ المعتق واجباً .. ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٣٨ ب ٣٥ أنّ الميراث و الولاء ..

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤١ ب ٣٨ أنّ ولاء الولد ..

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٣٨ ب ٣٥ أنّ الميراث و الولاء ..

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤١٢

ورثه صاحبه، إلّا أن يكون له وارث أقرب إليه منه «١». و هو مع الضعف يحتمل الولاية و الإرث للقراية، و كون ذى الرحم مّمن لا يعتق عليه و عدم الصلاحية على الكراهية.

و كذا يسقط الولاء لو تبرّع بالعتق و شرط فى الصيغة كما فى النهاية و السرائر و التحرير سقوط ضمان الجريرة بالإجماع كما فى الخلاف و النصوص، ففى الصحيح عن أبى بصير أنّه سأل الصادق (عليه السلام) عن المملوك يعتق سائبة، قال: يتولّى من شاء و على من تولّى جريرته و له ميراثه، قيل: فإن سكت حتى يموت و لم يترك أحداً، قال: يجعل ماله فى بيت مال المسلمين «٢».

و الأقرب وفاقاً لإطلاق الخلاف و المبسوط أنّه لا يشترط فى سقوطه الإشهاد بالبراءة للأصل، و خلافاً للنهية و السرائر و الجامع، لقول الصادق (عليه السلام) فى صحيح ابن سنان: من أعتق رجلاً سائبة فليس عليه من جريرته شيء، و ليس له من الميراث شيء و ليشهد على ذلك «٣» و خبر أبى الربيع أنّه سأل (عليه السلام) عن السائبة، فقال: الرجل يعتق غلامه و يقول: اذهب حيث شئت ليس لى من ميراثك شيء و لا على من جريرتك شيء، و يشهد على ذلك شاهدين «٤». و غايتها الأمر بالإشهاد، و دخوله فى الثانى فى تعريف السائبة ممنوع.

و لو نكّل به فانعتق بالتنكيل فلا- ولاء له بلا خلاف، للأصل و الانعتاق قهراً، و قول الباقر (عليه السلام) فى صحيح أبى بصير: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فىمن نكّل بمملوكه أنّه حرّ لا- سبيل له عليه سائبة يذهب فيتولّى إلى من أحبّ، فإذا ضمن حدثه فهو يرثه «٥».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٦ ب ١٣ كراهة تملك ذوى الأرحام .. ح ٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٦ ب ٤١ أنّ المعتق سائبة .. ذيل ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٦ ب ٤١ أن المعتق سائبة .. ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٨ ب ٤٣ أن المعتق واجباً .. ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٦ ب ٢٢ أن المملوك إذا مثل به .. ح ٢.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤١٣

و حقيقة الولاء كما روى عنه (عليه السلام) لحمه ك لحمه النسب في المخالطة و التسبب للإرث، و أنه لا يباع و لا يوهب (١) و لعل السر المشابهة بالنسب (٢) للوجود (٣) فإن المعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه كالأب، و الأصحاب و الأخبار (٤) ناطقة بأن المولى إما المعتق أو معتق الأب و إن علا أو معتق الامّ و إن علت. فعن الصادق (عليه السلام) في صحيح العيص: ولاء ولده لمن أعتقه (٥). و قوله (عليه السلام) لعمية الحسن بن مسلم: إنما المولى الذي جرت عليه النعمة، فإذا جرت على أبيه و جدّه فهو ابن عمك و أخوك (٦) محمول على الإطلاق عرفاً لا الحكم الشرعى. و كذا قوله في خبر حذيفة بن منصور: المعتق هو المولى و الولد ينتمى إلى من شاء (٧). أو معتق المعتق و هكذا كما يقتضيه شبهه بالنسب.

ثم إنه يسرى الولاء إلى أولاد المعتق أو المعتقة إلما أن يكون فيهم حرّ الأصل، بأن يسلم قبل أن يسبى دون أبويه فسيباً أو أحدهما فيعتقا، أو يكون فيهم من مسه الرقّ فلا ولاء عليه أصلاً من جهة إعتاق الأب أو الأمّ، بل من جهة إعتاقه فلا ولاء عليه إلّا لمعتقه أو عصبات معتقه فإنّه كالنسب، فالمعتق كالأب، و معتق الأب كالجدّ، و الأب أولى. و بعبارة اخرى المعتق أعظم نعمة عليه من معتق الأب أو كان فيهم من أبوه حرّ أصلى ما مس الرقّ أباه أصلاً، و إن مس الرقّ امه فإن عتق الجدّ لا- يؤثر فيه؛ لانقطاع السبب من الأب مع أنّ الانتساب إليه فلا عبرة برقّ الامّ، و تغليب الحرّية، و أصالة عدم الولاء، و لأنّه إذا اجتمع مولى الأب و مولى الامّ قدّم مولى الأب، فابتداء حرّيته يمنع الولاء لمولى الأمّ فالاستدامة أولى لكونها أقوى. و للعامّة قول بثبوت الولاء إن كان الأب أعجمياً، و آخر إن كان ذمياً، و آخر إن جهل نسبه.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٧ ب ٤٢ أنه لا يصح بيع الولاء .. ح ٢.

(٢) فى ن: «للتسبب».

(٣) فى ق و ن: «فى الوجود».

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤١ ب ٣٨ أن ولاء الولد لمن أعتق ..

(٥) المصدر السابق: ح ١.

(٦) المصدر السابق: ص ٤٢ ح ٩.

(٧) المصدر السابق: ح ٧.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤١٤

و كذا لو كانت امه حرّة أصليّة و إن مس الرقّ أباه؛ للأصل، و تغليب الحرّية، و نحو صحيح العيص سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل اشترى عبداً و له أولاد من امرأة حرّة فأعتقه، قال: ولاء ولده لمن أعتقه (١) محمول على المعتقة. و قد يحتمل هنا الثبوت؛ لاعتبار الأب فى النسب.

و لو تزوّج المملوك بمعتقه فأولدها فالولاء لمولى الامّ ما دام الأب رقّاً تبعاً لأشرف الأبوين، فإن أعتق انجرّ إليه من مولى الامّ و لو كان الأب حرّاً فى الأصل فلا- ولاء لأحد على الأولاد و لذلك يثبت الولاء مع اختلاف دين السيّد و عتيقه من غير خلاف يظهر، لعموم الأدلّة، لكن إرث الكافر من المسلم مراعى بإسلامه إن سوّغنا عتق الكافر و يثبت للذكر على الأنثى و بالعكس

للعوم [و خصوص نحو قوله (عليه السلام) لعائشة: أعتقني فإنّ الولاء لمن أعتق] [٢] «٣».

و لو سوّغنا عتق الكافر فأعتق حربىّ مثله ثبت الولاء فإن جاء المعتق إلينا مسلماً فالولاء بحاله لما عرفت من ثبوته مع الاختلاف فى الدين، لكن الإرث مراعى بالإسلام فإن سبى السيّد بعد ذلك و أعتق فعليه الولاء لمعتقه و له الولاء على معتقه الذى فرضناه قطعاً.

و هل يثبت لمولى السيّد ولاء على معتقه ذلك؟ الأقرب ذلك، لأنّه مولى مولاه فيشملة عموم ما دلّ على ولاية مولى المولى. و يحتمل عدمه، لأنّه لم يحصل منه أى مولى السيّد إنعام عليه أى معتقه و لا سبب لذلك أى للإنعام عليه، فإنّه إنّما أعتقه قبل السبى فإن كان الذى أعتقه أى السيّد مولاه أى عتيقه فكلّ منهما مولى صاحبه و إن أسره أى السيّد مولاه أى عتيقه و أجنبيّ و أعتقاه فولأؤه بينهما

(١) وسائل الشيعه: ج ١٦ ص ٤١ ب ٣٨ أنّ ولاء الولد لمن أعتق ح ١.

(٢) وسائل الشيعه: ج ١٦ ص ٣٨ ب ٣٥ أنّ الميراث و الولاء .. ح ٢.

(٣) ما بين المعقوفين ليس فى ق و ن.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤١٥

نصفان، فإن مات بعده أى بعد ما أعتقاه المعتق الأوّل الذى أعتقه السيد فى كفره فلشريكه فى إعتاق السيّد و هو الأجنبيّ نصف ماله، لأنّه مولى نصف مولاه على إشكال كما تقدّم، من كونه مولى نصف المولى، و من عدم الإنعام و التسبب. و لو سبى المعتق بالفتح فاشتراه رجل فأعتقه أو أعتقه السابى بطل ولاء الأوّل بالاسترقاق و صار الولاء للثانى لإنعامه عليه، و لا يعود الأوّل؛ للأصل، مع عدم عصمته لكفر المولى.

و كذا لو أعتق ذمى كافراً فهرب إلى دار الحرب فاسترقّ بطل ولاؤه، فإن أعتق ثانياً ثبت للثانى.

أمّا لو أعتق مسلم كافراً و سوّغناه أو مسلماً فكفر فهرب إلى دار الحرب و سبى فالأقرب جواز استرقاقه لأنّه حربىّ فى دار الحرب أسره مسلم. و يحتمل العدم؛ لثبوت الولاء عليه لمسلم و ينافيه تملك غيره.

فإن جوّزناه فاسترقّ و أعتق احتمل ثبوت الولاء للثانى لتأخّره مع زواله للأوّل بالاسترقاق فلا يعود.

و يحتمل ثبوته للأوّل لثبوته له أوّلًا و هو معصوم لكونه حقّ مسلم فلا يزول بالاستيلاء على العتيق، و إنّما يكون الاستيلاء مانعاً من ظهور أثره إن مات الرقيق على الرقّ، فإذا زال الرقّ عاد التأثير.

و يحتمل ثبوته بينهما؛ لعدم الأولوية لإسلامهما، و إنعامهما عليه، و عموم الأدلّة لهما.

و لو اشترى عبداً بشرط العتق فى ضمن البيع فلا ولاء لمعتقه لوجوبه عليه كما فى المبسوط على إشكال من عموم أوّفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم. و من الأصل، و أنّه من شرط ما ينافى مقتضى العقد و هو التملك فهو بمنزلة شرط الطلاق فى عقد النكاح.

و لا إشكال فى أنّه لا ولاء لو أعتق هذا العبد فى زكاة أو كفارة أو نذر، إذ لا شبهة حينئذٍ فى الوجوب.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤١٦

و لو ملك ولده من الزنا فالأقرب عدم استقرار الرقّ عليه؛ لصدق الولد عليه لغه، و انتفاء العلم بالنقل إلى من تولّد من غير الزنا مع تغليب الحرّية، و ورود بعض الأخبار «١» بثبوت الإرث بين مسلم فجر بنصرانية فأولدها أو نصرانى فجر بمسلمة فأولدها و بين الولد. و الأظهر الاستقرار؛ للأصل، و تبادر غيره من الولد إذا أطلق فى الشرع. و على الرقّ فإن أعتقه تبرّعاً فله ولاؤه و لو أعتق

عبده في كفارة غيره و لو من غير إذنه حيّاً أو ميّتاً، تعيّن عليه أم لا- فلا ولاء لأحد منهما؛ لصدق العتق في كفارة و التبرّع إنّما حصل بالنسبة إلى المعتق عنه. و كلام الشيخ في الخلاف و المبسوط يعطى ثبوت الولاء عليه للمعتق، إلّا إذا أعتق عن مورثه. و لو أعتقه تبرّعاً عنه بإذنه فالولاء للآذن إن تبرّع بالعتق سواء كان عتقه عنه بعوض أو لا فإنّه المعتق تبرّعاً، و المولى و كيله في الإيقاع. و للعامّة قول بأنّه إن كان بلا عوض فالعتق عن السيّد و له الولاء.

و لو قال للسيّد أعتقه عنك و الثمن عليّ فأعتقه فالولاء للسيّد على إشكال من انتفاء التبرّع بالعتق، و من أنّ جعله عليه لا يوجبه فيكون تبرّعاً و عليه الثمن لأنّه جعله على ما فعله.

و لو أوصى بالعتق تبرّعاً فالولاء له لأنّه المعتق، و في الحسن عن بريد العجلي أنّه سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات من قبل أن يعتق فانطلق ابنه فابتاع رجلاً من كيسه فأعتقه عن أبيه و أنّ المعتق أصاب بعد ذلك مالاً ثمّ مات و تركه لمن يكون ميراثه؟ فقال: إن كانت الرقبة التي كانت على أبيه في ظاهر أو شكر أو واجبه عليه فإنّ المعتق سائبة لا سبيل لأحد عليه، قال: و إن كانت الرقبة التي على أبيه تطوّعاً و قد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة فإنّ ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميت من الرجال، قال: و يكون الذي اشتراه فأعتقه كواحد من الورثة إذا لم يكن للمعتق قرابة من المسلمين أحرار يرثونه، قال: و إن كان ابنه

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧، ص ٥٦٦ ب ٨ من أبواب ميراث ولد الملائنة و ما أشبهه.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤١٧

الذي اشتراه الرقبة فأعتقها عن أبيه من ماله بعد موت أبيه تطوّعاً منه من غير أن يكون أمره بذلك فإنّ ولاءه و ميراثه للذي اشتراه من ماله فأعتقه عن أبيه إذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته «١».

و لا- يثبت الولاء بالانتقاط إجماعاً إلّا من عمر بن الخطّاب كما في المبسوط و الخلاف و لا بالإسلام على يده إجماعاً إلّا من إسحاق كما في المبسوط و الخلاف. و اختار المحقّق الطوسي قول إسحاق. و يؤيّد خبر السكوني عن الصادق (عليه السّلام) قال: قال أمير المؤمنين (عليه السّلام): بعثنى رسول الله (صلّى الله عليه و آله) فقال لي: لا تقاتلنّ أحداً حتّى تدعوه، و أيم الله لأن يهدي الله على يديك رجلاً خيراً لك ممّا طلعت عليه الشمس و غربت و لك و لاؤه يا عليّ «٢». و هو مع الضعف يحتمل الاختصاص بمن لا وارث له إلّا الإمام.

[المبحث الثاني]

المبحث الثاني: في حكم الولاء أي أثره.

و حكم الولاء العصبية أي جعل المولى و قرابته عصبية للعتيق فيفيد لهم الميراث و تحمل عليهم العقل كما في النسب، فالميراث به لمن عليه العقل.

و كذا لا يثبت الولاء لامرأة على رأي وفاقاً للمقنعة و النهاية و الإيجاز و الغنية و الوسيلة و الإصباح و الجامع لصحيح محمّد بن قيس: أنّ الباقر (عليه السّلام) قضى في رجل حرّر رجلاً فاشتراط ولاءه فتوفّي الذي أعتق و ليس له ولد إلّا النساء ثمّ توفّي المولى و ترك مالاً و له عصبية فأعتق في ميراثه بنات مولاة و العصبية فقضى بميراثه للعصبية الذين يعقلون عنه إذا أحدث حدثاً يكون فيه عقل «٣». و ما تقدّم آنفاً من قوله في حسن بريد: فإنّ ولاء المعتق ميراث لجميع ولد الميت من الرجال «٤».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٥ ب ٤٠ أن المعتق إذا مات .. ح ٢.

(٢) نوادر الراوندى: ص ٢٠.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٤ ب ٤٠ أن المعتق إذا مات ح ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٥ ب ٤٠ أن المعتق إذا مات .. ح ٢.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤١٨

و خلافاً للصدوق و الحسن و ابن إدريس لكونه لحمه ك لحمه النسب. و قول الصادق (عليه السلام) فى خبر عبد الرحمن بن الحجاج: مات مولى لحمه بن عبد المطلب ف دفع النبى (صلى الله عليه و آله) ميراثه إلى بنت حمزة «١».

و على الأول لا- ترث امرأة بالولاء إلا إذا باشرت العتق فلها الولاء عليه أى العتيق و على أولاده و أحفاده و عتيقه و عتيق عتيقه فإزلاً كالرجل لعموم الأدلة، و انتفاء الفارق، و الاشتراك فى النعمة، و كونه كالنسب.

و لا يصح بيع الولاء و لا هبته اتفاقاً للأصل، و الأخبار كقوله (عليه السلام): الولاء لحمه ك لحمه النسب لا يباع و لا يوهب «٢». و خبر على بن جعفر سأل أخاه (عليه السلام) عن بيع الولاء يحل؟ قال: لا يحل «٣».

و أما خبر داود الصرمى «قال: قال الطيب (عليه السلام): يا داود إن الناس كلهم موال لنا فيحل لنا أن نشترى و نعتق، فقلت جعلت فداك: إن فلاناً قال لفلان له قد أعتقه: يعنى نفسك حتى أشتريك، قال: يجوز و لكن يشترى و لاءه» «٤» فيحمل الولاء على ولاء ضمان الجريرة، و العتق على الذى لا يستعقب الولاء، و الشراء على اشتراطه.

و عن ابن المسيب و عروة و علقمة إجازة بيعه و هبته.

و لا- يصح اشتراطه فى بيع و غيره لكونه كالنسب. و فى صحيح العيص عن الصادق (عليه السلام) قال: قالت عائشة لرسول الله (صلى الله عليه و آله): إن أهل بريرة اشتروا و لاءها، فقال رسول الله (صلى الله عليه و آله): الولاء لمن أعتق «٥». و عن عائشة: أن بريرة أتتها تستعينها فى مال الكتابة، فقالت: إن باعوك على أن الولاء لى صبيت لهم

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٥٤٠ ب ١ من أبواب ميراث و لاء العتق ح ١٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٧ ب ٤٢ أنه لا يصح بيع الولاء و .. ح ٢.

(٣) المصدر السابق: ح ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٧ ب ٤٢ أنه لا يصح بيع الولاء و .. ح ٣.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٠ ب ٣٧ أن البائع لو شرط .. ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤١٩

المال صباً فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فأخبرت بذلك النبى (صلى الله عليه و آله) فقال: اشترى و اشترطى لهم الولاء، ففعلت فصعد النبى (صلى الله عليه و آله) المنبر فقال: ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله كل شرط ليس فى كتاب الله باطل «١».

و هل ينتقل عن المعتق إلى ورثته بموته و يورث حتى إذا كان له ابنان فمات و خلفهما ثم مات أحدهما عن ولد و بقى الآخر فهل يشارك ولد الولد الابن الباقى فى ميراث العتيق؟ إشكال ينشأ من قوله (صلى الله عليه و آله): الولاء لمن أعتق «٢» و قوله (صلى الله عليه و آله): الولاء لحمه ك لحمه النسب «٣» فلا- يورث كما أن النسب لا- يورث، و هو خيرة أبى على و الشيخ فى

الإيجاز والخلاف وحكى فيه الإجماع والمبسوط ونفى فيه الخلاف. و من أنه حقّ ثبت للمورث، فيورث كسائر الحقوق. و قول الباقر (عليه السلام) فيما مرّ من حسن العجلى: فإنّ ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميت من الرجال «٤». و ربّما يظهر من إطلاق بعض العبارات كعبارة الشرائع. و الأقرب لعدم لما عرفت من منع كليّة الكبرى فى دليل الثانى، و احتمال الخبر إرادة الانتقال كالميراث.

نعم يورث به إجماعاً أى يرث كلّ من ثبت له الولاء بنفسه أو بواسطة. و لو كان المعتق جماعةً فالولاء بينهم بالحصص أى بما لكلّ من الحصّة فى العتيق رجالاً كانوا أو نساءً أو بالتفريق لأنّه يتبع الانعام التابع للحصص. و فى الفقيه: أنّه إن ترك موالى رجالاً و نساءً فالمال بينهم للذكر مثل حظّ الأنثيين «٥». و لا يرث المنعم فضلاً عمّن يرث بسببه إلّا مع فقد كلّ نسب للمعتق بالفتح.

(١) سنن البيهقى: ج ١٠ ص ٢٩٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٠ ب ٣٧ أنّ البائع لو شرط .. ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٧ ب ٤٢ أنّه لا يصحّ بيع الولاء ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٥ ب ٤٠ أنّ المعتق إذا مات .. ح ٢.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ ص ٣٠٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٢٠

فلو خلف العتيق وارثاً بعيداً ذا فرض أو غيره لم يكن للمنعم شىء للإجماع و النصوص «١» و منها قوله تعالى: «و أولوا الأرزاق بعضهم أوليا ببعض» «٢» و يأخذ الزوج و الزوجة نصيبهما الأعلى و هو النصف و الربع و الباقي للمنعم أو من بحكمه مع فقد كلّ نسب كما أنّه مع وجود نسب غير الولد يحوزان النصيب الأعلى و الباقي للنسب.

و لو عدم النسب و المنعم قيل فى الفقيه و السرائر يكون الولاء للأولاد ذكوراً كانوا أو اناثاً أو بالتفريق كان المنعم ذكراً أو أنثى، لأنّه لحمه كلّحمه النسب، و لقول الصادق (عليه السلام) فى خبر عبد الرحمن بن الحجاج: مات موالى لحمزة بن عبد المطّلب فدفن رسول الله (صلّى الله عليه و آله) ميراثه إلى بنت حمزة «٣».

و قيل فى الخلاف و الاستبصار: إنّ الأمر كذلك إن كان المنعم رجلاً و استدلّ على استثناء المرأة بالإجماع.

و قيل فى المقنعة و الغنية و الإصباح للأولاد الذكور خاصّة رجلاً كان المنعم أو امرأةً لما تقدّم من قول الباقر (عليه السلام) فى صحيح محمّد بن قيس: قضى علىّ (عليه السلام) فى رجل حرّ رجلاً فاشترط ولاءه فتوفّى الذى أعتق و ليس له ولد إلّا النساء ثمّ توفّى المولى و ترك مالاً و له عصبه فاحتق فى ميراثه بنات مولاة و العصبه، فقضى بميراثه للعصبه الذين يعقلون عنه إذا أحدث حدثاً يكون فيه عقل «٤». و قول الصادق (عليه السلام) فى حسن بن بريد بن معاوية: كان ولاء المعتق لجميع ولد الميت من الرجال «٥».

و قيل فى النهاية و الإيجاز و الوسيلة و الشرائع و النافع و الجامع

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٤ ب ٤٥ ب ٤٠ أنّ المعتق إذا مات ..

(٢) الأحزاب: ٦.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٥٤٠ ب ١ من أبواب ميراث ولاء العتق ح ١٠.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٤ ب ٤٠ أن المعتق إذا مات .. ح ١.

(٥) المصدر السابق: ص ٤٥ ح ٢.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٢١

إن كان المنعم رجلاً فلأولاد الذكور خاصه، وإن كان امرأة فلعصبتها دون أولادها وإن كانوا ذكوراً وهو الأظهر لما تقدم الآن من الخبرين مع قول الباقر (عليه السلام) في صحيح محمد بن قيس: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) على امرأة أعتقت رجلاً و اشتربت ولاءه و لها ابن فألحق ولاءه بعصبتها الذين يعقلون عنه دون ولدها «١». و صحيح يعقوب بن شعيب سأل الصادق (عليه السلام) عن امرأة أعتقت مملوكاً ثم ماتت، قال: يرجع الولاء إلى بنى أبيها «٢». و صحيح أبي ولاد سألته (عليه السلام) عن رجل أعتق جارية صغيرة لم تدرك و كانت أمه قبل أن يموت سألته أن يعتق عنها رقبة من مالها فاشتراها هو فأعتقها بعد ما ماتت أمه لمن يكون ولاء المعتق؟ فقال: يكون ولاؤها لأقرباء أمه من قبل أبيها، و يكون نفقتها عليهم حتى تدرك و تستغنى، قال: و لا يكون للذي أعتقها عن أمه من ولائها شيء «٣».

و يرث الولاء من المعتق الأبوان له و الأولاد إذا فقد حتى إذا خلف أباً و ولداً ورثا معاً، لأن الولاء كالنسب و هما فيه في طبقة، و عن أمير المؤمنين (عليه السلام): يرث الولاء من يرث الميراث «٤».

خلافاً لأبي علي فلم يرث الأب مع الابن، لكن الأم إنما ترث إن لم يختص الإرث بالعصبة كما تضمنه خبر محمد بن قيس. و المراد هنا يرث الولاء «٥» غير ما نفى آنفاً، و هو ظاهر.

فإن انفردوا أى الأبوان و الأولاد جميعاً أو بعضهم عن قريب للمعتق لم يشركهم أحد من الأقارب للمنعم كالنسب و يقوم أولاد الأولاد مقام آبائهم عند عدمهم أى عدم الأولاد مطلقاً كما عرفت و يأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به كغيره أى كغير كل من أولاد الأولاد أو كغير الولاء من النسب. خلافاً للعامة فجعل المال بينهم على حسب الرؤوس.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٤ ب ٣٩ أن المرأة إذا أعتقت ح ١.

(٢) المصدر السابق: ح ٢.

(٣) المصدر السابق: ح ٣.

(٤) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٣١٨ ح ١٢٠٢.

(٥) فى ق و ن: «الولاية».

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٢٢

فإن عدم الأبوان و الأولاد و أولادهم ورثه الإخوة كما فى النسب، و ينص عليه ما سمعته من الأخبار.

و هل يرث الأخوات قيل فى المبسوط و الخلاف نعم، لأنه لحمه كلحمه النسب و قيل: لا- لما نطق به الأخبار بأنه لا يرثه إلا العصبة و يشترك الإخوة و الأجداد و الجدات إن ورثنا الإناث إذا اجتمعوا كما فى النسب. خلافاً لأبي علي فجعل الجد أولى فإن فقدوا أجمع فالأعمام و العمات إن ورثت النساء و أولادهم إن فقدوا الأقرب يمنع الأبعد كما فى النسب.

و لا- يرث الولاء من يتقرب بالأم خاصة من الإخوة و الأخوات و الأجداد و الجدات و الأخوال و الخالات بناءً على اختصاص الإرث بالعصبة مطلقاً أو بعد فقد الأولاد، و إلا ورثوا كما فى النسب فإن لم يكن للمنعم قرابة ورث الولاء مولى المولى لكونه منعماً فإن عدم قرابة مولى المولى لأبيه دون أمه أو مطلقاً كما فى قرابة المولى و أب المنعم أولى من معتق الأب لأنه حينئذ ممن يؤثر عتقه، فلا ولاء عليه لعنتق أبيه و كذلك معتق معتق المعتق أولى من معتق أبي المعتق لذلك.

إشارة

المبحث الثالث: فى جرّ الولاء و هو انتقاله من محلّ إلى آخر و شروطه أمور أربعة:

[الأمر الأول]

الأوّل: أن يكون الأب عبداً حين الولادة أى ولادة من ينجز ولاؤه فإن كان حرّ الأصل و زوجته مولاة فلا ولاء على ولده تبعاً لأشرف الطرفين و إن كان الأب مولى و زوجته مولاة ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء كما تقدّم و لا جرّ.

[الأمر الثانى]

الثانى: أن تكون الامّ مولاة فلو كانت حرّة فى الأصل أو معتقة لا ولاء عليها فلا ولاء لينجرّ تبعاً لأشرف الأبوين.

[الأمر الثالث]

الثالث: أن يعتق الأب بحيث يكون عليه الولاء فلو مات على الرقّ لم يكن له مولى حتّى ينجزّ الولاء بحال أى كانت الأمّ حرّة أو مولاة

كشفت اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٢٣
أو مملوكه فلو اختلف السيدان فقال سيد العبد: مات حرّاً قدّم قول مولى الأمّ؛ لأصالة بقاء الرقّ و عدم الانجرار.

[الأمر الرابع]

الرابع: أن لا يباشر الولد بالعتق لأنّ الولاء لمن أعتق فلو ولدت المعتقة عبداً بأن أعتقت بعد ما ولدت أو بعد ما حملت و لم يتبعها الحمل كما هو المختار، أو اشترطت الرقية و أجزناه فأعتقه مولاة أو أعتقوا أى الأولاد حملاً مع أمهم لا بتبعية الامّ فلا جرّ بل كان مولاهم مولى الامّ.

و لو حملت بهم أحراراً بعد العتق من مملوك فولأؤهم لمولى أمهم، و لو كان أبوهم حرّاً فى الأصل فلا ولاء عليهم لأحد، لما عرفت من تبعية الأشرف و لو كان أبوهم معتقاً حين حملت بهم فولأؤهم لمولى أبيهم من غير جرّ.

و لو أعتق أبوهم بعد ولادتهم أو بعد الحمل بهم انجرّ الولاء من مولى أمهم إلى مولى أبيهم و الأصل فى الجرّ الإجماع كما فى الخلاف. و الأخبار كقول أمير المؤمنين (عليه السّلام) فى مرسل أبان: يجرّ الأب الولاء إذا أعتق «١». و ما تقدّم من قول الصادق (عليه السّلام) فى صحيح العيص: فى عبد له أولاد من حرّة إنّ ولاء ولده لمن أعتقه «٢» و غيرهما. و عن الزهري و مجاهد و عكرمة و جماعة إنكاره.

و هل يشترط فى الجرّ التحاق النسب بالأب حتّى إن كان زنى بالولد لم ينجزّ ولاؤه إلى مولاة؟ إشكال من انتفاء الأبوة فى الشرع، و من الأبوة لغةً و كون الولد نماء المملوك و إن كان عن زنا.

و إذا انجرّ الولاء إلى مولى الأب ثم انقضوا عاد الولاء إلى عصباتهم فإن فقدوا فإلى مولى عصباتهم ثم إلى عصبات مولى

العصبات و هكذا، فإن فقدوا فإلى ضامن الجريرة، فإن لم يكن رجع إلى بيت المال للإمام عندنا، و للمسلمين عند العامة و لم يرجع إلى موالى الأم

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٢ ب ٣٨ من أبواب ولاء الولد لمن أعتق ح ٥.

(٢) المصدر السابق: ص ٤١ ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٢٤

بحال للأصل من غير معارض. و عن ابن عباس رجوعه إليهم، بناءً على أن موالى الأب بمنزلة الحجاب، فإذا فقدوا سلم ولاؤهم من المانع.

و لو لم يعتق الأب لكن أعتق الجدّ انجزّ الولاء إلى معتقه و إن كان الأب حياً لكونه أباً قائماً مقامه فى الأحكام، و لذا لو أسلم تبعه ولد الولد إن لم يسلم أبوه. و للعامة قول بالعدم.

فإن أعتق الأب بعد ذلك انجزّ الولاء إلى معتق الأب من معتق الجدّ، و هذا جرّ جرّ الولاء فإنه و إن لم ينجزّ إلى الأب منه إليه لكنّه إنّما انجزّ إليه لكونه أب الأب.

و لو كان الجدّ بعيداً فأعتق دون القريب انجزّ الولاء إليه، فإن أعتق القريب انجزّ من معتق البعيد إلى معتق القريب، فإن أعتق الأب انجزّ إلى معتقه، و على هذا فإنه كالنسب، و لا يرث البعيد فيه مع القريب.

و لو كان الجدّ حرّاً فى الأصل و الأب مملوك فترّوج بمولاه قوم فأولدها احتمل أن يكون الولاء لمولى الأم لعموم كون الولاء لمن أعتق مع أن الأب رقّ، و هو الوجه و سقوطه بحرّية الجدّ فيمنع من الولاء، لأنها أولى بالمنع من الولاء من المعتق.

و لو كان الأبوان رقاً فأعتقت الأم ثمّ وضعت لدون ستّة أشهر فإن قلنا بالسراية لعنق الأم إلى الحمل لم ينجزّ الولاء، لأنهم أى الأولاد عتقوا حينئذٍ بالمباشرة.

و لو أتت به لأكثر من ستّة أشهر مع بقاء الزوجية و احتمال الوطء لستّة أشهر لم يحكم برّقه أى الولد و انجزّ ولاؤه لاحتمال حدوثه بعد العتق فلا يمسه الرقّ و الأصل التأخر و لا يحكم برّقه بالشكّ و أصالة التأخر أو جبت جرّ الولاء، فلا يرد أن الأصل عدم الانجرار.

و لو أنكر المعتق ولد زوجته المعتقة و تلاعنا فولاء الولد لمولى الأم على إشكال من الشكّ فى اشتراط ولائه برّقيه الأب، و كون حرّيته مانعاً، و فى

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٢٥

اشتراطه بالرّقيه أو بانتفاء العلم بالحرّية. و لا إشكال فى أنّه لا ولاء عليه لمولى الأب؛ لانتفائه عنه شرعاً و عدم ثبوته لغه للجهل بالخلق من مائه، بخلاف ولد الزنا. و ربّما احتمل ثبوت الولاء لمولى الأب لثبوت حقّ المولى قبل اللعان، فلا يسقط به، لأنه فعل الغير. و فيه منع الثبوت، فإنه إنّما يثبت على الولد و احتمال الانجرار إن أعتق بعد الولادة أضعف، و لعلّه لا احتمال له إذا تلاعنا قبل عتقه.

و كذا الإشكال لو زنى بها الأب المعتق جاهله بالحال أو عالمه من الشكّ فى اشتراط النسب الشرعى فى الولاء أو اللغوى مع قوّة الإشكال فيه أى قوّة الانتفاء عن مولى الأم فى الزنا عالمه أو جاهله، لما أن الولد نماء ملك الموليين. بخلاف ما إذا انتفى باللعان أو قوّة الشبهة فى صورة علمها خاصّة، من حيث أنّه بالعلم ينتفى عنها أيضاً فيتعدّد الإشكال، من الشكّ فى اشتراط الولاء بالنسب الشرعى، و الشكّ فى اشتراط الانجرار به.

فإن اعترف به أبوه بعد اللعان لم يرثه الأب ولا المنعم على الأب، لأن النسب وإن عاد فإن الأب لا يرثه ولا من يتقرب به فكما لا يرثه المتقرب به نسباً فكذا ولاءً، وكما أن اللعان بالنسبة إلى المولى إقرار في حق الغير فكذا بالنسبة إلى المتقرب بالنسب. ولو أولد مملوك من معتقة ابناً فولأؤه و ولاء إخوته منها لمولى أمه، فإن اشترى الولد أباه عتق عليه وانجرّ ولاء أولاده كلهم إليه على إشكال مما تقدّم من الخلاف في ثبوت الولاء بالعتق بالقرابة.

وهل ينجرّ ولاء نفسه إليه فيبقى حرّاً لا ولاء عليه أو يبقى ولاؤه لمولى أمه؟ إشكال، ينشأ من أنه معتق الأب فيعمه أدلته الجرّ، و من لزوم كون الولاء ثابتاً على أبويه دونه إن نفيها الولاء عنه مع كونه وُلد و هما رقان في الأصل أو عليهما ولاء على القول بالولاء بعتق القرابة، مع أن من المقرّر عندهم أن من ولد و أبواه رقيقان ثم عتقا أو كانا قد عتقا أو بالتفريق و هنا بالجملة ثبت عليهما الولاء قبل تولده أو بعده ثبت عليه الولاء. و الظاهر من

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٢٦

فرض المسألة لا- يناسب ظاهر قوله: «و هما رقان في الأصل أو عليهما ولاء» فإنه فرض أحدهما رقيقاً و الآخر مولى عليه، لكن المراد لزوم خرم القاعدة على الوجه الذي عرفت، فيندفع ذلك بالعناية.

و لو كان المشتري لأبيه ولد زنا و أعتقه إن قلنا بعدم العتق في قرابة الزنا ثبت له الولاء قطعاً لصدق التبرع بالعتق و انجرّ ولاء الأولاد و ولاؤه إليه و لا إشكال هنا في انجرار ولائه إليه، فيكون حرّاً لا ولاء عليه، لأن الضابطة المتقدمة إنما هي في الولد بين الأبوين، و الأبوة هنا منتفية شرعاً.

أما لو اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه فاشترى العبد الأب فأعتقه دار الولاء و صار الولد مولى المشتري لمباشرته العتق و المشتري مولى له، لأنه أعتق أباه فانجرّ ولاء الولد من مولى الأم إليه، و صار كل منهما مولى الآخر من فوق و من أسفل، و يرث كل منهما الآخر بالولاء، فإن ماتا و لا- مناسب لهما قيل في المبسوط يرجع الولاء إلى مولى الأم و أنه إنما انجرّ من مولى الأم [إلى مولى الأب] لكونه أولى، لا لأنه انقطع عنه رأساً.

و فيه نظر بل أقربه العدم لما عرفت من أنه لا- يعود إلى مولى الأم بحال، و قد اعترف به في المبسوط قبل ذلك و إذا كان كذلك كان ميراثه للإمام.

