



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرأيا
عليكم يا صابغين

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

الزبد القوي
في مسج الزمسة الهمة

في مسج الزمسة الهمة

في مسج الزمسة الهمة

تأليف
السيد محمد حسين بن محمد بن الحسين

الجزء الثاني

في مسج الزمسة الهمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ

کاتب:

محمد حسن ترحینی عاملی

نشرت فی الطباعة:

دارالفقه للطباعة والنشر

رقمی الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحریات الكمبيوتریة

الفهرس

٥	الفهرس
١٤	الزبده الفقهيه فى شرح الروضه البهيه الجزء ٧
١٤	اشاره
١٥	اشاره
٢١	كتاب الطلاق
٢١	اشاره
٢١	الفصل الأول فى أركانه
٢١	اشاره
٢١	فى اللفظ الصريح
٢٧	فى طلاق الأخرس
٢٨	فى أنه لا يقع الطلاق بالكتب
٣٥	فى أنه لا يقع الطلاق معلقا على شرط
٣٧	فى تفسير الطلقه
٤٠	فى ما يعتبر فى المطلق
٥٤	فى توكيل الزوجه فى طلاق نفسها
٥٥	فى ما يعتبر فى المطلقة
٦٧	الفصل الثانى فى أقسام الطلاق
٦٧	اشاره
٦٧	فى أن أقسامه أربعه
٧٢	فى الطلاق السنى
٧٥	فى الطلاق الرجعى
٨٠	فى الأفضل فى الطلاق
٨٨	فى طلاق الحامل
٩٢	فى ما لو طلق مرات فى طهر واحد

١٠١	في أنه لا يلزم الطلاق بالشك
١٠٣	في أنه يكره للمريض الطلاق
١٠٧	في الرجعه
١١٥	في ما لو أنكرت الدخول عقيب الطلاق
١١٧	في رجعه الأخرس
١١٨	في قبول قولها في انقضاء العده
١٢٨	الفصل الثالث في العدد
١٢٨	اشاره
١٢٨	في من لا عدّه لها
١٣٣	في مدّه العده
١٣٧	في عدّه التي لا يحصل لها الحيض
١٤٧	في عدّه الحامل
١٥١	في الحداد على الزوجه المتوفى عنها زوجها
١٥٥	في المفقود إذا جهل خبره
١٦٣	في ما لو أعتقت الأمه في أثناء العده
١٦٤	في أنّ الذميه كالحره
١٦٦	في عدّه أم الولد
١٧١	في استبراء الأمه
١٧٤	الفصل الرابع في الأحكام
١٧٤	اشاره
١٧٤	في وجوب الانفاق على الزوجه في العده الرجعيه و ما يحرم عليها
١٨٨	في أنه لا نفقه للبائن
١٩٤	في ما لو انهدم المسكن
١٩٨	في شروع العده
٢٠٢	كتاب الخلع و المباراه
٢٠٢	اشاره

- ٢٠٤ فى معناهما
- ٢٠٨ فى الفديه
- ٢١٧ فى ما لو تلف العوض قبل القبض
- ٢٢١ فى أنه يصح البذل من الأمه بإذن المولى
- ٢٢٩ فى أنه لا يصح الخلع إلا مع كراهتها
- ٢٣٧ إذا تم الخلع فلا رجعه للزوج
- ٢٤٤ فى ما لو تنازعا
- ٢٥١ فى المباره و الفرق بينها و الخلع أحكامها
- ٢٥٧ كتاب الظهار
- ٢٥٧ اشاره
- ٢٦١ فى معنى الظهار
- ٢٦٣ فى صيغته
- ٢٧٦ فى أنه لا يقع إلا منجزا
- ٢٨٠ فى جواز توقيته بمده
- ٢٨٣ فى شروط جريان الصيغه
- ٢٨٦ فى أنه يصح من الكافر
- ٢٨٧ فى أن الأقرب صحته بملك اليمين
- ٢٩٢ فى اشتراط الدخول
- ٢٩٤ فى أنه يقع الظهار بالرتقاء و القرناء و المريضه
- ٢٩٦ فى وجوب الكفاره بالعود
- ٣٠٩ فى ما لو طلقها طلاقها بائنا
- ٣١٢ فى تقديم الكفاره على المسيس
- ٣١٥ كتاب الايلاء
- ٣١٥ اشاره
- ٣١٧ فى معنى الإيلاء
- ٣٢٣ فى ما ينعقد الايلاء به

- ٣٣٤ فى أنه لا بد من تجريده عن الشرط و الصفه و عدم كونه يمينا
- ٣٣٧ فى ما يشترط فى المولى
- ٣٤١ فى أنه إذا تم الايلاء فللزوجه المرافعه
- ٣٤٤ فى ما لو آلى مده معينه
- ٣٤٦ فى أنه يصح الايلاء من الخصى و الم محبوب
- ٣٤٩ فى الكفاره
- ٣٥١ فى أن مده الايلاء من حين الترافع إلى الحاكم
- ٣٥٤ فى ما يزول حكم الايلاء به
- ٣٥٩ فى عدم تتكرر الكفاره بتكرر اليمين
- ٣٦٢ فى إذا وطأ المؤلى ساهيا، أو مجنوناً
- ٣٦٥ فى ما لو ترافع الذميان إلينا
- ٣٦٧ فى ما لو آلى ثم ارتد
- ٣٧١ كتاب اللعان
- ٣٧١ اشاره
- ٣٧٤ فى معنى اللعان
- ٣٧٦ فى سبب اللعان
- ٣٧٦ الأول رمى الزوجه المحصنه بالزنا
- ٣٨٥ الثانى: إنكار من ولد على فراشه
- ٣٩٠ فى ما يشترط فى الملاعن
- ٣٩٥ فى أنه يجب على ذى الفرائش نفى الولد إذا عرف اختلال شروط اللاحاق
- ٣٩٧ فى ما يعتبر فى الملاعنه
- ٤٠٨ فى ثبوت اللعان بين الحر و المملوكه
- ٤١٥ القول فى كيفيه اللعان و أحكامه
- ٤١٥ اشاره
- ٤١٥ فى وجوب كونه عند الحاكم
- ٤٢٠ فى شهاده الرجل

- ٤٢٤ فى شهاده المرأه
- ٤٢٤ فى أنه لا بد من التلفظ بالشهاده
- ٤٢٤ فى وجوب كونهما قائمين
- ٤٢٧ فى تقدم الرجل و كون اللفظ عربيا
- ٤٢٨ فى أنه تجب البداه من الرجل بالشهاده، ثم اللعن
- ٤٢٨ فى ما يستحب
- ٤٣٣ فى أنه إذا لاعن الرجل سقط عنه الحد و وجب على المرأه
- ٤٣٥ فى ما لو أكذب نفسه فى أثناء اللعان أو بعده
- ٤٤٤ لو قذفها فماتت قبل اللعان
- ٤٤٨ فى ما لو كان الزوج أحد الأربعة الشهود بالزنا
- ٤٥٣ كتاب العتق
- ٤٥٣ اشاره
- ٤٥٥ فى معنى العتق و ثوابه
- ٤٥٩ فى صيغه العتق
- ٤٤٨ فى اعتبار التعيين
- ٤٧٤ فى ما يعتبر فى المعتق
- ٤٧٧ فى صحه مباشره الكافر
- ٤٨٧ فى بطلان عتق الفضولى
- ٤٩٠ فى عدم جواز التعليق
- ٤٩٥ فى ما لو شرط عليه فى صيغه العتق خدمته
- ٥٠١ فى ما لو شرط عوده فى الرق
- ٥٠٣ فى استحباب عتق المملوك المؤمن
- ٥٠٤ السرايه فى العتق
- ٥٢٤ فى ما يحصل الحريه به غير العتق
- ٥٣٢ مسائل
- ٥٣٢ اشاره

- ٥٣٢ فى ما لو قيل لمن أعتق بعض عبيده أعتقتهم؟
- ٥٤٤ فى ما لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين
- ٥٤٦ فى ما لو قال: أول مملوك أملكه
- ٥٥٥ فى ما لو نذر عتق أمته إن وطأها
- ٥٦٠ فى ما لو نذر عتق كل مملوك قديم
- ٥٦٤ فى ما لو اشترى أمه نسيئه و اعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها
- ٥٧٤ فى أن عتق الحامل لا يتناول الحمل
- ٥٧٧ كتاب التدبير و المكاتبه
- ٥٧٧ اشاره
- ٥٧٩ النظر الأول - فى التدبير
- ٥٧٩ فى معنى التدبير
- ٥٨٨ فى صيغه التدبير
- ٥٩١ فى عدم اشتراط نيه التقرب
- ٥٩١ فى أن شرط صيغه التدبير التنجيز
- ٥٩٣ فى شرط المباشر
- ٥٩٩ فى ما لو أسلم المملوك المدبر
- ٦٠١ فى ما لو حملت المدبره
- ٦١٤ فى ما لو جامع الوصايا كان كأحدها
- ٦٢٣ فى أنه يصح الرجوع فى التدبير
- ٦٣١ فى التدبير يبطل بالإباق
- ٦٣٢ فى أن التدبير يبطل بارتداد السيد
- ٦٣٦ فى أن كسب المدبر للمولى
- ٦٣٨ النظر الثانى - فى الكتابه
- ٦٣٨ فى معنى الكتابه و ثوابها
- ٦٤٥ فى أنها معامله مستقله
- ٦٤٨ فى ما يشترط فى المتعاقدين

- ٦٥٢ فى الإيجاب و القبول
- ٦٥٨ فى اشتراط الأجل
- ٦٦٤ فى حدّ العجز
- ٦٦٨ فى لزوم الكتابه من الطرفين
- ٦٧٢ فى أنه لا يشترط الإسلام
- ٦٧٦ فى أنه يجوز لولى اليتيم أن يكاتب رقيقه
- ٦٨٠ فى أنه لا تصح الكتابه مع جهاله العوض
- ٦٨٢ فى أنه يستحب أن لا يتجاوز مال الكتابه قيمه العبد
- ٦٨٨ فى ما لو مات المكاتب المشروط قبل كمال الأداء
- ٦٩٣ فى أنه تصح الوصيه للمكاتب المطلق
- ٦٩٦ فى أن كل ما يشترط فى عقد الكتابه لازم
- ٦٩٨ فى أنه ليس للمكاتب التصرف فى ماله
- ٧٠٣ فى أنه يحرم على المولى وطء الأمه المكاتبه
- ٧٠٧ فى أنه يجوز بيع مال الكتابه
- ٧١١ فى ما لو اختلفا فى قدر مال الكتابه
- ٧١١ النظر الثالث - فى الاستيلاد
- ٧١١ اشاره
- ٧١١ فى معنى الاستيلاد
- ٧١٨ فى أنها لا تتحرر بموت المولى
- ٧٢١ فى ما إذا جنت أم الولد
- ٧٢٦ كتاب الإقرار
- ٧٢٦ اشاره
- ٧٢٨ الفصل الأول - الصيغه و توابعها
- ٧٢٨ اشاره
- ٧٢٩ فى الصيغه
- ٧٤٤ فى شرائط المقر