و هل يرث الإمام الولاء للعتق إذا فقد المولى أم لا يرث إلّا المال بولاء الإمامة؟ إشكال من أن الولاء يرثه وارث المال و هو يعم الإمام، و من أنه يرث بولاء الإمامة فلا حاجة إلى إثبات ولاء العتق له، مع أنهم ذكروا أنه إذا فقد المولى ورث الإمام. فإن قلنا به و كان للعتيق زوج أو زوجة و فقد المولى لم يردّ باقي التركة من النصف أو الثلاثة الأرباع على الزوجين لو قلنا به أى بالردّ عليهما إذا انحصر الوارث، لا بولاء الإمامة في أحدهما، فإن الإمام هنا ورث بولاء العتق.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٢٧

و لو تزوج ولد المعتقة معتقة فاشترى ولده منها جدّه عتق عليه، و له ولاؤه على إشكال تقدّم في ثبوت الولاء بعتق القرابة و ينجرّ إليه ولاء أبيه و سائر أولاد جدّه و هم عمومته و عمّاته و ولاء جميع معتقيهم، و يبقى ولاء المشتري لمولى الأم، أو يبقى حرّاً لا ولاء عليه على ما تقدّم من الاحتمال.

و لو تزوج عبد بمعتقة فأولدها ولداً فولأؤه لمعتق أمه إلّا أن يكون رقاً إن قلنا به فإن تزوج الولد بمعتقة مولى آخر فأولدها ولداً فالأقرب أن ولاء الولد الثاني لمولى أمه لا لمولى أبيه لأن الولاء الثابت على أبيه إنما يثبت عليه من جهة أمه و مثله ثابت في حق نفسه لأنّ لأمه أيضاً مولى و ما ثبت في حقه أولى و أقرب ممّا ثبت في حق أبيه. و يحتمل أن يكون ولاؤه لمولى أم الأب، لأنّ ولاءه ثابت على الأب و الولاء الثابت على الأب يمنع ثبوت الولاء لمولى الأم بالنصّ و الفتوى من غير تفصيل و لأنّ علة الجرّ ثم

أى من مولى الأم إلى مولى الأب الإنعام على الأب بالعتق بواسطة أولى بها و هو هنا حاصل و المنعم على الأب هنا هو مولى أم الأب فينجز إليه الولاء لاستلزام العلة معلولها.

و لو تزوج معتق بمعتقه فأولدها بنتاً و تزوج عبد بمعتقه فأولدها ابناً فتزوج الابن بنت المعتقين فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى أم أبيه لا لمولى أب أمه قطعاً لأن له الولاء على أبيه مع تساوى النسبة بينه و بين مولى أب الأم فإن تزوجت بنت المعتقين بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيها لا لمولى أمها لأن ولدها له، فإن كان أبوها ابن مملوك و معتقه فالولاء على الولد لمولى أم أب الأم لا لمولى أمها على الوجه الثانى فيما تقدم لأن مولى أم أب الأم ثبت له الولاء على أب الأم، فكان مقدماً على أمها و ثبت له الولاء عليها و على الوجه الأول كان الولاء لمولى أم الأم.

و لو تزوج عبد بمعتقه فأولدها بنتين فاشترتا أباهما عتق عليهما

كشفت اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٢٨

و لهما عليه الولاء على إشكال تقدم. و الفائدة في الخلاف هنا في العقل لا في الإرث، فمن أثبت الولاء أثبت العقل، و من نفاه نفاه، و العقل يثبت للمرأة بمباشرة العتق و إن لم يثبت لها بالنسب، و لا بانتقال الولاء.

فلو مات الأب كان ميراثه لهما بالتسمية و الرد بالنسب لا بالولاء اتفاقاً لأنه لا يجتمع الميراث بالولاء مع النسب عندنا إذ لا أثر للضعيف مع القوى.

و لو ماتت أو إحداهما و الأب موجود فالميراث له خاصة إن لم يكن لهما ولد و إلا فلهما و لو لم يكن الأب موجوداً كان ميراث السابقة لأختها بالتسمية و الرد و لا ميراث لها و لا لغيرها بالولاء لوجود المناسبات و هى الأخت.

و لو ماتت الأخرى بعد ذلك و لا وارث لها بالنسب هل يرثها مولى أمها؟ فيه إشكال، ينشأ من انجرار الولاء إليهما بعتق الأب للقرابة أو لا، و الأقرب عدمه، إذ لا يجتمع استحقاق الولاء بالنسب و العتق، فان قلنا بالجزر فكل واحدة منهما قد جرت نصف ولاء أختها إليها، لأنها أعتقت نصف الأب، و لا ينجز الولاء العدى عليها بعتق الأب، و إن قلنا بولائها على الأب إلا على الوجه المتقدم فيبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمها و إن لم نقل بالجزر فكل الولاء له.

و لو أعتقت المرأة مملوكاً فأعتق المملوك آخر فميراث الأول لمولاه و ميراث الثانى للأول فإن لم يكن الأول و لا مناسبه فميراث الثانى لمولاه المولى، و لو اشترت أباه عتق عليها، فإن اشترى مملوكاً فأعتقه و مات الأب ثم مات المعتق و لا وارث له أى للأب سواها ورثت النصف من تركه الأب و معتقه بالتسمية للقرابة و الباقي بالرد لا بالتعصيب بالولاء إن قلنا: يرث الولاء ولد المعتق، و إن كن إناثاً و إلا فورثها الولاء كان الميراث بتمامه لها بالولاء إن قلنا بثبوت الولاء

كشفت اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٢٩

بالشراء الموجب للعتق، و إن لم نقل به و لا يارث الولاء لم يرث من تركه المعتق شيئاً.

و لو اشترى أحد الولدين مع أبيه مملوكاً فأعتقه ثم مات الأب ثم المعتق فللمشترى ثلاثة أرباع تركته أى المعتق نصفها بالولاء و ربعها بإرث الولاء و لأخيه الربع الباقي يارث الولاء و المولود من حزين إذا كان أجداده من جهة أبيه عبيداً كزكريا تولد من سكينه معتقه عبد الله، و الحسن ابن يوسف عبد عمرو، و يوسف تولد من فاطمة و هى تولدت من صفية معتقه خالد، و يحيى عبد بكر تزوجها بإذن مولاه، فأبوا زكريا حزان و أصوله من جهة الأبوة أرقاء و من جهة الأمومة أحرار و ثبت الولاء عليه لمعتق أم الأم إذا أعتقها أولها و هو هنا خالد، لأنه معتق أم أم الأب ثم ينجز منه إلى معتق أب الأم و هو هنا بكر إذا أعتق يحيى فإنه معتق أبى أم الأب.

ثم إذا كان ليوسف الذى هو جد زكريا أب مملوك لأحمد اسمه جعفر و أم هى جارية سليمان اسمها زهراء فأعتق سليمان أمه

انجرّ الولاء منه أى معتق أب الأم إلى سليمان الذى هو معتق أم الأب أى الجد، فإن يوسف كان جدّاً لذكريا ثم إذا أعتق أحمد جعفرأ انجرّ منه إلى أحمد الذى هو معتق أب الأب أى أب الجد و يستقرّ عليه فلا ينجرّ إلى أحد إلا أن يكون الأب أى الجد رقيقاً فينجرّ إلى معتقه.

وقد تصوّر المسألة بأن كان الولد لحزّين تحرّرا بتبعية الأصول و أصوله، كلّهم أحرار لكنهم كفّار، ثم سبى الكلّ إلا الولد، و قلنا: لا- يزول الولاء عنه بالسبى فأعتق السابى أحد أصوله فيكون له الولاء، ثم كلّما أعتق من هو أولى انجرّ إليه، فليفرض على الترتيب الذى فرضه فيبنى على صحّة عتق الكافر، و أنّه إذا سبى المعتق ثم أعتق كان الولاء لهذا المعتق و إن تأخر. و قد تصوّر بأن عبداً تزوّج بمعتقه فولدت بنتاً و نكح مغرور مغرورة بظنّ الحرّية و هما رقيقان فولدت ابناً فيكون حرّاً، فإذا تزوّج بالبنت فأولدها ولداً كان بين حرين و ولاؤه على الترتيب المذكور، لكنه

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٣٠

لا يصحّ عندنا، فإنّ ولد الرقيقين رقيق و إن كانا مغرورين.

و لو اشترى ابن و بنت أباهما فانعتق فاشترى عبداً فأعتقه ثم مات الأب ثم العتيق ورثه الابن خاصّة، لأنّه العصبه، بل لو خلف العتيق ابن عمّ المعتق و البنت كان الميراث لابن العمّ لأنّه العصبه إلا على القول بعدم اختصاص الإرث بالعصبه، و على القول بالولاء بعق القرابة.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٣١

[المقصد الثانى فى التدبير و فيه ثلاث فصول]

إشارة

المقصد الثانى فى التدبير و هو من الدبر للتعليق بالموت الذى هو دبر الحياة، و لا خلاف فى شرعيّته، و انعتاق المدبّر بالموت إلاّ لمانع كعدم الخروج من الثلث و فيه فصول ثلاثه:

[الفصل الأول فى حقيقته و صيغته]

الأول فى حقيقته و صيغته التدبير أصله إيقاع عتق المملوك إن كان عتقاً و إلاّ فالوصية بعتقه بعد وفاة مولاه و هو ممّا لا خلاف فيه.

و فى صحّة تدبيره بعد وفاة غيره كزوج الأمه، و من يجعل له الخدمه نظراً، أقربه الجواز وفاقاً للشيخ و ابن حمزه و البراج و ابنى سعيد و ظاهر أبى على، لصحيح يعقوب بن شعيب سأل الصادق (عليه السّلام) عن الرجل يكون له الخادم، فقال: هى لفلان تخدّمه ما عاش، فإذا مات فهى حرّة فتأبى الأمه قبل أن يموت بخمس سنين أو ستّ سنين ثمّ يجدها ورثته أ لهم أن يستخدموها بعد ما أبقت؟ فقال: لا إذا مات الرجل فقد عتقت «١». و لأنّه إذا أجاز التأخير لم يكن فرق بين الأشخاص و هو بين الضعيف. و هل تعدّى الحكم إلى موت أى شخص فرض كما هنا و فى غيره من كتبه و الشرائع و النافع و الجامع و يقتضيه هذا التعليل الذى فى المختلف. أو تعدّى إلى الزوج خاصّة للملابسه. أو يقصر على ما فى النصّ كما فى

(١) وسائل الشيعه: ج ١٦ ص ٨١ ب ١١ من أبواب جواز تعليق التدبير ح ١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٣٢

النهاية والوسيلة؟ أوجه، أوجهها الأخير. وخلافاً لابن إدريس اقتصاراً على المتيقن واستصحاباً و تمسكاً بأن معناه التعليق بموت المولى، وهو مصادرة، وبأنه وصية، وهو ممنوع.

وصيغته أنت حرّ بعد وفاتي أو إذا متّ فأنت حرّ أو عتيق أو معتق ولا- حاجة إلى قوله: أنت رقّ في حياتي كما يظهر من الشيخين.

و لو قال: «أنت مدبر» فالأقرب الوقوع وفاقاً للقاضي وأبي عليّ، لصراحتة فيه و تغليب الحرّية. خلافاً للخلاف، للأصل، واقتصاراً على اليقين، ولأنه إمّا عتق فلا بدّ فيه من صريح لفظه، أو وصية به فلا بدّ من التصريح بالموصى به.

أمّا لو قال عقيبه: «إذا متّ فأنت حرّ» صحّ إجماعاً، ولا عبرة باختلاف أدوات الشرط أو ألفاظ يعبر بها عن المدبر للعموم مثل إذا متّ أو إن متّ أو متى متّ أو أيّ وقت أو أيّ حين، وسواء قال: أنت حرّ أو هذا أو فلان و لو أتى باللفظ الدال على العتق بالكتابة لم يقع عندنا و إن نوى به التدبير كالمنجز.

و هو إمّا مطلق كما تقدّم، أو مقيد مثل إذا متّ في سفرى فأنت حرّ أو في سنتي أو في مرضي هذا أو في بلدي أو شهرى أو سنه كذا أو شهر كذا على رأى وفاقاً لابن حمزة و البرّاج و ابني سعيد و موضع من المبسوط، للعموم، و كون الشرط سائغاً. و خلافاً لظاهر موضع آخر من المبسوط.

و لا يقع إلّا منجزاً إذ لا إيقاع بدونه، و ظاهر الخلاف و المبسوط و السرائر الإجماع عليه. فلو علّقه بشرط أو صفة بطل، مثل إن قدم المسافر فأنت حرّ بعد وفاتي، أو إن أهلّ شوال مثلاً فأنت حرّ بعد وفاتي، أو أنت حرّ بعد وفاتي إن شئت و إن قال: شئت أو إن دخلت الدار فأنت حرّ بعد وفاتي سواء دخل أو لا، أو إن دخلت الدار بعد وفاتي فأنت حرّ، أو أنت حرّ بعد وفاتي بسنة أو شهر، أو إن أديت إليّ كذا أو إلى ابني فأنت حرّ بعد وفاتي و إن أدى. و جوز أبو عليّ التعليق بالشرط و الصفة، و جعل نحو أنت حرّ بعد وفاتي بسنته وصية بالعتق.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٣٣

و لو قال الشريكان: إذا متنا فأنت حرّ و أطلقاً لفظاً و نيةً انصرف قول كلّ منهما إلى نصيبه حملاً لكلامهما على الصحيح و تغليبا للحرّية و صحّ التدبير و لم يكن معلّقاً على شرط موت الآخر و ينعق كلّ بموتهما إن خرج نصيب كلّ منهما من ثلثه أو أجاز الوارث.

و لو خرج نصيب أحدهما خاصّةً عتق و بقي نصيب الآخر، و لو مات أحدهما أوّلاً تحرّر نصيبه من الثلث و بقي الباقي مدبراً ينعق بموت مالكة و الكلّ ظاهر، لكنّ يحتمل التدبير المعلق على موت الآخر لكونه ظاهر اللفظ، و يؤيّده الاستصحاب.

أمّا لو قصدا عتقه بعد موتها بطل التدبير إلّا على القول بجواز تعليقه، أو القول بوقوع التدبير بالتعليق على موت غير المولى و إنّما يصحّ قطعاً لو قصدا توزيع الأجزاء من المملوك على الأجزاء من الموتين.

[الفصل الثاني في المباشر]

الفصل الثاني في المباشر و هو كلّ مالك بالغ عاقل قاصد مختار جائز التصرف ناوٍ، فلا يصحّ تدبير الصبيّ و إن بلغ عشرًا مميّزاً على رأى وفاقاً للمشهور و خلافاً للشيخ؛ لما تقدّم من الخبر بإجازة عتقه و وصيته، و حكى الإجماع عليه في الخلاف.

و لا المجنون و لا السكران و لا الساهي و لا المكره المرتفع القصد.

و لا المحجور عليه لسفه أو فلس خلافاً للمبسوط في السفه؛ لانتفاء معنى الحجر بعد الموت، و استشكله في التحرير.

و لا غير النأوى للتقرب على إشكال من التردد فى كونه وصيه أو عتقاً، و التردد فى اشتراط العتق بالتقرب.
فإن شرطنا نيه التقرب لم يقع من الكافر و إن كان يعرف الله كان ذمياً أو كان قد عرفه بأن كان مرتدّاً و إن كان بحيث لا يخرج المملوك عن ملكه بارتداده بأن كان ارتداده عن غير فطره على إشكال من الإشكال فى تحقق التقرب كما تقدم، فى المسألة
ثلاثة أقوال: الصحة مطلقاً،

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٣٤

و البطلان من الكافر مطلقاً، و الفرق بين المقر به تعالى و غيره.

و لو لم يشترط نيه التقرب صحّ تدبير المرتد لا عن فطره صحة مراعاة؛ لعدم انتقال تركته بالارتداد فإن تاب نفذ التدبير و إلا فلا للحجر و تدبير الكافر أصالة.

فإن أسلم العبد بيع عليه من مسلم، سواء رجح فى تدبيره أو لا لبقاء المدبر على الرق. خلافاً للقاضى فخير بين الرجوع فى التدبير فى بيع عليه و بين الحيلولة بينه و بين كسبه للمولى و بين استسعائه.

فإن مات المولى قبل بيعه نفذ التدبير و تحرر من ثلثه إن لم يكن قد رجح فى التدبير فإن قصر الثلث تحرر بقدره و كان الباقي للوارث، فإن كان مسلماً استقر ملكه عليه و إلا قهر على بيعه من مسلم.

و لو ارتد السيد بعد التدبير لم يبطل تدبيره إلا إذا ارتد عن فطره فإن مات و لو مرتدّاً عتق المدبر من الثلث إن لم يكن ارتداده عن فطره إذ لا خروج عن ملكه و لا حجر عليه فيما تقدم الارتداد و إن كان عنها لم يعتق بموته لخروج ملكه عنه بالردة و لا يجدى تنزله منزلة الميت.

و لا يصحّ تدبير المرتد عن فطره للخروج عن ملكه، و أطلق الشيخ الصحة من المرتد فى المبسوط و هو مبنى على البقاء فى ملكه.

و يصحّ تدبير الأخرس و رجوعه بالإشارة كغيره من عقد أو إيقاع.

و لو خرس بعد التدبير فرجع صحّ مع العلم بإشارته خلافاً لبعض العامة فمنع من الرجوع بالإشارة مع تجويزه التدبير بها.

[الفصل الثالث: المحل]

الفصل الثالث: المحل و هو كل مملوك غير وقف، فلا ينفذ تدبير غير المملوك و إن علقه بالملك كما لا يصحّ إعتاقه و لا الوقف لأنه ممّا لا يزال و يصحّ تدبير الجانى و إن تعلق به حقّ المجنى عليه، لأنّ للمولى أن يفديه و له تسليمه بعد

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٣٥

التدبير أيضاً و أمّ الولد و المكاتب للعموم و انتفاء التنافى فإن أدى مال الكتابة فى حياة المولى عتق بها و إلا عتق بموت المولى بالتدبير إن خرج من الثلث و إلا عتق بقدره و سقط عنه من مال الكتابة بنسبته إلى كله و كان الباقي مكاتباً.

و لو دبره ثمّ كاتبه بطل التدبير وفاقاً للأكثر، لأنه وصيه و الكتابة ينافيه. و خلافاً لابن الجنىد و البراج لكونه عتقاً.

أمّا لو قاطعه على مال ليعجل عتقه لم يبطل تدبيره قطعاً لأنّ نهايته الوعد بالتعجيل على تقدير فعل مع عدم لزوم المقاطعة لأحد منهما، و كون الكسب ملكاً للمولى فلا يتغير به حكم الرقّ و التدبير بوجه.

و هل يشترط إسلامه؟ الأقرب ذلك إن شرطنا نيه التقرب و منعنا من عتق الكافر لاستحالة التقرب بعتقه و إلا فلا.

و لا فرق فى جميع الأحكام بين أن يكون المدبر ذكراً أو أنثى، صغيراً أو كبيراً أو حملاً و لا يسرى تدبير الحمل إلى أمه كما هو الصحيح فى العكس و يصحّ الرجوع فيه كما فى غيره من المدبرين، خلافاً لبعض العامة.

فإن دبرَ حملًا أو أتت به أمه لأقل من ستة أشهر من حين التدبير تبين أنه كان صحّ التدبير وإلا فلا وإن لم يجاوز الأقصى لاحتمال تجدده بعده وتوهم الحمل قبله مع أن الأصل العدم، إلا أن يحكم في الشرع بتقدمه عليه.

ولو ادعت تجددهم بعد التدبير لها ليسرى إليهم والورثة سبقهم قدم قولهم وإن كان الأصل التأخر لأن الأصل بقاء الرقية وكما حدثوا بالتدبير حادث، فيتعارض أصلاً التأخر.

ويصحّ تدبير بعض الجملة مشاعاً كالنصف والثلث كما يصحّ تنجيز عتقه ولا ينعتق عليه الباقي إن ملك جملته ولا يسرى التدبير إليه للأصل، لأنه وصية بالعتق، ولو كان عتقاً فهو عتق معلق على شرط ينتقل به الملك

كشفت اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٣٦

عنه إلى الوارث. وللعمامة قول بالسراية.

وكذا لو دبره أجمع صحّ أن يرجع في بعضه كسائر الوصايا.

وإن اشترك المملوك بينه وبين غيره فدبر حصته لا يقوم عليه حصته شريكه إذ لا عتق حين التدبير ولا يسار حين العتق للانتقال إلى الورثة. خلافاً للمرتضى فنزله منزلة العتق، وربما ظهر منه الإجماع عليه، وهو أحد قولي الشافعي.

ولو دبر الشريكان ثم أعتق أحدهما ففي الخلاف والمبسوط لم يقوم عليه حصته الآخر لتبثته بالحرية، والأصل البراءة والوجه التقويم وفاقاً للمحقق لأن التدبير ليس عتقاً فيعمه أدلة السراية.

ولو دبر أحدهما ثم أعتق وجب عليه فك حصته شريكه لصدق أنه أعتق شقياً.

ولو أعتق الشريك لم يجب عليه أن يفك حصته شريكه التي أوقع عليها التدبير على إشكال تقدم الآن.

ولو دبر بعضاً معيناً كیده أو رجله أو رأسه لم يصحّ كما في العتق. ومن العمامة من جوز التعليق بما يعبر به عن الجملة كالرأس والفرج كما في العتق.

ولو دبر أحد عبديه غير معين باللفظ ولا بالتيه بالأقرب الصحة وفاقاً للمبسوط بل لأنه إما عتق أو وصية به ويعين من شاء بلا قرعة فإن مات قبله فالأقرب القرعة كما في المبسوط. وقيل: يتخير الوارث من غير قرعة؛ لعدم التعيين في نفسه.

ويصحّ تدبير الآبق كما يصحّ عتقه؛ للعموم.

ولو أبق بعد التدبير بطل تدييره اتفاقاً كما في الخلاف وكان هو ومن يولد له بعد الإباق رقاً إن ولد له من أمه وبه خبر العلاء بن رزين عن الصادق (عليه السلام): في رجل دبر غلاماً له فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم ولم يعلمهم أنه عبد فولد و

كسب مالاً فمات مولاه الذي دبره فجاء ورثته الميت الذي

كشفت اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٣٧

دبر العبد فطلبوا العبد فما ترى؟ فقال: العبد رقّ وولده لورثة الميت، قلت: أليس قد دبر العبد، فذكر أنه لما أبق هدم تدييره ورجع رقاً «١». وفي معناه خبر محمد بن مسلم عن الباقر (عليه السلام) «٢».

وأولاده بعد التدبير قبل الإباق على التدبير إذ لا يهدم انهدام تدييره تدييرهم.

ولو ارتد المملوك لم يبطل تدييره بلا خلاف كما في الخلاف للأصل، إلا أنه قيده بالارتداد الذي يستتاب فيه، وتبعه القاضي ولعله لأنه يقتل في غيره، فكأنه بطل تدييره، وأبطله به أبو علي إلا أن يلتحق بدار الحرب فيبطل عندنا كما في المبسوط لأنه

إباق وزيادة، خلافاً للشافعي. ولو مات مولاه قبل التحاقه عتق.

ولو جعل خدمته لغيره مدّة حياة الغير ثم هو حرّ بعد موت الغير وجعلناه تدييراً لم يبطل تدييره بإبائه اقتصاراً في خلاف الأصل على اليقين، ولما تقدم في صحيح يعقوب بن شعيب «٣» ويكون جعل الخدمة لازماً لا يجوز له فسخه لأنه رقبى خلافاً للمبسوط

فأجاز له الرجوع متى شاء و ينعق بموت الغير من الأصل إن بقى المالك حيّاً، و إن مات قبله فإشكال من أنه عتق بعد الموت، و من أنه عتق لزم فى صحته و إن اتفق التأخر عن الموت.

و لو دبّر أمة لم تخرج عن الرقيّة و كذا العبد بالنصوص «٤» و الإجماع و له و طؤها و وطء ابنتها التى ولدتها بعد التدبير إن لم يكن وطئ الأم

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨١ ب ١٠ أن الإباق يبطل التدبير .. ح ٢.

(٢) المصدر السابق: ص ٨٠ ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨١ ب ١١ أنه يجوز تعليق التدبير .. ح ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧١ ب ١ جواز بيع المدبّر و عتقه .. و ج ١٦ ص ٨٢ ب ١٣ أن المدبّر مملوك.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٣٨

فإن حملت منه لم يبطل التدبير، بل كانت أم ولد مدبّرة و عتقت بالتدبير بعد موت مولاهما من الثلث، فإن عجز الثلث عن كفه فبقدرة و عتق الباقي من نصيب الولد خلافاً للشافعى فأبطل التدبير بالاستيلاء لكونه أقوى.

و لو حملت المدبّرة بمملوك لمولاهما من زنا أو شبهه أو عقد كان الولد مدبّراً كأمة بالنصّ و الإجماع، و ربّما يشكّ فى ولد الزنا؛ لعدم اللحق. و يدفعه نحو قول الصادق (عليه السلام): فما ولدت فهم بمنزلتها «١».

فإن رجع المولى فى تدبير الأم قيل فى النهاية و الخلاف و الميسوط و الجامع و النافع لم يكن له الرجوع فى تدبير الولد لصحيح أبان بن تغلب سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل دبّر مملوكته ثم زوّجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً ثم مات زوجها و ترك أولاده منها، قال: أولاده منها كهيتها، فإذا مات الذى دبّر أمهم فهم أحرار، قال: يجوز للذى دبّر أمهم أن يردّ فى تدبيره إذا احتاج؟ قال: نعم، قال: أ رأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج و بقى أولادها من الزوج الحرّ أ يجوز لسيدّها أن يبيع أولادها و يرجع عليهم فى التدبير؟ قال: لا إنّما كان له أن يرجع فى تدبير أمهم إذا احتاج و رضيت هى بذلك «٢». و مدلوله أخصّ من المدعى؛ لاختصاصه بأولادها من الزوج الحرّ، و أمّا التقييد بالحاجة و الرضا فلعله للفضل، و لأنّ تدبيرهم تبعيّة الأم من غير اختيار له فيه فلا- يتخير فى فسخه. و ليس بمعتمد لصدق التدبير فيه، و عموم ما دلّ على جواز الرجوع فيه، مع ما عرفت من خصوص الخبر، و ورود المنع على كلّ من مقدّمى الدليل الثانى، و هو اختيار ابن إدريس.

و لو أتى المدبّر بولد مملوك لمولاه بعد تدبيره فهو كأبيه مدبّر بالإجماع و النصّ كصحيح بريد بن معاوية سأل الباقر (عليه السلام) عن رجل دبّر مملوكاً له تاجراً موسراً فاشتري المدبّر جارية فمات قبل سيده، فقال: أرى أنّ جميع ما ترك المدبّر من مال أو متاع فهو للذى دبّره، و أرى أنّ أمّ ولده للذى دبّره و أرى أنّ ولده

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٦ ب ٥ أنّ أولاد المدبّرة من مملوك .. ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٨ ب ٧ أنّ الأولاد إذا تبعوا الأمّ فى .. ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٣٩

مدبّرون كهيتها أبيهم، فإذا مات الذى دبّر أباهم فهم أحرار «١». و قد تضمن بقاء الأولاد على التدبير و إن مات الأب.

و لو رجع فى تدبيرها فأتت بولد لستّه أشهر فصاعداً من حين الرجوع لم يكن مدبّراً؛ لاحتمال تجدده و كونه الأصل و لو كان لأقلّ من ستّة أشهر فهو مدبّر و إن ولدت ولدين أحدهما لأقلّ و الآخر لأكثر و لم يكن بينهما ستّة أشهر فالحمل واحد و هما

مدبران.

و لو دبر الحمل لم يكن تدبيراً للحمل و إن علم به على رأى وفاقاً للمبسوط و الخلاف و المقنع و السرائر و النافع و الشرائع، للأصل، و قول الكاظم (عليه السلام) فى خبر عثمان بن عيسى: إن كانت المرأة دبّرت و بها حبل و لم يذكر ما فى بطنها فالجارية مدبرة و الولد رقّ «٢».

و عن أحد قولى القاضى تدبيره مطلقاً و فى النهاية و الجامع و الوسيلة التفصيل بالعلم و عدمه، لخبر الوشاء سأل أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل دبر جارية و هى حبل، قال: إن كان علم بحبل الجارية فما فى بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلم فما فى بطنها رقّ «٣». و يحتمل معناه خبر عثمان بن عيسى.

[الفصل الرابع فى الأحكام]

إشارة

الفصل الرابع فى الأحكام التدبير ليس وصية وفاقاً للمقنع و المقنعة و الخلاف و النهاية و السرائر و الغنية و الوسيلة و الجامع و الشرائع، لقول الصادق (عليه السلام) فى صحيح هشام بن الحكم: هو مملوكه بمنزلة الوصية «٤». و فى صحيحة معاوية ابن عمّار: هو بمنزلة الوصية «٥». و لأنه لو كان وصية لم يكف للعتق.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٧ ب ٦ أن المدبر إذا ولد له أولاد .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٥ ب ٥ أن أولاد المدبرة من مملوك .. ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٦ ب ٥ أن أولاد المدبرة من مملوك .. ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٣٨٩ ب ١٩ أن المدبر ينعق بعد موت .. ح ٣.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٣ ب ٢ أنه يجوز الرجوع فى التدبير .. ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٤٠

و فى المبسوط و النافع أنه وصية، و يظهر الإجماع من المبسوط لأنه لو كان عتقاً لم يجوز الرجوع فيه و لم يعتبر من الثلث. و لا خلاف للأولين فى أنه إذا لم يجب بنذر أو شبهه كالوصية فى أنه يمضى من الثلث بعد موت المولى و إيفاء الديون إذا علق بموت المولى كما نطقت به الأخبار كقول الباقر (عليه السلام) فى حسن محمد بن مسلم: فإذا مات السيد فهو حرّ من ثلثه «١». و خبر الحسن بن على بن أبى حمزة أنه قال للرضا (عليه السلام): إن أبى هلك و ترك جاريتين قد دبرهما و أنا ممن أشهد لهما و عليه دين كثير فما رأيك، فقال: رضى الله عن أبيك و رفعه مع محمد (صلى الله عليه و آله) و أهله قضاء دينه خير له إن شاء الله «٢». و عن بعض العامة اعتباره من رأس المال فإن قصر الثلث عن جملته عتق منه بقدره، و لو لم يكن له غيره و لم يكن عليه دين و لا وصية سابقة عتق ثلثه، و لو كان المال غائباً عتق ثلثه، ثم كلما حصل من المال شيء عتق منه بنسبة ثلثه. و قيل: لا يعتق منه شيء حتى يحضر المال، لأن التنفيذ فى الثلث إنما يتم مع تسلط الورثة على الثلثين، و لا تسلط هنا للتوقف إلى أن يتبين حال الغائب.

و لو كان هناك دين مستوعب بطل التدبير و بيع المدبر فيه كما أرشد إليه خبر ابن أبى حمزة.

و لو لم يستوعب بل زادت قيمته و لم يكن له غيره بيع مساويه و تحرّر ثلث الباقي و كان ثلثه ميراثاً، سواء سبق التدبير الدين أو

تأخر كالوصية، خلافاً للنهائية لقول الكاظم (عليه السلام) في صحيح علي بن يقطين: وإن كان على مولى العبد دين فدبره فراراً من الدين فلا تدبير له، وإن كان دبره في صحته و سلامته فلا سبيل للديان عليه و يمضى تدبيره «٣». و خبر أبي بصير عن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧١ ب ١ جواز بيع المدبر .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٠ ب ٩ أن من دبر مملوكة و عليه دين .. ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٩ ب ٩ أن من دبر مملوكة و عليه دين .. ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٤١

الصادق (عليه السلام): في رجل دبر غلامه و عليه دين فراراً من الدين، قال: لا تدبير له، و إن كان دبره في صحته و سلامته فلا سبيل للديان عليه «١». و لا يدلان إنما على أنه إذا قصد الفرار لم يصح، و هو ظاهر بناءً على اعتبار القربة، و لا إشكال إذا لم يعتبرها أيضاً؛ لورود النص به، من غير معارض مع تأييده بالاعتبار، و أنه إن لم يقصد الفرار و دبر في صحته و سلامته صح التدبير [و لم يكن للديان عليه سبيل حتى يبطل تدبيره] «٢» فإن الديون إنما تعلقت الآن بدمته، فكما يجوز له الإنفاق من عين ماله و إتلافه و لا سبيل عليه للديان فكذا له التدبير، و هو مما لا نزاع فيه، و هو معنى مضيته في الخبر الأول، و هو لا يدل على أنه بعد الموت ينفذ قبل الديون، و قد يحملان على أنه إذا دبر واجباً بالندر و شبهه و هو سالم من الدين ثم حدث الدين لم يكن عليه سبيل.

و لو دبر جماعة فإن خرجوا من الثلث عتقوا و إلا عتق من يحتمله الثلث. و يبدأ بالأول فالأول إن رتبهم في التدبير فإن جهل أو لم يرتب فالقرعة كما مر في العتق في المرض.

و لو حملت بعد التدبير تبعها الحمل في التدبير فإن خرجت هي و الأولاد من الثلث عتقوا و إلا قسط العتق عليهما أى القبيلتين فيعتق من كل واحد قدر ما يحتمله الثلث من جميعهم و سعى في قسطه من الزيادة و لا يعين بعضهم للعتق بالقرعة أو لا بها لأنهم جميعاً بمنزلة عبد واحد لم يحتمله الثلث و لا يقدم عتق الأم، فإن لم يفضل من الثلث شيء لم يعتق من الأولاد شيء، و إن فضل عتق منهم بالنسبة، فإن النص من الأخبار و الأصحاب إنما دل على مساواة الأولاد لها في التدبير. و ربما يوهم أن خبر يزيد «٣» مشعر و عبارة النهائية و السرائر اعتبار الأولاد بعد الام.

(١) المصدر السابق: ح ٢.

(٢) ما بين المعقوفين ليس في ق و ن.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٦ ب ٥ أن أولاد المدبرة من المملوك مدبرون ح ٤.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٤٢

و يجوز الرجوع في التدبير قولاً و فعلاً نصاً و اتفاقاً. و للعامّة قول بعدم الجواز قولاً.

فلو وهب و إن لم يقبض خلافاً للشافعية في وجه أو أعتق أو وقف و إن لم يقبض أو أوصى به خلافاً للشافعي في أحد قوله أو باعه على رأى وفاقاً للطبريات و الانتصار و السرائر و الشرائع و النافع و موضع من المبسوط و الخلاف أو رهنه وفاقاً للمحقق و أحد وجهى الشيخ و غيره كما مر في الرهن بطل التدبير لتنافي المقتضيين؛ لاقتضاء الرهن مكان الاستيفاء منه و ما قبله الخروج عن الملك معجلاً مطلقاً كان التدبير بأن علق على مطلق الموت أو مقيداً بموته من مرضه أو في سفره و نحو ذلك. خلافاً لأبي حنيفة فإنه أجاز الرجوع في المقيد.

و يصحّ العقد و الإيقاع في كلّ ما ذكر و إن لم يرجع قبله في التدبير لأنّها يكفي في الرجوع، و لعموم ما دلّ على صحّتها مع ثبوت أنّ التدبير ممّا لا يمنع منها، و عموم الأخبار الخاصّة بالباب كقول الباقر (عليه السّلام) في حسن محمّد ابن مسلم: هو مملوكه إن شاء باعه و إن شاء أعتقه، و إن شاء أمسكه حتّى يموت «١».

خلافاً للوسيلة فلم يجز التصرف فيه إلّا بعد الرجوع و للتهذيب و الاستبصار فلم يجز البيع إلّا بعده، و للنهائية و الكامل و موضع من الخلاف على وجهه، فإنّ عباراتها تحتمل غير ذلك.

ففي النهاية: و متى أراد المدبّر بيعه من غير أن ينقض تدبيره لم يجز له إلّا أن يعلم المبتاع أنّه يبيعه خدمته و أنّه متى مات هو كان حرّاً لا سبيل له عليه. و في الكامل: و من دبّر مملوكاً و أراد بيعه لم يجز له ذلك إلّا أن ينقض تدبيره أو يعلم المشتري أنّه يبيعه خدمته، و أنّه متى مات هو كان حرّاً لا سبيل له عليه. و نحو منهما في الخلاف.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧١ ب ١ جواز بيع المدبّر و عتقه ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٤٣

و هذه العبارات كما تحتمل ذلك تحتمل اشتراط البيع بقصد النقض، و أنّه لا يجتمع البيع و عدم انتقاض التدبير، إلّا أن يبيع الخدمة، أي إذا باع فالتدبير ينتقض به، إلّا أن يبيع الخدمة، كما قال ابن سعيد في الجامع: و إذا أراد بيعه من دون نقض تدبيره أعلم المشتري أنّه يبيعه خدمته، و أنّه إذا مات تحرّر.

و على التقديرين فهو جمع بين الأخبار المثبتة للبيع و النافية له، و لمّا كان يحصل الجمع بالثالث، و بتخصيص أخبار النفي بالتدبير الواجب ضعف الأولان.

و يصحّ كلّما ذكر سواء قصد بيعه أو غيره الرجوع في التدبير أو لا لما عرفت من العمومات. خلافاً للنهائية و الكامل و على ثانی الوجوه.

و هل يبطل التدبير بالعقود الفاسدة؟ الأقرب ذلك إن لم يعلم فسادها فإنّ المنافاة معلومة، فإذا اعتقد صحّتها فقد قصد النقض أو علم الفساد لكن قصد الرجوع فإنّه بمنزلة الرجوع القولي.