- ٧٥٠ فى أنّ إقرار المريض من الثالث مع التهمه
- ٧٥٣ فى إطلاق الكيل و الوزن
- ٧٥٣ فى ما لو أقر بلفظ مبهم
- ٧٦٤ فى ما لو قال: له على كذا درهم
- ٧٨٩ فى ما لو قال لى عليك ألف
- ٧٩٩ فى ما لو قال: أ ليس لى عليك كذا؟
- ٨٠٦ الفصل الثانى - فى تعقيب الاقرار بما ينافيه
- ٨٠٦ اشاره
- ٨٠٦ فى أنه على قسمان
- ٨١٠ فى ما لو قال مائه: إلا تسعون
- ٨١٢ فى ما لو قال: ليس له على مائه إلا تسعون
- ٨١٧ فى ما لو تعدد الاستثناء و كان بعاطف أو لم يكن
- ٨٢٥ فى ما لو استثنى من غير الجنس
- ٨٢٨ فى الاستثناء المستغرق
- ٨٢٨ فى الاضراب
- ٨٣٠ فى ما لو قال: له على عشره من ثمن مبيع لم أقبضه
- ٨٤٢ فى ما لو أشهد بالبيع و قبض الثمن ثم ادعى المواطأه
- ٨٤٥ الفصل الثالث - فى الاقرار بالنسب
- ٨٤٥ اشاره
- ٨٤٥ فى أنه يشترط فيه أهليه المقر و إمكان الإلحاق
- ٨٤٧ فى أنه يشترط التصديق و عدم التنازع
- ٨٥٢ فى أنه يشترط فى نفوذ الاقرار عدم المنازع
- ٨٥٤ فى ما لو تصادق اثنان على نسب غير التولد
- ٨٥٧ فى أنه لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه
- ٨٥٧ فى ما لو أقر العمّ بأخ للميت
- ٨٦٣ فى ما لو أقرت الزوجه بولد

٨٦٨ ----- فى ما لو أفتر بزوح للميته

٨٧٧ ----- فى ما لو أفتر بزوجه للميت

٨٨٢ ----- تعريف مركز

سرشناسہ: ترحینی عاملی، محمدحسن

الروضہ البہیہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ .شرح

عنوان و نام پدیدآور: الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ/تالیف محمدحسن ترحینی العاملی.

مشخصات نشر: قم: دارالفقہ للطباعہ والنشر، ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵.

مشخصات ظاہری: ۹ ج.

شابک: دوره X-۳۱-۸۲۲۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۲-۸-۹۶۴ ؛ ج. ۲ ۸۲۲۰-۳۳-۶-۹۶۴ ؛ ج. ۳ ۸۲۲۰-۳۴-۴-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۲، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۳، چاپ سوم) ؛ ج. ۴ ۸۲۲۰-۳۵-۲-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۴، چاپ سوم) ؛ ج. ۵ ۸۲۲۰-۳۶-۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۵، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۶، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۶، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۳۷-۹-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۷، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۸-۷-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۷، چاپ چهارم) ؛ ج. ۸، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۹-۵-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۸، چاپ چهارم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۹، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۹، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۴۰-۹-۹۶۴

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری (ج. ۶، چاپ سوم)

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ قبلی: مہدیس، ۱۳۸۳.

یادداشت: ج. ۱، ۶ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۶، ۷ و ۹ (چاپ چهارم ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۲ - ۹ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۸ (چاپ چهارم: ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵)

یادداشت: کتاب حاضر شرحی است بر کتاب "روضہ البہیہ" شہید ثانی کہ خود شرحی است بر "اللمعہ الدمشقیہ" شہید اول.

یادداشت: کتابنامہ.

موضوع: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: شهيد اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه. شرح

رده بندی کنگره: BP۱۸۲/۳/ش ۹/۱۲۱۲۸۰۳۸۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۰۳۳۵۶۰

ص: ۱

اشاره

(كتاب الطلاق (١) و هو إزاله قيد النكاح بغير عوض (٢) بصيغه «طالق» (٣) (و فيه فصول).

الفصل الأول فى أركانه

((الفصل الأول) (فى أركانه و هى) أربعه (الصيغه، و المطلق، و المطلقه، و الاشهاد) على الصيغه،

فى اللفظ الصريح

(و اللفظ الصريح) من الصيغه (٤) (أنت، أو هذه، أو فلانه) و يذكر (١) هو لغه حلّ القيد، و يطلق على الإرسال و الترك يقال: ناقه طالق أى مرسله ترعى حيث تشاء، و طلقت القوم إذا تركتهم، و شرعا إزاله قيد النكاح بصيغه طالق و شبهها.

(٢) ليخرج الخلع و المباراه، فإنهما بعوض.

(٣) ليخرج الفسخ بالعيب و التدليس.

(٤) لا إشكال و لا خلاف فى أن النكاح بعد وقوعه عصمه مستفاده من الشرع و لا تزول إلا بما جعلها الشارع رافعا لها، فيجب التوقف على موضع الرفع و الاذن، و لا ريب أن الطلاق قد شرّع للرفع فيلزم فى الطلاق الاقتصار فيه على المأذون الشرعى فقط، هذا و البحث فى ثلاث جهات.

(الأولى): المشهور على تعيين الزوجه المطلقه لفظا أو نيه، و إلا فمع عدم التعيين لا طلاق لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (عن رجل قال لامرأته: أنت علىّ حرام أو بائنه أو بته أو بريه أو أو خليه، قال عليه السلام: هذا كله ليس بطلاق، إنما الطلاق أن يقول لها فى قبل العده بعد ما تطهر من محيضها قبل أن يجامعها: أنت طالق أو اعتدى، يريد بذلك الطلاق، و يشهد على ذلك رجلين عدلين) (١)، و هو ظاهر فى اعتبار اليقين، و خبر محمد بن أحمد بن مطهر (كتبت إلى أبى الحسن صاحب العسكر عليه السلام: إنى تزوجت أربعه نسوه و لم أسأل عن أسمائهن ثم إنى أردت طلاق إحداهن و تزويج امرأه أخرى؟ فكتب عليه السلام: أنظر إلى علامه إن كانت بواحد منهن فتقول: اشهدوا أن فلانه التى بها علامه كذا و كذا هى طالق، ثم تزوج الأخرى إذا انقضت العده) (٢)، و هو نص فى التعيين.

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٣.

اسمها، أو ما يفيد التعيين، (أو زوجتي (١) مثلاً طالق). و ينحصر عندنا في هذه اللفظه (٢) (فلا- يكفى أنت طلاق) و إن صح إطلاق المصدر على اسم الفاعل و منهما تعرف ضعف ما عن الشيخ في المبسوط و ابن البراج و المحقق في الشرائع و العلامه في القواعد و الشهيد في شرح القواعد عدم الاعتبار، فلو كان له زوجتان و قال: إحدى زوجتي طالق، و لم ينو طلاق واحده معينه صح و تستخرج بالقرعه كما عليه المحقق في الشرائع، لأن القرعه لكل أمر مشكل، أو يرجع إلى تعيينه كما عليه العلامه في القواعد.

و التعيين إما باسمها لفظا المميز لها عن غيرها، أو بالإشاره الرافعه للاشتراك، أو بذكر زوجتي حيث لا غيرها، و سيأتى البحث في الجهتين الباقيتين.

(١) حيث لا يكون غيرها.

(٢) الجهه الثانيه من البحث أن صيغه الطلاق منحصره في ماده الطلاق على المشهور، فلو قال الزوج: أنت خليته من الزوج أو بريته منه أو حبلك على غاربك أو ألقى بأهلك أو بائه أو حرام أو بته، أى مقطوعه الزوجيه، أو بتله أى متروكه النكاح، أو اغربى عنى أو اذهبى أو اخرجى و ما شابه من هذه الألفاظ غير ماده الطلاق لم يقع الطلاق سواء نوى الطلاق أم لا، للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أبى جعفر عليه السلام (عن رجل قال لامرأته: أنت على حرام أو بائه أو بته أو بريته أو خليه، قال عليه السلام: هذا كله ليس بشيء، إنما الطلاق أن يقول لها فى قبل العده بعد ما تطهر من محيضها قبل أن يجامعها: أنت طالق أو اعتدى يريد بذلك الطلاق و يشهد على ذلك رجلين عدلين) (١)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل قال لامرأته: أنت منى خليته أو بريته أو بته أو بائن أو حرام؟ قال عليه السلام: ليس بشيء) (٢) و مثلها غيرها.

و عن ابن الجنيد و الشارح فى المسالك وقوعه بلفظ (اعتدى) لصحيح محمد بن مسلم المتقدم، و لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (الطلاق أن يقول لها: اعتدى أو يقول لها: أنت طالق) (٣)، و الأول قد رواه العلامه فى المختلف كما عن جامع البنزطى بدون لفظ (اعتدى)، و هما موافقان للعامه و معارضان بما دل على الحصر بماده الطلاق كخبر ابن

ص: ٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤.

و قصده (١) فصار (٢) بمعنى طالق وقوفا (٣) على موضع النص، و الاجماع، و استصحابا للزوجيه، و لأن المصادر إنما تستعمل فى غير (٤) موضوعها مجازا و إن كان فى اسم الفاعل شهيرا. و هو (٥) غير كاف فى استعمالها (٦) فى مثل سماعه قال: (ليس الطلاق إلا- كما روى بكير بن أعين أن يقول لها و هى طاهر من غير جماع: أنت طالق، و يشهد شاهدى عدل، و كل ما سوى ذلك فهو ملغى)(١).

و منه تعرف ضعف ما عن الشهيد من توسعه صيغه الطلاق لتشمل الكتابات الظاهره فى إرادته معنى الطلاق، و من توسعه ليشمل الألفاظ الصريحه فى الطلاق كالتسريح و الفراق و ما شاكل تمسكا بعموم الأدله الداله على الطلاق من غير تقييد.

و الجبهه الثالثه من البحث أن تكون الصيغه بالجملة الاسميه على نحو (أنت طالق) أو زوجتى أو هذه بما يفيد التعيين، فلا يكفى: أنت طلاق أو مطلقه و ما شاكل ذلك، و خالف الشيخ فى موردين:

الأول: إنه يقع الطلاق بقوله: أنت مطلقه كما عن المبسوط.

الثانى: إنه يقع الطلاق ما لو سئل الزوج هل طلقت امرأتك فيقول: نعم، و وافقه فى الثانى بعض أتباعه و العلامه و المحقق و صاحب الحدائق.

و يشهد للمشهور النصوص الحاصره لصيغه الطلاق بصيغه (طالق) مع إضافه ما يعين المطلقه، و لم يستدل الشيخ على ما ذهب إليه من وقوعه بلفظ (أنت مطلقه، مع أنه أشبه بالإخبار منه إلى الإنشاء.

نعم استدل الشيخ و تابعوه فى المورد الثانى بخبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (فى الرجل يقال له: أطلقت امرأتك؟ فيقول: نعم، قال عليه السلام: قد طلقها حيثئذ)(٢)، و هو مع ضعف سنده غير صالح لمعارضه ما تقدم من النصوص الداله على الحصر.

(١) أى قصد اسم الفاعل من المصدر

(٢) أى المصدر.

(٣) تعليل لعدم كفايه المصدر.

(٤) و هو الأعيان هنا.

(٥) أى المجاز المشهور.

(٦) استعمال المصادر.

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٦.

الطلاق (١).

و لا- من المطلقات،(و لا مطلقه (٢)، و لا طَلَّقت (٣) فلانه على قول مشهور) لأنه (٤) ليس بصريح فيه (٥)، و لأنه إخبار، و نقله (٦) إلى الإنشاء على خلاف الأصل فيقتصر فيه (٧) على موضع الوفاق، و هو صيغ العقود فاطراده (٨) فى الطلاق قياس، و النص دلّ فيه (٩) على طالق، و لم يدل على غيره فيقتصر عليه (١٠)، و منه يظهر جواب ما احتج به القائل بالوقوع و هو الشيخ فى أحد قوليّه استنادا إلى كون صيغته الماضى فى غيره (١١) منقوله إلى الإنشاء، و نسبه المصنف البطلان إلى القول مشعر بميله إلى الصحه.

(و لا عبره) عندنا (بالسراح و الفراق) و إن عبّر عن الطلاق بهما فى القرآن الكريم بقوله: أَوْ تَشْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ (١٢)، أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ (١٣)، لأنهما عند الإطلاق لا يطلقان عليه (١٤) فكانا كناية عنه، لا صراحه فيهما. و التعبير بهما (١٥) لا يدلّ على جواز ايقاعه بهما.

(١) لأنه أمر توقيفى.

(٢) ردّ على الشيخ.

(٣) لم أجد من خالف فيه إلا- ما نسبه الشارح هنا إلى الشيخ فى أحد قوليّه، مع أنه فى المسالك قد جزم بأن الشيخ لا يقول بالصحه فيه.

(٤) أى القول الأخير (طلّقت فلانه).

(٥) فى الطلاق.

(٦) أى نقل الأخبار فى صيغته الماضى.

(٧) فى النقل.

(٨) أى اطراد النقل.

(٩) فى الطلاق.

(١٠) على الطلاق.

(١١) غير الطلاق.

(١٢) سورة البقره آيه: ٢٢٩.

(١٣) سورة الطلاق آيه: ٣٠.

(١٤) على الطلاق.

(١٥) عن الطلاق كما ورد في القرآن.

ص: ١٠

(و) كذا (الخلية و البريه) و غيرهما من الكنايات كالبته، و البتله، و حرام، و بائن، و اعتدى (و إن قصد الطلاق) لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعا ما يزيله.

في طلاق الأخرس

(و طلاق الأخرس بالإشارة) المفهمه له (١)، (و القاء القناع) على رأسها (١) للطلاق، اعلم أن المشهور على اشتراط العرييه في صيغه الطلاق، لأن الأصل عصمه الفروج و استصحاب حكم العقد إلى أن يثبت المزيل، و المتيقن من المزيل هو الطلاق بالعرييه كما هو الوارد في النصوص الحاصره المتقدمه.

و عن الشيخ في النهايه و جماعه الاجتراء بغير العرييه مما هو مرادف لصيغه (أنت طالق) لخبر وهب بن وهب المعروف بالكذب عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السّلام (كل طلاق بكل لسان فهو طلاق) (١)، و هو مع ضعف السند لا- جابر له، ثم لا يقع الطلاق بالإشارة بلا خلاف فيه، للأصل و ظاهر النصوص السابقه الداله على حصر الطلاق بالصيغه، إلا مع العجز عن النطق، فيقع حينئذ بالإشاره المفهمه لإرادته إنشاء الطلاق، و لذا يصح طلاق الأخرس و عقده و إيقاعه بالإشاره الداله على ذلك بلا إشكال و لا خلاف، للأخبار.

منها: صحيح البنظي عن أبي الحسن الرضا عليه السّلام (عن الرجل تكون عنده المرأه يصمت و لا يتكلم، قال: أخرس هو؟ قلت: نعم، و يعلم منه بغض لامرأته و كراهه لها، أ يجوز أن يطلق عنه و لئيه؟ قال: لا، و لكنه يكتب على ذلك، قلت: فإنه لا يكتب و لا- يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذى يعرف به من أفعاله، مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها) (٢)، و خير السكوني (طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها و يضعها على رأسها و يعتزلها) (٣)، و خبر أبان بن عثمان (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن طلاق الأخرس؟ قال: يلفّ قناعها على رأسها و يجذبه) (٤)، و خبر يونس (فى رجل أخرس كتب فى الأرض بطلاق امرأته، قال: إذا فعل فيها قبل الطهر بشهور و فهم عنه كما يفهم عن مثله، و يريد الطلاق، جاز طلاقه على السّنة) (٥)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها و يضعها على رأسها ثم يعتزلها) (٦).

نعم فى صحيح البنظي تقديم الكتابه على الإشاره، و لأنها أضبط و أدل على المراد و لذا

ص: ١١

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٣ و ٢ و ٤ و ٥.

ليكون (١) قرينه على وجوب سترها منه (٢)، و الموجود في كلام الأصحاب الإشاره خاصه (٣)، و في الروايه (٤) القاء القناع فجمع المصنف بينهما (٥)، و هو (٦) أقوى دلاله.

و الظاهر أن القاء القناع من جمله الإشارات، و يكفي منها (٧) ما دلّ على قصده (٨) الطلاق كما يقع غيره من العقود، و الايقاعات، و الدعاوى، و الأقارير.

في أنه لا يقع الطلاق بالكتب

(و لا يقع) الطلاق (بالكتب) (٩)

قدمها ابن إدريس على الإشاره، و عن الصدوقين اعتبار إلقاء القناع على رأس المرأه حتى يرى أنها قد حرمت عليه تبعا للوارد في خبر السكوني و خبر أبان و خبر أبي بصير، و منهم من خيّر بين الإشاره و بين إلقاء القناع، و منهم من جمع بينهما، و الحق الاكتفاء بالإشاره المفهمه لصحيح البنزطي الدال على كفايه كل فعل يعرف به، مع حمل إلقاء القناع على أنه من جمله أفراد الإشاره.

(١)الإلقاء.

(٢)أى وجوب ستر المرأه من الأخرس.

(٣)من دون ذكر إلقاء القناع، و لكن قد عرفت كلام الصدوقين من الحصر بالإلقاء.

(٤)قد تقدم ذكرها، و قد عرفت صحيح البنزطي الدال على كفايه مطلق الإشاره.

(٥)بين الإشاره و إلقاء القناع.

(٦)أى الجمع.

(٧)من الإشاره.

(٨)بلا حاجه إلى الجمع بين الإشاره و الإلقاء.

(٩)لا- خلاف في عدم وقوع الطلاق بالكتابه من الحاضر القادر على النطق، كما أنه لا- خلاف من وقوع الطلاق بالكتابه من الحاضر العاجز عن النطق على ما تقدم دليله في طلاق الأخرس، و إنما الخلاف في صحه الطلاق بالكتابه من الغائب عن زوجته إذا كان قادرا على النطق، و المشهور على العدم و هو مذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف مدعيا عليه الإجماع، و يشهد لهم صحيح زراره (قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته أو عتق غلامه ثم بدا له فمحاها، قال عليه السلام: ليس ذلك بطلاق و لا عتاق حتى يتكلم به) (١)، و صحيحه الآخر المضمّر (سألته عن رجل كتب إلى امرأته بطلاقها أو كتب بعق مملوكه و لم ينطق به لسانه، قال: ليس بشيء حتى ينطق به) ٢.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢ و ١.

بفتح الكاف مصدر كتب كالكتابه (١) من دون تلفظ ممن يحسنه (٢)(حاضرا) كان الكاتب،(أو غائبا) على أشهر القولين (٣)، لأصالة بقاء النكاح، و لحسنه (٤) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام «إنما الطلاق أن يقول: أنت طالق» الخبر، و حسنه (٥) زراره عنه عليه السلام في رجل كتب بطلاق امرأته قال: «ليس ذلك بطلاق».

و للشيخ قول بوقوعه به (٦) للغائب، دون الحاضر، لصحيحه أبي حمزه الثمالي عن الصادق عليه السلام «في الغائب لا يكون طلاق حتى ينطق به لسانه، أو يخطه بيده، و هو يريد به الطلاق». و حمل (٧)

و عن الشيخ في النهايه وقوعه، و تبعه عليه ابنا حمزه و البراج و الشارح في المسالك لصحيح أبي حمزه الثمالي (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلى امرأتي بطلاقها، أو اكتب إلى عبدى بعته، يكون ذلك طلاقا أو عتقا؟

قال عليه السلام: لا يكون طلاقا و لا عتقا حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده و هو يريد الطلاق أو العتق، و يكون ذلك منه بالأهله و الشهور، و يكون غائبا عن أهله(١).

هذا و قال في المسالك: (و أجيب بحمله على حاله الاضطرار و يكون لفظه (أو) للتفصيل لا- للتخيير، و فيه نظر، لأن الروايه صريحه في أن المطلق يقدر على التلفظ، لأنه قال: اكتب يا فلان إلى امرأتي بطلاقها، فلا وجه لحمله على حاله الاضطرار، لأن من قدر على هذا اللفظ قدر على قول: هي طالق) انتهى، هذا و قد حمل صحيح الثمالي على التقيه لموافقته العامه الذين أوقعوا الطلاق بالكتابه كالكنايه، لأنها أحد الخطابين و أحد اللسانين المعربين عما في الضمير، و منه تعرف ضعف ترجيح الشارح لهذا الخبر كما في المسالك.