و يحتمل العدم ضعيفاً، لأنّها ليست من ألفاظ الرجوع، و إنّما يكون من أفعاله إذا صحّت، فإنّها مع الفساد لا مقتضى لها لينافى مقتضى التدبير فينقضه.

و قيل في النهاية و التهذيب و الاستبصار و الكامل و موضع من الخلاف لا يبطل التدبير بالبيع إذا لم يرجع فيه أي فحّ التدبير بنفس البيع أو قبله بل يمضى البيع حينئذٍ في خدمته دون رقبته لقول عليّ (عليه السّلام) في خبر السكوني: باع رسول الله (صلى الله عليه و آله) خدمة المدبّر و لم يبع رقبته «١». و صحيح أبي بصير سأل الصادق (عليه السّلام) عن العبد و الأمة يعتقان عن دبر، فقال لمولاه: أن يكاتبه إنشاء، و ليس له أن يبيعه إلّا أن يشاء أن يبيعه قدر حياته، و أن يأخذ ماله إن كان له مال «٢». و خبر عليّ سأله (عليه السّلام) عن رجل أعتق جارية له عن دبر في حياته، قال: إن أراد بيعها باع خدمتها حياته «٣». و لما كانت الخدمة منفعة مجهولة لا يتعلّق بها البيع

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٤ ب ٣ جواز إجارة المدبّر ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٤ ب ٣ جواز إجارة المدبّر ح ٢.

(٣) المصدر السابق: ح ٣.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٤٤

وكان صرف البيع إلى بيع الخدمة كصرف بيع القطن مثلاً إلى بيع الصوف، بل أبعد أوله ابن إدريس بالصلح، و في المختلف بالإجارة مدة فمدة حتى يموت، و هنا بمعنى ملكية المشتري للرقبة ملكاً مترزلةً للانعتاق بموت المولى مع حياته، فيكون كمشروط العتق على المشتري و هو بخلاف تغاير جنس المبيع على إشكال في هذا التأويل، من موافقته للأصول، و من مخالفته لظواهر الأخبار «١» و الأصحاب، و لزوم بقاء التدبير مع زوال الملك، و الانتقال إلى المولى بعد الموت أو في آخر جزء من الحياة، و بعد الموت لا يصلح للملك، و قبله إذا شرط على المشتري النقل إلى البائع بطل فكيف ينتقل بدون الشرط مع أنه شرط مجهول؟! و لزوم تعليق البيع بمدة الحياة.

و على كل تقدير فعندما يتحرر بموت مولاه، فحينئذ يثبت للمشتري الجاهل بالتدبير قطعاً أو بالحكم و هو الانصراف إلى بيع الخدمة على إشكال من الإشكال في عذر جاهل الحكم الخيار إن لم يتصرف و يثبت له معه أى التصرف الأرش و لو أعتق بموت المولى و لا بأس بالعمل بظاهر الأخبار «٢» و الفتاوى. و من صحة بيع الخدمة هنا و استثنائها مما لا يصح بيعه من المنافع؛ للنصوص، و مساعدة الاعتبار من حيث كون المنافع هي المقصودة بالأعيان. و أما تنزيل بيع العين على بيعها فلا دليل عليه، و لا نعرف به قائلاً، فإنهم إنما ذكروا أنه إنما يجوز بيع الخدمة.

و هل له أى للمولى الرجوع في التدبير بعد البيع و نحوه من العقود اللازمة إن لم نقل بكونها رجوعاً؟ إشكال من الاستصحاب، و عموم ما دل على جواز الرجوع في التدبير. و من أنه لما انتقل إلى الغير انتقالاً لا تنزل فيه إلّا بالانعتاق عند موت المولى لم يجز له التصرف فيه.

فإن قلنا به أى بجواز رجوعه في التدبير فلو باعه أو أمهره مثلاً

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧١ ب ١ جواز بيع المدبر، و ص ٧٤ ب ٣ جواز إجارة المدبر.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٤ ب ٣ جواز إجارة المدبر.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٤٥

ثم رجع في التدبير ففي العود أى عود الرقبة ملكاً مستقراً إلى المشتري أو الزوجة على هذا القول أى القول بأن شيئاً من هذه العقود ليس رجوعاً في التدبير إشكال، أقرب ذلك إن قلنا بالانتقال المترزلة للعين، فإنها إذا انتقلت إلى المشتري أو الزوجة لم يعد إلّا بناقل، و لا يصح له الرجوع في التدبير، و إنما هو دافع للترزلة موجب لاستقرار الملك. و يحتمل العود إلى المولى تنزيلاً للرجوع في التدبير منزلة الانعتاق بالموت، و لأنه إنما انتقل إليه انتقالاً مترزلاً، و لا دليل على حدوث استقرار الملك له.

و أما إن قلنا بأنه لم ينتقل إلّا الخدمة فلا إشكال في العود إلى المولى، بل لا عود، و إنما هو بقاء لما كان، و الخدمة للمشتري أو الزوجة ما حبي المولى، إذ لا ناقل لها عنهما.

و على الانتقال المترزلة لو أعتقه المشتري قبل الرجوع من البائع في التدبير نفذ لكونه في ملكه، و عدم منافاته للترزلة فيه و بطل حق البائع منه و هو لا يوجب عدم النفوذ، لأن التزلزل لم يكن لحقه.

و لو دبره المشتري صحّ لذلك، و لم يبطل تدبير البائع؛ لعدم التنافي، بل عتق بموت السابق منهما، فإن كان هو البائع عتق من الأصل لوصول العوض إليه و إن كان المشتري عتق من الثلث.

و لو دبره البائع مريضاً فنقصت قيمته ثم باعه بقيمته مدبراً و قصر الثلث عن التفاوت بين القيمتين كما لو لم يكن له غيره و كانت

قيمته ثلاثين و باعه مدبراً بعشرة و هي قيمته مدبراً و عاد قيمة الجزء منه أى جزء فرض بفسخ التدبير فيه أى كان بحيث إذا انفسخ التدبير فى جزء منه عاد إلى قيمته كما أنه إذا انفسخ فى كله عاد إلى قيمته دخلها أى المسألة الدور عندنا معشر القائلين بأنه إذا بطل البيع فى جزء من المبيع بطل فى مقابله من الثمن مطلقاً ربويًا وغيره و عند الشيخ المخصّص لذلك بالربوى القائل بأن بيع المريض إذا اشتمل على محاباة لا يفى بها الثلث بطل البيع فيما زاد

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٤٦

عليه، و لم يبطل من الثمن شىء، بل كان للمشتري بالثمن مساويه من المثلث و ما يفى به الثلث من المحاباة، و إنما تساوى المذهبان هنا لوقوع الشراء هنا بالقيمة بلا محاباة فلا يمكن فسخ البيع فى جزئه أى المبيع مع بقاء ثمنه؛ لاشتماله أى البيع حينئذ على غبن المشتري فلا بدّ من أن يبطل من الثمن ما يقابل ما بطل فيه التدبير، فتوقف العلم بكلّ ممّا صحّ فيه التدبير و ما بطل فيه و التركة على العلم بالآخرين، فإنه إذا بطل التدبير فى جزء عاد إلى قيمته، فيزيد التركة، فيتوقف العلم بالتركة على العلم به، و لا يعلم كمّية ما بطل فيه التدبير إلّا إذا علم كمّية التركة، فإنه لا يبطل إلّا فيما زاد على ثلثها، و كذا لا يعلم ما صحّ فيه التدبير إلّا إذا علم مقدار التركة، و لا يعلم إلّا إذا علم ما صحّ فيه البيع، و هو ما صحّ فيه التدبير ليعلم ما انتقل إليه من الثمن.

و طريقه أى طريق تحصيل العلم بكلّ من ذلك ما مرّ فى أمثاله فى الوصايا بأن نقول: بطل البيع فى شىء من العبد و شىء من الثمن، فللمولى شىء من العبد و عشرة إلّا شيئاً من الثمن، و الكلّ يعادل عشرين، و ما عاد إليه من العبد فى تقدير ثلاثة أشياء لبطلان التدبير فيه. و فرض أنّ كلّ جزء منه قبل التدبير كثلاثة أمثاله بعده فيجبر منها العشرة إلّا شيئاً يصير عشرة و شيئين يعادل عشرين، فالشيئان يعدل عشرة، فالشىء خمسة، فما عاد إليه من العبد خمسة و هي نصفه، و إذا انفسخ تديره صار خمسة عشر و من الثمن خمسة، و المجموع عشرون هي ثلثا التركة. أو نقول صحّ البيع فى شىء من العبد بشىء من الثمن، فللمولى عبد إلّا شيئاً و من الثمن شىء، و الشىء الذى صحّ فيه البيع بمنزلة ثلاثة أشياء، لأنه يحسب على العبد ما نقص من الثمن بالتدبير، فردّ عليه الشىء من الثمن، فله العبد إلّا شيئين، و العبد كان ثلاثين فماله يعادل عشرين، و الشيئان يعادلان عشرة، فالشىء خمسة، فصحّ البيع فى خمسة من العبد هي نصفه بخمسة من الثمن، و عاد إلى المولى نصف العبد مع خمسة من الثمن، و الكلّ عشرون.

و لا يشكل بتقسيت الثمن على العبد بالسوية هنا مع تفاوت قيمة

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٤٧

الجزءين أى الذى صحّ فيه البيع و الذى بطل فيه، فإنه المفروض، و من البين أنّ الثمن إنّما يقسط بالسوية إذا تساوت أجزاء المبيع قيمة لأنه إذا بطل البيع فى جزء يبطل من الثمن ما لو صحّ البيع فى ذلك الجزء لكان الباطل من الثمن ثمناً له.

فالتقسيت إنّما يعتبر بصحة البيع، و بالصفة التى له مع صحّة البيع «١» و هو أى التقسيت هنا اعتبر كذلك للتساوى بين الأجزاء بهذين الاعتبارين فإنّ الزيادة إنّما حصلت هنا باعتبار بطلان البيع و انفساخ التدبير، و إنّما تفاوتت الأجزاء لاعتبار الصحة فى جزء و البطلان فى آخر، و اعتبار التدبير الذى هو الصفة حال صحّة البيع فى جزء و انفساخه فى آخر.

و لو لم تعد قيمة الجزء بانفساخ التدبير فيه خاصّة فإن قلنا بصحة التدبير و إجراءاته مجرى الإتلاف دون التصرف كما مرّ احتمالاً صحّ التدبير و البيع فى الجميع فالتدبير لكونه كالإتلاف و البيع لانتفاء الفائدة بانفساخه لعدم عود أزيد من العشرة إلى الورثة و قد حصلت بالبيع.

و إن قلنا ببطلانه أى التدبير لكونه تصرفاً فيما زاد على الثلث فإن لم تعد القيمة مع التشقيص بالبيع أى كان التشقيص بالبيع أيضاً منقّصاً للقيمة موجباً للتصرف فى الزائد على الثلث بطلاً أى البيع و التدبير معاً و إن عادت القيمة بتشقيص البيع أى معه دون التدبير أى كان التدبير منقّصاً للقيمة، و تساوى مع الكلّ و البعض فى عدم إيجابه نقصاً فيها. فالأقوى صحّتهما معاً و إجراؤه أى

مجموعهما أى يبعه مدبراً، أو يبعه أو تديره مجرى تدبير الشريك للمريض حصّته الموجب لنقص قيمة المجموع، فإنه إذا صحّ البيع وقد ابتاعه مدبراً فكأنه الذى دبره، ولما لم يوجب البيع نقصاً فى القيمة صحّ فى الكلّ، ولما صحّ صحّ التدبير، لأنه باعه مدبراً، ولما لم يكن

(١) فى ق: «المبيع».

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٤٨

فرق بين تدبير الكلّ و تدبير البعض فى النقص صحّ فى الكلّ، و لم يطله ما أوجهه من النقص.

و يحتمل بطلانها معاً إن قلنا برّد الملك إلى المشتري إذا باعه مدبراً مع رجوع المالك فى التدبير بناءً على الانتقال المترلزل كما عرفت، و ذلك لانتقاله حينئذٍ إلى المشتري مدبراً، فيلزم من صحّة البيع صحّة التدبير كالبيع بشرط العتق، و لأنه لا فائدة لإبطال التدبير لردّ الملك إلى المشتري، و التدبير باطل لكونه تصرفاً فيما زاد على الثلث، فيبطل البيع أيضاً.

و احتمال صحّتهما على هذا التقدير باقٍ نظراً إلى ما تقدّم من انتفاء المانع من صحّة البيع فيصحّ، و يلزم منه صحّة التدبير. و الحاصل أنّ التدبير بنفسه باطل، بناءً على كونه تصرفاً فى الزائد على الثلث و البيع بنفسه صحيح، لأنه لا يستلزم محاباة و تصرف فى الزائد، فإذا اجتمعا كما فى المسألة احتل سريان صحّة البيع إلى التدبير فيصحّ، و العكس فيبطل. و إن قلنا بعود الملك إلى البائع إن باع مدبراً ثمّ رجع فى التدبير احتل بطلان التدبير لاستلزامه التصرف فى أكثر من الثلث، و عدم استلزام صحّة البيع لصحّته و صحّة البيع لكونه فى خدمته و لكن من الثلث مع المحاباة فيها فإن زادت على الثلث استخرجت بالجبر فيرجع المدبر عيناً و خدمة إلى الورثة بعد الموت؛ لانصراف البيع إلى خدمته حال حياة المولى مع بطلان التدبير. و احتمال بطلانها، لأنه إنّما باع خدمته مدبراً. و صحّتهما؛ لاستلزام صحّة هذا البيع صحّة التدبير.

[تنبيه]

تنبيه الولاء على قول الشيخ بعدم إبطال البيع التدبير و انصرافه إلى الخدمة للبائع إذا بقى المملوك إلى أن مات، و لم يفسخ تدبيره بشىء. أمّا إن فسّرنا كلام الشيخ بالانتقال المترلزل فيحتمل أن يكون كذلك لاستناد العتق إلى التدبير، و أن يكون للمشتري لكونه كمشروط العتق، و الأول هو الوجه. و على بطلان

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٤٩

التدبير فلا إشكال فى انتفاء الولاء ما لم يطرأ عليه عتق آخر.

فإن أعتقه المشتري فعلى القول بالانصراف إلى الخدمة لا- يصحّ، و أمّا على الانتقال المترلزل أو المستقرّ فالولاء له، و لو دبره المشتري فالولاء لمن اعتق بموته فإن قلنا بالانتقال المترلزل فأيهما سبق موته فالولاء له، و إن قلنا بالمستقرّ بطل تدبير البائع فلا ولاء له، و إن صرفنا البيع إلى الخدمة بطل تدبيره فلا ولاء له.

و لو أنكر التدبير لم يكن رجوعاً و إن حلّفه العبد المدعى له أمّا إذا كان عتقاً بصفه فظاهر، و أمّا إن كان وصيّه فكذلك كما فى المبسوط وغيره؛ لعدم دلالة عليه بشىء من الدلالات مع الاستصحاب و تغليب الحرّية.

و كذا إنكار الوصيّة و الوكالة و البيع الجائر ليس رجوعاً، و قد مرّ منه الاستشكال فى الوصيّة و الوكالة مع العلم بخلاف إنكار الطلاق فإنه رجوع كما عرفت، للنصّ الصحيح و الاتفاق كما يظهر منهم، و لتضمّنه التمسك بالزوجيّة الذى هو الرجعة.

و لو ضمّمه المريض مع العتق المنجز قدّم العتق كسائر المنجزات و إن ضمّمه مع الوصيّة بالعتق احتمل تقديمه لكونه عتقاً، و كون تلك وصيّة به، أو لتوقّف العتق الموصى به على الإعتاق من الوارث بعد الموت و حصول العتق فيه أى التدبير بالموت من غير إعتاق فله السبق على الأوّل و احتمل تقديم السابق منهما لكونهما وصيّتين، مع عموم ما دلّ على تقديم السابق من الوصايا. و لو قال له المولى: «إن أدّيت إلى ورثتي كذا فأنت حر» كان رجوعاً عن التدبير لاقتضائه العتق بالموت من غير توقّف على أمر آخر.

و ليس الرجوع فى تدبير الحمل رجوعاً فى تدبير الحامل و لا بالعكس لانفصال كلّ عن الآخر، و الأصل عدم الدلالة بشىء من الدلالات. و وافقنا عليه من ذهب من العامّة إلى تبعيّة الحمل فى التدبير، و لكن منهم من

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٥٠

لا يرى الرجوع إلّا بالفعل فلا يمكن عنده الرجوع فى الحمل خاصّة.

و إذا استفاد المدبّر مالاً فى حياة مولاه فهو لسيدّه لبقاء الرقّ و إن كان بعده فإن خرج المدبّر من ثلث التركة سوى الكسب فالكسب له لتحرّره بتمامه و إلّا كان له منه بقدر ما يتحرّر منه و الباقي للورثة و لا دور هنا، لأنّ ما للورثة من كسبه ليس من التركة.

و لو ادّعى الوارث سبق الكسب على الموت و العبد تأخّره عنه قدّم قوله للأصل و اليد فإن أقاما بيّنه قدّمت بيّنه الوارث بناءً على تقديم بيّنه الخارج.

هذا إن خرج المدبّر من الثلث، و لو لم يخلف المولى سواه و كانت قيمته ثلاثين و كان الكسب ستين ضعف قيمته قدّم قول العبد أيضاً للأصل و اليد، و يظهر الفائدة فى النماء و فيما لو نقصت قيمته بعد الموت، و إلّا فعلى التقديرين يحوز الوارث جميع الكسب، أمّا على السبق فظاهر، و أمّا على التأخّر فلاّنّ العبد يفكّ جزء الرقّ بماله من كسبه، لأنّ الرقّ منه ثلثاه، و ماله من كسبه الثلث.

و مع تقدّم قول المدبّر بيمينه، و الحكم بتأخّر الكسب و انحصار التركة فى العبد يحسب على الورثة ما يصل إليهم من الكسب من التركة أخذاً لهم بإقرارهم فيعتق من المدبّر فى الصورة المفروضة، و هى أن يكون قيمته ثلاثين و الكسب ستين سبعة أتساعه، أمّا الثلث فقبل وصول الكسب، و أمّا أربعة أتساعه فلاّنّه إذا حلف على التأخّر كان له عشرون و للورثة أربعون، فإذا وصل إليهم الأربعون عتق منه بقدر ثلث الأربعين بإقرارهم، و هو أربعة أتساع الثلاثين.

و هل للعبد بالجزء الذى انعتق بإقرارهم مقابله من كسبه فيه إشكال، ينشأ من إجراء إقرار الورثة المستلزم لأنّ ينعق منه بقدر ثلث ما يصل إليهم من الكسب مجرى الإجازة لعتق الزائد على الثلث لا اشتراكهما فى إيجاب العتق، بل الإقرار أولى، فإنّه إقرار بعتق سابق واجب غير متوقّف على

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٥١

رضاهم، و الإجازة تفضّل منهم و كشف عن عتق موقوف على رضاهم أولاً- لتباينهما، و للزوم الجمع بين المتنافيين من سبق الكسب و تأخّره، لبناء التحرّر بقدر ثلث ما يصل منه إليهم على السبق، و استحقيقه مقابل ما تحرّر منه على التأخّر، و هو الأقوى لذلك، و لاتفاقه مع الورثة على أنّه لا يستحقّ أزيد من الثلث فعلى الأوّل يدخلها أى المسألة الدور لتوقّف معرفه كلّ من قدر ما يتحرّر منه، و ما للورثة من الكسب على الآخر، فإنّه يتحرّر منه بقدر ثلث مالهم منه، و لا- يعلم قدر مالهم إلّا إذا علم قدر ما للمدبّر، و لا يعلم إلّا إذا علم قدر المتحرّر منه.

فبقول عتق منه شىء و له من كسبه شيثان لكونه ضعفه و للورثة شيثان من نفسه و كسبه ضعف ما انعتق منه فالعبد و كسبه اللذان

هما تسعون في تقدير خمسة أشياء، فالشئ خمس التسعين و هي ثمانية عشر، فله من نفسه ثمانية عشر و هي خمس التسعين و ثلاثة أخماس نفسه و من كسبه ضعف ذلك و للورثة من نفسه و كسبه جميعاً ستة و ثلاثون من كل خمسه، فمن المدبر اثني عشر، و من كسبه أربعة و عشرون و على الثاني لا دور، بل للورثة من الكسب أربعون و يعتق من المدبر سبعة أتساعه فتلاثة بلا نظر إلى الكسب، و أربعة أتساعه أخذاً للورثة بإقرارهم، فإنها ثلث الأربعين.

و له من كسبه عشرون ثلث الستين.

و منه يستخرج حكم ما قصر الكسب فيه عن ضعفه أو زاد عليه أو خلف المولى شيئاً معه أقل من ضعفه، فلو كان المدبر ثلاثين و كسب ثلاثين مثلاً و جاء الدور قلنا: عتق منه شئ و له من كسبه شئ و للورثة شيان، فالشئ ربع الستين خمسة عشر و هي النصف و له من الكسب مثلها و للورثة من نفسه و كسبه ثلاثون، و إن لم يكن دور كان للبعد ثلث الكسب و هو عشرة، و العشرون الباقية للورثة و هي مع قيمة المدبر خمسون، فيعتق منه ثلثها ستة عشر

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٥٢

و ثلثان و هي خمسة أتساع العبد و للورثة من نفسه و كسبه ثلاثة و ثلاثون و ثلث. و لو ساوى المدبر ثلاثين و كسب ثلاثين و خلف المولى ثلاثين فعلى الأول عتق منه شئ و له من الكسب شئ و للورثة من المدبر و كسبه و المخلف شيان، فالشئ ربع التسعين، فيتحرر منه اثنان و عشرون و نصف و له من الكسب مثلها، يكون المجموع خمسة و أربعين و للورثة من المدبر و الكسب و المخلف خمسة و أربعون ثلاثون هي المخلف، و من كل من المدبر و كسبه سبعة و نصف. و على الثاني يعتق كله و يكون الكسب كله للورثة كالمخلف.

و إذا جنى على المدبر بما دون النفس فالأرش و القصاص للمولى كالقن و التدبير باقٍ، و لو قتل بطل التدبير، و لا يلزمه شراء مملوك آخر بقيمته، و تدبيره كما يقال للوقف، و الفرق ظاهر، فإن الغرض من الوقف مصلحة الموقوف عليه و هو باقٍ، و الغرض من التدبير مصلحة المدبر و يأخذ المولى من القاتل إن كان حراً أو مخطئاً قيمته مدبراً إن لم يجز بيعه أو لم يكن رجوعاً و إلا لم يفترق الحال.

و لو قتله عبد عمداً قتل به إن شاء مولى المقتول و ساواه في القيمة أو قصر عنه، و لا يقتل الحر، و لا من تحرر بعضه به لأنه لم يتحرر منه شئ.

و لو جنى المدبر تعلق أرش جنايته برقبته كالقن و للمولى فكه بأرش الجناية على قول و الأقرب بأقل الأمرين من الأرش و القيمة كما سيأتي فيبقى على التدبير.

و لو لم يفكه بل باعه فيها أى الجناية أو سلمه إلى المجنى عليه أو وليه انتقض تدبيره إن استغرقت الجناية قيمته و سيأتي في الجنايات الخلاف فيه و إلا بطل تدبيره ما خرج عن ملكه منه و قال الشيخان و الصدوق و أبو علي: إن له أن يدفعه إلى أولياء المقتول، يخدمهم حتى يموت المولى ثم يستسعى في قيمته.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٥٣

قيل في الشرائع و لمولاه أن يبيع خدمته إن ساوت الجناية فيبقى على تدبيره و هو الوجه، سواء أجزنا بيع الخدمة أو حملناه على الصلح أو الإجارة و له أن يرجع في تدبيره و يبعه اتفاقاً فيبطل التدبير، و كذا لو باعه ابتداءً قبل الرجوع على المختار كما تقدم.

و لو مات المولى قبل افتكاكه و قبل تملك المجنى عليه له انعتق لسبق سببه و تغليب الحرية. و للعامية قول بقيام الوارث مقام المولى.

و على الأول ثبت أرش الجناية في رقبته أو ماله لا في تركه مولاه كما في المبسوط إجراءً له مجرى إعتاق الجاني و لا على

الوارث و إن كانت الجناية خطأ لانعتاقه قبل أخذ الأرش.

و لو دبرّ عدين و له دين بقدر ضعفهما و لم يخلف غير ذلك، فما لم يستوف الدين لم يعتق منهما إلّا الثلثهما. و للعائنة قول بأن لا يعتق منهما شيء و لا يشاع فيهما بل عتق مّمّن تخرجه القرعة منهما قدر الثلثهما و كان الباقي إن بقي منه شيء و الآخر بتمامه إن وفي الأول بالثلث، و إلّا فما بقي من الآخر موقوفاً، فإذا استوفى من الدين شيء كمل من عتق من أخرجته القرعة إن بقي منه شيء قدر ثلثه أى ثلث ما استوفى من الدين، و إن فضل قدر ثلثه على من أخرجته و إن ما فضل عتق من الآخر، و هكذا حتّى يعتقا معاً أو مقدار الثلث أى ثلث التركة الّتى هي مجموعهما و ما استوفى من الدين منهما جميعاً أو من أحدهما.

و لو تعدّر استيفاؤه رأساً لم يزد العتق على قدر الثلثهما، و لو خرج من وقعت القرعة له مستحقّاً بطل العتق فيه و عتق من الآخر ثلثه لانحصار التركة الحاضرة فيه، ثمّ كلّما استوفى من الدين شيء عتق منه بقدر ثلثه و هكذا.

و لو دبرّ عبداً و له دين بقدره عتق ثلثه و رقّ ثلثه و وقف ثلثه إلى الاستيفاء.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٥٤

و لو دبرّ عبداً و كان له ابنان فقط و له على أحدهما ضعف قيمته عتق من المدبرّ ثلثاه، لأنّ حصّة المديون من الدين كالمستوفى و سقط عنه من الدين نصفه، لأنّه قدر حصّته من الميراث، و يبقى منه للآخر النصف، و كلّما استوفى منها أى من حصّته من الدين شيئاً عتق قدر ثلثه فإذا استوفى الكلّ انعتق الكلّ.

و لو كان الضعف ديناً عليهما بالسوية عتق الكلّ و لا شيء لأحدهما على الآخر و لو كان عليهما لكن تفاوتاً فيه فبالنسبة إلى ما على كلّ منهما و يقف الباقي على الاستيفاء.

و لو قتل المدبرّ مولاة احتمل بطلان تدبيره مقابله له بنقيض مقصوده كالوارث يمنع من الإرث إذا قتل لذلك و لأنّه أبلغ من الإباق و قد مرّ أنّه يبطله، و الأقوى العدم؛ للأصل، و تغليب الحرّية، و منع القياس و الأولوية أمّا أمّ الولد فلا احتمال لعدم انعتاقها إذا قتلت المولى لأنها إنّما تعتق من نصيب ولدها فشبها بالوارث أبعد من شبه المدبرّ، فإنّه يعتق من مال المولى.

[تنبيه]

تنبيه:

قيمة المدبرّ تعتبر من الثلث حين الوفاء سليماً من التدبير فلا يعتق الكلّ إلّا إذا لم يزد قيمته سليماً من التدبير على الثلث، و إنّما تتفاوت القيمة بالتدبير و عدمه لو لم يبطل التدبير بالبيع فيحسب نقصان الجزء الّذى بطل التدبير فيه للزيادة على الثلث الحاصل ذلك النقصان بالتشقيص لو فرض حصوله عليه أى المدبرّ، فلا يعتق و لا ثلثه إلّا إذا وفى الثلث به على إشكال من أنّه لمصلحته، و من بقاء عين ذلك الجزء، و أنّ النقص الطارئ عليه كنقص القيمة السوقية و كالاتلاف.

و لو لم يملك سواه و كانت قيمته سليماً ثلاثين و مدبرّاً عشرة و لم يرجع قيمة الجزء ببطلان التدبير فيه احتمل بطلان التدبير رأساً

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٥٥

لاستلزامه التصرف بالوصية أو حكمها فى أكثر من الثلث كما تقدّم فى العتق فى المرض بل البطلان فيه أظهر من البطلان فى العتق فى المرض لكونه منجزاً.

و احتمال الصحة فيفرض النقص كالاتلاف فيعتق ثلثه باعتبار قيمته الآن و مع البطلان لو أجاز بعض الورثة نفذ العتق فى حقه من

الأصل، و في حقّ باقى الورثة من الثلث، و النقص حينئذٍ كالتالف قبل موت المولى قطعاً، فلا يوجب بطلان التدبير، فإنّه كما لو دبر أحد الشريكين فأوجب النقص فى الكلّ، بل و هو أى إجازة بعض الورثة أقوى من ابتداء التدبير من الشريك لنفوذه أى التدبير من الأصل بالنسبة إليه أى المجيز إن كان صحيحاً أى لم يكن فى مرض موته و لتأثيره فى العتق معجلاً فيلزم، بخلاف التدبير لجواز الرجوع فيه، و أيضاً المعجّل أقدم من المعلق بالموت و يعتبر خروج قيمته مدبراً من الثلث فى حقّ غير المجيز لا سليماً لما عرفت من إيجاب الإجازة كون النقص كالتلف قبل موت المولى، [و خصوصاً إذا كانت الإجازة فى حياة المولى] «١».

فلو كان للميت سوى المدبر الذى كان يساوى قبل التدبير ثلاثين و بعده عشرة عشرون عتق كلّ إجازة بعض الورثة لخروجه من الثلث [و قد يقال: إنّ الإجازة و إن أوجبت كون النقص كالإتلاف قبل الموت لكنها لا توجب نفوذه التدبير فى حقّ غير المجيز إذا كانت موته بعد المولى لحدوثها بعد انتقال العين إلى الورثة، و غايتها أن يكون كتدبير الشريك، و هو إنّما يوجب النقص دون التدبير فى حقّ شريكه، و لا يجرى سبق السبب و هو تدبير المولى] «٢».

و لو كان المجيز مريضاً فإجازته كابتداء تصرفه، فلو لم يكن له سواه أى سوى حصّته من المدبر بطلت الإجازة على تقدير البطلان للتدبير الموجب لنقص أكثر من الثلث.

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ق و ن.

(٢) ما بين المعقوفين ليس فى ق و ن.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٥٦

و لو انحصر الوارث فى المجيز و آخر و تساوى فى الإرث و كان له أى للمجيز مع ماله من شقص المدبر ما يزيد على قدر التالف عليهما بسبب الإجازة و هو هنا عشرون بجزء ما و إن قلّ صحت إجازته من الثلث أى ثلث تركته، فإن كان له فى الصورة المفروضة ستّة عشر سوى ماله من شقص المدبر صحت و نفذت فى الثلث و هو عشرة و ثلث ليقبى للورثة ثلثاها أى عشرون و ثلثان فيعتق من المدبر ثلث دينار، فإنّه لما أجاز فى حصّته و هى النصف أى خمسة عشر ديناراً فقد فوّت على ورثته عشرة بسبب نقص القيمة و اعتق منه ثلث دينار ليقبى من النصف أربعة و ثلثان لينضمّ إليه الستّة عشر التى له ممّا عدا الشقص فيكمل عشرين و ثلثين و هى ثلثا التركة، بخلاف ما إذا لم يكن له ما سوى الشقص إلّا بقدر التالف فإنّه لا ينعق حينئذٍ منه شىء، لأنّه لو اعتق منه شىء لم يبق لوارثه ثلثا تركته.

و أمّا إن ورث المولى ابن و بنت فإن أجاز الابن لم يصحّ إلّا إذا كان له فى الصورة المفروضة أربعون و شىء كأحد و أربعين مثلاً فإن حصّته من المدبر ثلثاه و هى عشرون، فإذا أجاز التدبير فى حصّته فوّت على نفسه ثلاثة عشر و ثلثا لنقص القيمة، و صحّ التدبير فى ثلث دينار ليقبى لورثته ثلثا تركته و هى سبعة و عشرون و ثلث، و لو لم يكن له إلّا أربعون لم يصحّ التدبير فى شىء، و إن أجازت البنت لم يحتج الصحة إلّا إلى أن يكون لها ثلاثة عشر و ثلث و جزء فإنّها تفوّت على نفسها لنقص القيمة بالإجازة ستّة و ثلاثين و ضعفها ثلاثة عشر و ثلث، فإذا زاد جزء صحّ التدبير فى ثلثه، فكان الصواب أن يجعل الضابط فى الصحة أن يكون ما يزيد على ضعف التالف عليه.

و يعتبر فيما نفذت فيه الإجازة قيمته الامولى لكونها سبب البطلان فى التدبير إن لم يخلف المولى سواه، و فى الإجازة إن لم يخلف المجيز سواه، و كلامنا على تقدير البطلان على إشكال.

ينشأ من لزوم الدور إن اعتبرت أى لزوم نفيها من إثباتها

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٥٧

إذ بإجازته ينفذ التدبير في حصّة الآخر من الثلث فيعتق جزء ما من حصّة الآخر، فيسقط اعتبار القيمة الأولى بالنسبة إلى غير المجيز لتحقق النقص بإجازة المجيز و بالنسبة إليه أى المجيز أيضاً لأنّ النفوذ في حصّة غيره يستلزم النقص في حصّته. ومن أنّ اعتبار القيمة الأولى أصل ترتب هذه الأحكام ففي المثال المفروض أعنى أن يكون له سوى الشقص ستّة عشر إن اعتبرت القيمة الأولى لم ينعق من المدبّر إلّا ثلث دينار كما عرفت، و إن اعتبرت الثانية انعتق منه تمام النصيب لكونه أقلّ من الثلث، فإنّ المعبر حينئذٍ ثلث إحدى وعشرين و هو سبعة و نصيبه منه خمسة.

و يحتمل إذا لم يكن له أى المجيز مال سوى الشقص من المدبّر على تقدير البطلان للتدبير فضلاً عن تقدير الصّحة في ثلث نصيبه و إن استلزم التفويت على ورثته لأزيد من الثلث باعتبار القيمة إذ نفوذ إجازته في ثلث حصّته يستلزم نفوذ العتق في جزء ما من حصّة الآخر و هو ثلثها لما عرفت من تنزّل الشقص بالإجازة منزلة التالف قبل الموت و لم يعين الثلث، لأنّ المستلزم لعدم اعتبار القيمة الأولى في حقّ المجيز نفوذه في جزء ما منه أيّاً ما كان، و قد عرفت الاستلزام، و إذا لم يعتبر القيمة الأولى لم يعتبر الثلث إلّا من الثانية على إشكال في الحكم بالصّحة.

ينشأ ممّا ذكر، و من استلزامه توقّف الشيء على نفسه، إذ الصّحة متوقّفة على عدم اعتبار القيمة الأولى المتوقّف على نفوذه في جزء من حصّة الآخر المتوقّف على الصّحة.

أمّا لو أجاز الوارث الآخر الصحيح صحّت إجازة الأوّل المريض من الثلث بقيمته الآن قطعاً لما عرفت من تنزيل إجازة بعض الورثة النقص منزلة التالف قبل الموت.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٥٨

[المقصد الثالث في الكتابة و فيه ثلاث فصول]

إشارة

المقصد الثالث في الكتابة أى المكاتبه، سمّيت بها لكتب كتاب بينهما بالعتق إذا أدّى النجوم، أو لإيجاب المولى على نفسه ذلك من كتب أى أوجب، أو لنظم النجوم و جمعها.

و فيه فصول ثلاثة:

[الفصل الأوّل في ماهية الكتابة]

الأوّل في ماهية الكتابة و هى معاملته مستقلة بنفسها ليست بيعاً للعبد من نفسه كما قاله الثقفى و ابنا زهره و إدريس و على بن إبراهيم فى ظاهر تفسيره، فإنّ الشيء لا يملك نفسه إلّا مجازاً و لا عتقاً بصفه كما قاله بعض العامّة لجوازه عند من منع العتق بالصفه.

فلو باعه نفسه بثمن مؤجّل فى الصّحة نظر ممّا عرفت من أنّ الشيء لا يملك نفسه، و من كون الكتابة هو بيعه من نفسه كذلك، و هو خيره المبسوط. و أمّا حالاً فلا يجوز إلّا على القول بجواز الحلول فى المكاتبه.

و هى عقد لازم من الطرفين وفاقاً للمحقّق لأنّه الأصل فى العقود لإيجاب الوفاء بها إلّا إذا كانت مشروطه و عجز العبد فيجوز للمولى فسخها.