(١)فهي أيضا مصدر.

(٢)أى يحسن التلفظ.

(٣)في الغائب.

(٤)قد جعلها حسنه لاشتمال سندها على إبراهيم بن هاشم و هو ممن لم يمدح و لم يذم، و قد تقدم ذكرها عند البحث في ماده الصيغه و جعلناها صحيحه، لأنه من شيوخ الإجازة، و هذا ما يغنى عن التوثيق.

(٥)كذلك حسنه عنده لاشتمال سندها على إبراهيم بن هاشم، و نحن قد جعلناها صحيحه لما تقدم.

(٦)أى بوقوع الطلاق بالكتب.

(٧)أى الصحيح المذكور.

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

على حاله الاضطرار جمعا (١).

ثم على تقدير وقوعه (٢) للضرورة (٣)، أو مطلقا (٤) على وجه (٥) الشاهدين لكتابتها (٦)، لأن ذلك (٧) بمنزله النطق بالطلاق فلا يتم إلا بالشاهدين، و كذا يعتبر رؤيتهما (٨) إشاره العاجز، (و لا بالتخير (٩) للزوجه بين الطلاق (١) أى جمعا بين الأخبار، و قد عرفت ما فى هذا الجمع.

(٢) أى وقوع الطلاق بالكتابة.

(٣) كما هو مقتضى الجمع.

(٤) من غير التقييد بالضرورة كما هو مذهب الشيخ.

(٥) و هو حال غياب الزوج عن زوجته، هذا و اعلم أنه على القول بالاكْتفاء بالكتابة فلا بد أن يكتب الطلاق بخطه حتى يقع كما صرح بذلك فى الصحيح المتقدم حيث قال عليه السّلام (لا يكون طلاقاً أو عتقا حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده)، و عليه فلا يكفى كتابه غيره و إن أمره بذلك، ثم على هذا القول فلا بد من قصد الطلاق بالكتابة مع حضور شاهدين يشاهدان الكتابة، و لكن هل يشترط رؤيتهما حال الكتابة أم تكفى روايتهما للكتابة و لو بعد الانتهاء منها و جهان، و استجود الشارح الأول، لأن الطلاق بالكتابة كالطلاق باللفظ، و كما تعتبر الشهادة حين النطق فتعتبر كذلك حين الكتابة لا بعدها.

(٦) أى حاله الكتابة.

(٧) أى الطلاق بالكتابة.

(٨) أى رؤيه الشاهدين لإشاره العاجز حال صدورهما.

(٩) إذا خير الزوج زوجته بين الطلاق و البقاء، فإنه يقع الطلاق لو اختارت نفسها و الفراق كما عند العامة، و قد اختلفت فيه كلمات أصحابنا، و الأصل فيه قوله تعالى: يا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَ زِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَ أُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً، وَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ الدَّارَ الآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْراً عَظِيماً (١).

و المشهور على أن اختيار نفسها بقصد الطلاق بعد تخييره لها لا حكم له، لأن النكاح عصمه مستفاده من الشارح و لا ترفع إلا بما ثبت أنه رافع، و لا دليل هنا على كون التخير المذكور رافعا، و للأخبار.

منها: موثق العيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل خير امرأته فاخترت

ص: ١٤

و البقاء، بقصد الطلاق (و إن اختارت نفسها فى الحال) على أصح القولين، لما نفسها بانته منه؟ قال عليه السّلام: لا إنما هذا شىء كان لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خاصه، أمر بذلك ففعل، و لو اخترن أنفسهن لطلّقهن، و هو قول الله عزّ و جلّ: (قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ إِن كُنْتُمْ تُرْذَنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَ زِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمْتَعُكُنَّ وَ أَسِيرُكُنَّ سِيرَاحًا جَمِيلًا) (١)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (عن الخيار فقال: و ما هو و ما ذاك، إنما ذاك شىء كان لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم) (٢)، و خبره الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل إذا خيّر امرأته قال: إنما الخيره لنا ليس لأحد، و إنما خيّر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لمكان عائشه، فاخترن الله و رسوله و لم يكن لهنّ أن يخرن غير رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم) (٣)، و خبره الثالث (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إنى سمعت أباك يقول: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خيّر نساءه، فاخترن الله و رسوله فلم يمسكهنّ على طلاق، و لو اخترن أنفسهنّ لبنّ، فقال: إن هذا حديث كان يرويه أبى عن عائشه، و ما للناس و الخيار، إنما هذا شىء خصّ الله به رسوله) (٤) و مثلها غيرها.

و عن ابن الجنيد و ابن أبى عقيل و المرتضى و ظاهر الصدوق وقوع الفرقه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا خيّرهما و جعل أمرها بيدها فى قبل عدتها من غير أن يشهد شاهدين فليس بشىء، و إن خيّرهما و جعل أمرها بيدها بشهادة شاهدين فى قبل عدتها فهى بالخيار ما لم يتفرقا، فإن اختارت نفسها فهى واحده و هو أحق برجعتهما، و إن اختارت زوجها فليس بطلاق) (٥)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يخيّر امرأته أو أباه أو أخاه أو وليها فقال: كلهم بمنزله واحده إذا رضيت) (٦)، و صحيح الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل قال لامرأته: قد جعلت الخيار إليك فاخترت نفسها قبل أن تقوم؟ قال عليه السّلام: يجوز ذلك عليه) (٧)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (قلت له: رجل خيّر امرأته، فقال: إنما الخيار ما دام فى مجلسهما فإذا تفرقا فلا خيار لها) (٨)، و صحيح حمران (سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول: المخيره تبين من ساعتها من غير طلاق و لا ميراث بينهما، لأن العصمه - بينهما خ ل - قد بانت منها ساعه كان ذلك منها و من الزوج) (٩) و مثلها غيرها من النصوص أيضا.

و قد رجّح الشارح فى المسالك الطائفة الثانية لأنها أكثر عددا و أصحّ سندا و أظهر دلاله،

ص: ١٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٢ و ٣ و ١٤.

٣- ((٦ و ٧ و ٨ و ٩)) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١٦ و ١٧ و ١٢ و ١١.

مر (١)، و قول الصادق عليه السلام (٢) «ما للناس و الخيار إنما هذا شىء خصّ الله به رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم» و ذهب ابن الجنيد إلى وقوعه به (٣) لصحيحه حمران عن الباقر عليه السلام «المخيره تبين من ساعتها من غير طلاق» و حملت على تخييرها (٤) بسبب و فيه أن الترجيح للأولى لأن الترجيح بصفات الراوى إنما هو بعد الترجيح بالشهره، و بعد فقدان المرجح الدلائلى، و هنا تحمل الطائفه الثانيه على التقيه لموافقته للعامه فلذا اعرض عنها المشهور، و قد حمل العلامه فى المختلف أخبار الوقوع على ما إذا طلقت بعد التخير كما يشعر به قوله عليه السّلام فى موثق العيص المتقدم (و لو اخترن أنفسهن لطلقهن)، إلا أنه حمل غير سديد، لأن ذلك لا يقتضى كون التخير على النور و أنه يقع فى المجلس كما فى خبر زراره المتقدم و غيره.

ثم على القول بوقوع الطلاق بهذا التخير، فهل يقع رجعيًا كما فى صحيح محمد بن مسلم المتقدم و إليه ذهب ابن أبى عقيل، أو يقع بائنًا لخبر زراره عن أحدهما عليهما السلام قال:

(إذا اختارت نفسها فهى تطليقه بائن، و هو خاطب من الخطاب، و إن اختارت زوجها فلا شىء) (١)، و خبر يزيد الكناسى عن أبى جعفر عليه السّلام (لا ترث المخيره من زوجها شيئًا فى عدتها، لأن العصمه قد انقطعت فيما بينها و بين زوجها من ساعتها، فلا رجعه له عليها و لا ميراث بينهما) ٢، و قد نسب إلى بعضهم، و قد جمع ابن الجنيد بين الأخبار أنه إذا وقع التخير بعوض كان بائنًا، و إلا كان رجعيًا.

و على القول بالوقوع فيقع الطلاق عند قولها: اخترت نفسى أو الفراق أو الطلاق كما هو ظاهر النصوص المتقدمه، و يشترط فيه ما يشترط فى الطلاق من عدم كونها فى الحيض و وقوعه فى طهر غير المواقعه و حضور شاهدين للتصريح به فى بعض الأخبار المتقدمه.

و على القول بالوقوع يشترط وقوع اختيار المرأه فى نفس مجلس الخيار و به أفتى ابن أبى عقيل، و يشهد له خبر زراره المتقدم، ثم هذا كله إذا لم يكن تخييره إياها على نحو التوكيل فى الطلاق إن شاءت، و إلا فيكون جائزًا عند من جوّز وكالة المرأه فيه.

(١) من أصاله بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل شرعا.

(٢) كما فى الخبر الثالث لمحمد بن مسلم المتقدم.

(٣) أى وقوع الطلاق بتخير الزوجه.

(٤) أى تخيير الزوجه.

ص: ١٦

غير الطلاق كتدليس، و عيب جمعا (١).

فى أنه لا يقع الطلاق معلقا على شرط

(و لا معلقا (٢) على شرط) و هو (٣) ما أمكن وقوعه، و عدمه (٤) كقدوم المسافر، و دخولها الدار، (أو صفه) و هو (٥) ما قطع بحصوله عادة كطلوع الشمس و زوالها. و هو (٦) موضع وفاق منا، إلا أن يكون الشرط (٧) معلوم الوقوع له (٨) حال الصيغه (٩) كما لو قال: أنت طالق إن كان الطلاق يقع بك، و هو يعلم وقوعه على الأقوى (١٠)، لأنه (١١)

(١) لم أعر على من ذهب إلى هذا الحمل، على أن صريح أخبار الوقوع تنافيه.