و قيل فى الخلاف: إنّها لازمه من طرف المولى جائزه من طرف العبد، بمعنى أنّ له تعجيز نفسه مطلقاً و عنده كان للمولى

الفسخ، و استدلال بالأخبار و الإجماع

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٥٩

على أن له الفسخ إذا عجز المشروط. و لهذا الدليل حمل في التحرير و المختلف على جواز المشروطة خاصة، و قد يستدل على الجواز من طرفه مطلقاً بأن الحظ للمملوك و صاحب الحظ بالخيار، و بأن المكاتبه يتضمن تعليق العتق بصفه يأتي بها المملوك، و لا يلزمه الإتيان بها، و عليهما منع ظاهر.

و قيل في المبسوط و السرائر إن كانت مشروطة كانت جائزة من جهه العبد، لأن له تعجيز نفسه، و ليس بمعتمد للمنع إذ يجب عليه السعي إذا أمكنه و يجبر عليه إن امتنع.

و في الوسيلة: جواز المشروطة من الطرفين و المطلقة من طرف المملوك.

و لو اتفقا على التقايل صح كسائر المعاوضات و إن كانت فيه شائبة العبادة بالعتق الذي لا يقبل التقايل.

و لو أبرأه من مال الكتابة برئ و اعتق بالإبراء لأنه بمنزلة القبض، و كذا إن أبرأه من بعضه اعتق بحسابه إن كان مطلقاً.

و لا يثبت فيها خيار المجلس و لا خيار الحيوان، و يلزم القائلين بكونه بيعاً أن يثبتوا فيه الخيارين، إلا أن يدل دليل على الاستثناء و ليست واجبة باتفاق أكثر أهل العلم و إن طلبها المملوك بقيمته أو أكثر بل مستحبه و عن الصادق (عليه السلام): أربع من الله عز و جل تعلم ليس بواجب قوله: «فَكَامِتِيوَهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا» فمن شاء كاتب رقيقه و من شاء ترك، و قوله: «وَ إِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا» فمن شاء اصطاد إذا حل و من شاء ترك، و قوله: «فَكُلُوا مِنْهَا وَ اطْعَمُوا الْقَانِعَ وَ الْمُعْتَرَّ» فمن شاء أكل من أضحيتته و من شاء لم يأكل، و قوله: «فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَبِرُوا فِي الْأَرْضِ وَ ابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ» فمن شاء انتشر و من شاء جلس في المسجد (١).

و إنما يستحب مع الأمانة و الاكتساب لا شرطه في الآية (٢) بأن يعلم

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٣٠٩ ح ١١٦٦.

(٢) النور: ٣٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٦٠

فيهم خيراً و هو يحتملها، و الأصل العدم ما لم يجتمعا، و ظاهر المبسوط الاتفاق عليه، و الحمل عليهما حمل للمشترك على معنى فرديه، و لقول الصادق (عليه السلام) في صحيح الحلبي في تفسيره: إن علمتم ديناً و مالاً (١). ثم الاستحباب ثابت بالاعتبار من غير نظر إلى الآية.

و يتأكد مع سؤال المملوك لها؛ لظهور الآية في الوجوب، و انضمام قضاء الحاجة إلى ما تسبب لاستحبابها قبل السؤال. و عن بعض العامة وجوبها مع السؤال لظاهر الآية.

و لو فقد الأولان أو أحدهما صارت مباحة و إن سألهما؛ للأصل مع ضعف المرجح لها حينئذ، و لكن اقتصر في كثير من الأخبار على تفسير الخير بالمال، و الدين في صحيح الحلبي يحتمل الإيمان كما في الصحيح عن محمد بن مسلم عن الصادق (عليه السلام) قال: الخير أن يشهد أن لا إله إلا الله و أن محمداً رسول الله (صلى الله عليه و آله) و يكون بيده عمل يكتسب به أو يكون له حرفة (٢). و كرهها في المبسوط مع انتفاءها.

و لا يصح من دون الأجل على رأى الأكثر استصحاباً للرق و أتباعاً للمعروف فيه، و لمدلول لفظها إن أخذت من الكتابة، أو انضمام النجوم بعضها إلى بعض، و لأنه الآن لا يملك شيئاً.

و خلافاً للخلاف و السرائر و الجامع لإطلاق النصوص، و جواز اقتراضه و قبوله الهبة و الوصية في الحال، و سيأتي منه اختياره. و لا بدّ فيها من إيجاب و قبول و عوض و سيأتي ما تعلق بكلّ منها. و هي إما مطلقة أو مشروطة، فالمطلقة أن يقتصر فيها على العقد مثل كاتبك على أن تؤدّي إليّ كذا في شهر كذا فيقول: قبلت، فيقتصر فيها على العقد، و في ضمنه الأجل و العوض و التية أي القصد إلى معنى

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٣ ب ١ من أبواب المكاتبه ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٤ ح ٥.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٦١

الصيغة، و هو التحرّر إذا أدى العوض، فكلما أدى شيئاً اعتق منه بحسابه.

و المشروطة أن يضيف إلى ذلك قوله، فإن عجزت عن الأداء كلّاً أو بعضاً، و قال المفيد أو الططت به فأنت ردّ في الرقّ و هذا ممّا اتفق عليه الأصحاب و نطقت به الأخبار «١» مع عموم كون المؤمنين عند شروطهم، و عند أكثر العامة أنه لا يعتق منه شيء حتى يؤدّي جميع ما عليه من غير تفصيل، و عند بعضهم يعتق بحساب ما أدى من غير تفصيل.

و كلّ ما يشترطه المولى على المكاتب في العقد من ولاء و غيره لازم إذا لم يخالف المشروع لعموم المؤمنون عند شروطهم، و خصوص نحو قول الصادق (عليه السلام) حين سئل عن المكاتب: يجوز عليه ما شرطت عليه «٢». و قوله في صحيح الحلبي: في المكاتب يشترط عليه مولاة أن لا يتزوج إلّا بإذن منه حتى يؤدّي مكاتبته، قال: ينبغي له أن لا يتزوج إلّا بإذن منه أن له شرطه «٣». و قول الباقر (عليه السلام) في خبر محمد بن قيس: إن اشترط المملوك المكاتب على مولاة أن لا ولاء لأحد عليه إذا قضى المال فأقرّ بذلك الذي كاتبه فإنه لا ولاء لأحد عليه، و إن اشترط السيد ولاء المكاتب فأقرّ المكاتب الذي كوتب فله و لاؤه «٤» إلى غير ذلك.

و لا ينافي ذلك خبر عمرو صاحب الكرايس عن الصادق (عليه السلام) إنّ رجلاً كاتب مملوكه و اشترط عليه أن ميراثه له، فرفع ذلك إلى عليّ (عليه السلام) فأبطل شرطه و قال: شرط الله قبل شرطك «٥» لجواز أن يكون له وارث، و احتمال أن يكون اشترط المملوك على المولى إرثه منه.

قال في التحرير: و لو شرط خدمة شهر بعد العتق بالأداء لم أستبعد جوازه.

قلت: كما أنه يجوز اشتراط الخدمة في الإعناق المطلق كما عرفت.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٥ ب ٤ من أبواب المكاتبه.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٦ ب ٤ من أبواب المكاتبه ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٠ ب ٦ من أبواب المكاتبه ح ٥.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٧ ب ١٦ من أبواب المكاتبه ح ١.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٧ ب ١٥ من أبواب المكاتبه ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٦٢

[الركن الأول: العقد]

الأول: العقد و هو أن يقول المولى كاتبك على ألف مثلاً في نجم معلوم الأجل فصاعداً فيقول المملوك قبلت و إن تقدّم القبول على الإيجاب بأن سال المملوك مكاتبته على ألف مثلاً في نجم فصاعداً فكاتبه المولى لم يبعد الصحة؛ لعدم الدليل على وجوب تقديم الإيجاب، و قد يفهم ذلك من كلام المفيد (رحمه الله) لقوله: و إن قال العبد لسيدته كاتبني على كذا و كذا درهماً فكاتبته عليه كان كابتدائه إياه بالمكاتبه من غير مسأله.

و هل يفتقر الإيجاب مع ذلك إلى قوله: فإن أدت فأنت حرّ؟ فيه نظر من التردّد في صراحة لفظ المكاتبه في ذلك، و الصراحة أظهر وفقاً للمبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المختلف.

و لا إشكال في أنه لا بدّ من نية ذلك إن لم يضمه لفظاً فإذا أدى انعتق و إن لم يتلفظ بالضميمة على رأى من لم يشترط التلفظ. و إذا عجز المشروط كان للمولى ردّه في الرقّ عملاً بالشرط، و لا يرجع إلى الرقّ بمجرد العجز ما لم يرده إليه المولى لما سيأتى من استحباب الصبر عليه و حدّ العجز كما في النهاية أن يؤخّر نجماً إلى نجم أو يعلم أو يظن من حاله العجز عن فكّ نفسه بأن عرض له ما يمنعه من التقلّب و الاكتساب و إن كان قبل حلول نجم كما يقتضيه الإطلاق.

أمّا تحقّق العجز بعلمه من حاله فلائنه لا قاطع على تقديره شرعاً، فيرجع فيه إلى العقل. و قيل «١»: المراد العلم به بعد حلول النجم للقطع بعدم التسلّط على الفسخ قبله، مع أنّ العارض إنّما يمنع من الاكتساب المفتقر إلى التقلّب و قد يكتسب بالالتهاب و نحوه.

(١) في ن: «و فيه».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٦٣

و أمّا اعتبار التأخير إلى نجم آخر إن لم يعلم العجز من حاله فلما روى في بعض الكتب عن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: لا يردّ في الرقّ حتّى يتوالى نجمان «١». و كقوله (عليه السلام) في خبر إسحاق بن عمّار: إذا عجز المكاتب لم يردّ مكاتبته في الرقّ و لكن ينتظر عاماً أو عامين، فإن أقام بمكاتبته و إلّا ردّ مملوكاً «٢». فإنّ الظاهر كون النجوم على الأعوام، فحكم بأنّه لا يردّ بالعجز في العام الأول، بل ينتظر إلى عام آخر. و أمّا إلى عامين فعلى الاستحباب صحيح معاوية بن وهب سأل الصادق (عليه السلام) عن مكاتبه أدت ثلثي مكاتبته و قد شرط عليها إن عجزت فهي ردّ في الرقّ و نحن في حلّ ممّا أخذنا منها و قد اجتمع عليها نجمان، فقال: تردّ و يطيب لهم ما أخذوا «٣» للتخصيص على الردّ عند التأخير إلى نجم آخر. و لا نصّ عليه فيما قبله.

و قيل في المقنعة و الاستبصار و السرائر: حدّه أن يؤخّر نجماً عن محلّه و هو الأقوى لصدق العجز به إلّا أن يكون اشترط العجز رأساً عن جملة النجوم بعد جملة الآجال، فهو شيء آخر. و لحسن معاوية بن وهب و صحيحه قال للصادق (عليه السلام): ما حدّ العجز؟ فقال: إنّ قضاتنا يقولون: إنّ عجز المكاتب أن يؤخّر النجم إلى النجم الآخر حتّى يحول عليه الحول، قال: فما تقول أنت؟ قال: لا، و لا كرامة له أن يؤخّر نجماً عن أجله إذا كان ذلك في شرطه «٤».

و إذا أعاده المولى إلى الرقّ للعجز كان له ما أخذه منه لكونه كسب مملوكه، و خصوص نحو صحيح معاوية الذي سمعته الآن. و يستحبّ للمولى الصبر عليه إلى ثلاثة أنجم، لقول الباقر (عليه السلام) في خبر جابر: لا يردّ في الرقّ حتّى يمضى له ثلاث سنين

-
- (١) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٣١٣ ح ١١٧٩.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٧ ب ٤ من أبواب المكاتبه ح ١٣.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٩ ب ٥ من أبواب المكاتبه ح ٢.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٨ ب ٥ من أبواب المكاتبه ح ١.
-

اصفهانى، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام؛ ج ٨، ص: ٤٦٣

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٨ ب ٤ من أبواب المكاتبه ح ١٤.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٦٤

بالمكاتب ثلاثة أنجم، فإن هو عجز ردّ رقيقاً «١». و لما سمعت من خبر إسحاق المتضمن للانتظار عاما أو عامين، و ظاهر المقنع وجوبه.

[الركن الثانى: العوض و فيه أربع شروط]

إشارة

الركن الثانى: العوض و شروطه أربعة:

[الشروط الأول]

الأول: أن يكون ديناً فلا يصحّ على عين، لأنها ليست ملكاً له، إذ العبد لا يملك شيئاً و إن ملكه مولاه فما بيده إمّا ملك للسيد أو لغيرهما، فإن كان الأول كانت المعاوضة بماله على ماله، و إن كان الثانى كان كجعل ثمن المبيع من مال غير المشتري. نعم إن كان يملك بتملك المولى و نحوه أتجهت الصحة، و كذا إن أذن الغير فى المكاتبه على عين يملكها أتجهت الصحة إن كان بيعاً للعبد من نفسه، فيكون حينئذٍ بيعاً له من صاحب العين.

[الشروط الثانى]

الثانى: أن يكون منجماً على رأى الأكثر، لما تقدّم و الأقرب عندى جواز الحلول وفاقاً للخلاف و السرائر و الجامع، لما عرفت.

و لو شرطناه لم نوجب أزيد من نجم واحد للأصل، و العموم. خلافاً لبعض العامة أتباعاً للمعروف، و أخذاً لها من الجمع، و لا جمع فى نجم.

و لا حدّ فى الكثرة و إن علما عدمهما عادة عند آخر النجوم؛ لانتقال الحكم إلى الوارث بخلاف البيع. و إذا شرطناه و جب أن يكون معلوماً، فلو أبهما الأجل كقدوم الحاج أو إدراك الغلات لم يصح اتفاقاً، و أمّا إذا لم نشترط الأجل فمن اليّن إننا لا نشترط وصفه، لا أنه يجوز التأجيل بالمبهم حينئذٍ، إلّا أن يقال بالغاية حينئذٍ و الصرف إلى الحلول. و لو قال: «كاتبتك على أن تؤدى كذا فى شهر كذا» على أن يكون الشهر ظرفاً للأداء لم يصح كما فى المبسوط و الشرائع على إشكال من جهل وقت الأداء، و من انصرافه إلى التخيير فى إجزائه، و هو خيرة الخلاف و أبى

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٦ ب ٤ من أبواب المكاتبه ح ٩.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٦٥
علىّ إلّا أن يعين وقته أى الأداء فيرتفع الإشكال.

و إذا تعددت النجوم جاز تساويها و اختلافها اتفاقاً للعموم و كذا يجوز اختلاف المقادير للأعواز فيها أى النجوم مختلفة الأجال و متساوية.

و فى اشتراط اتصال الأجل بالعقد إشكال و الأقرب المنع وفاقاً للأكثر؛ للأصل و العموم. و وجه الاشتراط أنه قضيه التنجيز الذى يقتضيه الإنشاء، و هو خيرة المبسوط.

و لو كاتبه على أداء دينار موصوف إن لم يغلب جنس و إلّا انصرف إلى الغالب بعد خدمة شهر صحّ و كان العوض مركباً من عين و منفعة و لا يلزم تأخير الدينار إلى أجل آخر إلّا عند من يشترط من العامة تعدد النجم فإن مرض العبد شهر الخدمة كله أو بعضه فلم يخدم بطلت الكتابة رأساً إن انحصر فيها العوض، و إلّا فبالحساب، و لم ينتقل إلى أجره مثلها لتعذر العوض الذى اشترط به العتق.

و لو قال: «على خدمة شهر بعد هذا الشهر» صحّ على الأقوى لما عرفت من عدم اشتراط الاتصال.

و لو كاتبه ثم حبسه فعليه أجره مدّة حبسه كما فى المبسوط، لأنّ المكاتب مضمون المنافع كالقنّ، و لأنّ الأيام لا مثل لها، فإنما يضمن منافعها بالقيمة.

و قيل فى المبسوط أيضاً: إنّما يجب تأجيل مثلها لأنه إنّما كان يجب عليه الإمهال فى مدّة الحبس، و لا قيمة للإمهال، و الشيخ متردّد بين القولين.

و لو أعتقه على شرط أن يخدمه شهراً عتق فى الحال فإنه عتق منجز لا مكاتبه و عليه الوفاء لما تقدّم فإن تعذر أو لم يف فالأقرب أنّ عليه قيمة المنفعة فإنها التى استحقّها عليه لا قيمة الرقبة و يحتمل ضعيفاً قيمة الرقبة بناءً على كونه معاوضة الرقبة بالخدمة كما فى المكاتبه، فإذا لم يسلم له العوض المسمى استحقّ عوض المثل.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٦٦

و لو دفعه قبل النجم لم يجب على السيد قبضه لأنّ المؤمنين عند شروطهم، و لجواز تعلق الغرض بالتأخير، و لقول الصادق (عليه السلام) فى خبر إسحاق بن عمّار: إنّ مكاتباً أتى علياً (عليه السلام) فقال: إنّ سيدى كاتبنى و شرط علىّ نجوماً فى كلّ سنه فجتته بالمال كلّ ضربه فسألته أن يأخذ كلّ ضربه و يجيز عتقى فأبى علىّ، فدعاه (عليه السلام) فقال: صدق، فقال له: مالك لا تأخذ المال و تمضى عتقه؟ قال: ما أخذ إلّا النجوم التى شرطت و أعرّض من ذلك إلى ميراثه، فقال (عليه السلام): أنت أحقّ

بشرطك « ١ ».

و للعامية قول بإجبار المولى على القبول إذا لم يتضرر به لأن الأجل حقّ المديون، فإذا أسقطه سقط، وهو ممنوع. و آخر بأنّ الحاكم يأخذه و ينعق، ثمّ الحاكم يسوق المال إلى المولى في النجوم.

و أوجب أبو عليّ عليه القبول إذا كان المكاتب مريضاً و أوصى بوصايا و أقرّ بديون و بذل المال لمولاه فإنّ في امتناعه إبطال إقراره و وصيته.

و إذا دفعه بعد الحلول و جب عليه القبول أو الإبراء، فإن امتنع من أحدهما قبضه الحاكم إن أمكن، و إلّا كفى تعيين العبد له و تمكينه منه فإن تلف فمن السيد لتفريطه.

[الشرط الثالث]

الشرط الثالث: أن يكون معلوم الوصف و القدر، فلو كان أحدهما مجهولاً لم يصحّ كغيره من المعاوضات. و يجب أن يذكر في الوصف كلّ ما يثبت الجهالة بتركه، فإن كان من الأثمان و صفه كما يجب عليه أن يصفه في النسيئة و إن كان من العروض و صفه بوصف المسلم فيه في السلم فلا يصحّ على ما لا يسلم فيه؛ لعدم ضبط أوصافه كالدرّة النفيسة و لا يتعيّن قدره قلةً و لا كثرةً للأصل و العموم.

(١) وسائل الشريعة: ج ١٦ ص ٩٨ ب ١٧ من أبواب المكاتبه ح ٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٦٧

□

نعم يكره تجاوز قيمته يوم المكاتبه و إن كان نوى بالزيادة أن يؤتيها من مال الله ليقى عليه ما يوازي قيمته. و يجوز أن يكون عيناً في الذمّة و منفعة و هما أى كليهما معاً للعموم بعد وصف المنفعة بما يرفع الجهالة كما يجب وصف العين بذلك.

و يتقدّر المنفعة إمّا بالعمل كخياطة هذا الثوب أو بالمدة كالخدمة أو السكنى سنة، و لو جمع بين الكتابة و غيرها من المعاوضات كالبيع أو الإجارة أو النكاح في عقد واحد صحّ كلّ منهما عندنا و إن اتّحد العوض، و يقسّم العوض عليهما بالحصة. و من العامّة من أبطلهما، و منهم من صحّ المكاتبه خاصّة بكلّ العوض.

و لو كاتبه المولى ببعوض واحد صحّ و قسّم على قدر حصصهما، و لو اختلف عوضهما جنساً أو قدراً صحّ، اختلفت حصتهما قدراً أو اتّفقت و ربّما يمنع من الاختلاف قدراً إذا اتّفقت الحصّتان حدراً من انتفاع أحدهما بمال الآخر فيما إذا دفع إلى أحدهما مائة و إلى الآخر مائتين مثلاً ثمّ انفسخت المكاتبه بالعجز فيرجع الأوّل إلى الثاني بخمسين و قد انتفع بها مدّة بقائها في يده. و يدفع بطرّ الاستحقاق بعد الانفساخ، فإنّ الكلّ قبله كان ملكاً لأخذه مترزلاً و ليس له الدفع إلى أحدهما دون الآخر بلا خلاف كما في المبسوط و الخلاف، لا اشتراكهما في الاستحقاق فإن فعل شاركه الآخر إلّا أن يأذن أحدهما لصاحبه و من الإذن ما لو كاتبه بعوضين مختلفين جنساً فإنّه يدفع كلّ جنس إلى صاحبه.

و قال القاضى: له الدفع بدون الإذن لتخيير من عليه الحقّ في جهة القضاء. و للعامّة قول بعدم الجواز مع الإذن أيضاً.

و لو كاتب عبدين له في عقد صحّ و بسط العوض على القيمتين يوم العقد إلّا أن يعيّن لكلّ عوضاً، و للعاميّة قول بالبسط على الرؤوس و أيهما أدّى عتق كلّاً أو بعضاً من غير ارتقاب صاحبه و إن علق عتق الجميع بأداء

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٦٨

الجميع في الصيغة تغليباً لحكم المعاوضة وأيهما عجز رقّ خاصّةً و ربّما يقال بتوقّف عتق كلّ واحد على عتق الآخر المذكور. و لو شرط كفالة كلّ منهما لصاحبه جاز للأصل، و عموم كون المؤمنين عند شروطهم. و ربّما يقال: لا يصحّ؛ لعدم ثبوت مال على المكاتب حين العقد.

و لو شرط الضمان لكُلّ منهما على الآخر جاز و تحوّل ما على كلّ منهما فصار على صاحبه لكونه معنى الضمان و انعتقا جميعاً لتنزيل الانتقال منزلة الأداء، و يبقى المال في ذمتيهما على وجه الضمان لا الكتابة، و لعلّه المراد بما في المختلف من أنّه كما لم يقع ضمان و إن شرط بقاء الرقّ مع هذا الضمان حتّى يؤدّي أو يخيّر في الرجوع على من شاء منهما. ففي كلام الشيخ إشعار بجوازه، و في الحائريّات نصّ على جواز ضمان اثنين و اشتراط الرجوع على من شاء منهما، و هو مبنيّ على أنّ الضمان ضمّ ذمّة إلى أخرى لا النقل من إحداهما إلى الأخرى.

[الشرط الرابع]

إشارة

الشرط الرابع: أن يكون ممّا يصحّ تملكه للمولى فلا يصحّ على ما لا يصحّ له تملكه كالخمر و الخنزير للمسلم. و لو كاتب الذمّي مثله عليه صحّ للحكم بتملكه له شرعاً و صحّحه معاوضاته عليه فإن تقابضا أي المولى و المكاتب، و القبض بالنسبة إليه على التغليب أو التشبيه أو المشاكلة قبل الإسلام عتق و برئ كما في الإصداق و سائر المعاوضات. و لو تقابضا البعض برئ منه خاصّةً، فإن أسلما أو أحدهما قبل التقابض أو بعد تقابض البعض خاصّةً لم تبطل الكتابة لثبوتها شرعاً و لزومها، و انتفاء طروء ما يصلح لإزالتها، و إنّما طرأ تعدّر قبض عين العوض و لذا كان على العبد القيمة عند مستحليّه كما في غيره من المعاوضات، و ربّما أمكن القول بالفساد، لأنّ التراضي إنّما وقع على العين التي تعدّر تسليمها. كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٦٩

[و هنا اثنا عشر فرع]

إشارة

فروع اثنا عشر:

[الفرع الأوّل]

الأوّل: لو ادّعى المالك للمكاتب تحريم العوض أو غصبه و امتنع لذلك من قبضه فإن أقام بينه ليدفع عن نفسه الإلزام بالقبض لم يلزمه قبوله، و إن لم يكن له بينه حلف العبد و الزم المولى القبض أو الإبراء فإن نكل حلف المالك و لم يلزمه القبول فإن قبض بالإلزام أوّلاً به أمر بالتسليم إلى من عزاه إليه إن كان قد عينه أوّلاً و إلّا ترك في يده. و في انتزاعه منه إن ادّعى الغصب و نحوه دون مجرّد التحريم نظر من إقراره بأنّه مال الغير فيجب حفظه له، و المتولّى له الحاكم إذا لم يستأمن المالك غيره. و من أنّ يده ليست عارية فلا تدفع إلّا بمطالبة صاحب الحقّ، و هو خيرة المبسوط.

فإن امتنع من القبض حيث يلزم به قبضه الحاكم و حكم بعق العبد

[الفرع الثاني]

الثاني: لو شرطاً عوضاً معيناً لم يلزمه قبول غيره لأنّ المؤمنين عند شروطهم إلّا الأجود من جنس العين فإنّه لم يزدّه إلّا خيراً.

[الفرع الثالث]

الثالث: لو قبض أحد السيدين كمال حقّه بإذن الآخر عتق نصيب القابض و لا يقوم عليه نصيب الآذن، و لا يسرى إليه العتق للأصل مع تعلق حقّه به و تشبّهه بالحرّيّة. و قيل: بل يسرى و هو المناسب لما تقدّم منه.

و قيل: يسرى إن عجز و له نصف الولاء على القول بثبوتها على المكاتب و يأخذ الآذن ممّا في يده بقدر ما دفع إلى الآخر إن بطلت كتابته، و كذا إن لم يبطل و تساوى المالين و إلّا فبالنسبة و الباقي بين العبد و سيده الثاني و هو الآذن إن بطلت كتابته الثاني بموت أو عجز فإنّه حينئذٍ يكون مبعوضاً، فله من كسبه بقدر ما تحرّر من حصّة سيده الأول و الباقي لسيدة الثاني، و إن لم يبطل كتابته فالباقي بتمامه للعبد خاصّة؛ لانعتاقه حينئذٍ بتمامه. و الشرط إن اختصّ بهذه الجملة فالأولى أن يريد بقدر ما دفع قدر النسبة إليه ليتناول صورتى تساوى المالين و تفاوتهما، و يجوز تعلقه بها و بجملة «أخذ الآذن قدر ما دفع إلى

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٧٠

الآخر» لأنّه إن لم يبطل الكتابة لم يتعيّن أخذ قدره بل يأخذ قدره إن تساوى و إلّا فبالنسبة.

و أمّا قوله لأنّ نصفه عتق بالكتابة و نصفه بالسراية فخصّه ما عتق بالكتابة للعبد و حصّة ما عتق بالسراية للمولى فقيل: إنّه مضروب عليه.

و قيل: إنّ العبارة كانت في الأصل كذا: «عتق نصيب القابض و قوم عليه نصيب الآذن و سرى العتق و له نصف الولاء و يأخذ الآذن ممّا في يده بقدر ما دفع إلى الآخر و الباقي بين العبد و سيده الثاني، لأنّ نصفه عتق بالكتابة و نصفه بالسراية» إلى آخر ما مرّ، ثمّ غير أوّل الكلام إلى ما سمعته، و لم يصلح آخره، فبقيت المنافاة بين الأوّل و الآخر. و يمكن أن يوجه بأنّ نصفه عتق بالكتابة و النصف الآخر غايته أن يعتق بالسراية و إن كان المختار خلافه، و حصّة ما عتق بالسراية للمولى فضلاً عمّا لم يعتق بها.

و يحتمل أن يكون الجميع أى جميع الباقي للعبد لانقطاع تصرف المولى عنه بمكاتبته، فكان له كما لو عتق بالأداء و هذا أيضاً مبنى على السراية، و هو أيضاً مضروب عليه أو مذهب من إصلاحه.

و حاصل الكلام أنّ في الباقي على السراية احتمالين: الأوّل: أن يكون بينهما، لأنّ تقويم حصّة الشريك على الآخر مبنى على الرقّ فحصّة الآذن رقبته، فله من كسبه ما يازائه. و الثاني: اختصاصه بالعبد، لأنّ الحصّة هنا إنّما يقوم مكاتبته، و بالمكاتبه انقطع تصرف المولى فلا يكون له من كسبه شيء.

[الفرع الرابع]

الرابع: لو ظهر استحقاق المدفوع بطل العتق المنوط بدفعه و قيل له: إن دفعت الآن مال الكتابة و إلّا فسخت الكتابة فإنّه آخر النجم عن أجله، فللمولى التخيير في الفسخ.

و لو مات بعد الأداء للمستحقّ مات عبداً لموته قبل الأداء حقيقة.

و لو ظهر المدفوع معيياً تخيّر المولى بين أخذ الأرش

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٧١

والردّ وإذا ردّ فيبطل العتق المنوط به كما في المبسوط على إشكال من أنّ الردّ فسخ متجدّد للقبض، أو رفع له من أصله.

و لو تجدد في العوض المعيب عيب عند السيّد لم يمنع من الردّ بالعيب الأوّل مع أرش الحادث وفاقاً للمحقّق والأكثر، استصحاباً وعملاً بالمقتضى مع انتفاء المانع، ولأنّه ليس معاوضة محضه.

وقال الشيخ في المبسوط يمنع من الردّ كالبيع، ويستقرّ أرش العيب على المكاتب. قال: و ارتفع العتق، لأنّ ذمته ممّا برئت من مال الكتابة، فإن كان له سليم من العيوب وإلا كان لسيّده تعجيزه و ردّه في الرقّ.

و لو تلفت العين المعيبة عند السيّد استقرّ الأرش بلا إشكال.

و لو قال له السيّد عقيب دفع المستحقّ للغير أنت حرّ لم يعتق بذلك إلا أن يريد الإنشاء فإن ادعى المكاتب قصد إنشاء العتق قدّم قول السيّد للأصل، ولأنّه فعله.

[الفرع الخامس]

الخامس: لو أقام العبد شاهداً واحداً على الدفع حلف معه و حكمنا بعتقه و إن منعنا من الشاهد و اليمين في العتق فإنهما هنا على المال أصالة.

و لو لم يكن له شاهد و حلف السيّد فسخت الكتابة مع التأخير، فإن ادعى العبد غيبة الشهود انظر إلى أن يحضرها، فإن لم يحضر حلف السيّد، فإن حضر بعده الشاهدان ثبتت الحرّية إن لم يسقط حكمها باليمين.

[الفرع السادس]

السادس: لو أبرأه السيّد من مال الكتابة برئ و عتق لكونه كالقبض.

و لو أبرأه من البعض برئ منه و عتق بإزائه إن كان مطلقاً و كان على الكتابة في الباقي، و لو أقرّ بالقبض عتق كلّاً أو بعضاً في الظاهر و إن كان مريضاً فأقرّ به فإن كان غير متهم فكذلك، و إلا نفذ من الثلث.

[الفرع السابع]

السابع: يجوز بيع مال الكتابة وفاقاً للخلاف للأصل، و خلافاً للمبسوط و جماعة، لكونه بيع ما لم يقبض، و لجواز التعجيز و الوصية به اتفاقاً.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٧٢

فإن باعه و كان البيع فاسداً لكونه بيع مال الكتابة أو غيره من الأسباب فأدى العبد المال إلى المشتري احتمل العتق، لأنّه أى البيع تضمّن الإذن في القبض فأشبهه قبض الوكيل، و يرجع السيّد على المشتري إن كان من غير جنس الثمن، و إلما تقاصاً مع تلف العين بقدر الأقلّ منهما و يرجع ذو الفضل فضله على الآخر، أى يعطيه أو يأخذ منه.

و احتمل عدمه أى العتق كما في المبسوط لأنّه أى المشتري لم يقبض بالنيابة و لم يستنبه البائع، فإنّ البيع لا يتضمّن الاستنابة في القبض و إنّما قبض لنفسه فإنّه الذى يقتضيه البيع فكان القبض فاسداً كالبيع، بخلاف الوكيل فإنّه استنابة في القبض. و قيل بالعتق إن صرح البائع بالإذن في القبض.

و يضعف بأنه لو صرح بالإذن فليس بمستتيب له في القبض، و إنما إذنه بحكم المعاوضة و هو إنما يستلزم القبض لنفسه فلا فرق بين التصريح و عدمه، فيبقى مال الكتابة بحاله في ذممة العبد، و يرجع على المشتري بما آذاه إليه، و يرجع المشتري على البائع بالثمن، فإن سلمه المشتري إلى البائع من غير إذن المكاتب لم يصح التسليم و لم يوجب العتق لأنه أي المولى قبضه بغير إذن المكاتب، فأشبه ما لو أخذه من ماله بغير إذن بغير واسطة على إشكال، ينشأ من ذلك، و من تعيين العبد إياه لمال الكتابة بالدفع إلى المشتري، و هو بمنزلة الاذن في القبض.

و لا يحكم بعجزه مع الدفع الفاسد و إن لم يكن له غير ما دفعه، لأن القادر عليه قادر على الدفع إلى المولى مع أنه دفع غره به المولى.

فإن أفلس المشتري و لم يكن للعبد ما يدفعه إلى المولى مِمَّا سوى ما دفعه إليه لم يحكم أيضاً بعجزه على إشكال من تحقق العجز عن الدفع إلى المولى، و من أن المولى غره بالدفع الفاسد فكأنه دفعه إليه فأتلفه.

[الفرع الثامن]

الثامن: لو ادعى دفع مال الكتابة إلى سيديه فصدقه أحدهما عتق

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٧٣

نصيبه بإقراره و يقبل شهادته على صاحبه إن اعترف المنكر بالإذن في الإقباض فإنه غير متهم حينئذ، و الشهادة إنما تقبل بالنسبة إلى براءة ذممة العبد لا بالنسبة إلى قبض المنكر مال الكتابة، إذ قد يشتمل على التهمة، فإنه قد يخرج ما أخذه الشاهد مستحقاً للغير فيتسلط على أخذ نصف ما قبضه الشريك، إلا أن يكون اعترف بالإذن في الإقباض و إلا يعترف المنكر بالإذن في الإقباض فلا يقبل الشهادة عليه للتهمة فيحلف المنكر و يطالب الشريك بنصف ما اعترف بقبضه، و هو ربع مال الكتابة، فإن لم يطالبه بل رجع على العبد بكمال نصيبه استقر قبض المصدق لنفسه، و إن رجع على الشريك بنصف حقه رجع على العبد بالنصف الآخر، و لا يرجع العبد على المصدق على الأول و لا بالعكس على الثاني أخذاً لهما بإقرارهما.

فإن عجز العبد عن أداء الربع كان له استرقاق نصيبه بأجمعه في المشروط و لا يحكم بعجزه عما دفعه إلى المصدق، إلا إذا أفلس على وجه تقدّم و يرجع على الشريك بنصف ما قبضه، و لا سراية هنا على قول العامة بسراية المكاتب، لأن المصدق و العبد يعتقدان حرية الجميع و غصبيّة المنكر و المنكر يدعى رقيه الجميع.

أما نصفه الذي له فظاهر؛ لعدم قبضه ما يرازه من العوض بزعمه.

و أما نصف شريكه فلأنه يقول إن قبض شيئاً فنصفه لى و ذلك لأنه قد قبضه بغير إذنى فلا يعتق شيء من نصيبه بهذا القبض إن كان مشروطاً فالسراية ممتنعاً على القولين، لأنها إنما تثبت فيمن عتق بعضه و بقى بعضه رقاً، و الجميع متفقون على خلاف ذلك بل يكفي لعدم اعتقاد العبد و المصدق الحرية، و لذلك لا يسرى إن كان مطلقاً، فإن المنكر و إن كان لا يقول برقيه الجميع لاعتناق نصف نصيب شريكه قطعاً، لكن لا يجبر الشريك على الشراء و الإعتاق لزعمه الحرية و تصديق العبد له في ذلك، و السراية إنما هي لحق المملوك، فتصديقه أسقط حقه.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٧٤

[الفرع التاسع]

التاسع: لو ادعى العبد دفع الجميع القيمة إلى أحدهما بإذن الآخر أو لا به ليقبض حقه و يدفع الباقي إلى شريكه فأنكر و لا بينة

حلف و برئ مما حلف على نفيه من الكلّ أو حقّ الشريك.

و لو قال: دفعت إلى حقي و إلى شريكي حقه حلف الشريك إن قلنا بالسراية و التشريك فيما يأخذه الشريك بغير إذنه، فإذا حلف قوم على الأول نصيبه و شاركه فيما أخذه، و إلّا فإن حلف الأول سقط عنه التقويم و اختصّ بما أخذ و لا نزاع بين العبد و الشريك إلّا إذا ادعى أنّ الدفع كان بإذنه و للشريك مطالبه العبد بجميع حقه بغير يمين إلّا إذا ادعى العبد إذنه في التسليم و له مطالبته بنصفه بغير يمين و مطالبه المدعى الباقي بعد اليمين على أنّه لم يقبض من المكاتب شيئاً.

و في المبسوط: أنّه لا يمين عليه، و له مطالبه المدعى بالباقي بغير يمين قال لأنّ أحداً لا يدعى عليه القبض لأنّ المكاتب يقول ما أقبضته أنا شيئاً و القابض لا يقول: إنّهُ أقبض المنكر شيئاً فكان القول قوله بلا يمين و يضعف بما عرفت. و لا يرجع المدعى على العبد بشيء مما يأخذه منه المنكر؛ لاعترافه بأنّه ظلمه.