(٢) أى و لا- يقع الطلاق معلقا على شرط، يشترط فى الطلاق تجرد صيغته عن الشرط، و هو ما أمكن وقوعه و عدمه كقدوم المسافر، و تجرده عن الصيغه، و هى ما قطع بحصولها عادة لطلوع الشمس، بلا خلاف فيه، و قد ادعى عليه الإجماع كما فى الانتصار و الإيضاح و التنقيح و السرائر، و ليس عليه نص خاص كما اعترف بذلك الشارح فى المسالك و غيره فى غيره، نعم استدل عليه فى الجواهر بظهور النصوص الحاصره عليه، و قد تقدم بعضها، و استدل عليه بأن التعليق مناف للجزم المعتبر فى الإنشاء فلذا اشترط التنجيز فى العقود و الإيقاعات مطلقا، و لأن النكاح أمر ثابت متحقق فلا يزول إلا بسبب متحقق، و هو وقوع الطلاق من غير تعليق، لأنه مع التعليق يكون سببا مشكوكا و الأصل عدمه.

(٣) أى الشرط.

(٤) أى و عدم الوقوع.

(٥) أى الصفه، و قد ذكر الضمير باعتبار المذكور.

(٦) عدم وقوع الطلاق معلقا.

(٧) و كذا الصفه، إلا أن يكون المراد بالشرط هنا الأعم.

(٨) للزوج.

(٩) بخلاف ما تقدم فالصفه غير واقعه حال الصيغه.

(١٠) ذهب الشيخ إلى البطلان نظرا إلى صورته الشرط و ردّ بأن التعليق على الشرط يبطل الصيغه من حيث عدم التنجيز، فلو علّقه على أمر حاصل حين الطلاق و هو عالم بالحصول فلا ينافى التنجيز حينئذ، بل الشرط المذكور لا يرد منه التعليق المنافى للتنجيز، بل مثله يساق لبيان إرادته الوقوع البتة كما فى قول القائل: أما بعد فإنى فاعل، و المعنى مهما يكن من شىء فإنى فاعل، و أى شىء يكن فى الدنيا.

(١١) أى الطلاق.

حينئذ (١) غير معلق، و من الشرط تعليقه (٢) على مشيئه الله تعالى (٣).

فى تفسير الطلقة

(و لو فسر الطلقة بأزيد من الواحده (٤) كقوله: أنت طالق ثلاثا (لغا) (١) أى حين كون الشرط معلوم الوقوع للزوج حال الصيغه.

(٢) أى تعليق الطلاق.

(٣) نعم لا بأس بذلك إن كان للتبرك لا للتعليق.

(٤) لو فسر الطلقة باثنين أو ثلاثه كأن يقول: أنت طالق اثنين أو ثلاثه، فقد اتفقوا على عدم وقوع أكثر من طلقه واحده، و لكن هل يقع طلقه واحده كما عن الشيخ فى النهايه و المرتضى فى أحد قولييه و الحلّى و المحقق و العلامه و هو المشهور سيما عند المتأخرين، أو يقع الطلاق باطلا من أصله كما عن المرتضى فى الانتصار و ابن أبى عقيل و ابنى حمزه و سلار و يحيى بن سعيد، و استدلل للأول بجمله من الأخبار:

منها: صحيح أبى بصير الأسدى و محمد بن على الحلبي و عمر بن حنظله جميعا عن أبى عبد الله عليه السلام (الطلاق ثلاثا فى غير عدّه إن كانت على طهر فواحدّه، و إن لم تكن على طهر فليس بشيء) (١)، و صحيح زراره عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن الذى يطلق فى حال طهر فى مجلس ثلاثا؟ قال: هى واحده) (٢)، و خبر عمرو بن البراء (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن أصحابنا يقولون: إن الرجل إذا طلق امرأته مره أو مائه مره فإنما هى واحده، و قد كان يبلغنا عنك و عن آبائك أنهم كانوا يقولون: إذا طلق مره أو مائه مره فإنما هى واحده، فقال عليه السلام: هو كما بلغكم) (٣) و مثلها غيرها، و يؤيده الاعتبار لوجود المقتضى من وقوع الطلاق الواحد إذ قال: أنت طالق، مع عدم صلاحية التفسير للمانع، بل قوله (ثلاثا) تأكيد للطلاق، و لكن هذا الزائد ملغى لأن الثلاث تقع مع تخلل الرجعه و هى مفقوده فى المقام. و استدلل للثانى أيضا بجمله من النصوص.

منها: صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (من طلق ثلاثا فى مجلس فليس بشيء، من خالف كتاب الله عزّ و جلّ ردّ إلى كتاب الله عزّ و جلّ) (٤)، و مكاتبه عبد الله بن محمد إلى أبى الحسن عليه السلام (روى أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يطلق امرأته ثلاثا بكلمه واحده على طهر بغير جماع بشاهدين: أنه يلزمه تطليقه واحده، فوقع بخطه:

أخطأ على أبى عبد الله عليه السلام، إنه لا يلزم الطلاق، و يردّ إلى الكتاب و السنه إن شاء الله) (٥) و مثلها غيرها.

ص: ١٨

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٣ و ٧.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٨ و ١٩.

(التفسير) و وقع واحده، لوجود المقتضى و هو (١) أنت طالق، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا الضميمة (٢) و هي (٣) تؤكده و لا تنافيه، و لصحيحه جميل (٤)، و غيرها فى الذى يطلق فى مجلس ثلاثا. قال: هي واحده.

و قيل: يبطل الجميع، لأنه (٥) بدعه لقول الصادق عليه السلام (٦): «من طلق ثلاثا فى مجلس فليس بشيء، من خالف كتاب الله ردّ إلى كتاب الله، و حمل (٧) على إرادته عدم وقوع الثلاث التى أرادها (٨).

و هي محموله على التقية كالأخبار الداله على وقوع الثلاث كخبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان يقول: إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل بها ثلاثا فى كلمه واحده فقد بانت منه و لا ميراث بينهما و لا رجعه و لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره (١).

و يؤيد هذا الجمع خبر أبى أيوب الخزاز عن أبى عبد الله عليه السلام (قال: كنت عنده فجاء رجل فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا، قال: بانت منه، قال: فذهب ثم جاء رجل آخر من أصحابنا فقال: رجل طلق امرأته ثلاثا فقال: تطليقه، و جاء آخر فقال: رجل طلق امرأته ثلاثا فقال: ليس بشيء، ثم نظر إلّى فقال: هو ما ترى، قلت: كيف هذا؟ قال: هذا يرى أن من طلق امرأته ثلاثا حرمت عليه، و أنا أرى أن من طلق امرأته ثلاثا على السنه فقد بانت منه، و رجل طلق امرأته ثلاثا و هي على طهر فإنما هي واحده، و رجل طلق امرأته ثلاثا على غير طهر فليس بشيء (٢).

(١) أى المقتضى.

(٢) و هي قوله (ثلاثا).

(٣) أى الضميمة تؤكده الطلاق.

(٤) عن زراره عن أحدهما عليهما السلام، و قد تقدمت.

(٥) أى تفسير الطلاق بأزيد من واحده.

(٦) كما فى صحيح أبى بصير المتقدم.

(٧) أى قول عليه السلام (فليس بشيء).

(٨) أى المطلّق، و لا يحمل على بطلان الجميع، ألا ترى إلى قوله عليه السلام فيما بعد حيث

ص: ١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١٦.

أوجب الرد إلى كتاب الله عزّ وجلّ، وهو دال على إمضاء الواحد، ففي خبر الكلبي النسابة عن الصادق عليه السلام في حديث (قلت له: رجل قال لامرأته: أنت طالق عدد نجوم السماء، فقال: ويحك أ ما تقرأ سورة الطلاق؟ قلت: بلى، قال: فقرأ، فقرأت:

(فطلقوهنّ لعدتهنّ وأحصوا العده)، فقال: أ ترى هاهنا نجوم السماء، قلت: لا، فقلت:

فرجل قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا، فقال: تردّ إلى كتاب الله و سنه نبيه، ثم قال: لا طلاق إلا على طهر من غير جماع بشاهدين مقبولين(١) و صحيح شهاب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (قلت: فطلقها ثلاثا في مقعد، قال: تردّ إلى السنه فإذا مضت ثلاثه أشهر أو ثلاثه قروء فقد بانت منه بواحد)٢ و مثله خبر الوابشى٣.

نعم إذا كان المطلق مخالفا يعتقد الثلاث لزمته بلا خلاف فيه ظاهرا للأخبار.

منها: خبر علي بن أبي حمزه (سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلقة على غير السنه أ يتزوجها الرجل؟ قال عليه السلام: الزموم من ذلك ما أزموه أنفسهم، و تزوجوهنّ فلا بأس بذلك(٢))، و خبر جعفر بن سماعه (سئل من امرأه طلقت على غير السنه، أ لى أن أتزوجها؟ فقال: نعم، فقلت له: الست تعلم أنه على بن حنظله روى: إياكم و المطلقات ثلاثا على غير السنه، فإنهن ذوات أزواج؟ فقال: يا بني، روايه علي بن أبي حمزه أوسع على الناس، روى عن أبي الحسن عليه السلام أنه قال: أزموم من ذلك ما أزموه أنفسهم، و تزوجهنّ فلا بأس بذلك)٥، و خبر عبد الأعلى عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا، قال: إن كان مستخفا بالطلاق أزمته ذلك)٦، و خبر العلوى عن أبيه (سألته أبا الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثا، فقال لى: أن طلاقكم ثلاثا لا- يحلّ لغيركم، و طلاقهم يحلّ لكم، لأنكم لا- ترون الثلاث شيئا، و هم يوجبونها(٣))، و مرسل الفقيه (و قال عليه السلام: من كان يدين بدين قوم لزمته أحكامهم)٨، و خبر ابن طاوس (قلت لأبى الحسن الرضا عليه السلام: إن لى ابن أخ زوجته ابنتى، و هو يشرب الشراب و يكثر ذكر الطلاق فقال: إن كان من إخوانك فلا شىء عليه، و إن كان من هؤلاء فأبنتها منه، فإنه عنى الفراق، قلت: أ ليس قد روى عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: إياكم و المطلقات ثلاثا فى مجلس فإنهن ذوات الأزواج فقال:

ص: ٢٠

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٥ و ٤ و ١٣.

٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٥ و ٦ و ٧.

٣- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٩ و ١٠.

(و يعبر فى المطلق البلوغ (١)

ذلك من إخوانكم لا من هؤلاء، إنه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم(١).