فإن عجز العبد فللشريك استرقاق نصفه قيل في المبسوط و يقوم على القابض نصيب الشريك؛ لاعتراف العبد هنا بأنّه لم يوصل إلى الشريك حقه، و هو يستلزم اعترافه بالرقية له، فله على القابض حقّ وجوب التقويم و الإعتاق بخلاف المسألة الأولى. و يحتمل عدمه أى التقويم إذا كان مشروطاً لاعتراف القابض بحرية الجميع و الشريك برقية الجميع فإنّه يزعم أنّ ما أخذه القابض مشترك بينه و بينه، و أنّه لم يقبض جميع ما يازاء حصّته من مال الكتابة، فليس للقابض إجبار الشريك على البيع، و لا للشريك إجبار القابض على الشراء. و فيه أنّهما إقراران في حقّ الغير و هو العبد.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٧٥

فإن صدّقه القابض و ادعى أنّه دفع إلى شريكه النصف و أنكر الشريك حلف الشريك و رجع على من شاء، فإن رجع على المصدّق بجميع حقه عتق المكاتب، و لا يرجع المصدّق عليه أى العبد بشيء و إن رجع على العبد رجع القابض، سواء صدّقه في دفعها أى الدراهم مثلاً أو مال الكتابة إلى المنكر أو كذّبه أمّا إن كذّبه فظاهر، و أمّا إن صدّقه فلاّنه دفعها إليه ليدفع إلى الشريك حقه على وجه تبرأ به ذمّة المكاتب، فإن لم يفعل كان عليه الضمان.

فإن عجز العبد كان له أخذها من القابض ثمّ يسلمها، فإن تعذّر كان له تعجيزه و استرقاق نصيبه و مشاركة القابض في النصف الذي قبضه عوضاً عن نصيبه.

قيل في المبسوط و يقوم على الشريك القابض مع يساره إلّا أن يصدّقه العبد في الدفع فلا يقوم؛ لاعترافه حينئذٍ بأنّه حرّ و أنّ هذا ظالم بالاسترقاق فباعترافه أسقط حقه من السراية.

[الفرع العاشر]

العاشر: لو اختلفا في القدر فالقول قول السيد مع يمينه كما في الخلاف لأصالة عدم العتق، و لأنّ كلّاً من العبد و كسبه له بخلاف البيع و نحوه و يحتمل تقديم قول العبد لأصالة براءته من الزائد.

و لو اختلفا في الأداء قدّم قول السيد مع اليمين، و لو اختلفا في المدّة أو في النجوم فكذلك و الكلّ ظاهر، و متّجه تقديم قول العبد في المدّة و النجوم؛ لأصالة البراءة.

و في الجامع: أنّهما يتحالفان إذا اختلفا في المال و المدّة. و هو قول الشافعي.

[الفرع الحادي عشر]

الحادي عشر: لو قبض من أحد مكاتبه و اشتبه صبر إلى الانكشاف أو موت المولى كما في المبسوط لرجاء التذكّر و احتمل

القرعة إذا زال الرجاء. و في الخلاف أطلق القرعة لكونها لكلّ مشكل.

فإن مات و لم ينكشف استعملت القرعة قطعاً؛ لامتناع العلم فإن

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٧٦

ادّعى أحدهما أو كلّ منهما علمه حلف على نفى العلم، فلو مات و ادّعى العلم على الورثة حلف الورثة على نفى العلم أيضاً، و لو أقام أحد العبدین بينه بالأداء قبلت سواء كان في حياة المولى أو بعد موته كان قبل القرعة أو بعدها، و يظهر فساد القرعة إذا كان بعدها و كان غير المقروع لأنّ بينه أقوى من القرعة. و يحتمل عتقهما معاً لكونهما حجّتين شرعيتين، و هو من الضعف بمكان للقطع بأنّ المؤدّي منهما واحد، و القرعة لا تستقلّ بالإعتاق.

[الفرع الثاني عشر]

الثاني عشر: يجوز أن يتفقا على أن يعجل المكاتب بعض العوض قبل أجله ليسقط المولى الباقي لأنّ التأخير حقّ المكاتب، و العوض حقّ المولى، فإذا أسقطا حقيهما سقطا.

و في الصحيح: أنّ عليّ بن جعفر سأل أخاه (عليه السلام) عن رجل كاتب مملوكه فقال بعد ما كاتبه: هب لي بعضاً و أعجل لك ما كان من مكاتبي أ يحلّ ذلك؟ فقال: إذا كان هبة فلا بأس، و إن قال: حط عني و أعجل لك فلا يصلح «١».

و لا يجوز الزيادة عليه للتأخير فإنّ المكاتبه عقد لازم انعقد على عوض معلوم، فلا معنى للزيادة عليه. نعم يجوز له أن يعطيه شيئاً و ليصبر عليه.

و يجوز له أن يصلحه على ما في ذمته بأقلّ أو أكثر منه من جنسه أو من غيره، و لم يجزه الشيخ من جنسه، لأنّه ربا، و إنّما يصلحه بمعجل لا بمؤجل؛ لأنّه يصير بيع دين بمثله على رأى من جعل الصلح بيعاً و لم يفسّر بيع الدين بالدين ببيع ما في ذمته بما في ذمته أخرى. و قيل: إنّ هذا الرأى لم يكن موجوداً فالحقّ.

[الركن الثالث: السيّد]

الركن الثالث: السيّد و شرطه البلوغ و العقل و الاختيار و القصد و جواز التصرف، فلو كاتب

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٦ ب ١٣ ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٧٧

الطفل أو المجنون و إن كان دورياً في نوبته أو المكروه أو السكران أو الغافل أو الساهى أو الهازل، و بالجملة فاقصد القصد أو المحجور عليه لسفه إلّا بإذن الوليّ أو فلس إلّا بإذن الغرماء لم يقع، و كذا الطفل المميّز البالغ عشرين عاماً فما فوقه و إن أذن له الوليّ إلّا على القول بوقوع العتق منه و كون المكاتبه عتقاً بصفه فيحتمل الوقوع لذلك. و يحتمل العدم أيضاً بناءً على أنّها غير المتبادر من العتق مع اشتغالها على شبه معاوضة.

و الأقرب وفاقاً للأكثر عدم اشتراط الإسلام أمّا إذا لم يشترط في العتق ففيها أولى، و أمّا إذا اشترط فيه فليل بعدم الاشتراط فيها لكونها معاوضة لا عتقاً. و قيل: بالاشتراط لكونها عتقاً.

فلو كاتب الذمى أو غيره من الكفار عبده الكافر صح، و لو كان العبد مسلماً ففي صحته كتابته نظر، أقرب المنع وفقاً لأبى على، لأنها تستلزم إقراره على ملكه زماناً، و لا- يجوز بل يقهر على بيعه من مسلم من فوره، و وجه الخلاف أن الغرض و هو ارتفاع السلطان عنه حاصل بالمكاتبه، و هو ممنوع.

أما لو أسلم بعد الكتابة فالأقرب للزوم كما فى المبسوط، لأنه عقد لازم مانع من البيع مع حصول الغرض، و هو ارتفاع السلطان. وقيل: لا يلزم لئلا يكون له عليه سبيل. و قال أبو على: يباع مكاتباً و يؤدى إلى المشتري ثمنه لا أزيد، لأنه ربا.

لكن لا خلاف فى أنه لو عجز فعجزه المولى و استرقه بيع عليه، و يحتمل عدم صحة التعجيز لاستلزامه ملك الرقبة الممتنع. و لو اشترى الكافر مسلماً فكاتبه لم يصح الشراء و لا الكتابة، و لو أسلم فكاتبه بعد إسلامه لم يصح على أحد الوجهين لما عرفت، و هذه المسألة غير ما تقدم، فإنه فيما إذا ملك مسلماً بنحو الإرث.

و لو كاتب الحربى مثله صح لصحة أملاكهم عندنا؛ لقوله تعالى:

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٧٨

«وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَ دِيَارَهُمْ» (١) و لو جاء إلينا مستأمنين و قد قهر أحدهما صاحبه بعد المكاتبه بطلت الكتابة فإن دار الحرب دار قهر و غلبه من قهر فيها على شىء و غلبه ملكه و يلزم منه هنا بطلان الكتابة فإن العبد إن كان هو القاهر ملك سيده و إن كان السيد هو القاهر فقد قهره على إبطال الكتابة و رده رقيقاً، و كذا لو قهره السيد بعد عتقه عاد رقيقاً و إن دخلا دار الإسلام من غير قهر فقهر أحدهما الآخر فى دار الإسلام لم تبطل الكتابة لأنها دار خطر لا- يؤثر فيها القهر إلما بالحق. و لو دخلا دار الإسلام مستأمنين لم يمنع من الرجوع. و لو أبى العبد لم يجبر على الرجوع مع مولاه لأنه بمكاتبته أزال عليه سلطانه، فليس له منعه من السفر و لا إجباره عليه، و إنما له عليه دين فإن أقام السيد للاستيفاء عقد أماناً لنفسه و أقام حتى يستوفيه و له أن يلحق بدار الحرب و يوكل فيه و يعتق العبد مع الأداء و ينتقض أمان السيد فى نفسه بلحوقه بدار الحرب لا فى ماله ثم يعقد العبد لنفسه أماناً إن أقام، و إلّا رجع، و لو عجز استرقه و يرد إلى السيد لكونه ماله و له الأمان فى ماله.

و لو ارتد المولى لم يصح كتابته إن كان عن فطرة و إن أجزنا كتابة الكافر لزوال ملكه عنه لتزله منزلة الميت و إن كان عن غيرها فكذلك إن كان العبد مسلماً على المختار لوجوب بيعه عليه، و يحتمل وقوعها موقوفة لعدم خروج أموال المرتد لا عن فطرة عن ملكه فإن أسلم تبين الصحة.

و لو قتل أو مات على الردة بطلت، فإن أدى حال الردة و لا- بد أن يؤدى إلى الحاكم للحجر على المولى لم يحكم بعنقه بل يكون موقوفاً فإن أسلم ظهر صحة الدفع و اعتق إلّا ظهر فساده.

(١) الأحزاب: ٢٧.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٧٩

و لو ارتد بعد الكتابة لم تبطل الكتابة و أدى العبد المال إلى الحاكم لا إليه لما عرفت من الحجر و يعتق بالأداء من غير إيقاف فإن دفع إليه كان موقوفاً أو باطلاً على التردد من التردد فى تصرف المرتد أنه باطل أو موقوف.

و فى اشتراط الحاكم فى الحجر على المرتد إشكال، من الأصل و تسبب الردة للحجر، و من أنه مسألة اجتهادية تتوقف على حكم الحاكم.

و فى تعجيزه بالدفع إلى المرتد مع التلف إشكال من التردد فى بطلان قبضه، و إيقافه على البطلان فى أنه مضمون عليه لأنه المتلف، أو على المكاتب حيث سلطه على إتلافه.

و على التقديرين لو أسلم حسب عليه ما أخذه في الردّة لأنّه ظهر بقاء أمواله على ملكه و قد قبض ماله فيجب عليه. ويجوز لولّي الطفل و المجنون الكتابة لمملوكهما مع الغبطة على رأى وفاقاً للخلاف و الشرائع، لعموم ما جوّز له التصرف في أموالهما. و صحيح معاوية بن وهب و حسنه قال للصادق (عليه السّلام): إنّي كاتبت جاريةً لأيتام لنا و اشترطت عليها إن هي عجزت فهي ردّ في الرقّ و أنا في حلّ ممّا أخذت منك، فقال له: لك شرطك «١». و خلافاً للمبسوط و الجامع، لأنّه معاملته على ماله بماله فهو تبرّع لا غبطة فيه.

و يصحّ كتابة المريض من الثلث، لأنّه معاملته على ماله بماله، فإن خرج من الثلث أو برئ من مرضه عتق أجمع عند الأداء و إن لم يبرأ و لم يكن له غيره صحّت في ثلثه و كان الباقي رقاً على رأى من جعل المنجزات من الثلث.

[الركن الرابع: العبد]

الركن الرابع: العبد بل المملوك و له شرطان التكليف بالاتّفاق و الإسلام.

(١) وسائل الشيعية: ج ١٥ ص ٨٥ ب ٤ أنّ المكاتب المطلق يعتق منه .. ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٨٠

فلو كاتب الصبيّ أو المجنون لم ينعقد، إذ ليس لهما أهليّة القبول و يحتمل قبول المولى أو الحاكم أو الجدّ لهما، و هو بعيد؛ لكونه خلاف الأصل و لا- قاطع به، و للاستصحاب، و لأنّهما لا يتبعان الكتاب و لا عليهما السعي، و مقتضى الكتابة و جوب السعي. خلافاً لبعض العامّة بناءً على كونها عتقاً بصفة.

و لو كاتب المسلم كافراً فالأقرب البطلان وفاقاً للمرتضى و الشيخ و المحقّق و ابنى زهرة و إدريس و شهر آشوب، للإجماع كما في الانتصار و الغنية، و لاشرطه في الآية «١» بأن يعلم فيهم خير، و الإيمان أسبق إلى الذهن منه من المال، فإنّ المؤمن يسمّى خيراً و إن كان معسراً، و الموسر لا يسمّى به إذا كان كافراً، و لأنّ المعروف استعمال الخير بمعنى المال لا القدرة على كسبه و تحصيله، و هو لا يلائم ظاهر الآية للفظه «في» إذ لا يقال: في فلان مال، و لقول الصدوق في المقنع: و روى في تفسيرها أن إذا رأيتموهم يحبون آل محمد (صلّى الله عليه و آله) فارفعوهم درجة، و ما تقدّم من خبرى الحلبي «٢» و محمّد بن مسلم «٣» حيث فسّر الخير فيهما بالدين و المال، و نصّ في ثانيها على الإقرار بالشهادتين، و لكونه موادّة، و لقوله تعالى: «وَ آتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ» «٤» و الكافر لا يستحقّ الموادّة و لا الزكاة و لا الصلّة، و الكلّ ضعيف، فإنّ النصوص «٥» إنّما دلّت على اختصاص رجحان المكاتبه بالمؤمن لا جوازه و كونه موادّة، و استلزام الإيتاء لها ممنوع. و خلافاً للقاضي و ابن سعيد و الشيخ في موضع من المبسوط، لكونه معاملته كالبيع أو بيعاً.

و لو كاتبه أى الكافر مثله لم يصحّ أيضاً على إشكال تقدّمت الإشارة إليه، و لعلّه إنّما ذكر هذا الكلام هنا إشارةً إلى أنّ لمن أبطل مكاتبه المسلم

(١) النور: ٣٣.

(٢) وسائل الشيعية: ج ١٦ ص ٨٣ ب ١ استحباب مكاتبه المملوك .. ح ١.

(٣) وسائل الشيعية: ج ١٦ ص ٨٤ ب ١ استحباب مكاتبه المملوك .. ح ٥.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٣ ب ١ استحباب مكاتبه المملوك ..

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٨١

مملوكه الكافر أن يستشكل فيما إذا كاتب الكافر مملوكه الكافر، من عموم ما أبطل مكاتبه المملوك الكافر، وزيادة أن التقرب لا- يتأتى من المولى الكافر. ومن أن النصوص المبطله يختص بالمؤمنين إذا أرادوا المكاتبه كما لا يخفى، فيبقى المولى الكافر على أصل الجواز مع منع اشتراط التقرب أو امتناعه من الكافر.

و يجوز أن يكتب بعض عبده على رأى وفاقاً للخلاف، للأصل والعموم، و خصوص خبر أبى بصير سأل الباقر (عليه السلام) عن رجل أعتق نصف جارية ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، فقال: فليشترط عليها أنها إن عجزت عن نجومها فإنها ترد في الرق في نصف رقبتها، قال: فإن شاء كان له في الخدمة يوم ولها يوم إن لم يكتبها «١».

و خلافاً للمبسوط على تردد؛ لفقد المقصود من الكتابة، و هو ارتفاع الحجر عنه، لأن السيد يمنعه من السفر بما فيه من الرق، و لا يأخذ من الصدقات، و إذا أخذ اقتضى له أن يقاسم السيد عليها، و ضعفه ظاهر؛ لارتفاع الحجر عنه بإزاء ما ينعق منه. و كذا ما قيل: من لزوم التناقض؛ لوجوب السعى عليه للمكاتبه، و جواز امتناعه منه لباقيه.

و يجوز أن يكتب حصته من المشترك اتفاقاً كما في التحرير و ظاهر المبسوط. و ربّما يتخيل المنع منه للتناقض و كذا من المعتقد بعضه اتفاقاً كما يظهر من التحرير.

و لو كاتب حصته بغير إذن شريكه صحّ و إن كره الشريك وفاقاً للخلاف و الجامع، للأصل و العموم.

و خلافاً للمبسوط و الشرائع، لتضرر الشريك به، و يظهر الإجماع من المبسوط.

و لا تسرى الكتابة إلى باقى حصته أى الباقي من المملوك سوى حصته أو الحصه، نعم كل المملوك و بعضه و لا إلى حصه شريكه فإنها ليست من العتق فى شىء.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٥ ب ١٢ حكم من أعتق نصف .. ح ١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٨٢

نعم قيل فى المبسوط إذا أدى جميع مال الكتابة عتق كله و قوم حصه شريكه عليه إن كان موسراً، و لو كان تمامه له سرى العتق إلى باقيه لحصول العتق حينئذ، فيعمه أدله السرايه إلا أنه بنى السرايه إن كان تمامه له على القول بالصحة، فإنه يبطل على تردد كما عرفت.

و إذا أدى المملوك المشترك شيئاً إلى مكاتبه من الموليين و جب أن يؤدى مثله إلى شريكه، سواء أذن الشريك فى كتابته أو لا إن اشتركا فيه بالسويه لتساويهما فى استحقاق ما يكسبه، و إلا فبالنسبه.

و لو أدى مال الكتابة من جميع كسبه لم يعتق لاستحقاق بعضه لغيره.

و لو أدى المال بجزئه المكاتب مثل أن هاياه الموليان فكسب فى نوبته أى المكاتب منهما أو هاياه بصيغه المفرد أى هاياه غير المكاتب منهما فكسب المكاتب فى نوبته، أى نوبه نفسه أو اعطى من سهم الرقاب لم يكن للآخر فيه شىء.

و لو تجزأ ثلاثة أجزاء أحدها حرّ و لو بالكتابة و ورث بجزئه الحرّ ميراثاً و بجزئه المكاتب أخذ من سهم الرقاب كان له الدفع إلى مكاتبه، و لا شىء للآخر، لأنه لم يأخذ بسبب الرقيه شيئاً. و لو كاتبه السيدان جاز سواء تساويا فى العوض أو اختلفاً، و سواء فيهما تساويا فى الملك أو اختلفاً، و سواء اتحد العقد بأن وكلا ثالثاً أو وكل أحدهما الآخر أو اتفقا فى الإيجاب أو تعدد للأصل

و العموم. و للعامّة خلاف في جواز التفاضل مع التساوى في الملك أو الاختلاف. و ليس له أن يؤدّى إلى أحدهما أكثر ممّا للآخر إن تساويا في العوض و لا قبله بل يؤدّى إليهما معاً إلّا بالإذن.

[الفصل الثالث في الأحكام و فيه مطالب ستّة]

إشارة

الفصل الثالث في الأحكام و فيه مطالب ستّة:

[المطلب الأول ما يحصل به العتق]

الأول: ما يحصل به العتق للمكاتب و هو يحصل في المكاتبه

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٨٣

الصحيحة بأداء جميع المال إن كان المكاتب مشروطاً و بالإبراء و بالاعتياض عنه بعين أو دين و بالضمان عنه، و لا يحصل بجزء من النجوم جزء من الحرّية حتّى يؤدّى الجميع اتفاقاً عملاً بالشرط أمّا المطلق فكلّما أدّى شيئاً انعتق بإزائه، و لو بقى على المشروط أقلّ ما يمكن لم ينعتق منه شيء فإن عجز عن أداء ما بقى كان لمولاه استرقاقه و المقبوض له أى للمولى و المشروط قبل الأداء كلّه رقّ فيكون فطرته على مولاه و كذا المطلق إذا لم يؤدّ شيئاً، لعموم النصوص بوجوبها عن المملوك، و خصوص قول الصادق (عليه السلام) في مرفوع محمّد بن أحمد بن يحيى: يؤدّى الرجل زكاته عن مكاتبه و رقيق امرأته «١» الخبر. فإن أدّى المطلق شيئاً فبالحصص. و سأل عليّ بن جعفر في الصحيح أخاه (عليه السلام) عن المكاتب هل عليه فطرة شهر رمضان أو على من كاتبه و يجوز شهادته؟ قال: الفطرة عليه، و لا يجوز شهادته «٢».

و للشيخ في الخلاف قول، و في المبسوط وجه بعدم وجوب فطرة المطلق على أحد منهما، تحرّر منه شيء أم لا، لأنّه ليس بحرّ، فيلزمه حكم نفسه و لا قنّ. و قطع القاضي بالنفي عن مولى المشروط.

و لو كاتباً عبداً لم ينعتق حصّة أحدهما إلّا بأداء الجميع إليهما أو بإذن الآخر في الأداء لما عرفت من اشتراكهما فيما يحصله، فلا يكون الأداء إلى أحدهما بدون إذن الآخر إلّا أداءً لبعض مال الكتابة.

و لو خلّف المولى ابنين فأدى نصيب أحدهما إليه عتق نصيبه منه، و أداء النصيب إنّما يكون بإذن الآخر أو مع أداء نصيب الآخر، فإنّه إن اقتصر على الأداء إلى أحدهما من غير إذن الآخر لم يكن أدّى إليه تمام نصيبه بل نصفه،

(١) وسائل الشيعة: ج ٦ ص ٢٢٩ ب ٥ من أبواب زكاة الفطرة: ح ٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠٢ ب ٢٢ حكم المكاتب في .. ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٨٤

إلّا أن يؤدّى إليه جميع النصيبين. و بالجملة فالتعبير بالنصيب يدفع المنافاه بينه و بين ما تقدّم.

و لا ينعتق المكاتب بملك مال الكتابة بل بأدائه فإنّه الذى علّق عليه العتق، و ليس الحصول في يده كالحصول في يد القنّ الذى هو بمنزلة الحصول في يد المولى؛ لانقطاع التصرف عن المكاتب، و الأداء يكفي في العتق و إن كان قبل الأجل إن رضى

المالك بقبضه حينئذٍ بالنص «١» و الإجماع على الظاهر.

و لو جنّ السيّد و قبض النجوم في جنونه لم يعتق حتّى يسلم إلى الوليّ إذ لا عبرة بهذا القبض شرعاً، خلافاً لبعض العامّة.

و لو تلف في يد السيّد المجنون فلا ضمان عليه، لأنّه ألذّي أتلّفه على نفسه بالتسليم إلى المجنون.

أما لو أتلّف السيّد عليه مالاً من غير تسليم إليه فإنّه يقاصّ بمال الكتابة لضمان المجنون في ماله بالإتلاف.

و لو جنّ العبد فقبض منه السيّد عتق لصحّة القبض و إن لم يصحّ الإقباض. قيل: و الأولى إذن الحاكم إن أمكن، لأنّ له الولاية،

إلّا أن نقول بولاية السيّد في استيفاء المال.

و لو ادّعى الكتابة فصدّقه أحد الوارثين و كذّبه الآخر قبلت شهادة المصدّق عليه أى الكتابة أو المكذب أو المكاتب، أى له إن

كان عدلاً.

و هل يكفي معه اليمين أو لا بدّ من شاهد آخر؟ قولان و إلّا يكن عدلاً و لم يكن للمكاتب بينه حلف المكذب على نفى العلم

إن ادّعى عليه العلم و صار نصفه مكاتباً و الآخر رقاً و إلّا حلف المكاتب و صار كلّ مكاتباً فإن أعتقه المصدّق معجلاً سرى إلى

الباقى، و إن أبرأه لم يسر لأنّه إنّما عتق بإعتاق المورث، و الوارث شاهد لا معتق، و المعتق الآن معسر؛ لانتقال

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٨ ب ١٧ أنّ المكاتب إذا أراد .. ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٨٥

تركته إلى الوارث و كذا إن أدّى النجوم فعتق به و إذا عجز كان له أى المصدّق ردّه في الرقّ لقيامه مقام المورث.

ثمّ المنكر إن كان قد أخذ نصف كسبه فما في يده للمصدّق خاصّة، كسبه قبل الكتابة أو بعدها. ثمّ لا فرق في كسبه في حياة

المولى و بعدها، قبل ثبوت المكاتبه و بعدها في اشتراك الوارثين فيه، و لهما أن يهاياه.

فإن هياه ثمّ إن ادّعى المنكر أنّ ما في يده متقدّم على ادّعاء الكتابة أو كسبه في حياة المورث قبل عقدها، و بالجملة قبل

المهاياه فهو بيننا و ادّعى الآخر التآخّر ليختصّ به قدّم قول الآخر مع يمينه للأصل.

و لو ظهر عيب في العوض فله ردّه و إبطال العتق إن عجز عن غيره و له القبول و أخذ الأرض فيبقى على العتق، و لو تعيب عنده

كان له دفعه بالعيب المتقدّم بالأرض، و قيل: لا.

و قد مضى جميع ذلك مع الاستشكال له في بطلان العتق إذا ردّه بعد قبضه لظهور العيب، فيحتمل أن يكون ما قطع فيه بالبطلان

هنا ما إذا كان العيب ظاهراً في العوض قبل القبض، فله أن يرده أى لا يقبضه، و لا إشكال حينئذٍ في البطلان. و يحتمل أن يكون

عين ما تقدّم أو ما يعمّه، و وكل الاستشكال إلى ما تقدّم.

و لو رضى المالك المعيب انعتق قطعاً و هل ينعتق من حين الرضا أو من حين القبض إن لم يكن ظهر إلّا بعده؟ إشكال من أنّ

الرضا كاشف عن صحّة القبض أو متمّم له، و يؤيد الثاني أنّ المتبايعين في الصرف إذا تقابضا ثمّ تفرّقا صحّ البيع و إن ظهر عيب

في العوضين أو أحدهما، و الأوّل أنّ المعيب غير العوض المعقود عليه.

و لو أطلع على العيب بعد التلف كان له ردّ العتق لأنّه غير مال الكتابة إلّا أن يسلم الأرض فعليه القبول أو إمضاء العتق، إذ لم يبق

له بالتلف الردّ فإن عجز عن الأرض كان له الاسترقاق لأنّه كالعجز عن بعض النجوم.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٨٦

المطلب الثاني فى أحكام الأءاء و ىجب القبول مع دفع النجم عند حلوله إءما أن ىبرئه و لو كان غائباً قبضه الحاكم فإن تعذر فالأقرب الاكتفاء بتعيين المكاتب له.

و لو قال: هو حرام على لم يقبل منه فلا- ىضّر المكاتب و إن امتنع من القبض، إءلا أن ىصدّقه أو ثبته المولى أو ىحلف فىكلف العبد عوضه، و إءلا كلف المولى القبض أو الإبراء، و إن امتنع قبض عنه الحاكم و عتق.

و إذا قال ذلك مع قبضه له ىحتمل أن ىنتزعه منه الحاكم فىحفظه فى بيت المال إلى أن ىعین المولى «١» مالكه أو ىتعیّن من جهة أخرى، فالأولى كون «تعیّن» بصیغته المجهول، و ذلك لأنه مال لغير من هو فى ىده، فلا بد من انتزاعه منه، و لما كان مجهولاً لزم حفظه إلى أن ىتبیّن كمال الغائب.

و ىحتمل ما فى المبسوط من أن ىقیه فى ىده لأنه لا- منازع له فىحینئذ ىبقى فى ىده الأقرب قبول تكذیب نفسه لما ادّعه من الحرّیه، لأنه ذو ىد من غير منازع. و ىحتمل العدم، لأنه إنكار بعد إقرار، لكن الأول أنسب بالإبقاء فى ىده.

أما لو عین المالك له لم يقبل تكذیبه لنفسه من غير إشكال إءلا أن ىكذبه المقرّ له إن كان من أهله بأن لم ىكن صبیئاً و لا مجنوناً أو نحو ذلك.

و لو قبضه المكاتب من مال الصدقة و جب قبوله بالنصوص «٢» و الإجماع فإن عجز فاسترقّ فالأقرب عدم زوال ملكه أى المولى عنه أى عمّا قبضه من الصدقة، استصحاباً لما استقرّ علیه من ملكه. خلافاً لأبى على استناداً إلى أنه إنمّا أعطى لفكّ الرقبة، فإذا لم ىفكّ لم ىصرف فى مصرفه فیردّ إلى المزكّى الذى دفعه إن عرف، و إءلا فإلى أهل الصدقات.

(١) فى ق و ن: «المولى».

(٢) وسائل الشیعة: ج ١٦ ص ١٠٢ ب ٢١ جواز إعطاء المكاتب ..

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٨٧

و لا- ىجب على المولى الإنظار مع الحلول إءلا بقدر ما ىخرج المال من حرزه أو ىأتى به من منزله القرب أو ىفرغ من الصلاة أو من قضاء الحاجة أو نحو ذلك.

و لو كان المكاتب عند الحلول غائباً فالأقرب أن له الفسخ لتحقّق العجز، و فى المبسوط و التحرير لیس له الفسخ، إءلا بعد الرفع إلى الحاكم، و إثبات أن له على عبده من مال المكاتب ما عجز عنه، و استحلافه على عدم القبض، ثمّ قضاؤه بالفسخ كما ىقضى على الغائب.

و كذا لو كان له عروض من غير جنس مال الكتابة لا تباع إءلا بعد مهلة أو كان فى منزل له بعید.

و لو غاب بعد الحلول بغير إذن السید فله الفسخ من غير حاجة إلى القاضى لتسلّطه على الفسخ و هو حاضر و إن كان ىأذنه فهو إنظار له فلیس له الفسخ إءلا أن ىخبره بالندم على الإنظار فإنّ له الندم علیه فىقصر فى الإیاب أو إنفاذ المال أو تسليمه إلى وکیله.

و فى المبسوط و التحرير: أنه إن ندم على الإنظار فإن كان المكاتب حاضرّاً فإن عجز كان له الفسخ، و إن أدّى عتق و علیه الإنظار لإحضاره من منزله القرب أو نقد العروض إن لم ىفتقر إلى مهلة طويلة و نحو ذلك كما تقدّم، و إن كان غائباً افتقر إلى

الرفع إلى الحاكم و إثبات الحقّ و الحلف على عدم القبض فىكتب الحاكم إلى حاكم البلد الذى فىه المكاتب لىخبره، فإن عجز أخبر السید ففسخ إن شاء، و إن كان له مال كلفه الحاكم ىبصّاله إلى المولى بنفسه أو وکیله أو إلى وکیل المولى إن وکل فى

قبضه، فإن توانى فى ذلك كان له الفسخ، و للسید أن ىوكل وکیله فى القبض فى الفسخ إن امتنع.

و لو منع المكاتب سیده من القبض مع القدرة على الأءاء فهل للمولى الإءبار على الأءاء أو الحاكم أو لا إءبار لأحدهما؟ فىه

نظر الأقرب ذلك أى لأحدهما الإيجاب. و ظاهر التحرير أنّ للسيد إيجابه، لأنه

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٨٨

صاحب الحقّ و المكاتب مملوكه و كسبه له، و إنّما انقطع عنه سلطانه فى غير الاستيفاء.

و يحتمل الافتقار إلى الحاكم؛ لانقطاع سلطان المولى عنه، فهو بمنزلة حرّ مديون، فلا يجبره إلّا الحاكم، و بناء هذين على لزوم

المكاتبه، و على جوازها لا إيجاب، فإنّ له الفسخ، و إذا فسخ كان له جميع ما بيده.

و لا يثبت الإيجاب إلّا حيث يتضرّر بتركه، و إليه أشار بقوله و إن منعناه أى الإيجاب كان له الفسخ، و كذا فى إلزامه بالسعى إن

امتنع منه من الاحتمالات الثلاثة.

و لو جنّ العبد لم تنفسخ الكتابة و كذا المولى للأصل و اللزوم و كذا لو جنّا معاً أى جميعاً.

نعم للمولى الفسخ إذا لم يكن للمجنون مال لتحقق العجز فإن كان له مال فللحاكم الأداء عنه ليعتق كما فى المبسوط مع

المصلحة له فيه.

و الأقرب أنّ للسيد الاستقلال بأخذ النجوم من ماله؛ لما عرفت من أنّ سلطانه إنّما ارتفع عنه فيما عدا الاستيفاء.

و لو مات المشروط بطلت الكتابة و إن خلف وفاءً لمال الكتابة وفاقاً للنهائية و المبسوط و السرائر و الشرائع و الجامع لتعدّر العتق

و تحقّق العجز، و الأخبار كصحيح ابن سنان عن الصادق (عليه السلام): فى مكاتب يموت و قد أذى بعض مكاتبته و له ابن من

جاريته، قال: إن كان اشترط عليه إن هو عجز فهو مملوك رجع ابنه مملوكاً، و الجارية و إن لم يكن اشترط عليه أذى ابنه ما بقى

من مكاتبته و ورث ما بقى «١».

و فى الخلاف: إن خلف وفاءً و فى منه ما عليه و كان الباقي لورثته، و إلّا كان ما خلفه لمولاه للعجز، و استدللّ بإجماع الفرقه و

أخبارهم.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٤١٠ ب ٢٣ من أبواب موانع الإرث ح ٢.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٨٩

و أطلق الصدوق أنّه إن مات مكاتب أذى بعض ما عليه و له ابن من جارية و ترك مالاً فإنّه يؤدى عنه ما بقى من مكاتبه أبيه و

يعتق و يرث ما بقى.

عن المفيد أنّه أطلق أنّه يؤدى مال الكتابة و الباقي لورثته، فإن لم يكن فضل فالجميع للمولى.

و لو استعمله أو حبسه شهراً و غرم الأجرة لم يلزمه الإنظار بعد الأجل شهراً و إن كان يمكنه كسب أكثر منها إن لم يكن

استعمله، فإنّ الأجرة عوض ما استوفاه من العمل أو منعه منه، فإذا أداها فكأنه لم يمنعه من العمل لنفسه. و تركه المشروط لمولاه

و إن بقى عليه درهم لما عرفت من بطلان كتابته فيعود قنّاً و أولاده رقّ للمولى لذلك أمّا المطلق فيتحرّر منه بقدر ما أذى، و

يكون الباقي رقّاً لو مات قبل الوفاء فيأخذ المولى من تركته بقدره و لورثته منها بقدر الحرّية و انعتق من أولاده مثل ما انعتق منه

و يؤدى الوارث التابع له فى الكتابة و هو الولد ممّا ورثه من نصيب الحرّية ما بقى من مال الكتابة و انعتق جميعه، لصحيح بريد

العجلي سأل الباقر (عليه السلام) عن رجل كاتب عبداً له على ألف درهم و لم يشترط عليه حين كاتبه إن [هو] عجز عن مكاتبته

فهو ردّ فى الرقّ و المكاتب أذى إلى مولاه خمسمائة درهم ثمّ مات المكاتب و ترك مالاً و ترك ابنه له مدرّكاً، فقال: نصف ما

ترك المكاتب من شىء فإنّه لمولاه العدى كاتبه و النصف الباقي لابن المكاتب، لأنّه مات و نصفه حرّ و نصفه عبد، فإذا أذى

العدى كان كاتب أباه و بقى على أبيه فهو حرّ لا سبيل لأحد من الناس عليه «١». و أمّا انتقال الميراث إليه على قدر الحرّية أوّلاً و

كون الأداء من نصيبه فمع أنه قضيه الأصل نطق به هذا الخبر.

و صحيح محمد بن قيس عن الصادق (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في مكاتب توفى و له مال، قال: يقسم ماله على قدر ما أعتق منه لورثته و ما لم يعتق

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٤١١ ب ٢٣ من أبواب موانع الإرث ح ٥.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٩٠

يحتسب منه لأربابه العدين كاتبوه هو ماله «١». و ربما يرشد إليه صحيحته أيضاً عن الباقر (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في مكاتبه توفيت و قد قضت عامه الذي عليها و قد ولدت ولداً في مكاتبها، قال: فقضى في ولدها أن يعتق منه مثل الذي عتق منها و يرق منه ما رق منها «٢».

و إن لم يكن له مال سعى الأولاد فيما بقى على أبيهم و عتقوا؛ لعدم الفارق بين ما يكسبونه بالإرث و غيره، و لخبر مهزم سأل الصادق (عليه السلام) عن المكاتب يموت و له ولد، فقال: إن كان اشترط عليه فولده ممالك، و إن لم يكن اشترط عليه سعى ولده في مكاتبه أبيهم و عتقوا إذا أدوا «٣».