و من هذه الأخبار الداله على الإلزام فكل شىء صحيح عندهم فاسد عندنا كالطلاق المعلق و الحلف به و الطلاق فى طهر المواقع و الحيض و بغير شاهدين، يرتب عليه أحكام الصحيح عليهم من باب الإلزام، بل يجوز لنا تناول كل ما هو دين عندهم فى خبر عبد الله بن محرز (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل ترك ابنته و أخته لأبيه و أمه، فقال:

المال كله لابنته، و ليس للأخت من الأب و الأم شىء، فقلت: فإننا قد احتجنا إلى هذا و الميت رجل من هؤلاء الناس و أخته مؤمنه عارفه، قال: فخذ لها النصف، خذوا منهم كما يأخذون منكم فى سنتهم و قضائهم و قضايهم، خذهم بحقك فى أحكامهم و سنتهم، كما يأخذون منكم فيه، قال ابن أذينة: فذكرت ذلك لزراره، فقال: إن على ما جاء به ابن محرز لنورا(٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الأحكام قال: تجوز على أهل كل ذى دين ما يستحلون)٣.

(١) شروع فى شروط المطلق، و هى أربعة.

الأول: البلوغ بلا خلاف فيه فى الجملة للأخبار.

منها: خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (كل طلاق حائز الإطلاق المعنوه أو الصبى أو مبرسم أو مجنون أو مكره)٣، و خبر أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس طلاق الصبى بشىء)٥، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يجوز طلاق الصبى و لا السكران)٦، فلا عبره بطلاق الصبى قبل التمييز، بل و بعده قبل بلوغه عشرا، و إنما الكلام فى طلاق الصبى المميز و البالغ عشر سنين فعن الشيخين المفيد و الطوسى و أتباعهما بل قيل هو المشهور بين المتقدمين صحه طلاق الصبى البالغ عشرا لمرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام (يجوز طلاق الصبى إذا بلغ عشر سنين)٧، مؤيدا بما دل على جواز طلاق الصبى قبل أن يحتلم كموثق سماعه (سألته عن طلاق الغلام و لم يحتلم و صدقته، قال: إذا طلق للسنة و وضع الصدقه فى موضعها فلا بأس و هو جائز)٨، و موثق جميل عن أحدهما عليهما السلام (يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم)٤.

ص: ٢١

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الأخوه و الأجداد حديث ٢ و ٥.

٣- ((٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣ و ١ و ٤ و ٢ و ٧.

٤- (٩) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات حديث ٢.

فلا يصح طلاق الصبي و إن أذن له الولي (١)، أو بلغ عشا على أصح (٢) القولين (و العقل (٣) فلا يصح طلاق المجنون المطبق مطلقا (٤)، و لا غيره (٥) حال جنونه (و يطلق الولي) و هو الأب و الجد له (٦) مع اتصال جنونه بصغره (٧)، و الحاكم عند و عن ابن إدريس و مشهور المتأخرين عدم صحه طلاق الصبي مطلقا ما لم يحتلم تمسكا بالأخبار المتقدمه المؤيده بحديث رفع القلم (١)، و بحديث الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السّلام (لا- يجوز طلاق الغلام حتى يحتلم) (٢).

(١) لسلب عباره الصبي شرعا، و هذا القيد لدفع توهم صحه طلاق الصبي عند اذن الولي.

(٢) متعلق بقوله (أو بلغ عشا).

(٣) الشرط الثاني المعتبر في المطلق العقل، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر السكوني المتقدم عن أبي عبد الله عليه السّلام (كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه أو الصبي أو مبرسم أو مجنون أو مكره) (٣)، و خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن طلاق المعتوه الذاهب العقل، أ يجوز طلاقه؟ قال: لا، و عن المرأه كذلك أ يجوز بيعها و عقها، قال: لا) (٤)، و خبر زكريا بن آدم عن الرضا عليه السّلام (عن طلاق السكران و الصبي و المعتوه و المغلوب على عقله و من لم يتزوج بعد، فقال: لا يجوز) ٥ و مثلها غيرها.

(٤) أي أبدا.

(٥) أي غير المطبق.

(٦) للأب.

(٧) قد، عرفت عدم جواز طلاق الصبي و المجنون، و عليه فلا يجوز للولي أن يطلق عن الصبي بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (في الصبي يتزوج الصبيه يتوارثان؟ قال: إذا كان أبواهما اللذان زوّجاها فنعم، قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال عليه السّلام:

لا) (٥)، و مثله موثق عبيد بن زراره (٦)، و خبر الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد

ص: ٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤ و ٧.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ١.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢.

اللّٰه عليه السّلام (عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير؟ قال عليه السّلام: لا بأس، قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال عليه السّلام: لا) (١).

نعم للولى أن يطلق عن المجنون فى الجملة كما هو المشهور بين الأصحاب لصحيح أبى خالد القمات (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل الأحق الذاهب العقل أ يجوز طلاق وليه؟ قال عليه السّلام: و لم لا يطلق، قلت: لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غدا: لم أطلق، أو لا يحسن أن يطلق؟ قال عليه السّلام: ما أرى وليه إلا بمنزله السلطان) (٢) و خبره الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى طلاق المعتوه قال عليه السّلام: يطلق عن وليه فإنى أراه بمنزله الإمام عليه) (٣) و خبر شهاب بن عبد ربه عن أبى عبد الله عليه السّلام (المعتوه الذى لا يحسن أن يطلق يطلق عنه وليه على السنه) (٣).

و هذه الأخبار و إن كانت واردة فى المعتوه الذى هو ناقص العقل إلا أنها تشمل المجنون بطريق أولى.

و عن الشيخ فى الخلاف و الحلى المنع للنبوى (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (٤) ، و الزوج هو الذى له ذلك دون غيره، و فيه أن النبوى مع تسليم سنده لا ينافى ذلك، لأن طلاق الولى كطلاقه كما يجوز طلاق الوكيل.

هذا و على المشهور يشترط فى طلاق الولى المصلحه و الغبطه للمولى عليه، ثم الفرق بين جواز طلاق الولى عن المجنون دون الصبى هو أنه لو لم يجعل للولى الطلاق عن المجنون للزم تضرر المجنون و هو منفى فى الشريعة، بخلاف الطفل فنكاحه منوط بالمصلحه و عذره متوقع الزوال، فلو كان عدم الطلاق ضروريا فيرجى إلى حين البلوغ ليطلق بخلاف المجنون فلا يرجى زوال عذره حتى يطلق بنفسه ثم على المشهور من جواز طلاق الولى عن المجنون الفرق بين من بلغ و هو فاسد العقل و بين من جنّ بعد بلوغه، غاية أن من بلغ و هو فاسد العقل فوليه أبوه و جده، و أما من جن بعد بلوغه فوليه الحاكم الشرعى على ما حرر فى كتاب الحجر، ثم هذا كله فى الجنون المطبق فلو كان الجنون يعتريه أديارا لم يجز الطلاق منه حاله الدور، لأن ترقب عقله أقرب من ترقب بلوغ الصبى، و مع ذلك أطلق المحقق و جماعه من جواز طلاق الولى عن المجنون من دون

ص: ٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٢- (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢.

٤- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

عدمهما (١)، أو مع عدمه (٢) (عن المجنون) المطبق مع المصلحة (لا عن الصبي)، لأن له (٣) أمدًا يرتقب و يزول نقصه فيه (٤)، و كذا المجنون ذو الأدوار (٥).

و لو بلغ الصبي فاسد العقل طلق عنه الولي حينئذ (٦)، و اطلق جماعه من الأصحاب جواز طلاق الولي عن المجنون من غير فرق بين المطبق، و غيره، و فى بعض الأخبار دلالة عليه (٧). و التفصيل (٨) متوجه، و به قطع فى القواعد (٩).

و اعلم أن الأخبار غير صريحة فى جوازه (١٠) من وليه (١١)، و لكن فخر تفصيل بين المطبق و الأدوارى.

(١) عدم الأب و الجد.

(٢) أى عدم اتصال جنونه بصغره.

(٣) للصبي.

(٤) فى ذلك الأمر، فحجر الصبي له أمد يتوقع زواله بالبلوغ بخلاف المجنون فلا أمد له.

(٥) فله أمر يتوقع زواله غالباً فى زمن صحوته.

(٦) حين بلوغه فاسد العقل.

(٧) على عدم الفرق بين المطبق و غيره، و هى الأخبار المتقدمة، و لكن قد عرفت أن محموله على المطبق فقط عند المشهور.

(٨) بين المطبق و غيره، بجواز طلاق الولي عن الأول دون الثانى.

(٩) بل عليه المشهور كما عرفت.

(١٠) أى جواز طلاق المجنون.

(١١) حاكما كان أم أباً أو جدًا، هذا و قال الشارح فى المسالك عن قصور دلالة الأخبار على ذلك: (لأن السائل وصف الزوج بكونه ذاهب العقل ثم يقول له الإمام: ما له لا يطلق، مع الإجماع على أن المجنون ليس له مباشرة الطلاق و لا أهليه التصرف، ثم تعلل السائل عدم طلاقه بكونه منكر الطلاق أو لا يعرف حدوده ثم يجيبه بكون الولي بمنزله السلطان) انتهى. فأشكال الشارح مبنى على كون الروايات ناظرة إلى المجنون، و مثله لا يصح له إيقاع الطلاق و لا السؤال عن السبب فى عدم طلاقه كما وقع من المعصوم عليه السلام، و فاته أن الروايات ناظرة إلى المعتوه الذى هو ناقص العقل، و مثله تصح مباشرته للطلاق و لذا صح السؤال من المعصوم عن السبب فى عدم طلاقه، نعم إذا كان نقصان عقله إلى حد عدم العقل فهو من مراتب المجنون و قد حكم فى الروايات بجواز طلاق وليه و هو محل الشاهد فيها، فلذا أوردناه على المطلب.

المحققين ادعى الاجماع على جوازه (١) فكان (٢) أقوى في حججه منها (٣). و العجب أن الشيخ في الخلاف ادعى الإجماع على عدمه (٤).

(و) كذا (لا) يطلق الولي (عن السكران (٥)، و كذا المغمى عليه، و شارب المرقد كالنائم، لأن عذرهم متوقع الزوال (و الاختيار (٦) فلا يقع طلاق المكره) كما (١) أي جواز طلاق المجنون من وليه.

(٢) أي الإجماع المذكور.

(٣) من الأخبار، و العجب أن المشهور ذهب إلى الحكم استنادا إلى هذه الأخبار، و إجماع الفخر إجماع مدركي لا حجيه فيه، فكيف يكون أقوى في الحجيه منها.

(٤) أي عدم جواز طلاق المجنون من وليه، هذا و قال الشارح في المسالك: (و العجب هنا أن الشيخ فخر الدين ادعى في شرحه الإجماع على جواز طلاق الولي عن المجنون المطبق، مع دعوى الشيخ الإجماع على عدمه و موافقه ابن إدريس له، و الحق أن الإجماعين ممنوعان) انتهى.