و احتمال بعضهم نفى السعى، و هو مبني على كون أداء الباقي من أداء الدين و عليهم الأداء أو السعى بالسوية و إن اختلفوا في الاستحقاق للميراث لاختلافهم ذكوره و أنوثة أو القيمة فإنهم متساوون فيما عتق منهم و ما بقى.

و لو تعذر الاستيفاء من بعضهم لغيبه أو غيرها أخذ من نصيب الباقي جميع ما تخلف على الأب إذ ما لم يأخذ الجميع لم يصر الأب بمنزلة ما أعتق جميعه فلم يفتد عتق جميع الباقي و إذا أخذ الجميع عتق الجميع أى الغائب و الباقي.

و لو لم يكن تركه و غاب البعض أو لم يسع سعى الباقي في الجميع و ليس للمؤدى مطالبة الغائب بنصيبه فإن كل جزء مما يؤدىه يدخل في عتق نفسه و إن ألزمه أن مع الأداء ينعقون كلهم فالمؤدى إنما سعى في فكاك رقبه نفسه و إن تبعه فكاك رقبه الآخر.

و الأقرب أن للمولى إجبارهم على الأداء لسراية مكاتبه مورثهم فيهم فينزله المكاتبين، و لظاهر الأخبار «٤» الأمر بالأداء.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٩ ب ١٩ أن المكاتب إذا انعتق منه شيء .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٢ ب ٧ أن المكاتب المطلق إذا تحرر منه شيء .. ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٢ ب ٧ أن المكاتب المطلق إذا تحرر منه شيء .. ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٤١٢ ب ٢٣ من أبواب موانع الإرث ح ٦ و ٧.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٩١

و يحتمل العدم؛ للأصل مع وقوع المكاتبه مع غيرهم، و احتمال الأخبار ظاهراً توقف عتقهم على الأداء لا وجوبه عليهم.

و يحتمل الإجبار إذا كان تركه لا على السعى لكونه ديناً، فلا بد من قضائه من التركة دون السعى إذا لم يكن تركه، و هذا على ما سيأتى من الرواية بأنهم لا يرثون إلا بعد الأداء، و لقول الصادق (عليه السلام) في خبر مالك بن عطية: و إن كان لم يشترط ذلك عليه فإن ابنه حرّ و يؤدى عن أبيه ما بقى مما تركه أبوه، و ليس لابنه شيء حتى يؤدى ما عليه، و إن لم يترك أبوه شيئاً فلا شيء على ابنه «١».

و فى رواية الأثرى أكثر يؤدى الأولاد المتخلف من الأصل و لهم الباقي كما قاله أبو علي، ففى الصحيح عن جميل بن دراج عن

الصادق (عليه السلام): في مكاتب يموت وقد أدى بعض مكاتبته و له ابن من جاريته و ترك مالا، قال: يؤدى ابنه بقيه مكاتبته و يعتق و يورث ما بقى «٢». و نحوه أخبار أخر «٣». و يمكن حملها على اختصاص الوارث بما يبقى بعد الأداء و إن كان يرث أولاً كل ما يازاء الحرية و إن أبقيت على ظواهرها فلكون مال الكتابة من الديون. و توقف في التحرير كما يظهر من الكتاب. و لو لم يؤد المطلق شيئاً مات رقاً و كان أولاده أرقاء و المال للمولى، و لو كان الوارث حراً و قد عتق نصف المكاتب مثلاً وورث بقدره و الباقي للمولى و لا أداء على الوارث، لأنه إنما كان يؤدى لعتقه و هو هنا حر. و لو خلفهما أى وارثين حراً و آخر تابعاً له فللمولى النصف و الباقي بينهما على ما يأتى فى الميراث من جهة القسمة فيؤدى المكاتب أى الوارث التابع له فى الكتابة من نصيبه ما بقى على أبيه و يعتق و إن لم يف به نصيبه سعى فى الباقي. هذا على المختار، و على ظواهر الروايات المتقدمة

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠٠ ١٠١ ب ١٩ أن المكاتب إذا اعتق منه شىء .. ح ٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٢ ب ٧ أن المكاتب المطلق إذا تحرر منه شىء .. ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٩ ب ١٩ أن المكاتب إذا اعتق منه شىء .. ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٩٢

للأداء على الإرث يتجه هنا تقديمه. ثم إن بقى شىء كان بين الوارثين على ما يأتى.

و يرث هذا المطلق إذا أدى شيئاً و يورث و تصح الوصية له، كل ذلك بقدر ما فيه من الحرية دون الرقية كما فى صحيح محمد بن قيس عن الباقر (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى مكاتب تحته حرّة فأوصت له عند موتها بوصية، فقال: أهل المرأة لا يجوز وصيتها له، لأنه مكاتب لم يعتق و لا يرث، فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه، و يجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه، و قضى فى مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية، و قضى فى رجل حرّ أوصى لمكاتبه و قد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أعتق منها، و قضى فى وصية مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه «١».

و يحدّ حدّ الحرّ بقدر ما فيه من الحرية و حدّ العبد بالباقي كما فى خبر محمد بن قيس عن الباقر (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى مكاتبه زنت، قال: ينظر ما أدت من مكاتبته فيكون فيها حدّ الحرّة، و ما لم تقض فيكون فيها حدّ الأمة، و قال: فى مكاتبته زنت و قد عتق منها ثلاثة أرباع و بقى ربع فجلدت ثلاثة أرباع الحدّ حساب الحرّة على مائة فذلك خمسة و سبعون جلدة، و ربعها حساب خمسين من الأمة اثنا عشر سوطاً و نصف فذلك سبعة و ثمانون جلدة و نصف «٢». و يحدّ المولى لو زنى بها بقدر الحرية دون الرقية كما فى نحو خبر الحسين بن خالد عن الصادق (عليه السلام) أنه سأل عن رجل كاتب أمة له فقالت الأمة: ما أدت من مكاتبته فأنا به حرّة على حساب ذلك، فقال لها: نعم فأدت بعض مكاتبته و جامعها مولاهما بعد ذلك، قال: إن كان قد استكرهها على ذلك ضرب من

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠١ ب ٢٠ أن المكاتب المبعوض يرث و يورث بقدر الحرية .. ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٠٤ ب ٣٣ من أبواب حدّ الزنا ح ٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٩٣

الحدّ بقدر ما أدت من مكاتبته و ادراً عنه من الحدّ بقدر ما بقى له من مكاتبته، و إن كانت تابعت كانت شريكته فى الحدّ

ضربت مثل ما يضرب «١».

و يجب على السيّد إعانة المكاتب من الزكاة إن وجبت عليه و إلّا استحبّ على رأى وفاقاً للخلاف و النافع و الشرائع و المقنعة و الوسيلة فى الاستحباب على الثانى.

أما الوجوب على الأوّل فلقوله تعالى: «وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ» «٢» لظهور الأمر فى الإيجاب.

و أما الاستحباب على الثانى فلكونه براً و صدقة، و لنحو صحيح محمّد بن مسلم سأل أحدهما (عليهما السّلام) عن الآية، فقال: العذى أضمرت أن يكاتبه عليه لا تقول: أكتبه بخمسة آلاف و أترك له ألفاً، و لكن انظر الذى أضمرت عليه فأعطه منه «٣». و خبر العلاء بن فضيل عن الصادق (عليه السّلام) فى الآية، فقال: تضع عنه من نجومه التى لم تكن تريد أن تنقصه منها و لا تزيد فوق ما فى نفسك، فقلت: لهم؟ فقال: وضع أبو جعفر عن مملوك له ألفاً من ستّة آلاف «٤». و قوله (عليه السّلام): من أعان مكاتباً على فكّ رقبتة أظله الله فى ظلّ عرشه «٥». و قيل له (عليه السّلام): علمنى عملاً يدخلنى الجنة، فقال: أعتق نسمة و فكّ رقبة، فقيل: أليسا واحداً، قال: لا عتق النسمة أن تنفرد بعقتها، و فكّ الرقبة أن تعين فى ثمنها «٦».

و أما عدم الوجوب للأصل، و ظهور الآية فى الإيتاء من مال قد حصل عليه اليد، و الحطّ من النجوم ليس كذلك، و لا دليل على وجوب حقّ فى مال غير الخمس و الزكاة، فالآية ظاهرة فى وجوب أداء الزكاة إليهم لا غير.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٠٦ ب ٣٤ من أبواب حدّ الزنا ح ١.

(٢) النور: ٣٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٣ ب ٩ أنه يستحبّ للسيّد وضع شىء من مال المكاتبه .. ح ١.

(٤) المصدر السابق: ص ٩٣ ٩٤ ح ٢.

(٥) عوالى اللآلى: ج ٣ ص ٤٣٤ ح ١٠ و فيه: «من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً».

(٦) سنن البيهقى: ج ١ ص ٢٧٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٩٤

و فى التبيان: قال قوم: المعنى آتوهم من سهمهم من الصدقة العذى ذكره فى قوله: «وَ فِي الرِّقَابِ» ذكره ابن زيد عن أبيه، و هو مذهبننا. و فى الخلاف: أن على المسألة إجماع الفرقة و أخبارهم.

و أنه لو وجب الحطّ لاعتق إذا بقى عليه أقلّ ما يتممّل لاستحقاقه ذلك على سيّده. و قيل أيضاً: لو وجب الحطّ لكان عقد المكاتبه موجباً لشيء مسقطاً له معاً، و أنه لو وجب فإنما أن يتعيّن قدره فمال الكتابة ما سواه أو لا، فالعوض مجهول.

و يدفع الثلاثة أن الوجوب لا يسقط و لا يشغل ذمّة السيّد به و إن أثم بتركه.

و خيرة المبسوط الوجوب مطلقاً؛ لظاهر الأمر.

و خيرة التبيان و الجامع و المختلف الاستحباب مطلقاً؛ للأصل و إطلاق الآية، مع أصالة عدم الوجوب على من لا يجب عليه زكاة، فينبغى حمل الأمر على الرجحان، فهو أولى من التخصيص بمن عليه زكاة، مع أن الأصل عدم الوجوب عليه أيضاً.

و فى النهاية: أن المطلق إذا عجز عن التوفية كان على الإمام فكّ رقبتة من سهم الرقاب. و زاد ابن إدريس أنه إن كان يجب على السيّد زكاة و يجب عليه الفكّ.

و لا يتقدّر ما يجب أو يستحبّ إيتاؤه قلّة و لا كثرة عندنا؛ لعدم النصّ، و للعامّة قول بالتقدير بالربع، و آخر بما يقع به الاستغناء و هو على حسب مال الكتابة. ثمّ وقت الإيتاء موسّع من حين الكتابة إلى العتق و يتضيق إذا بقى عليه أقلّ ما يسمّى مالاً و قال بعض

العامة: بل يؤتیه بعد العتق كالمتمتع في الطلاق.

و يؤید الأول مع الأخبار و أنّ العلة فيها الإعانة على الفكّ أنّ الآية أمرت بإيتاء المكاتبين، و إذا عتق لم يكن مكاتباً. و لو أُخْلَ بالإيتاء حتّى انعتق بالأداء قيل في المبسوط و جب القضاء لأنه قضيه كلّ حقّ مالي ثبت على ذمّته، و لصدق المكاتب عليه أبداً بناءً على عدم اشتراط بقاء المبدأ في إطلاق المشتقّ، فيشملة عموم الأمر.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٩٥

و يحتمل العدم، بناءً على أنه ليس مكاتباً بعد العتق، و القضاء إنّما يجب بأمر جديد، و ليس من الأموال المعيّنة الثابتة في الذمّة، إذ لا يستلزم وجوب الإيتاء.

و يجوز لكلّ من السيّد و المكاتب المقاصّة فيقاصّ السيّد سهمه من الزكاة بما يعطيه من مال الكتابة، و يقاصّ المكاتب ما يجب له على السيّد، و هو أقلّ ما يتموّل من مال الكتابة أو غيره من أموال سيّده إن أوجبنا الإيتاء، لأنه حقّ له عليه، فإذا تحقّق شرط المقاصّة كانت له المقاصّة.

قيل في المبسوط و يجب على المكاتب قبول الإيتاء إن دفع المالك من عين مال الكتابة أو من جنسه لأنّه من المال المأمور بإيتائه و لا يجب الإيتاء إذا لم يجب القبول.

و لو كان لمولاه عليه دين معاملة مع النجوم فله أن يأخذ ما في يده بالدين، و يعجزه إذا لم يملك إلّا ما يفى بأحدهما لاستقرار الدين عليه، بخلاف مال الكتابة و لأنّ فيه جمعاً بين الحقيين، فإنّه إذا عجز ملك الرقبة عوضاً عن مال الكتابة، و أمّا إذا أعتق باحتساب ما في يده من مال الكتابة فربما لم يقدر على أداء الدين فيضيع.

و لو أراد تعجيزه قبل إخلاء يده عن المال بأخذه بالدين كان فيه إشكال من ملكه بقدر ما عليه من النجوم و هو باذل له، و العجز إمّا بعدم الملك أو بالامتناع من الأداء. و من أنّ للسيّد أخذه عمّا عليه من الدين غير مال الكتابة، و له الاختيار في أخذه عن أيّهما شاء لا للمكاتب.

أمّا المطلق الذي تحرّز منه شيء فليس له أي السيّد أن يأخذ منه إلّا ما يختاره المكاتب من الجهتين لتساويهما حينئذٍ في الاستقرار و تعيين جهات الدين إلى المديون.

و لو كان عليه دين معاملة لأجنبيّ و أُرش جنائيه احتمال التوزيع لما في يده عليهما و الباقي للمولى إن زادت قيمة ما في يده بعد القصور و الحجر؛ لاشتراكهما في الاستقرار عليه و التعلّق بما في يده.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٩٦

و احتمال تقديم الدين على الأرش لأنّ للأرش متعلّقاً آخر هو الرقبة بخلاف الدين.

ثمّ الأرش يقدّم على النجوم لتقدّم حقّ الجنائيه على حقّ الملك هذا مع الحجر عليه و قبله له تقديم من شاء مع حلول الجميع، لأنه مطلق التصرّف فله فعل ما شاء و إن حلّ البعض دون البعض، فإن كان المؤجّل مال الكتابة جاز له التعجيل، و إن كان غيره لم يجز إلّا بإذن المولى، لأنّ تعجيل المؤجّل يجرى مجرى الزيادة و الهبة، و هو لا يستبدّ بالهبة من الأجنبيّ. و من العامة من لم يجز تعجيل مال الكتابة أيضاً.

و لو عجز نفسه و عليه أرش و دين معاملة سقطت عنه النجوم و وزّع ما في يده على الحقيين على أوّل الاحتمال في المسألة المتقدّمة.

و يحتمل تقديم الدين لتعلّق الأرش بالرقبة بخلاف الدين، فلو قدّم أو وزّع أمكن تضييع الدين، ففي تقديم الدين رعاية لصاحبه. و يحتمل العكس رعاية للمملوك تخليصاً لرقبته من رقّ المجنّي عليه، و لا ظلم على الدائن لأنّ صاحب الدين حيث أدانه رضى

بالتعلق بذمته، و لمستحقّ الأرش تعجيزه حتى يتبع رقبته فيجوز أن يكون هذه الجملة من تتمّة التعليل، و يجوز أن يكون التعليل قد تمّ بما قبلها لفهم ذلك في ضمنه.

و بالجملة لما تعلق حقّ السيّد و المجنّى عليه بالرقبة كان لكلّ منهما تعجيزه، فإن عجزه كان للمجنّى عليه بيع رقبته في الجناية إلّا أن يفديه السيّد، و إن عجزه المجنّى عليه دون السيّد رفع إلى الحاكم ليفسخ الكتابة و يبيع الرقبة في الجناية. و لو أراد السيّد فداءه لبقى الكتابة جاز، و ليس لصاحب دين المعاملة تعجيزه لعدم الفائدة إذ لا يتعلّق حقه بالرقبة بل بالذمة و يتساوى الحال فيه بين التعجيز و عدمه. و للعامّة قول بتعلّقه بالرقبة أيضاً، و أنّ له تعجيزه.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٩٧

و لو كان للسيّد عليه دين معاملة ضارب الغرماء به لا بالنجم لتعلّق حقه بالرقبة، ففي الضرب تضييع لحقّهم، و في عدمه جمع بين الحقوق. هذا إذا كان مشروطاً و لو كان مطلقاً ضارب بالنجم أيضاً لانحصار حقه في الذمة أيضاً. و لو مات المشروط كان ما في يده للديان خاصّة لانفساخ الكتابة بموته فإن فضل شيء فللمولى لأنّه كسب مملوكه و لو مات و كان عليه أرش جناية و ديون و لم يف ما تركه بالجميع قال الشيخ في المبسوط بدأ بالدين؛ لتعلّق الأرش بالرقبة و إنّما كان تعلق بما في يده للكتابة، فإذا زالت انحصر في الرقبة. و يحتمل التوزيع، لأنّه تعلق بالتركة قبل الموت فيستصحب، فإنّه إنّما ينتقل منها إلى الرقبة إذا أمكن الاستيفاء منها فزوال الكتابة إنّما ينقله إلى الرقبة إذا أمكن ذلك.

و لو كان للمكاتب على سيّده مال فإن كان من جنس النجم و كانا حالّين تقاضاً بل وقع التقاصّ قهراً.

و لو فضل لأحدهما شيء رجع صاحب الفضل به على الآخر، و لو اختلفا جنساً أو وصفاً لم يجز التقاصّ إلّا برضاهما و معه يجوز، سواء تقابضا أو قبض أحدهما ماله ثمّ دفعه إلى الآخر عوضاً عمّا في ذمته أو لم يتقابضا و لا أحدهما و سواء كان المالان أثماناً أو عروضاً أو بالتفريق للأصل و هذا حكم عامّ في كلّ غريمين كان لكلّ منهما على الآخر مال.

و اشترط الشيخ التقابض إن كانا عرضيين و قبض أحدهما إن كانا نقديين، قال: و إن تفرّقا فقبض العرض و دفع عن النقد جاز دون العكس. و كلّ ذلك مبنيّ على كون المقاصّة بيعاً.

و لو عجز المكاتب المطلق كلّما أو بعضاً وجب على الإمام فكّه من سهم الرقاب كما في النهاية و السرائر لأنّ الصادق (عليه السلام) سئل عن مكاتب عجز

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٩٨

عن مكاتبته و قد أدّى بعضها، قال: يؤدّى عنه من مال الصدقة، إنّ الله تعالى يقول في كتابه: «وَ فِي الرُّقَابِ» (١) فإنّ تعدّر استرقّ كلّاً أو بعضاً.

[المطلب الثالث في التصرفات]

المطلب الثالث في التصرفات و هي: إمّا من السيّد أو العبد، أمّا السيّد فينقطع تصرّفه في المكاتب بعقد الكتابة، سواء كان مشروطاً أو مطلقاً إلّا مع عجز المشروط و ردّه إلى استرقاقه، و ليس له بيع رقبة المكاتب و إن كان مشروطاً قبل التعجيز بالاتفاق، خلافاً لبعض العامّة و له بيع النجوم قبل قبضها إن قلنا بوجود المال بناءً على لزوم العقد و إلّا فلا، لأنّه دين غير لازم و حيث اخترنا اللزوم فيما تقدّم فيجوز البيع.

فإن قبض المشتري النجوم عتق المكاتب على القولين أمّا عندنا فظاهر، و أمّا على الفساد للبيع فلائنه و إن فسد لكن المشتري

كالوكيل فى الأخذ، و قد مرّ التردّد فى العتق و الاستشكال فى التعجيز إن أفلس المشتري و كان البيع فاسداً. و ليس له أى السيد التصرف فى ماله أيضاً بغير إذنه إلّا بما يتعلّق بالاستيفاء لا بمعنى أنّ له الاستيفاء مطلقاً على أى وجه شاء بل بإذن العبد، إلّا إذا كان مشروطاً و حلّ النجم و لم يكن بيده إلّا بقدره فإنّ له الاستيفاء بنفسه إن امتنع من الأداء و إن زاد ما بيده على قدره و امتنع عين الحاكم و استوفاه السيد. و له معاملة العبد بالبيع و الشراء فهما من التصرفات فى ماله بإذنه و له أخذ الشفعة منه كما له أخذه من الأحرار و كذا يأخذ العبد منه الشفعة و ليس له منع العبد من السفر إلّا أن يتفق حلول النجم فى السفر و لا من كلّ تصرف يستفيد به مالاً و للعامة قول بالمنع من السفر.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠٢ ب ٢١ جواز إعطاء المكاتب من مال الصدقة و الزكاة ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٤٩٩

و لو شرط فى العقد ترك السفر احتلّ البطلان، لأنّه كشرط ترك التكسب إذ ربّما افتقر إليه و الصّحة للفائدة فيه بالأمن من الإباق و نحوه مع إمكان التكسب بدونه، و الأصل و عموم المؤمنون عند شروطهم «١» فإنّ أجزائه و سافر حينئذٍ و لم يمكنه الردّ كان له الفسخ، و ليس له و طء المكاتبه و إن أذنت بالملك لنقصه و لا بالعقد لرقيتها. و لو شرط الوطاء فى العقد فالأقوى بطلانه لمنافاته لحكمه.

و يحتمل الصّحة، لأنّ المنع لحقها و لذا إذا وطأها بشبهه صارت أمّ ولد فدلّ على بقاء الملك المبيح للوطء، و يجوز أن يراد بطلان العقد لاشتماله على الشرط الفاسد، و الخلاف فى ذلك معروف.

و لا له و طء ابنتها لتبعتها لها، إلّا أن تكون حرّة لا بالتبعية فيجوز العقد عليها، أو مملوكة لغيره فيجوز العقد و التحليل و لا و طء أمه المكاتب بغير إذنه لما عرفت من أنّه ليس له التصرف فى ماله.

فإنّ وطئ المكاتبه أو أمه المكاتب للشبهه فعليه المهر بغير إشكال و لا- يتكرّر المهر بتكرّره إلّا مع الأداء للسابق كما فى المبسوط، لأنّ غرم المهر قطع حكمه، فكان اللاحق مستأنفاً. و هنا وجهان آخران: أحدهما التكرّر مطلقاً لتعدّد السبب، و آخر العدم مطلقاً لاتّحاد النوع.

و لا حدّ و لا تعزير، و الولد حرّ، و تصير أمّ ولد للرقّ، و كذا إن وطئ ابنتها للشبهه لكن ليس لها مهر، لأنّها أمته، و إنّما وجب المهر لنفسها و لأمتها، لأنّه من كسبها، بخلاف مهر البنت، و عليه قيمة أمه المكاتب إذا استولدها للمكاتب، لأنّه فوّتها عليه. و لا تبطل بالاستيلاء كتابتها للأصل فتكون تشبّث لسببين للعتق، فأيهما سبق عتق به. و ينصّ عليه قوله (عليه السلام) فى خبر على بن جعفر لأخيه (عليه السلام): فى رجل وقع على مكاتبته عليه مهر مثلها، فإنّ ولدت منه فهى على مكاتبته، و إن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠ ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٠٠

عجزت فردّت فى الرقّ فهى من أمّهات الأولاد «١». و خبر السكونى عن الصادق (عليه السلام): أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: فى مكاتبه يطأها مولاه فتحمّل، قال: يردّ عليها مهر مثلها و تسعى فى قيمتها، فإنّ عجزت فهى من أمّهات الأولاد «٢». و لو وطأ إحداهنّ مع علمهما بالتحريم عزّرا و لم يحداً للملك، و يدلّ عليه ما تقدّم من خبر الحسين بن خالد الناطق ب «درء» الحدّ عمّن جامع مكاتبته بقدر ما بقى له. و عن بعض العامة أنّهما يحدان.

و هل يثبت المهر للمكاتبه مع المطاوعه؟ إشكال من أنها لم تزن لثبوت الملك المييح و لذا لا تحدد و تصير أم ولد، و إطلاق ما سمعته من خبري عليّ ابن جعفر و السكوني. و من نقص الملك و سقوطه عن الإباحه فيكون بغياً و يثبت مع الإكراه بلا إشكال كما لا إشكال في ثبوت المهر لأمه المكاتب مطلقاً، و عدمه لبنته مطلقاً.

و إذا صارت أم ولد عتقت بموته أي المولى من نصيب ولدها و تقوّم عليه مكاتبه مشروطه أو مطلقه، أدى كذا من نجومه أو لم يؤدّ و يسقط عنها ما بقى عليها من مال كتابتها إن وفي نصيب ولدها بعقدها، و إلّا فبقدره و ما في يدها لها.

و لو أعتقها مولاه أو أعتقه مولاه معجلاً عتقت و سقطت كتابتها و ما في يدها لها.

و لو كاتبها ثم وطئ أحدهما حدّ بنصيب الآخر و في المبسوط: لا حدّ لشبهه الملك، بل يعزّر إن كان عالماً و عليه تمام المهر لمثلها لها، لكن إن حلّ عليها مال الكتابة للواطئ و كان من جنس المهر وقع التقاصّ فإن عجزت فلآخر الرجوع على الواطئ بنصف المهر إن لم يكن دفعه إليها، و إن كان دفعه إليها فإن تلف فقد تلف منهما، و إلّا اقتسامه بينهما فإن حملت

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٦ ب ١٤ أنّ السيد إذا وطئ المكاتبه لزمه مهر مثلها .. ح ١.

(٢) المصدر السابق: ص ٩٧ ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٠١

قوّمت على الواطئ لتفويته لها على شريكه بعد عجزها إذ لا- تفويت عليه قبله لبقاء الكتابة، إذ لا- ينافيها الاستيلاء و لا يبطلها كالعقّ المنجّز و قيل في المبسوط في وجه بل قوّمت في الحال لأنّ الإحبال سبب التقويم و هو ممنوع، بل سببه التفويت، و لأنّ الاستيلاء أقوى من الكتابة فيزيلها، و هو أيضاً ممنوع.

و عليه على القولين نصف قيمتها، موسراً كان أو معسراً على إشكال من عموم النصوص «١» بتغريم الشريك حصّة شريكه بالوطء، و إنّ الاستيلاء لا يتبعّض، بخلاف العتق. و من أنّ العتق أقوى، و إنّما يسرى مع الإيسار فالاستيلاء أولى.

و عليه نصف مهرها لها إن لم تزل الكتابة و للشريك إن زالت فتبطل الكتابة في حصّة الشريك، و تصير جميعها أم ولد، و نصفها مكاتباً للواطئ فإن أدّت مال كتابة نصيبه إليه عتقت نصفها المكاتب و سرى العتق إلى الباقي، لأنّه صار ملكه أو ملكه بصيغته الماضي، و أراد أنّه ملك خالص له من غير مكاتبه، فيسرى على قول الشيخ و تصرّحه بالسرايه؛ لعموم أدلّة السرايه.

و في قوله: «لأنّه ملكه» جواب لسؤال و إبانة للفرق بين من كوتب كلّ مطلقاً و من كوتب بعضه و كان الباقي قنّاً للمولى. و السؤال: أنّه إن كان العتق بالكتابة يسرى إلى الباقي لكان من كوتب كلّ مطلقاً إذا أدى شيئاً من المال فانعتق شيء منه سرى إلى الباقي فلا حاجة إلى أداء الباقي. و الجواب: أنّه إنّما يسرى إذا كان الباقي قنّاً للمولى لا مكاتباً، و عند أبي عليّ يسرى إلى الباقي ما لم يقل في العقد: و أنت عبد بقدر ما بقى عليك. و يجوز أن يكون المعنى أنّه سرى إلى الباقي من جهة كونه ملكه لا من جهة ملك الشريك؛ لحصول الانتقال إليه.

و إن عجزت ففسخ الكتابة كانت أم ولده فإذا مات عتقت من نصيبه أي الولد و الولد حرّ كان الوطاء لشبهه أو لا و عليه لشريكه

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٠ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً ..

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٠٢

نصف قيمته يوم الولادة إن قوّمت الأم بعد الوضع، و إلّا فلا شيء عليه، لأنّها وضعت في ملكه فإن وطئها معاً للشبهه عليها فعليهما مهران كاملان لها، فإن أخذتهما و أدّت مال الكتابة كان الفضل بيدها لها، و إن لم يأخذ أخذتهما، و إن عجزت و قد قبضتهما

كان التالف عليهما و قد برئت ذمّتهما و الموجود بينهما، و إن لم يكن قبضت كان لكلّ منهما على الآخر نصف مهرها و سقط النصف.

فإن تساوت الحال فيها عند وطئهما تساويا في حقيهما فيتقاصان.

و إن اختلفت كان وطئ أحدهما بكرًا فعليه نصف مهر بكر و على الآخر نصف مهر ثيب.

و أمّا العبد فليس له أن يتصرّف في ماله بما ينافي الاكتساب كالمحابة و الهبة إلّا بعوض يقبضه قبل إقباض العين يزيد عليها، و في المساوي وجهان. و أطلق في المبسوط المنع من الهبة و لو كانت بعوض، قال: لأنّ العوض غير مقصود، و لأجل هذا لا يكون لولئ الطفل أن يهب مال الطفل لا بشرط و لا بغيره.

و ما فيه خطر كالقرض و إن أخذ عليه الرهن أو ضمن عن المقترض، إذ ربّما تلف الرهن و أعسر أو جحد أو مات و لم يخلف شيئاً إلّا إذا كان أصلح كأن يخاف التلف إن لم يقرض و الرهن و القراض لذلك. و في الصحيح عن معاوية ابن وهب عن الصادق (عليه السّلام): لا يصلح له أن يحدث في ماله إلّا الأكله من الطعام «١». و في الحسن عن أبي بصير عن الباقر (عليه السّلام): المكاتب لا يجوز له عتق و لا هبة و لا تزويج حتّى يؤدّي ما عليه إن كان مولاه شرط عليه إن هو عجز فهو ردّ في الرقّ «٢».

و لو أذن المولى في ذلك كلّه جاز لأنّ المنع كان لحقه، و لصحيح معاوية بن وهب عن الصادق (عليه السّلام): في مملوك كاتب على نفسه و ماله و له أمة و قد شرط عليه أن لا يتزوج فأعتق الأمة و تزوّجها، قال: لا يصلح له أن يحدث في

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٩ ٩٠ ب ٦ أنّ المكاتب .. ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٦٨ ح ٩٧٦.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٠٣

ماله إلّا الأكله من الطعام و نكاحه فاسد مردود، قيل: فإن كان سيّده علم بنكاحه و لم يقل شيئاً، قال: إذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقرّ، قيل: فإنّ المكاتب عتق أفتري أن يجدد نكاحه أو يمضى على النكاح الأوّل؟ قال: يمضى على نكاحه الأوّل «١». و عن الصادقين (عليهما السّلام): في المشروط لا يجوز له عتق و لا هبة و لا نكاح و لا حجّ إلّا بإذن مولاه حتّى يؤدّي جميع ما عليه، قالوا: و إن لم يشترط عليه أنّه إن عجز ردّ في الرقّ و كوتب على نجوم معلومه، فإنّ العتق يجزئ فيه مع أوّل نجم يؤدّيه، فيعتق منه بقدر ما أدّى و يرقّ منه بقدر ما عليه «٢». و يكون كذلك حاله في جميع أسبابه من المواريث و الحدود و العتق و الهبات و الجنایات، و جميع ما يتجزّى «٣» يجوز له من ذلك بقدر ما أعتق منه و يبطل ما سوى ذلك. و للعامّة قول بالمنع و إن أذن السيّد.

و له التصرّف في جميع وجوه الاكتساب كالبيع من المولى و غيره و كذا الشراء كما قال الباقر (عليه السّلام) في حسن أبي بصير: لكن يبيع و يشتري «٤».

و لا يبيع إلّا بالحالّ لا بالمؤجلّ و إن أخذ عليه رهناً أو ضمناً لما تقدّم. و قيل بالجواز مع أحدهما. و لو اقتضت المصلحة البيع بالمؤجلّ جاز بلا رهن و لا ضمان إن لم يتيسّر.

فإن زاد الثمن عن ثمن المثل و قبض المثل حالاً و آخر الزيادة جاز وجد من يزيد تلك الزيادة حالاً أو لا و له أن يشتري بالدين و أن يستسلف.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٠ ٨٩ ب ١٦ أن المكاتب .. ح ١، وبقية الحديث في ب ٢٦ أن العبد إذا تزوج .. ح ٢ ج ١٤ ص ٥٢٦ ٥٢٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٩ ٨٨ ب ٤ أن المكاتب المطلق .. ح ١٤ و ب ٥ أن حد عجز المكاتب .. ح ١.

(٣) في ن «يتحرى».

(٤) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٧٥ ح ١٠٠١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٠٤

و لو أعتق بإذن المولى صحّ لما مرّ و لو بادر به قبل الإذن احتمل الوقف على الإجازة إن وقفنا العتق فضولياً على الإجازة. و احتمل البطلان أمّا على القول بأنّه لا يقف بل ينحصر في الصحيح أو الباطل منجزاً فظاهر، و أمّا على القول بالوقف فلاستلزامه الولاء و لا-ولاء للمكاتب، لعدم صلاحيته للعصوبة و الإرث، و لا للمولى؛ لأنّه ليس بمعتق، و قد يمنع الاستلزام تارة و انتفاء الولاء عن المولى اخرى كما يأتي.

و في الكتابة إشكال من حيث إنّها معاوضة فتصحّ غيرها أو عتق إذ لا معاوضة بين المولى و نفسه؛ لكون العوضين ملكه، و لذا لا ينفذ من المريض إلّا من الثلث فلا يصحّ إلّا مع الغبطة.

فإن سوغناها فعجزاً معاً استرقهما المولى، و إن عجز الثاني استرقه الأوّل، و إن عجز الأوّل و استرق عتق الثاني إذا أدى؛ لصحة مكاتبته، و عدم عروض ما يزيلها.

و لو استرق الأوّل قبل أداء الثاني كان الأداء إلى السيد، و له أي للمكاتب أن ينفق ممّا في يده على نفسه و ما يملكه من دايّة و رقيق و زوجة و غيرها بالمعروف.

و لو باع محاباة بإذن سيده صحّ، و للمولى أخذه بالشفعة إذا كان شريكاً، و بالعكس يصحّ إقرار المكاتب بالبيع و الشراء و العين و الدين، لأنّه يملكه فيملك الإقرار به، و ليس له أن يتزوج إلّا بإذن مولاه لأنّه يلزمه المهر و النفقة، و لأنّه مملوك فإن فعل و وقف على الإجازة أو الأداء و لم يبطل كما نصّ عليه صحيح معاوية بن وهب «١» المتقدّم و ليس له التسرى من دون إذنه، و لا أن يطاء مملوكته إلّا بإذن مولاه لما فيه من التغيرير بها؛ لجواز أن تحبل فيهلك أو ينقص ثمنها. و من العاميّة من لم يجز الوطاء و إن أذن المولى، فإن وطئها و لم يحدّ، لشبهة الملك، و لا مهر عليه، لأنّها مملوكته.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٠ ٨٩ ب ٦ أن المكاتب لا يجوز له .. ح ١.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٠٥

فإن حملت منه فالولد رقّ له لأنّه ولد مملوكته و لا يعتق عليه الآن لنقصان ملكه فإن أدى عتق و عتق الولد، و إن عجز رقاً معاً، و ليس له أن يزوّج عبيده من إمائه إلّا بإذن مولاه لما فيه من التغيرير، و لأنّهم مملوكون للمولى من وجه.

و لا يعبر دابته و لا يهدى هديّة و لا يحجّ إلّا بإذنه.

و في ثبوت الربا بينه و بين مولاه إشكال من كونه عبداً، و من إطلاق تصرّفه في أمواله كالأحرار، و هو الأقوى؛ لعموم أدلّة التحريم، خرج ما لا معاوضة فيه «١» حقيقة و لا معاملته، و هو فيما بين القنّ و سيده، و المكاتب يملك ما بيده و التصرّف فيه، و يصحّ معاملته مع سيده. و يرشد إليه قول الباقر (عليه السلام): إنّما الربا فيما بينك و بين من لا تملك «٢».

و لا يجوز له إذا باع شيئاً من غير إذن سيده أن يرفع يده عن المبيع قبل قبض الثمن، و ليس للمكاتب أن يتزوج إلّا بإذنه للتغيرير و الرقّ. و خبر أبي بصير سأل الباقر (عليه السلام) عن رجل أعتق نصف جاريته ثمّ إنّه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، قال:

فليشترط عليها أنها إن عجزت عن نجومها فإنها تردّ في الرقّ في نصف رقبته، فإن شاء كان له في الخدمة يوم ولها يوم إن لم يكتبها، قال: قلت: فلها أن تتزوج في تلك الحال؟ قال: لا حتى تؤدّي جميع ما عليها في نصف رقبته (٣).
فإن بادرت إلى النكاح وقف على الإجازة أو الأداء و لم يقع باطلاً.
وهل له أن يشتري من ينعق عليه؟ الأقرب ذلك مع الإذن لا بدونه وفاقاً للمبسوط، فإنه تصرف بما ينافي الاكتساب، فلا يجوز إلا بإذنه. و يحتمل

(١) ليس في ق و ن.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٢ ص ٤٣٦ ب ٧ من أبواب الرباح ٣.

(٣) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٦٩ ح ٩٨٠.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٠٦

الجواز؛ لعدم تضرر المولى به، فإنه إن عجز استرقهما. و من العامة من أجازته بدون الإذن، و منهم من لم يجزه مطلقاً.
و له قبول الوصية له به أي بمن ينعق عليه و الهبة له إذ لا- إتلاف و لا تصرف فيما بيده إذا لم يكن عليه في القبول ضرر بأن يكون مكتسباً لما يكفي لنفقته.

و إذا اشتراه بالإذن أو قبله في الوصية أو الهبة ملكه و ليس له بيعه و لا هبته و لا إخراجة عن ملكه لانعاقه عليه و لكن لا ينعق عليه الآن فإن عجز و ردّ في الرقّ استرقهما المولى لانكشاف أنه الذي ملكه لا- المكاتب، و تردّد المحقق في استرقاق الأب؛ لتشبهه بالحرية، و عدم العلم بتبعية الابن و إن أدى عتقا معاً و كسبه للمكاتب، لأنه ملكه ما لم يؤدّ و نفقته عليه، لأنه ملكه لا من حيث القرابة إذ لا نفقة على المملوك لقريته.

و لو أعتقه بغير إذن مولاه لم يصحّ كغيره من مملوكية.

و لو أعتقه أي عجل عتق المكاتب سيده عتق و كان القريب معتقاً أيضاً لأنه تمّ ملكه له كما لو أبرأه فإنه بمنزلة الأداء.

و لو مات مكاتباً صار قريبه رقاً لمولاه لما عرفت من بطلان الكتابة المشروطة بالموت، و أمّا إن كان مطلقاً و قد انعتق بعضه فظاهر أنه ينعق عن القريب أيضاً بالنسبة و للمكاتب أن يشتري امرأته و المكاتبه زوجها و يفسخ النكاح للملك و إن نقص.

و لو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات و ورثته البنت أو بعضه انفسخ النكاح لأنّ المكاتب لا يخرج عن الرقّ و إن انعتق بعد ذلك بالأداء. خلافاً لأبي عليّ فأوقف في المشروط، فإن أدى ثبت النكاح و إلا انفسخ، و قال في المطلق بالانفساخ إذا أدى البعض.

و إذا أعتق المكاتب بإذن مولاه كان الولاء موقوفاً فإن مات رقيقاً أو عجز فردّ في الرقّ استقرّ للسيد و إن أعتق و لو يوماً أو أقلّ

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٠٧

فه لعموم الولاء لمن أعتق و تردّد هنا بينهما، و في المبسوط أنه سائبة. و من العامة من جعله للسيد مطلقاً.

فإن مات العتق في مدّة التوقف احتمل أن يكون ولاؤه للسيد لأنّ المكاتب لم يخرج عن ملكه فهو المعتق حقيقة، و لأنّ المكاتب ما لم ينعق لا يرث و لا يعصب و أن يكون للمكاتب موقوفاً متزلزلاً، فإن أعتق كان له، و إلا فللسيد، لأنه بانعاقه يظهر أنه المالك و المعتق.

و لو اشتري من ينعق على مولاه صحّ و إن لم يأذن فإنه لا ينعق لينا في الاكتساب فإن عجز و استرقهما المولى عتق عليه و إلا فلا.

[المطلب الرابع في أحكام الجنایة]

المطلب الرابع فى أحكام الجنايه أمّا جنايته فإن كانت على مولاه عمداً فإن كانت نفساً فللوارث القصاص و يصير كالميت فى انفساخ كتابته إن كان مشروطاً، و إن كان مطلقاً فكما مرّ، و إن عفى على مال جاز و استمرت كتابته.

و إن كانت طرفاً للمولى القصاص و لا- تبطل الكتابه و له العفو على مال و إن كانت خطأً تعلقت برقبته و له أن يفدى نفسه بالأرش و إن زاد على رقبته فى قول، لأنّه كالحرّ فى المعاملات و خصوصاً هنا، و إلّا لم يكن لأخذ المولى منه الفداء معنى أو بالأقلّ منه و من رقبته على الأقوى لعموم لا يجنى الجانى على أكثر من نفسه فإن كان ما فى يده يفى بالحقين الفداء و الكتابه انعتق بالأداء و إن قصر دفع الأرش أوّلاً لما تقدّم من تقدّم حقّ الجنايه على حقّ الملك.

فإن عجز عن أداء مال الكتابه كان للمولى استرقاقه و إن لم يكن له مال فإن فسخ المولى الكتابه لعجزه سقط الأرش، لأنّه عبده القرن حينئذٍ و لا يثبت له مال عليه، و يسقط مال الكتابه بالفسخ، و لو أعتقه مولاه سقط مال الكتابه دون الأرش على إشكال من تعلّقه بالرقبه و قد أتلفها على نفسه، و من أنّه دين ثبت له عليه فيستصحب.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٠٨

و لو كان ما فى يده يفى بأحدهما فاختر السيد قبض مال الكتابه صحّ لأنّ تقدّم الأرش كان لحقه و قد أسقطه و عتق و لزمه الأرش أو الأقلّ منه و من الرقبه على الخلاف لكونه حين تعلّق الأرش به مملوكاً قطعاً لثبوته عليه من غير إتلاف له؛ لتعلّقه كالأجنىّ إذا لم يأخذ الأرش حتّى عتق، فإنّ العتق سبب من جهته، بخلاف ما لو أعتقه المولى مجاناً.

و إن كانت الجنايه على أجنى عمداً فإن كانت طرفاً و عفى على مال أولاً عليه فالكتابه باقيه، و إن كانت نفساً و اقتصر الوارث فهو كما لو مات، و إن كانت خطأً فله فكّ نفسه و إن نأى الاكتساب، لأنّه لمصلحته قبل أداء مال الكتابه للتقدّم سواء حلّ النجم أو لا- بالأقلّ أو الأرش على الخلاف، فإن قصر ما فى يده عن الفكّ باع الحاكم منه ما بقى من الفكّ و يبقى المتخلف منه مكاتباً، فإن عجز و فسخ المولى صار عبداً مشتركاً بينه و بين المشتري، و إن صبر فأدى عتق نصيبه بالكتابه، فإن كان العبد موسراً قوّم حصّه الشريك عليه بمعنى الاستسعاء و أخذ ممّا فى يده بقدر قيمه نصيب المشتري و عتق كلّه و هل يجبر عليه هو أو الشريك على القبول؟ وجهان.

و إن لم يكن فى يده مال أو لم يؤدّه و لم نوجه عليه بقى حصّه المشتري على الرقبه، و لو لم يكن فى يده شىء أصلاً و لم يف بالجنايه إلّا قيمته أجمع بيع كلّه و بطلت الكتابه إلّا أن يفديه السيد فتبقى الكتابه بحالها، و لو كان بيده مالاً يفى إلّا بأحدهما و أدى إلى السيد أو لا فإن كان الحاكم قد حجر عليه لسؤال وليّ الجنايه لم يصحّ الدفع و إلّا صحّ و عتق لأنّ تعيين الدين إلى المديون و إن ترتبت الديون، فإن دفع المتأخّر رتبه صحّ و إن فرط فى دفع المتقدّم. و يكون الأرش فى ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق و هو أقلّ الأمرين أو الأرش على الخلاف، و إن أعتقه السيد كان عليه فداؤه بذلك أى الأرش أو الأقلّ لأنّه أتلف محلّ الاستحقاق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٠٩

و هو الرقبه كما لو قتله، فإن عجز ففسخ السيد فداه بذلك أو دفعه إلى وليّ الجنايه.

و لو جنى على جماعة فلهم القصاص فى العمد و الأرش فى الخطأ، فإن كان ما فى يده يفى بالجميع فله الفكّ، و إن لم يكن معه مال تساوا فى الاستيفاء من قيمته و لكن بالحصص، و يستوى الأوّل و الآخر فى استحقاق الاستيفاء للتساوى فى التعلّق بالرقبه و إن ترتباً.

و كذا لو حصل بعضها أى الجنائيات بعد التعجيز و البعض قبله استويا فى الاستيفاء، و إذا استوفوا من القيمه انفسخت الكتابه فى الكلّ إن لم يف بحقوقهم إلّا قيمته أجمع، و إلّا بقى عليها ما يزيد على حقوقهم و لو كان بعضها يوجب القصاص و لم يكن فى

يده مال استوفى و بطل حق الآخرين و لو عفى ولي القصاص على مال شارك الآخرين و لو أبرأه البعض استوفى الباقي من قيمته أو ما فى يده.

و لو جنى عبد المكاتب خطأ فللمكاتب فكّه بالأقل، و لو أوجبنا أن يكون الفكّ إذا فكّه المولى بالأرش مطلقاً و زاد هنا لم يكن له ذلك إلا بإذن مولاه لأنه تبرّع فإن ملك المكاتب أباه فقتل عبداً للمكاتب لم يكن له الاقتصاص منه كما لا يقتصّ منه فى قتل الولد بل أولى.

و لو جنى أبوه على غيره فهل له فكّه بالأقل؟ بينى على جواز شرائه ابتداءً لأنه بمنزلة الشراء.

و لو جنى بعض عبيده أى المكاتب على بعض فله القصاص إن أوجبه الجناية و إن لم يستأذن المولى حسماً للجرأة ففیه مصلحة لحفظ ماله و ليس له العفو عنه على مال، و كذا إن كانت الجناية خطأ لم يثبت لها حكم، إذ لا يجب للسيد على عبده مال و لو كانت الجناية عليه فإن كانت خطأ فهدر لذلك و إن كانت

كشفت اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥١٠

عمداً فله القصاص لأنه الأصل، و لا دليل على وجوب العفو عليه و إن تسبب ذلك لإتلاف ماله فإنه بسبب من الجانى، و لأن غاية الأمر أن يكون الجانى عبداً للمولى، و سيأتى احتمال أن له الاقتصاص و إن منع المولى، فهنا أولى. و فيه وجه بالمنع إلا بإذن السيد، لأنه من التصرفات المنافية للاكتساب إلا أن يكون أباه.

و لو جنى المكاتب عليه أى على عبده لم يقتصّ منه، لأن السيد لا يقتصّ منه لعبده و إن كان المجنى عليه أباً للمكاتب مع احتمال القصاص إن كان أباه كما فى المبسوط لأن حكم الأب معه حكم الأحرار و لذا لا يجوز له بيعه و نحوه من التمليكات و أن الابن يصير فى حكم الأحرار بكتابه الأب فكذا الأب و لا قصاص لمملوك على مالكة فى غيره إجماعاً.

و لو جنى ابن المكاتب على أجنبي لا يجوز له أن يفديه بدون إذن المولى إن منعنا شراؤه ابتداءً.

و لو جنى ابنه المملوك له على عبده لم يكن له بيعه لأنه لا يثبت له على ماله مال، لكن له أن يقتصّ منه كما فى المبسوط لاشتراكهما فى الرق، إلا أن يكون المكاتب تحرّر منه شيء فإنه يتحرّر مثله من ابنه.

و لو جنى المكاتب على عبد مولاه فللمولى القصاص إلا أن يكون تحرّر منه شيء أو الأرش لثبوت المال على المكاتب لسيدته، و كذا إن جنى عبده على عبد السيد.

و أمّا الجناية عليه أى المكاتب فإن كانت من حرّ فلا قصاص و إن كانت عمداً و يثبت الأرش و إن كان الجانى المولى و كان للمكاتب لأنه من كسبه لا للسيد.

و لو كانت نفساً بطلت الكتابة و على الجانى إن كان غير المولى قيمته لسيدته إن كان مشروطاً أو مطلقاً لم يؤدّ شيئاً، و إلا فبالنسبة.

كشفت اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥١١

و لو كان جرحاً فأدى و عتق ثم سرى الجرح لم يقتصّ منه اعتباراً بحال الجناية و جبت الدية دية الحرّ لأن اعتبار الضمان بحالة الاستقرار و هى هنا حال الحرّية و يكون للورثة كان الجانى مولاه أو غيره، بخلاف ما إذا جرح عبده القنّ ثم أعتقه فسرى، إذ لا ضمان هنا ابتداءً.

و لو كان الجانى عبداً أو مكاتباً غير زائد عليه فى الحرّية فله القصاص فى العمد، و ليس للمولى منعه منه و لا إجباره على العفو على مال، كما لا اعتراض للغرماء على المفلس فى الاقتصاص، و لا للورثة على المريض.

و إن عفا على مال ثبت له، و إن عفا مطلقاً فالأقرب الجواز، لأنّ موجب العمد فى الأصل القصاص، و ليس للسيد مطالبة

باشتراط مال، لأنّه تكسّب، و ليس للسيد إجباره عليه و يحتمل المنع ضعيفاً، لأنّه ربّما عجز فيعود رقاً لمولاه ناقصاً بلا جابر، و لأنّه ليس له التصرف بدون اكتساب، و لا اكتساب في العفو مجاناً. و ضعفهما من الظهور بمكان لا سيّما الأخير، و إذا جاز العفو مجاناً فعلى أقلّ من الأرش أولى، و على عدم الجواز إن عتق قبل الأخذ كان له الأخذ؛ لزوال المانع.

أمّا لو جنى عليه عبد المولى فأراد الاقتصاص كان للمولى منعه كما في المبسوط على إشكال من أنّه تصرف ليس باكتساب فلا ينقطع عنه سلطنة المولى، و من عموم أدلّة القصاص.

و لو كان خطأ لم يكن للمولى منعه من الأرش قطعاً، لأنّه اكتساب و لو أبرأ الجاني الأجنبي من الأرش في الخطأ توقّف على إذن المولى لمنافاته الاكتساب، و كذا إذا عفا في العمد على مال ثمّ أراد الإبراء.

و إذا قتل المكاتب ابتداءً أو قصاصاً فهو كما لو مات. هذا الإطلاق فيما تقدّم من المسائل حكم المشروط، و أمّا المطلق فإذا أدّى من مكاتبته شيئاً تحرّر منه بحسابه، فإن جنى حينئذٍ على حرّ أو مكاتب مثله بل من اعتق منه مثل ما اعتق منه و إن لم يكن بالكتابة أو من اعتق منه أكثر

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥١٢

مما اعتق منه اقتصر منه في العمد إلّا أن يعفى عنه على مال أو لا عليه.

و إن جنى على مملوك أو من اعتق منه أقلّ منه فلا قصاص بل عليه في ذمّته من أرش الجناية بقدر ما فيه من الحرّية، و يتعلّق منه برقبته بقدر الرقبة.

و لو كانت خطأ تعلّق بالعاقلة و هو الإمام إلّا أن يشترط المولى و لاءه نصيب الحرّية و بالرقبة نصيب الرقبة، و للمولى و لنفسه أن يفدى نصيب الرقبة بحصتها من الأرش.

و حكم الخطأ ما ذكر سواء كانت الجناية على عبد أو حرّ خلافاً لبعض العامية فجعل دية الجناية على العبد في ذمّة الجاني و إن كانت خطأ.

و لو جنى عليه حرّ أو أزيد حرّية فلا قصاص و عليه الأرش و هو هنا مؤلّف من بعض دية هذه الجناية على الحرّ و بعض أرشها على العبد بحصص ما فيه من الرقّ و الحرّية.

و لو كان الجاني رقاً أو أقلّ حرّية أو مساوياً اقتصر منه في العمد.

[المطلب الخامس في الوصايا]

المطلب الخامس في الوصايا لا تصحّ الوصية لمكاتب الغير، إلّا أن يكون مطلقاً اعتق بعضه فتصحّ بنسبه ما عتق منه و يبطل في الباقي لما تقدّم من بطلانها لمملوك الغير و خصوص ما مرّ من صحيح محمّد بن قيس عن الباقر (عليه السلام) «١».

و لو قصر الثلث عن المعين في الوصية أي الموصى به ففي توزيع كلّ المعين أو الثلث على الحرّية و الرقبة إشكال من أنّ الوصية إنّما تصحّ بنصيب الحرّية، و إنّما يبطل فيما زاد على الثلث، فلا وجه لإبطالها في الثلث إذا وافق نصيب الحرّية أو نقص عنه، و لا لإبطال أزيد ممّا زاد عليه من الزائد على الثلث. و من إطلاق الحكم ببطلان الوصية في الزائد على الثلث، فالوصية

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠١ ب ٢٠ من أبواب المكاتبه ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥١٣

الصحيحة إنما هي في الثلث، وإنما يوزع الوصية الصحيحة، وأقربه ذلك.

والفرق بين الوصية حيث لا يجوز إلماً بنصيب الحرية والبيع حيث يجوز مطلقاً وإن لم يتحرر منه شيء مع اشتراكهما في التمليك، وأن قبولهما بكسب، وانقطاع سلطنة المولى عنه في الكسب واستبداده به أنه قد يعجز أو يموت رقاً فيتمحض الوصية لمملوك الغير مع نفيها عنه في النص والفتوى وإن أذن المولى وفي الشراء إن عجز أو مات رقاً يكون للمولى، لأنه بالكتابة أذن له فيه، ولا خلاف في صحة المعاملة مع المملوك المأذون.

والحاصل الفرق بالنص والإجماع على بطلان الوصية للمملوك وإن أذن المولى، وصحة البيع منه إذا أذن المولى.

وقيل بصحة الوصية له مطلقاً لأنه يكسب، وله التكسب بما شاء، وقد مر الاستشكال فيه من المصنف في الوصايا. وللشيخ قول بصحة الوصية لمكاتب ورثة الموصي.

ولو أوصى لمكاتبه صحح وإن كان مشروطاً لصحة الوصية لمملوكه وتقاص الورثة عن الموصي به له بمال الكتابة قهراً أو اختياراً.

ولو أعتقه في مرضه أو أبراه من مال الكتابة عتق وإن زاد وبرئ لزم العتق وإلا خرج من الثلث، فإن كان الثلث بقدر الأكثر من قيمته ومال الكتابة عتق، وإن زاد عليه أحدهما اعتبر الأقل منهما فإن خرج من الثلث عتق وألغى الأكثر لأنه إن كان القيمة فقد عوضها في الصحة بمال الكتابة، وإن كان مال الكتابة فلم يستقر ملكه عليه ليعتبر الإبراء منه من الثلث لكونه في معرض السقوط بالعجز، وخصوصاً إذا لم يلزم وكان له أن يعجز نفسه متى شاء.

وإن قصر الثلث عن الأقل عتق منه ما يحتمله الثلث وبطلت الحرية أو الوصية في الزائد لكون منجزات المريض بمنزلة الوصايا ويسعى في باقى الكتابة لا في باقى القيمة فإن بطلان العتق أو الإبراء في الزائد يستلزم بقاء الكتابة في الباقي.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥١٤

فإن عجز عن باقى الكتابة لا عن قيمة الباقي احتمل أن يكون له السعي فيها أى القيمة، وينعتق بأدائها وإن لم يفسخ الكتابة إذ لا ينحط عن مرتبة الرقيق القرن الذى أعتق فقصر الثلث عن قيمته. ويحتمل أن لا يكون له ذلك إلا بعد فسخ الكتابة، لأنه ما كان مكاتباً لا ينعتق إلا بأداء مال الكتابة.

وعلى الأول يقوم قيمة عبد عتق نصفه مثلاً ونصفه مكاتب إن لم يفسخ الكتابة فيسعى في النصف الباقي سعى المكاتب لبقاء الكتابة فله التصرف الكامل فيما يتعلق بالاكتساب في كل وقت.

وإن فسخ الوارث الكتابة لعجزه يقوم قيمة عبد عتق نصفه مثلاً ونصفه رق فيسعى سعى العبد، فإن عجز عن السعي استرق الورثة بقدر الباقي عليه.

هذا الذى ذكر من اعتبار أقل الأمرين لو أعتقه ظاهر ولو أبراه احتمل ذلك أيضاً لمساواة الإبراء العتق فى المعنى واحتمل البطلان وعدم إفادته انعتاق شيء منه مع القصور للثلث عن مال الكتابة والعجز عن الزائد منه عليه لبقاء شيء من مال الكتابة عليه حينئذ لأنه أى هذا الإبراء كالإبراء من البعض وهو لا يفيد شيئاً من العتق فإنه رق ما بقى عليه درهم، هذا فى المشروط ولا فرق بين الإبراء والعتق فى المطلق من غير إشكال لإفادة إبراء البعض منه العتق بحسبه.

ولو أوصى بعتقه ثم مات ولا شيء غيره عتق ثلثه معجلاً، ولا ينتظر الحلول خلافاً لبعض العامة قالوا: لأنه لا ينفذ ما لم يملك الوارث ضعف الموصى به، فما لم يحل النجوم ولم يملك مال الكتابة الذى هو ضعف المنعتق لم تنفذ الوصية فى عتق الثلث. والجواب: أنه حصل لهم الضعف، لكنه متردد بين مال الكتابة وبقية الرقية، وإنما يتوقف على الحلول التعيين ويبقى ثلثاه مكاتباً يتحرر عند الأداء، ولا يصح الوصية برقبته وإن كان مشروطاً كما لا يصح بيعه وغيره من الناقلات للملك للزوم الكتابة من

جهته.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥١٥

و لو أوصى به لمن ينعق عليه أو باعه عليه أى منه، و لما كان البيع منه سبباً للانعقاد عليه عداه ب «على» ففي الجواز إشكال من أنه بمنزلة تعجيل العتق، و من أنه لا ينعق ما لم ينتقل إليه، و لا يجوز النقل، و تعجيل العتق إنما يجوز بالإعتاق.

و لو أوصى بربقته و أضاف الوصية إلى عوده فى الرقّ جاز كما لو قال: أوصيت لك به مع عجزه و فسخ كتابته فإذا عجز و فسخ المولى أو وارثه انتقل إلى الموصى له، و إن عجز لم يكن للموصى له الفسخ بنفسه أو بالحاكم لما سيأتى، و هنا أولى؛ للتعليق بالفسخ، و عدم الاقتصار على العجز.

و يجوز الوصية بمال الكتابة و إن لم يستقرّ ملكه عليه كما يجوز بالحمل، و هل للموصى له الإبراء؟ وجهان، من أنّ الحقّ له، و من أنّه إنّما جعل له الاستيفاء دون تفويت الرقبة على الوارث.

و يجوز جمعها أى الرقبة و مال الكتابة لواحد أو اثنين بأن يقول: إذا أدى المال فهو له و إلّا فالرقبة له أو لفلان و لا حكم عندنا للمكاتبة الفاسدة، بل تقع لاغيةً خلافاً لبعض العامة حيث قالوا: إنّها تشمل على عقد و صفة، فإذا فسد العقد كانت الصفة بحالها، فإذا أدى انعتق و له الاستقلال بالكسب، لكن للمولى الإبطال متى شاء؛ لعدم اللزوم.

و على المختار فلو أوصى بربقته صحّ خلافاً لبعض العامة استناداً إلى أنّه و إن فسدت الكتابة لكنه اعتقد صحّتها فكانت وصيته بالمحال بزعمه.

و لو أوصى بما فى ذمته لم يصحّ لعدم ثبوت شىء فى ذمته.

و يصحّ الوصية بالمقبوض منه لأنه ملكه، سواء قبض ثمّ أوصى به له أو قال: أوصيت لك بما أقبضه منه و إن قال بما أقبضه من مال الكتابة.

و لو أوصى بمال الكتابة الصحيحة خرج من الثلث، و للوارث تعجيزه و إن أنظره الموصى له لأنّ الإنظار و التعجيز إلى الوارث، و لا دليل على خلافه، و سيأتى احتمال التفويض إلى الموصى له.

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥١٦

و لو أوصى بربقته فللموصى له تعجيزه عند العجز و إن أنظره الوارث لأنّ التعجيز و الإنظار إنّما هما فى الأصل إلى المولى، و إنّما ينتقلان إلى الوارث لانتقال الرقبة إليه، و قد انتقلت هنا إلى الموصى له، و يظهر من الإطلاق أنّ له التعجيز و إن لم يرفع إلى الحاكم، و قيل: يرفع.

و الأقوى أنّه ليس له التعجيز، فإنّ الوصية معلّقة بالعود إلى الرقّ، و لا دليل على العود ما لم يفسخ الوارث، و إن أراد التعليق على مجرد العجز فلا- دليل على صحّته فإنّه لا يعود رقاً بمجردّه، و لا اختيار للمولى فى نقله أو الحكم بعوده إلى الرقّ متى عجز بعد موته.

و لو قال: «ضعوا عن المكاتب ما شاء» فشاء الكلّ فالأقرب الجواز لتناول اللفظ له خلافاً للمبسوط استناداً إلى أنّ المتبادر منه البعض و أنّه لو كان أراد الكلّ لقال: ضعوا عنه مال الكتابة و هو ممنوع، أو إلى أنّ الموصول لا بدّ له من عائد، فالتقدير ما شاءه أو ما شاء من مكاتبته، و على الثانى يكون من المسألة الآتية، و احتمالها يكفى لوجوب الأخذ بالأقلّ. و فساده ظاهر، فإنّ ضمير من مكاتبته ليس من العائد فى شىء، فتقدير العائد إنّما هو بتقدير شاءه، و لا حاجة إلى تقدير من مكاتبته، إلّا أنّه مراد بمعنى التبيين لا التبويض.

أمّا لو قال: «ضعوا عنه ما شاء من مال الكتابة» فشاء الجميع لم يصحّ وفقاً للمبسوط لأنّ من و إن احتملت أن تكون للتبويض و

للتبيين لكن تقصر على اليقين مع ظهور التبعض، ويمكن الفرق بين ما إذا شاء الجميع دفعه أو دفعات فصّح في الثاني؛ لصدق البعض على كل ما شاء في كل دفعه، ويدفعه الاقتصار على اليقين، لاحتمال أن يريد الوضع إذا كان جميع ما شاء وضعه بعضاً منه و لو شاء الوضع وأبقى شيئاً صحّ وإن قلّ وإن لم يتموّل.

و لو أوصى له بأكثر بالمثلثة ما بقي عليه أكثر من نجم و تفاوت احتمال وضع الأكثر قدراً، وإلا فهو وصية بالنصف ممّا عليه و أدنى زيادة

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥١٧

و على الأوّل يقصر على اليقين، و هو الأقلّ، فقد يكون النصف، و أدنى زيادة أقلّ من الأكثر قدراً من النجوم الباقية، و قد ينعكس الأمر و لما لم يعين الزيادة كان تعيينها إلى الورثة و لا يشترط التمول إلا منضمّة إلى النصف، إذ لم يوص بها ابتداءً، و لو كان الأكبر بالموحدة و تعدّد ما عليه من النجوم تعين الأكثر قدراً.

و لو قال: «ضعوا الأكثر و مثله» فهو وصية بما عليه و زيادة إذا تعين الأكثر لنصف ما عليه، و ذلك إذا كان بالمثلثة و اتّحد النجم أو كان النصف أقلّ و لكن يبطل في الزائد لعدم محلّه.

و لو قال: أكثر ما عليه و مثل نصفه احتمال عود الضمير إلى ما عليه فذلك وصية بجميع ما عليه و زيادة، و إلى الأكثر فذلك ثلاثة أرباع ما عليه و أدنى زيادة فلنقصر عليه، لأنّه اليقين.

و لو قال: ضعوا أيّ نجم شاء وضعوا ما يختاره كلّما إن وفي الثلث و إلا فما يفي به منه و لو قال: ضعوا نجماً تخير الوارث في التعيين.

و لو قال: ضعوا أكبر نجومه بالموحدة وضعوا عنه أكثرها قدراً إن تعدّد ما عليه مع التفاوت، و إلا فإن كان كلّ نجم بقي عليه أكثر قدراً من كلّ ممّا أذاه من النجوم أو من بعضها مع مساواة غيره له ينزل عليه و وضع عنه النجم الباقي أو أحد ما بقي عليه إن تعدّد و إلا بطل؛ لانتهاء المحلّ.

و لو قال: ضعوا أكثر نجومه بالمثلثة احتمال الزائد على النصف منها أي من النجوم الباقية أو الجميع قدراً أو عدداً، و سواء كان الزائد قدراً نجماً أو نجوماً أو نجماً و بعض نجم، و لكن يقصر على الأقلّ فلا عبرة إلا بالنجوم الباقية و احتمال نجم واحد يكون أكثرها قدراً و لكن إذا احتمال الأمران اقتصر على الأقلّ، و الاحتمال إنّما يكون مع اختلاف إقدار النجوم.

و لو تساوت قدراً صرف إلى الأوّل قطعاً.

و لو قال: ضعوا أوسط نجومه احتمال الأوسط عدداً و قدراً و أجلاً، و إنّما يحمل على ما تحقّق من الاحتمالات و إن كان فيها أوسط واحد

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥١٨

بأحد المعاني أو بكلّها أو اثنين منها تعين مثل أن يتساوى قدراً و أجلاً و عددها مفرد كالثلاثة أنجم و الخمسة و السبعة، فالثاني في الأوّل و الثالث في الثاني و الرابع في الثالث أوساط.

و لو كانت نجوم المكاتبين الموصى لهم أزواجاً و لذا جمع الأزواج و اتّفقت الآجال و اختلف المقدار بحيث يتحقّق الوسط باعتباره كالمائة و المائتين و الثلاثمائة فالمائتان وسط.

و لو كانت زوجاً و تساوى القدر و اختلف الأجل مثل أن يكون اثنان كلّ واحد منهما إلى شهر و واحد إلى شهرين و واحد إلى ثلاثة أشهر تعين ما هو إلى شهرين، و لو اتّفقت المعاني الثلاثة في واحد كان أولى بأن يكون قد تعين، و لو كان لها وسط قدراً و آخر أجلاً و و آخر عدداً و هو معاني مختلفة فيه و الوسط قدراً و أجلاً بمعنى اشتمال النجوم على أموال أو آجال مختلفة

الأقذار بحيث يكون منها مال أو أجل أقل من بعض و أكثر من بعض و الوسط عدداً هو المحفوف بمتساويين كثنائي ثلاثة فالاختيار إلى الورثة في التعيين لإجمال اللفظ، و احتمال الكّل، و فيه قول بالقرعة.

و لو ادعى المكاتب إرادة شىء منها و لم يكن له بينه حلف الورثة على نفى العلم إن ادعى عليهم العلم و عتقوا ما أرادوا، و متى كان العدد للنجوم و تراً فأوسطه واحد لأنه المتيقن، و إن احتمل الأكثر كالثلاثة في خمسة و الخمسة في سبعة و هكذا. و إن كانت شفعاً كأربعة أو ستة فأوسطه اثنان فإنهما معاً هما المحفوفان بمتساويين فيحمل الوصية عليهما معاً لا على أحدهما، و إن كانت الأقذار أو الآجال المختلفة شفعاً فالأوسط اثنان فصاعداً لكن على البدل، بمعنى صدق معنى الأواسط على كل منهما أو منها. فلو كانت النجوم أربعة مثلاً أحدها بدينار و آخر بدينارين و آخر بثلاثة و آخر بأربعة صدق على كل من الدينارين كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥١٩

و الثلاثة أنه أوسط، لأنه أكثر ممّا قبله و أقل ممّا بعده فللوارث الخيار في التعيين. و قيل: يتعين الثالث؛ لأنه أوسط حقيقة، لأنه أكثر ممّا دونه مطلقاً و أقل ممّا فوقه مطلقاً، و توسط الثاني إضافي بالنسبة إلى الأول و الثالث خاصة و لا أفهمه، و إن اتحد الوسط باعتبار و تعدد بآخر تعين الواحد، لأنه الحقيقة، و لا يظهر وجهه. و يصحّ تدبير المكاتب كما تقدّم فإن عجز في حياة المولى و فسخت الكتابة بقى التدبير، و إن أدى عتق و بطل التدبير، و إن مات السيد قبل أدائه و عجزه عتق بالتدبير إن حمله الثلث، و إن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث و سقط عنه من الكتابة بقدر ما عتق منه، و ما في يده له عتق كله أو بعضه، كما إذا عجل عتقه، لأنه من كسبه المحكوم بكونه له، إلا أن لا ينعق كله و يعجز عن أداء كتابه الباقي فيتخصّص بنصيب الرقّ و الحرّية. و احتمل أن لا يكون له إذا عتق كله؛ لمنع كونه له حين كوتب، و إنّما يكون له التصرف فيه بالاكتساب، و لذا لم يجز له التصرف بمنافى الاكتساب.

و لو أوصى بعنقه عند العجز فادّعه قبل حلول النجم لم يعتق، لأنه لم يجب عليه شىء حتى يعجز عنه و لما مرّ من تفسير العجز. نعم إن علم منه العجز عادة عتق على ما مرّ من أنه يكفي في التعجيز.

فإن حلّ و ادعى العجز حلف إن لم يعلم في يده مال إن ادّعه الورثة، و إن علم في يده مال لم يسمع دعواه. و إذا عتق كان ما في يده له إن لم يكن كتابته فسخت لأن كسبه له ما دام مكاتباً كما عرفت و العجز لا يفسخ الكتابة بل يستحقّ به العتق، فهو قبل العجز مكاتب و بعده معتق و للورثة عتق المكاتب من غير وصية كمورثهم لانتقال رقبته إليهم و إذا أعتقه كان ولاؤه لهم و إن شرطه المورث لنفسه فإنه مشروط بعنقه بالكتابة.

و لو أعتقه الموصى له بمال الكتابة لم ينعق إذ لا عتق إلا في ملكك و الرقبة ليست من ملكه في شىء.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٢٠

و لو أبرأه من المال عتق لأنه كالأداء.

و لو عجز فاسترقّه الوارث كان ما قبضه الموصى له من المال له لكونه من مال الكتابة و التعجيز إلى الورثة، لأن الحقّ يثبت لهم بتعجيزهم و يصير عبداً لهم، و يحتمل أن يكون إلى الموصى له لتسلّطه على العتق بالإبراء فالحقّ غير مقصور عليهم و لأنه أى المال حقّ له و التعجيز إنّما هو عنه فله الصبر به.

و لو أوصى بالمال للمساكين و نصب قتيماً لقبضه فسلمه إليه أى القيم عتق، و إن سلمه إلى المساكين أو إلى الورثة لم يعتق و لم يبرأ و إن دفعه الورثة إلى المساكين لأن التعيين إلى الوصيّ فإذا أدى إلى غيره كان كمن أدى في حياة المولى إلى غيره و غير وكيله و إن أوصى بدفع المال إلى غرمائه تعين القضاء منه أى المال.

أمّا لو كان قد أوصى بقضاء ديونه مطلقاً لا مقيداً بالكون من المال كان على المكاتب أن يجمع بين الورثة و القيم بالقضاء و

يدفعه إليهم أى الورثه بحضرته أى القِيم لأنّ المال للورثه و خصوصاً إذا لم يستوعب الدين التركه و لهم التخيير فى جهات القضاء فلا بدّ من الدفع إليهم و للقيم بالقضاء حقّ فيه أى المال أو القضاء لأنّ له منعهم من التصرف فى التركه قبل القضاء فلزم أن يدفع بحضرته.

[المطلب السادس فى حكم الولد]

إشارة

المطلب السادس فى حكم الولد لا يدخل الحمل فى كتابه امه للأصل، خلافاً للقاضى فأدخله و لم يجز استثناءه. و لو حملت بمملوك بعد الكتابة فحكمه حكمها يعتق بعقدها مشروطه كانت أو مطلقه بالاتفاق كما فى الخلاف و المبسوط و للأخبار (١)

(١) وسائل الشيعه: ج ١٦ ص ٦٧ ب ٦٩ من أبواب حكم من أعتق أمه حبله. كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٢١ و لأنه من كسبها فيتبعها كسائر مكاسبها، و لأنّ الأولاد يتبعون الأبوين فى الحرّيه و الرقّ. و لو انعتق من المطلقه بعضها انعتق من الولد بقدره، و لا- يكون الولد مكاتباً بكتابه الأمّ أو الأب اتفاقاً و إن انعتق بعقدها لأنّ الكتابة عقد معاوضه فلا يقع إلّا إذا وقع العقد بين المتعاضين، و لم يقع هنا بينه و بين المولى. و لو تزوّجت بحرّ كان أولادها أحراراً إلّا مع الشرط على قول، و عند أبى علىّ إذا شرط الحرّيه كما تقدّم. و لو حملت من مولاها كان الولد حرّاً قطعاً و تحرّرت من نصيب ولدها لو بقى عليها شىء من مال الكتابة بعد موت المولى و فى النصيب به كما مرّ فإن عجز عنه النصيب سعت فى الباقي. و لو لم يكن ولد بعد موت المولى فالكتابة بحالها و للمولى عتق ولد المكاتبه إذا كان رقاً، لأنه ماله، و لأنه لا يزيد حاله على حال امه، فكما يجوز له عتقها يجوز عتقه، و لا ابتناء العتق على التغليب. و فيه إشكال ينشأ من ذلك و من أداء عتقه إلى منعها من الاستعانه بكسبه عند الإشراف على العجز و إذا لم يعتقه كان لها الاستعانه بكسبه كما سيأتى، ففيه إضرار بها، و هو خيره المبسوط لكن فى الاستعانه نظر. و فى التحرير الأقوى النفوذ على التقديرين.