(٥) قد عرفت اشتراط العقل في المطلق، فلا يصح طلاق المجنون، و كذا السكران و من غلب على عقله ياغماء أو شرب و ما شاكل ذلك، لعدم القصد في الجميع مع أنه شرط في صحه الطلاق، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن طلاق السكران؟ فقال عليه السلام: لا يجوز و لا عتقه) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (سألته عن طلاق السكران فقال: لا يجوز و لا كرامه) ٢، و خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس طلاق السكران بشيء) ٣، و خبر زكريا بن آدم عن الرضا عليه السلام (عن طلاق السكران و الصبي و المعتوه و المغلوب على عقله و من لم يتزوج؟ فقال عليه السلام: لا يجوز) (٢).

و لا يطلق الولي عن السكران كما لا يصح عن النائم و المغمى عليه، لاشتراك الجميع في أن لهم أمدا يرتقب بخلاف المجنون المطبق، بعد عموم النبوي (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (٣).

(٦) الشرط الثالث المعبر في المطلق الاختيار، بلا خلاف فيه و لا إشكال للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن طلاق المكره و عتقه، فقال: ليس

ص: ٢٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤ و ١ و ٢.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٧.

٣- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

لا يقع شيء من تصرفاته (١) عدا ما استثنى (٢) و يتحقق الإكراه (٣)

طلاقه بطلاق و لا عتقه بعق (١)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لو أن رجلا- مسلما مرّ بقوم ليسوا بسطان فقهره حتى يتخوف على نفسه أن يعتق أو يطلق ففعل لم يكن عليه شيء) ٢، و خبر يحيى بن عبد الله بن الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- يجوز طلاق في استكراه - إلى أن قال - وإنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه و لا إضرار) ٣ بالإضافة إلى حديث رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروهوا عليه. (٢)، و عليه فلا يصح طلاق المكره، و الاختيار المقابل للإكراه هو صدور الفعل عن طيب نفس و رضا، و ليس المراد بالاختيار هو القصد الذي هو الشرط الرابع من شروط المطلق، فما عن بعضهم من الاستدلال على اعتبار الاختيار بعدم القصد إلى الطلاق ليس في محله.

(١) أي تصرفات المكره، كبيعه و شرائه و إجارتة و هبته و بقيه عقودة و إيقاعاته.

(٢) كإكراهه على بيع ماله من قبل الحاكم لأداء دينه، أو للإتفاق على زوجته و أقاربه و نحو ذلك.

(٣) جرت عادة الفقهاء على ذكر الإكراه و شرح موضوعه في هذا المقام، فلذا قال الشارح في المسالك: (و قد جرت عادة الفقهاء بذكر حدّ الإكراه في هذا المحل مع الاحتياج إليه فيما قبله من العقود و غيرها)، و قال في الجواهر: (و لكن جرت عادة المصنفين من العامه و الخاصه التعرض لموضوعه في المقام) انتهى.

هذا و المرجع في معنى الإكراه هو العرف و العفه بعد عدم وضع شرعى له، و المعنى العرفى له هو حمل الغير ما يكرهه بتخويف مما يحذره، و لكن هذا المعنى العرفى لا يتحقق إلا بأمور ثلاثه.

الأول: كون المكره قادرا على فعل ما توعد به.

الثاني: غلبه الظن أن يفعل ذلك مع امتناع المكره.

الثالث: أن يكون ما توعد به مضرا بالمكره في خاصه نفسه أو من يجرى مجرى نفسه من أبيه و ولده و غيرهما، من قتل أو جرح أو ضرب شديد أو حبس أو شتم أو إهانته أو استخفاف.

و الضرب و الشتم و الاستخفاف و الإهانته تختلف باختلاف الناس و أحوالهم، فربّ وجيه تنقّص فيه الكلمه الواحده فضلا عن الضربه بخلاف المتبذل، و ليس كذلك الجرح و القتل

ص: ٢٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٢ و ٤.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٢ و ١٦ - من أبواب جهاد النفس.

بتوعده (١) بما يكون مضرا (٢) به في نفسه، أو من يجرى مجراه (٣) بحسب حاله (٤) مع قدره المتوعد (٥) على فعل ما توعد به، و العلم (٦)، أو الظن أنه (٧) يفعله به (٨) لو لم يفعل (٩).

و لا فرق بين كون المتوعد به قتلا، و جرحا، و أخذ مال (١٠) و إن قَلَّ، و شتما، و ضربا، و حبسا (١١) و يستوى في الثلاثة الأول (١٢) جميع الناس.

أما الثلاثة الأخيره (١٣) فتختلف باختلاف الناس فقد يؤثر قليلها في الوجيه الذي ينقصه (١٤) ذلك (١٥)، اللذان يستوى فيهما جميع الناس من جهه الألم.

و كذلك يتحقق الإكراه بالتوعد بأخذ المال لكنه مختلف باختلاف حال الناس في اليسار و ضده فمنهم من لا يضر بحاله أخذ عشره دراهم، و منهم يضره أخذ درهم واحد، و عن البعض منا تبعا لبعض العامه أن التوعد بأخذ المال ليس إكراها، و هو كما ترى.

(١) أى توعد المكره هذا هو الأمر الثالث المتقدم.

(٢) أعم من الضرر النفسى و العرض و المالى.

(٣) من الأقارب.

(٤) جار و مجرور متعلق بقوله (مضرا به).

(٥) هذا هو الأمر الأول المتقدم.

(٦) مبتدأ خبره أن يفعله، و هذا هو الأمر الثانى المتقدم.

(٧) أى أن المكره بالكسر.

(٨) أى يفعل المتوعد به بالمكره.

(٩) أى لو لم يفعل المكره الطلاق.

(١٠) رد على من لم يجعل الإكراه متحققا بأخذ المال.

(١١) و كذا الاستخفاف و الإهانه.

(١٢) و هى القتل و الجرح و أخذ المال، و لكن فى المسالك حصر الاستواء فى القتل و الجرح، و أما أخذ المال فيختلف باختلاف الناس.

(١٣) من الشتم و الضرب و الحبس.

(١٤) من التنقيص بمعنى التعيب و القدح.

(١٥) و هو القليل من الأمور الثلاثة الأخيره.

ص: ٢٧

و قد يحتمل بعض الناس شيئا منها (١) لا يؤثر في قدره، و المرجع في ذلك (٢) إلى العرف، و لو خيّر المكره بين الطلاق، و دفع مال غير مستحق (٣) فهو إكراه، بخلاف ما لو خيّر بينه (٤)، و بين فعل يستحقه الأمر من مال، و غيره (٥)، و إن حتم أحدهما (٦) عليه. كما لا إكراه (٧) لو أُلزمه بالطلاق ففعله (٨) قاصدا إليه، أو على طلاق معينه فطلق غيرها (٩)، أو على طلقه فطلق أزيد (١٠).

و لو أكرهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلق معينه (١١) فالأقوى أنه إكراه.

(١) من الثلاثة الأخيره و إن كثر.

(٢) من التنقيص في الأمور الثلاثة الأخيره.

(٣) أى غير واجب الدفع عليه، و كذا لو خيره بين الطلاق و بين كل فعل غير واجب عليه و لا- اختصاصا لخصوص المال فهو إكراه كما هو المعنى العرفى للفظ الإكراه.

(٤) بين الطلاق.

(٥) و غير المال مما يستحقه المكره بالكسر كما لو قال: طلق زوجتك و إلا- قتلتك قصاصا، و كان القصاص مستحقا عليه للمكره، أو خيّر بين الطلاق و بين حق واجب عليه كما لو خيّر الحربى بين الطلاق و الإسلام، أو خيّر المرتد كذلك فلا معنى للإكراه حينئذ.

(٦) أى أحدهما غير المعين عليه، و إلا مع حتم أحدهما عليه فهو المكره به خاصه.

(٧) لا- خلاف و لا إشكال فى أنه لو حصل ما يرفع به ظهور الكراهه، أو حصل ما يظهر به الاختيار صح الطلاق، و لكن هناك موارد قد التبس فيها الأمر من حصول الاختيار و ارتفاع الكراهه.

فمنها: ما لو أكره عن الطلاق فطلق ناويا، فعن التحرير و المسالك و الروضه هنا وقوع الطلاق و عدم الإكراه، أما وقوع الطلاق فلحصول اللفظ و القصد، و أما عدم الإكراه إذ هو غير مكره على النيه و إن أكره على التلفظ، و قيل: إنه يقع باطلا- لتحقق الإكراه، إذ لو لا الإكراه لما فعله، و لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ و مجرد النيه لا أثر لها.

(٨) أى فعل الطلاق قاصدا إليه و ناويا.

(٩) و من جملة الموارد التى يتضح فيها ظهور الاختيار ما لو أكرهه على طلاق واحده معينه فطلق غيرها، فلا شبهه هنا فى وقوع الطلاق و عدم تحقق الإكراه، لأن الواقع منه مبين لما أكرهه عليه من كل وجه.

(١٠) فلو أكرهه على طلقه واحده فطلق ثلاثا فإنه يشعر برغبته و أشاع صدره للطلاق، فلا إكراه حينئذ و يقع الجميع واحده.

(١١) فلو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه لا على التعيين فطلق واحده بعينها فقبل: يقع

إذ لا يتحقق فعل مقتضى أمره (١) بدون إحداهما (٢)، وكذا القول في غيره (٣) من العقود و الإيقاع (٤)، ولا يشترط التوريه (٥) بأن ينوى غيرها (٦) و إن أمكنت (٧). (و القصد (٨)، الطلاق، لأنه مختار في تعيينها، ولأنه لما عدل عن الإيهام إلى التعيين فقد زاد ما أكره عليه، لأن المكره عليه هو طلاق إحداهما و هو أمر كلي و ليس الأمر بالأمر الكلي أمرا بالجزئي المعين بل هو أمر بالقدر المشترك بين الجزئيات.

و قد احتمل قويا في المسالك عدم وقوع الطلاق و أن الإكراه متحقق، لأن متعلق الإكراه و إن كان كليا لكنه يتأدى بفرده، و طلاق الواحد من زوجاته أحد أفراده، نعم لو كان الإكراه على الإيهام بأن أكرهه على قول: إحدى زوجاتي طالق مثلا، فعدل إلى التعيين فهو ليس بإكراه و يصح الطلاق.

(١) أي أمر المكره عليه.

(٢) أي إحدى الزوجتين.

(٣) غير الطلاق.