و إذا أتت بولد من زنا أو مملوك فهو موقوف على ما بيّناه فإن عتقت الامّ عتق و إلّا رقّ، و للعامة قول بأنّه كولد القنّ فإن قتل فعلى قاتله قيمته لأنه مملوك، و يكون لأمه تستعين به على الأداء كما فى المبسوط لما مرّ من أنّه من كسبها. و يحتمل أن يكون للمولى، لأنه ملكه. و حكى فى المبسوط أحد قولين للعامة، و استدللّ له بأنّ الأمّ لو قتلت كانت قيمتها للمولى فكذا ولدها، و ردّه بأنّ المولى إنّما يملك حقه فى ذمتها و لا يتجاوزها.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٢٢

و أمّا كسبه و أرش جنائته فإنّه موقوف، فإن عتق فله، و إن رقّ فلسيده و للعامة قول بأنّه لسيده، و آخر بأنّه لأمه. و لو أشرفت امه على العجز و همّ المولى بالفسخ كان لها الاستعانه به أى بكسبه و الأرش كما فى المبسوط، بل بنفسه على قول،

لأنَّ الكلَّ من كسبها، ولأنَّ فيه نظراً للكلِّ، فإنَّهما يعتقان حينئذٍ ويملكان الفاضل، وظاهر المبسوط الاتِّفاق على الاستعانة، فإن صحَّ وإلَّا ففيها نظر كما فى التحرير لمنع الكون من كسبها.

وعلى الأوَّل لو مات الولد قبل عتق أمه واسترقاقها فماله لأمه وعلى الآخر ماله للسيد ونفقته من كسبه على ما قلناه من وقف الكسب إلى أن تعتق الأمَّ أو تسترقَّ، ومن قال: إنَّه للسيد أوجب عليه النفقة فإن قصر الكسب عن نفقته فالكمال على المولى، لأنَّه لو رُقَّ كان الكسب له، وفيه نظر من ذلك، ومن كون الكسب للعامِّ فعليها الكمال، كما قال به بعض العامِّية ومن أنَّه فى حكم الحرِّ، ولذا لا يملك السيد أخذ كسبه، فالكمال من بيت المال كما قال به بعضهم.

ولو كان الولد أنثى فليس للمولى وطؤها لنقص الملك بتبعيتها للأمِّ، ومن جعلها من العامِّية فنأ للسيد أجاز له وطؤها فإن وطئ لم يحدِّ للشبهة بالملك، فإن اشتبها عليها فعليه المهر قطعاً، وكذا إن لم يشتبها، لأنَّ المهر لأمه أى الولد، وإن قلنا: إنَّه له لم يكن عليه مهر إذا لم يشتبها عليها، وكذا على قول بعض العامِّية من أنَّ كسب الولد للسيد، وعلى القول بالوقف يقف، فإن عتقت استحقَّت المهر وإلَّا فلا.

فإن حملت صارت أمَّ ولد للملك فإن أعتقت الأمَّ عتقت، وإلَّا جعلت من نصيب ولدها عند موت مولاها فإن عجزت فى الباقي.

ولو أتت المكاتبه بولد وادَّعت تأخُّره عن الكتابة قدم قول السيد مع اليمين لاستصحاب الرقِّ، وفى المبسوط لأنَّ الأصل أن لا عقد حتَّى يعلم.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٢٣

ولو اختلف السيد والمكاتب فى ولده فقال كلُّ منهما: إنَّه ملكه بأن تزوج المكاتب أمه سيده ثم اشتراها فيزول النكاح كما مرَّ فما يأتى به من الولد حين الزوجية للسيد، وما يأتى به بعدها له كما مرَّ فيقدم هنا قول المكاتب لثبوت يده عليه فالأصل معه. والفرق بينه وبين المكاتبه مع اشتراكهما فى دعوى تأخُّر الولادة واستصحاب الرقِّ فى الولد أنَّ المكاتبه وإن كانت يدها على الولد إلَّا أنَّها لا تدعى الملك فإنَّها لا تملكه بل الإيقاف، واليد تقضى بالملك لا بالإيقاف بل لا يقال: إنَّ لها اليد عليه. ولو استولد المكاتب جاريته فولده كهيتته يعتق بعته ويرقُّ للسيد برقه وقبلهما فهو رُقَّ للمكاتب موقوف وللمولى عتقه على إشكال ممَّا مرَّ فى عتق ولد المكاتبه، والحقُّ أنَّه لا إشكال هنا فى عدم النفوذ؛ لما عرفت من أنَّه رُقَّ للمكاتب، وليس للمولى التصرف فى ماله بغير الاستيفاء والجارية أمَّ ولد للمكاتب ليس له بيعها ما دام ولدها حيًّا، نعم إن عجز رقت للمولى.

[وهنا أربع مسائل]

إشارة

مسائل أربع:

[المسألة الأولى المشروط رُقَّ]

الأولى: المشروط رُقَّ ما بقى عليه شىء وفطرته على مولاه إن لم يتبع النفقة، وقد مرَّ بخلاف المطلق فإنَّه يعتق بحسب ما يؤدَّى وفطرته كذلك وإذا وجبت على المكاتب كفارة لزمه أن يكفِّر بالصوم وإن ترتبت الخصال لعجزه عن غيره للحجر عليه. ولو

كفر بالعتق أو الإطعام لم يجزئه للنهي عن التصرف بغير الاكتساب. و لو أذن المولى في أحدهما فالوجه الإجزاء لأن المنع لحقه، و لا يلزمه بالإذن إن ترتبت الخصال، إذ قد يتسبب لعجزه، و لم يجزئه ابن إدريس، و الشيخ في موضع من المبسوط مدعياً عليه الإجماع، لأنه كفر بما لم يجب عليه، و فيه أنه يجب عليه تخيراً.

[المسألة الثانية: لو ملك المكاتب نصف نفسه]

الثانية: لو ملك المكاتب نصف نفسه بالأداء أو الإبراء أو غيرهما فكسبه بينه و بين المولى بمعنى أن له التصرف في نصفه بما شاء دون النصف الآخر.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٢٤

و لو طلب أحدهما المهياة لم يجب الإيجاب للآخر عليهما على إشكال من عدم لزومها ابتداءً، و كونها قسمه بغير معلوم التساوى. و من أنها قسمه أموال لكل من الشريكين التصرف في حقه منها مع دفعها النزاع و عدم التضرر بها.

[الثالثة: لو أبرأه بعض الورثة من نصيبه]

الثالثة: لو أبرأه بعض الورثة من نصيبه من مال الكتابة عتق نصيبه من المطلق بلا إشكال، و من المشروط في وجه؛ لصيرورته بموت المولى مشتركاً بين الورثة، فصارت الكتابة بمنزلة كتابات بعدد الشركاء. و فيه وجه آخر بالعدم؛ لاتحاد الكتابة، فالورثة كلهم بمنزلة المورث و لم يقوم عليه نصيب الآخر، لأن المعتق هو المورث، و إنما الإبراء تنفيذ لعتقه، و لأنه بمنزلة الأداء، و قد مر أن المطلق إذا أدى شيئاً فاعتق منه جزء لم يسر إلى الباقي.

و كذا لو أعتق نصيبه نفذ، لأنه ملكه، فكما كان للمورث تعجيل العتق بعد الكتابة فكذا له ذلك، و لم يقوم عليه على إشكال من أنه مباشر للعتق ابتداءً مع عموم ما دل على السراية أنه على المعتق، و من تنزله منزلة الإبراء الذي هو تنفيذ لفعل المورث و خروجه عن محوضة الرق بالكتابة مع أصل العدم، و هو خيرة المبسوط.

[المسألة الرابعة إذا مات المولى فلورثته مال الكتابة بالحصص]

الرابعة: إذا مات المولى فلورثته مال الكتابة بالحصص على حسب الإرث فإن أدى إلى كل ذي حق حقه عتق، و لو أدى إلى البعض كل حقه أى حق البعض، بل كل ما عليه من الحقوق، و هو كل مال الكتابة دون الباقيين لم يعتق منه شيء إن كان مشروطاً على أحد الوجهين المتقدمين، و هو تنزل جميع الورثة منزلة المورث، و ينعق نصيب الآخذ على ما اختاره من عتق النصيب بإعتاق صاحبه أو إبرائه.

و لو كان بعضهم غائباً دفع إلى وكيله، فإن فقد فالحاكم فإن تعذر كفى تعيينه له و ينعق بالأداء إلى الوكيل أو الحاكم أو التعيين و كذا يؤدى حق المولى عليه إلى الولي و ينعق.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٢٥

[المقصد الرابع فى الاستيلاء]

[المطلب الأول فى تحققه]

الأول فى تحققه و هو يثبت بوطء المولى أمته و جبلها منه فى ملكه سواء وضعته تاماً أو ناقصاً أو لا كما سيأتى. فلو وطئ أمه غيره و ولدت مملوكاً بأن زنى بها أو اشترط عليه الرقّ و صحّحناه ثمّ ملكها لم تصر أمّ ولد، سواء كان الوطء زناً أو بعقد صحيح شرط فيه رقّ الولد للمولى، و سواء ملكها حاملاً فولدت فى ملكه أو ملكها بعد ولادتها لأنها إنّما تشبّثت بالحرّية لحرّية الولد. خلافاً للخلاف و الوسيلة و موضع من المبسوط و بعض العامّة فأثبتوا الاستيلاء إذا ملكها مطلقاً، و لبعض العامّة فأثبتوه إذا ملكها و هى حامل.

و لو أولدها حرّاً بأن يطاءً أمه غيره لشبهته ثمّ ملكها قيل فى المبسوط و الخلاف تصير أمّ ولده لقضيّة الاشتقاق مع حرّية الولد و اعتناق نصيبه منها إذا مات المولى، و لكن فى خبر ابن مارد عن الصادق (عليه السلام): فى رجل يتزوّج الأمه و يولدها ثمّ يملكها و لم تلد عنده بعد، قال: هى أمته إن شاء باعها ما لم يتجدّد بعد ذلك حمل، و إن شاء أعتق. و يؤيده عموم ما دلّ على التصرف فى ملك اليمين كيف شاء، و إنّما علم خروج من حملت فى ملكه.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٢٦

و لو تزوّج أمه غيره فأحبها ثمّ ملكها لم تصر أمّ ولد و إن شرط الحرّية للولد، بل و إن أطلق على المشهور من الحكم بالحرّية مع الإطلاق لما تقدّم. خلافاً للشيخ فى موضع من المبسوط لما تقدّم، و إنّما فصل بين الشبهة و النكاح؛ لانعقاد الولد فى الثانى حرّاً بخلاف الأول، و لذا وجبت عليه قيمته، و لأنّ ظاهر المبسوط انتفاء الخلاف فى الثانى؛ لقوله: و الأمّ تصير عندنا أمّ ولد مع نصّه فى الظهار على العدم، بخلاف الأول؛ لقوله فيه: و هو الأقوى عندي.

و لو اشتراها فأنت بولد يمكن تجدّده بعد الشراء و قبله قدّمت أصالة عدم الحمل على أصالة عدم الاستيلاء لتغليب الحرّية.

أمّا لو نفاه فإنّه ينتفى الاستيلاء قطعاً و إن علم تأخّره.

و فى افتقار نفى الولد إلى اللعان إشكال من أنّه ولد مملوكته مع ما عرفت من الحكم بتأخّر الحمل، و من أنّه ولد من كانت زوجته، و الأصل بقاء الفراش مع قوّة فراش العقد الدائم، و لحوق النسب، و عدم الاكتفاء بالاحتمال فى نفيه.

و لو وطئ جارية و ولده الكبير أو الصغير قبل التقويم على نفسه فحملت لم تصر أمّ ولد و إن قوّم على الصغير و كان صلاحه فيه أو لم يكن عليه فيه فساد حلّت له و صارت أمّ ولد، و عليه قيمة الجارية دون المهر كما فى نحو صحيح أبى الصّبّاح عن الصادق (عليه السلام): فى الرجل يكون لبعض ولده جارية و ولده صغار هل يصلح له أن يطاءها، فقال: يقوّمها قيمة عدل ثمّ يأخذها و يكون لولده عليه قيمتها (١). و فى جارية الكبير عليه المهر دون القيمة لبقائها على ملكه كما قال الكاظم (عليه السلام) فى خبر الحسن بن صدقة: و إذا اشترت أنت لابنتك جارية أو لابنك و كان الابن صغيراً و لم يطاءها حلّ لك أن تقتضها فتنكحها، و إلّا فلا إلّا ياذنها (٢).

و لو تزوّج أمته ثمّ وطئها فعل محرّماً، فإن علقته منه فالولد حرّ

(١) وسائل الشيعه: ج ١٤ ص ٥٤٣ ب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

(٢) وسائل الشيعه: ج ١٤ ص ٥٤٤ ب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٥.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٢٧

و يثبت للأمة حكم الاستيلاء لأنها حملت به في ملكه، وقد يستشكل بتوجه الحدّ عليه مع العلم فلا يلحقه النسب. و لو ملك أمه أو أخته أو بنته من الرضاع انعتقن على الأصحّ، وقيل: لا ينعتقن وقد مرّ الخلاف. و على كلّ فلو وطئ إحداهنّ فعل حراماً، و على الأول لا يثبت لهنّ حكم الاستيلاء لكونهنّ أجنبيّات، و ثبت لهنّ حكم الاستيلاء على الثاني مع الجهل، و مع العلم و إن وجب عليه الحدّ، و لا وطئ يجب به الحدّ و تصير به الجارية أمّ ولد غير هذا الوطء.

و كذا لو ملك و ثبته فاستولدها أو ملك الكافر أمه مسلمة فاستولدها أو وطئ أمته المرهونة بدون إذن المرتهن فاستولدها أو ربّ المال أمه المضاربة، فإنّ حكم الاستيلاء ثابت في ذلك كلّه للحمل منه في ملكه و إن طرأت الحرمة، و لا تقرّ أمّ الولد المسلمة في يد مولاها الكافر بل تباع عليه، أو تسلّم إلى امرأة مسلمة ثقة تكون عندها، و عليه الإنفاق عليها كما سيأتي.

و هل يثبت حكم الاستيلاء في المرهونة بالنسبة إلى المرتهن حتّى يجب على الراهن الواطئ أن يجعل مكانها رهناً أو توفية الدين أو لا؟ الأقرب المنع من ثبوت حكمه بالنسبة إليه إن لم يكن له سواها و جاز بيعها في الدين، لأنّه معسر مع تقدّم حقّ المرتهن على الاستيلاء و إلّا لزم الاستبدال و الإبقاء، لأنّه موسر، و لا يجوز للموسر بيع أمهات أولاده مع تقدّم حقّ المرتهن، فيجب الجمع بين الحقّين بأحد الأمرين، و هذا خيرة الخلاف.

و في المبسوط و السرائر أنّه لا يبطل الرهن مطلقاً لتأخّر الاستيلاء عنه مع إطلاق الأوامر ببيع الرهن في الدين. و قيل: بل يبطل مطلقاً لإطلاق النهي عن بيع أمّ الولد و تغليب الحرّية. و قيل: يبطل إن وطئها بإذن المرتهن، و إلّا فلا. و ربّما يقال: لا خلاف في أنّه لا يبطل الرهن لبقاء الملك عليها و جواز موت الولد، و إنّما الخلاف في جواز بيعها، و ربّما يوهمه ما مرّ من المصنّف في الرهن.

أمّا أمه القراض فإنّه يبطل القراض فيها إذ لا دليل على جواز

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٢٨

التصرّف فيها بالبيع و إن كان فيها ربح حين استولدها جعل الربح في مال المضاربة.

و إذا وطئ الكافر أمته الكافرة و حملت فأسلمت قيل في السرائر و الشرائع و موضع من المبسوط تباع عليه قطعاً لسبيله عليها رأساً.

و قيل في الخلاف و موضع من المبسوط بل يحال بينه و بينها و يجعل على يد امرأة ثقة و لا يمكن من التصرّف فيها و التسلّط عليها عملاً بعموم النهي عن بيعها. و في المختلف: أنّها تستسعى في قيمتها جمعاً بين الحقّين.

و إنّما يثبت حكم الاستيلاء بأمر ثلاثة الأول: أن تعلق منه بحرّ، و إنّما تعلق بمملوك من مولاها في موضعين: الأول أن يكون الواطئ عبداً قد ملكه مولاة الموطوءة و قلنا: إنّهُ يملك بالتملك، و الثاني أن يكون الواطئ مكاتباً اشترى جارية للتجارة فإنّ الجارية مملوكته على المشهور و الولد مملوك له كما عرفت.

و يفترق صورتان بأنّه لا يثبت حكم الاستيلاء أصلاً في الأول، و أمّا في الثاني فتوقّف فإن عجز استرقّ المولى الجميع، و إن عتق صارت أمّ ولد، و ليس للمكاتب بيعها قبل عجزه و عتقه.

الثاني: أن تعلق منه في ملكه إمّا بوطء مباح أو محرّم كالوطء في الحيض و النفاس و الصوم و الإحرام و الظهار و الإيلاء و الكفر و الرهن بدون إذن المرتهن و المحرمية الرضاعية إن لم يحكم بالانعتاق.

و لو علقت منه في غير ملكه لم تكن أمّ ولد إلّا إذا ملكها بعد على قول تقدّم سواء علقت بمملوك كالزنا و العقد مع اشتراط الولد للمولى أو بحرّ كالمغرور في النكاح و المشتري إذا ظهر الاستحقاق.

الثالث: أن يضع ما يظهر أنّه حمل أي آدمي أو جزء منه أو مبدأ نشوء آدمي و لو علقت و يعتبر فيها شهادة أهل الخبرة بذلك و لو

أربع نسوة.

أمّا النطفة فالأقرب عدم الاعتداد بها لعدم حصول العلم بكونها مبدأ له

كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٢٩

بمعنى الاستقرار فى الرحم و التهيؤ لتكوّن آدمى منه. خلافاً للشيخ فاعتبرها فى النهاية و أطلق، بناء على كون النطفة مبدأ للنشوء مطلقاً من غير اعتبار للاستقرار و قرب الاستعداد، و فائدة الحكم بالاستيلاء بوضع الناقص ظهور بطلان التصرفات السابقة على الوضع من البيع و نحوه.

[المطلب الثانى فى الأحكام]

المطلب الثانى فى الأحكام أمّ الولد مملوكه لا تعتق عندنا بموت المولى خلافاً لبعض العائيه بل من نصيب ولدها، فإذا مات مولاه جعلت بأجمعها من نصيب ولدها و عتقت عليه بالاتفاق كما يظهر منهم، و هو ظاهر النصوص «١» و إلما فهو خلاف الأصل.

و لو لم يكن له سواها عتق نصيب ولدها و سعت فى الباقي و لا يقوّم على الولد للأصل، و عدم الدخول فيمن أعتق شقصاً لحصول العتق قهراً.

و قال أبو على، و الشيخ فى النهاية و المبسوط إن كان لولدها مال أدى بقيته ثمنها منه لقوله (عليه السلام): من ملك ذا رحم فهو حرّ «٢». و لخبر أبى بصير سأل الصادق (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات، قال: إن شاء أن يبيعها باعها، و إن مات مولاه و عليه دين قومت على ابنها فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها «٣». و هو ضعيف.

اصفهانى، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام؛ ج ٨، ص: ٥٢٩

و هى قبل موت مولاه مملوكه له يجوز له التصرف فيها بمهما شاء سوى الخروج عن ملكه بغير العتق فليس له بيعها و لا هبتها و لانحوهما من الناقلات و له وطؤها و استخدامها و عتقها فى كفارة و غيرها وفاقاً للمشهور، لبقاء الرقيه و انتفاء المانع، و قول زين العابدين (عليه السلام) فى بعض الأخبار: أمّ الولد تجزئ فى الظهار «٤» و قول أمير المؤمنين (عليه السلام) فى بعض الأخبار: اليهودى

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ أن أمّ الولد إذا كان ولدها .. ح ١.

(٢) عوالى اللاكى: ج ٣ ص ٤٣٩ ح ٢٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠٨ ب ٦ أن أمّ الولد إذا كان ولدها .. ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٧٧ ٥٧٨ ب ٢٦ من أبواب الكفارات ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٣٠

و النصرانى و أمّ الولد يجزؤون فى كفّارة الظهار «١». و قيل بالمنع وفاقاً للعامّة لنقصان الرقّ.

و له ملك كسبها و تزويجها قهراً لبقاء الرقّ، و للعامّة قول بأنّه إنّما يزوّجها برضاها، و آخر بأنّه لا يزوّجها و إن رضيت. و هل يزوّجها الحاكم لهم فيه؟ و جهان و كتابتها لذلك، لأنّها تجتمع مع الاستيلاء إذا سبقته، و يتّجه العدم إذا كانت معاً، و لذا استشكل فيها فى التحرير و تدبيرها فتعتق بالموت و إن لم يكن لها ولد أو لم يف بها نصيبه إن وفى بها الثلث، و إلّا اعتقت من الثلث و النصيب جميعاً.

فإن مات ولدها قبل مولاهما رجعت عندنا طلقاً يجوز بيعها و هبتها و التصرّف فيها كيف شاء خلافاً للعامّة بناءً على ما ذهبوا إليه من أنّها تعتق من أصل المال لا من نصيب الولد.

و لو كان ولد ولدها حيّاً احتمل إلحاقه بالولد إن كان وارثاً بأن لم يكن للمولى ولد لصلبه لصدق الولد عليه مع اعتناق نصيبه منها عليه.

و احتمل إلحاقه به مطلقاً لصدق الولد عليه فيشتمله ما دلّ على ثبوت أحكام الاستيلاء إذا كان لها ولد مع تغليب الحرّية و أحكامها.

و احتمل العدم مطلقاً، لأنّ الولد حقيقة فى ولد الصلب مع كون أحكامها على خلاف الأصل فيقصر على اليقين.

و كذا يجوز بيعها فى المشهور مع وجود ولدها فى ثمن رقبته إذا كان ديناً على مولاهما و لا شىء له سواها للأخبار كصحيح عمر بن يزيد سأل الصادق أو الكاظم (عليهما السّلام) لم باع أمير المؤمنين (عليه السّلام) أمّهات الأولاد؟ فقال: فى فكاك رقابهنّ، قلت: و كيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤدّ ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدّى عنه أخذ ولدها منها و بيعت فأدّى ثمنها، قلت:

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٧٩ ح ١٠٥٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٣١

فتباع فيما سوى ذلك من أبواب الدين و وجوهه؟ قال: لا «١».

و الأقرب عدم اشتراط موت المولى فى جواز البيع كما هو ظاهر الأكثر و صريح جماعة؛ لإطلاق خبر عمر بن يزيد سأل الكاظم (عليه السّلام) عن أمّ ولد تباع فى الدين؟ قال: نعم فى ثمن رقبته «٢». و لدفع الضرر عن البائع.

و يحتمل الاشتراط؛ لاختصاص غيره من الأخبار بما إذا مات المولى، و منها صحيح عمر بن يزيد هذا الذى سمعته الآن، فإنّه الظاهر من قوله (عليه السّلام): و لم يدع من المال و كذا يجوز بيعها لو كانت رهناً لما عرفت من تقدّم حقّ المرتهن على الاستيلاء، و قد مرّ الخلاف فيه.

و هل يجوز رهنها فى ثمنها أو مطلقاً؟ فيه نظر تقدّم فى الرهن.

و لا فرق فى أحكامها بين المسلمة و الكافرة، و كذا لا فرق بين المولى المسلم و الكافر إلّا إذا كان كافراً و هى مسلمة فإنّها تباع عليه على قول و تستسعى فى قيمتها على آخر كما عرفت.

و لو ارتدّت لم يبطل حكم الاستيلاء للأصل و قبول توبتها مطلقاً.

و فى رواية محمّد بن قيس الصحيحه عن الباقر (عليه السّلام): أنّ وليدة نصرانية أسلمت عند رجل و ولدت منه غلاماً و مات الرجل فأعتقت فتنصّرت و تزوّجت نصرانياً و ولدت منه فقال: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) بأنّ ولدها من زوجها رقيق لابنها من سيدها و تحبس حتّى تضع، فإذا ولدت فاقتلها «٣».

وقيل في النهاية يفعل بها ما يفعل في المرتدّة من الحبس أبداً إلى أن تتوب دون القتل اطراحاً للرواية وإن صحّت لمخالفتها للأصول.

وفي التهذيب: أنه حكم مقصور على القضيّة التي قضى بها أمير المؤمنين (عليه السلام)

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠٤ ب ٢ أنه يجوز بيع .. ح ١ وفيه: «سوى ذلك من الدين، قال: لا».

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٥١ ب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠٩ ب ٨ حكم أم الولد ح ١.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٣٢

لجواز أن يكون (عليه السلام) رأى الصلاح في قتلها، قال: ولعلها كانت تزوّجت بمسلم ثم ارتدت وتزوّجت فاستحققت القتل لذلك، ولا تمتاعها من الرجوع إلى الإسلام «١».

ولا يسرى حكم الاستيلاء إلى الأولاد فلو تزوّجت بعده أو عبد غيره أو بمن شرطت رقيّة أولاده كان أولادها منه عبيداً يجوز بيعهم في حياة المولى و بعد وفاته و ما في يد أم الولد لورثته سيدها لكونه ملكه لرقيتها.

ويصح الوصيّة لأم الولد من مولاها خاصّة لكونها رقيقة فتعتق من الوصيّة لا من نصيب الولد كما مرّ في الوصايا وفاقاً للسرائر و الشرائع فإن قصرت عن قيمتها عتق الفاضل من نصيب الولد.

وقيل في النهاية تعتق من النصيب و تعطى الوصيّة و هو في كتاب العباس. وقيل: تعتق من ثلث الميّت و تعطى الوصيّة، و هو ظاهر صحيح أبي عبيد عن الصادق (عليه السلام) «٢» و البنزطي عن الرضا (عليه السلام) «٣».

و لو جنت أم الولد خطأ تعلقت الجنائيّة برقيتها بلا خلاف كما في الخلاف و السرائر و استيلاء المبسوط، لرقها، و أصل براءة السيد من الفداء. خلافاً لدياته ففيها أنها على سيدها بلا خلاف إلا أبا ثور فإنه جعلها في ذمتها يتبع بها بعد العتق. و يؤيده قول الصادق (عليه السلام) في خبر مسمع: أم الولد جنائيتها في حقوق الناس على سيدها، و ما كان من حقوق الله عزّ و جلّ في الحدود فإن ذلك في بدنها «٤». و يندفع بأن رقيتها من مال السيد، فيصدق أنها عليه. و يمكن أن يكون أراد الشيخ أخيراً نفى الخلاف عن العامّة.

و على الأوّل يتخير المولى بين دفعها إلى المجنى عليه إن استوعبت الجنائيّة قيمتها أو دفع ما قابل جنائيتها منها إن لم تستوعب

(١) تهذيب الأحكام: ج ١٠ ص ١٤٣ ذيل الحديث ٥٦٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٤٧٠ ب ٨٢ في أحكام الوصايا ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٤٦٩ ب ٢٢ في أحكام الوصايا ح ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٧٦ ب ٤٣ من أبواب القصاص في النفس ح ١.

كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٣٣

و بين فداؤها بأقلّ الأمرين من أرش الجنائيّة و قيمتها على رأى و بالأرش على رأى آخر «١» كما مرّ، و قد ظهر جواز تعلق قوله: «على رأى» بكلّ من التعلّق بالرقبة و تخيير المولى و كون الفداء بالأقلّ، و لا يعين التعلّق بالأخير.

قوله و لا يجب على المولى الفداء عيناً، و مع الدفع يملكها المجنى عليه أو ورثته ملكاً مطلقاً، له بيعها و التصرف فيها كيف شاء. و لو جنت على جماعة تخير المولى أيضاً بين الفداء و الدفع إليهم فيقتسمونها بينهم على قدر الجنائيات، هذا إن جنت ثانياً قبل

الفداء عن جنايتها الاولى و لو جنت بعده تخيير المولى بين الفداء ثانياً و بين التسليم إلى الثانى و لا يشاركه الأول. و للعامه قول بأنه إذا فداها أولاً قدر قيمتها لم يكن عليه ثانياً شىء، بل يتشارك المجنى عليهما و يقتسمان الفداء الأول على قدر الجنيتين و هكذا، و هو قول ظاهر المبسوط.

و لو كانت الجناية على مولاها أو على نفس من يرثه مولاها لم يخرج عن حكم الاستيلاء للأصل، و لا يزيد على ما كان قبل من ملك رقبته، نعم يجوز القود إذا قتلت عمداً، و قال الصادق (عليه السلام) فى خبر وهب بن وهب: إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ فهى حرّة و لا تبعه عليها، و إن قتلت عمداً قتلت به «٢». و قال أمير المؤمنين (عليه السلام) فى خبر غياث بن إبراهيم إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ فهى حرّة ليس عليها سعاية «٣».

و لو جنت على الغير و ماتت قبل أن يفديها السيد لم يجب على المولى شىء إن لم يفرط و لو نقصت قيمتها و أراد الفداء فداها بقيمتها يوم الفداء إن اعتبرنا الأقل و كانت أقل و لو زادت القيمة زاد الفداء إن كانت القيمة أقل، لأنّ الجناية تعلقت أولاً بالرقبة، و إنّما ينتقل إلى الفداء حين الفداء.

(١) فى ن: «و قيمتها على رأى آخر».

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٥٩ ب ١١ من أبواب ديات النفس ح ٣.

(٣) المصدر السابق: ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٣٤

و يجب اعتبار قيمتها معيبة بعب الاستيلاء إن أثر ذلك فى قيمتها مع كونها إذا انتقلت إلى الغير لم يثبت لها بالنسبة إليه حكم الاستيلاء.

و لو كسبت بعد جنايتها قبل الدفع إلى المجنى عليه شيئاً فهو لمولاها دون المجنى عليه لبقائها على ملكها و عدم تعيينها للدفع كان الخيار للمولى أو للمجنى عليه.

و أمّا لو كسبت بعد الدفع فهو للمجنى عليه، و لو اختلفا قدّم قول المجنى عليه للسيد، و لأصل التأخر إن اتّفقا على وقت الدفع.

و لو أتلّفها سيدها فعليه للمجنى عليه قيمتها أو الأرش و كذا لو عيبها فعليه الأرش إن دفعها.

و لو باعها مولاها فى غير ما يجوز بيعها فيه لم يقع البيع موقوفاً إلى موت الولد قبل المولى بل يقع باطلاً لخروجها بالاستيلاء عن صلاحية الانتقال، و حسن زرارة سأل الباقر (عليه السلام) عن أم الولد، فقال: إنّه تباع و تورث و توهب، و حدّها حدّ الأمة «١» لا يتضمّن إلّا بيعها، و هو مطلق يقيد بغيره، و يجوز أن يكون السؤال عن حالها فى الحد و نحوه لاعتن نحو البيع، فبين (عليه السلام) أنّ حدّها حدّ الأمة، لأنّها تصلح للبيع و نحوه فهى باقية على الرق.

فلو مات الولد لم ينتقل إلى المشتري و إن كان الموت بعد إيقاع صيغة البيع بلا فصل أو فى أثنائها لوقوع الصيغة فاسدة من أولها.

و لا يبطل الاستيلاء بقتلها مولاها خطأ و لا عمداً إذا عفا الورثه و أمّا إذا اقتصوا منها فيبطل؛ لانتفاء الصفة بانتفاء الموصوف و للمولى أرش الجناية عليها و على أولادها المملوكين له كسائر مماليكه و كذا له ضمان قيمتها على من غصبها.

و لو شهد اثنان على إقراره بالاستيلاء و حكم به ثم رجعا غرما له قيمة الولد إن كدّبهما فى نسبه لتفويته عليه و لا يغرمان فى الحال قيمة

(١) الكافي: ج ٦ ص ١٩١ ح ١.

كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ج ٨، ص: ٥٣٥

الجارية لأنهما إنما أزالا عنه سلطنة البيع و نحوه و لا قيمة له أى للسلطنة.

و يحتمل الأرش و هو نقص قيمتها مستولده عن قيمتها قنّاً، و لعله أوجد بل و لا- يغرمان قيمتها بعد الموت، لأنّها إنّما تكون محسوبة على الولد دون غيره و هما لم يفوتا عليه شيئاً، إذ لولا الشهادة لم يرث شيئاً. نعم إن قلنا يارثه لشهادتهما و غرمانهما نصيبه من الميراث لباقي الورثة كما سيأتي غرما قيمتها فى ضمن غرامة النصيب، و إن لم يف النصيب و قلنا بتقويم الباقي على الولد غرماه.

و هل يرث هذا الولد؟ إشكال من الحكم بالنسب لشهادتهما و لا ينتفى بالرجوع بعد الحكم. و من عدم الحكم بالميراث قبل الرجوع، و أنّهما إنّما شهدا بالإقرار بالنسب، و هو أعمّ من الإرث، إذ ربّما يطرأ ما يمنع منه من موت و غيره. فإن قلنا به أى الإرث فالأقرب أنّ للورثة تغريمهما حصّيته لإتلافهما لها عليهم. و يحتمل العدم، لأنّهما لم يشهدا بالإرث بل بما هو أعمّ.

و لو شهد بالاستيلاء أو الإقرار به و لم يحصل من المولى عند شهادتهما اعتراف بالولد و لا تكذيب كما إذا شهدا بعد موته ثم رجعا غرما قيمته و قيمة أمّه و حصّيته من الميراث و منها قيمة أمّه لباقي الورثة إن أثبتنا له الميراث و إلّا فقيمه خاصّة، و لا يظهر لفصل المسألة عمّا قبلها وجه، و ليس بجيد إطلاق غرامة قيمتها هنا و إطلاق العدم ثمّة.

و هذا تمام ما استولده من الأقلام فى عتق كشف اللثام عن قواعد الأحكام.

و اتفق الفراغ من عام ألف و سبع و تسعين فى ثالث أشهره و من الشهر فى ثامن عشره و الحمد لله إزاء آلائه، و الصلاة على سيّد أنبيائه و آله و عترته خيار أصفياه و مؤلفه محمّد بن الحسن الأصبهاني تولاهما الله فى داريهما الأمانى

اصفهانى، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

جاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/٤١).

قال الإمام عليّ بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَيْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - فى تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشّيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الشّافى بأصبهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادى" - رَحِمَهُ اللَّهُ - كان أحداً من جهايدة هذه المدينة، الذى قد اشتهر بشعفه بأهل بيت النبى (صلوات الله عليهم) و لاسيّما بحضرة الإمام عليّ بن موسى الرضا (عليه السلام) و يساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسيس مع نظره و درايته، فى سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفي مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمة" للتحرّى الحاسوبى - بأصبهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطته من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامى - دام عزه - ومع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلمية و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالات شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافتهم الشكّلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشّباب و عموم الناس إلى التّحرّى الأدقّ للمسائل الديّية، تخليف المطالب النّافعة - مكان البلايىث المبتدلة أو الرديئة - فى المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامعة ثقافية على أساس معارف القرآن و اهل البيت -عليهم السلام - يباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطّلاب، توسعة ثقافتهم القراءة و إغناء أوقات فراغهم هوأه برامج العلوم الإسلامية، إنالة منابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشّبهات المنتشرة فى الجامعة، و... - منها العدالة الاجتماعية: التى يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدة، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافقى و التسهيلات - فى آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - فى أنحاء العالم - من جهة أخرى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبة، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقية و مكتبية، قابلة للتشغيل فى الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (=بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الديّية، السياحية و...

د) إبداع الموقع الانترنتى "القائمة" www.Ghaemiyeh.com و عدة مواقع أخرى

ه) إنتاج المنتجات العرضية، الخطابات و... للعرض فى القنوات القمرية

و) الإطلاق و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعية، الاخلاقية و الاعتقادية (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كسك، و الرسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعية و اعتبارية، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلمية، الجوامع، الأماكن الديّية كمسجد جكمكران و...

ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسة" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين فى الجلسة

ي) إقامة دورات تعليمية عمومية و دورات تربية المرئى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنة

المكتب الرئيسى: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيد"/ ما بين شارع "بنج رمضان" و "مفتوق" و فائى "بنايه" القائمة

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التَّجَارِيَّةُ وَالْمَبِيعَاتُ ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبتيه، تبرعته، غير حكوميه، وغير ربحيه، اقشيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكتها لا توافي الحجم المتزايد والمتسع للامور الدينيه والعلميه الحاليه و مشاريع التوسعه الثقافيه؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمه) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحه بقيه الله الاعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - في حد التمکن لكل احد منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ والله ولي التوفيق.

مركز
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