(٤) فما يقع عن إكراه لا أثر له كالطلاق الواقع عن إكراه.

(٥) لا يعتبر في الحكم ببطان طلاق المكره التوريه، و إن كان يحسنها، لأن المقتضى لعدم وقوع الطلاق هو الإكراه و هو متحقق بلا- فرق بين إمكان التوريه و عدمها كما ذهب إليه الشارح في المسالك و جماعه، و الحق لا يصدق عنوان الإكراه مع قدرته على التوريه تحقيقا لمعنى الإكراه، لأنه مع قدرته على التوريه و لم يفعل لا يصدق عنوان الإكراه.

(٦) بأن يتلفظ باسم زوجته لو أكره على طلاقها و يريد غيرها المسماه باسمها.

(٧) أي التوريه.

(٨) الشرط الرابع من شروط المطلق القصد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق) (١)، و خبر اليسع عن أبي جعفر عليه السلام (لو أن رجلا طلق على سنه و على طهر من غير جماع و أشهد و لم ينو الطلاق لم يكن طلاقه طلاقا) ٢.

هذا و المطلق بحسب قصده للفظ و المعنى على أحوال أربعه، أن يكون اللفظ صادرا من غير قصد، كاللفظ الصادر من النائم أو الغالط، و أن يكون اللفظ مقصودا منه دون معناه كما لو قال: أنت طالق على وزن أنت قائم، و أن يكون اللفظ مقصودا و كذا المعنى

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤ و ١.

فلا عبره بعبارة الساهى، و النائم، و الغالط (١).

و الفرق بين الأول و الأخير: أن الأول لا قصد له مطلقا (٢) و الثانى (٣) له قصد إلى غير من طلقها فغلط و تلفظ بها (٤).

و مثله (٥) ما لو ظن زوجته أجنبيه بأن كانت فى ظلمه، أو أنكحها له وليه، أو وكيله و لم يعلم (٦)، و يصدّق فى ظنه ظاهرا (٧) و فى عدم القصد لو ادعاه (٨) العده الرجعيه، و لا يقبل فى غيرها (٩)، إلا مع اتصال الدعوى بالصيغه (١٠)، بالإراداه الاستعماليه دون الجديه كالهازل، و أن يكون اللفظ مقصودا و كذا المعنى بالإراداه الاستعماليه و الجديه، لا إشكال فى صحه الطلاق فى الرابع لأنه مقصود، كما لا إشكال فى عدم صحه الطلاق فى غيره لأن الطلاق كبقية الإيقاع و العقود من الأمور القصدية، و مع عدم القصد للفظ أو المعنى لا يتحقق عنوان الإيقاع أو العقد.

(١) و كذا الهازل.

(٢) لا للفظ و لا للمعنى، و كذا النائم.

(٣) أى الأخير.

(٤) فهو غير قاصد للفظ.

(٥) و مثل الغالط.

(٦) أى و لم يعلم الزوج إنكاحها له.

(٧) أى يصدق المطلق لو ادعى أن ظنه قائم على أن زوجته أجنبيه فلذا طلقها، أو أن ظنه قائم على عدم إنكاح وليه لها.

(٨) أى ادعى عدم القصد بحيث أوقع الطلاق ثم قال: لم أقصد الطلاق قبل منه ظاهرا و دين بنيته باطنا، و إن تأخر تفسيره ما لم تخرج من العده، لأنه إخبار عن نيته و لا- يمكن الاطلاع عليها إلا من قبله، فكان قوله مقبولا كظائره من الأمور التى لا تعلم إلا من المختبر على المشهور بلا فرق بين كون الزوجه فى العده الرجعيه و غيرها و عن الشارح و جماعه أن الحكم كذلك ما دامت المرأه فى العده الرجعيه لأن للزوج الرجعه، و دعواه عدم القصد يقوم مقام الرجعه حينئذ كما لو أنكر الطلاق، بخلاف ما لو كانت المرأه فى العده البائنه فليس للزوج الرجوع و إن كان عدم القصد يقوم مقام الرجعه.

(٩) غير العده الرجعيه من العده البائنه.

(١٠) أى مع اتصال دعواه عدم القصد بصيغه الطلاق، فتكون الدعوى قرينه متصله لا توجب انعقاد الطلاق، فلذا لا يصح سواء كانت المرأه فى الرجعيه أو البائنه.

و اطلق جماعه من الأصحاب قبول قوله فى العده من غير تفصيل (١).

فى توكيل الزوجه فى طلاق نفسها

(و يجوز توكيل الزوجه فى طلاق نفسها (٢)، و غيرها) كما يجوز (١) بين الرجعيه و البائنه، و لا بين اتصال الدعوى بالصيغه و عدم الاتصال كما هو المشهور.

(٢) المشهور على عدم اعتبار المباشره و أن الوكاله جائزه فى الطلاق لصحيح سعيد الأعرج عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يجعل أمر امرأته إلى رجل فقال: اشهدوا إنى قد جعلت أمر فلان فى فلان فى طلاقها أ يجوز ذلك؟ فقال عليه السلام: نعم) (١)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: فى رجل جعل طلاق امرأته بيد رجلين فطلق أحدهما و أبى الآخر، فأبى أمير المؤمنين عليه السلام أن يجيز ذلك حتى يجتمعا جميعا على طلاق) (٢) و مثلها غيرها.

و عن الشيخ و ابنى البراج و حمزه جواز الوكاله عن الغائب دون الحاضر جمعا بين ما تقدم و بين خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تجوز الوكاله فى الطلاق) (٣) بحمل هذه على الحاضر دون تلك فهى محموله على الغائب، و فيه أنه جمع تبرعى لا شاهد له من الأخبار مع إعراض المشهور عنه بعد ضعف سنده.

و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه الحسن بن سماعه من اعتبار المباشره مطلقا لنفس خبر زراره المتقدم، و توقف فيه الكلينى.

و على المشهور فهل يجوز أن يوكلها فى طلاق نفسها كما هو المشهور أيضا، لأنه فعل يقبل النيابة و المحل قابل فجاز كما لو و كل غيرها من النساء أو توكلت هى فى طلاق غيرها، و عن الشيخ فى المبسوط عدم الجواز، لأن القابل لا يكون فاعلا، و لظاهر قوله عليه السلام (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (٤) بدعوى أنه يقتضى عدم جواز التوكيل مطلقا و خرج من غير المرأه بدليل من خارج فتبقى هى على أصل المنع.

و لا يخفى ضعف دليله، أما الأول فالمغايره بين القابل و الفاعل فى توكيل المرأه طلاق نفسها حاصل، إذ يكفى فى التغير الاعتبار، و هما مختلفان بالحيثه فالمرأه فاعل بالوكاله و قابل بالأصله، و الخبر مع ضعف سنده لا يفيد الحصر، و على تقدير التسليم بالحصر فما أخرج غيرها من الوكلاء عنه يخرجها لتناولها لها، و منه تعرف ضعف توقف المحقق السبزوارى و المحدث الكاشانى و البحرانى فى ذلك.

ص: ٣١

١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

توليها (١) غيره (٢) من العقود (٣)، لأنها (٤) كامله فلا وجه لسلب عبارتها فيه (٥)، و لا يقدح كونها بمنزله موجه و قابله على تقدير طلاق نفسها، لأن المغايره الاعتباريه كافيه. و هو (٦) مما يقبل النيايه (٧) فلا خصوصيه للنائب، و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله و سَلَّمَ: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» لا ينافيه (٨)، لأن يدها مستفاده من يده (٩)، مع أن دلالتة (١٠) على الحصر (١١). ضعيفه (١٢).

في ما يعتبر في المطلقة

(و يعتبر في المطلقة الزوجيه (١٣)

(١)تولى الزوجه.

(٢)أى غير الطلاق.

(٣)الإيقاعات أيضا.

(٤)أى الزوجه.

(٥)في الطلاق بخلاف الصبى و المجنون فإنهما مسلوبا العبارة فلا تصح وكالتهما لا فيه و لا فى غيره من العقود و الإيقاعات.

(٦)أى الطلاق.

(٧)لأن صحته غير متوقفه على مباشره الزوج له.

(٨)أى لا ينافى فى قبول الطلاق للنيايه.

(٩)أى يد الزوج.

(١٠)أى دلالة النبوى.

(١١)أى حصر الطلاق بيد الزوج.

(١٢)لأن الجملة الاسميه و الابتداء لا يفيدان الحصر و ليسا من أدواته، بخلاف تقديم ما حقه التأخير أو أدوات الحصر كإنما و الاستثناء بعد النفى و نحوهما.

(١٣)شروع فى شروط المطلقة و هى خمس، الأول الزوجيه، و هو مما لا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث: (أنه سئل عن الرجل قال:

كل امرأه أتزوجها ما عاشت أمى فهى طالق، فقال عليه السلام: لا طلاق إلا بعد نكاح و لا عتق إلا بعد ملك) (١٤)، و صحيح

محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام (سألته عن رجل قال: إن تزوجت فلانه فهي طالق، و إن اشترت فلانا فهو حر، و إن اشترت هذا الثوب فهو في المساكين، فقال: ليس بشيء، لا يطلق إلا ما يملك، و لا يعتق إلا ما

ص: ٣٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

فلا- يقع بالأجنبيه و إن علقه (١) على النكاح، و لا- بالأمه (٢)،(و الدوام (٣) فلا- يقع بالمتمتع بها،(و الطهر (٤) من الحيض، و النفاس إذا كانت المطلقة مدخولا بها)

يملك، و لا يصدّق إلا ما يملك(١)، و خبر النضر عن أبي عبد الله عليه السلام (لا طلاق قبل نكاح، و لا عتق قبل ملك، و لا يتم بعد إدراك)٢ و مثلها غيرها و منهما تعرف عدم الصحة لو علق الطلاق على التزويج بأن قال: إن تزوجت فلانه فهي طالق، بلا فرق بين تعيين الزوجه كما فى المثال و عدم التعيين كما لو قال: إن تزوجت فزوجتى طالق بلا خلاف فى ذلك ردا على من خالف من العامه فى تعليق الطلاق على التزويج.

(١)أى الطلاق.

(٢)فلو أوقع الطلاق على الموطوءه بالملك فلا حكم له، و بقيت محلله بأصل الملك بلا خلاف فيه بعد حصر سبب الحل بالعقد أو الملك فى قوله تعالى: إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٢) ، و حصر الطلاق بعد النكاح فيحصر رفع سبب الحل الناشئ من الملك برفعه، إما بالبيع أو العتق أو الهبه و نحو ذلك من وجوه النقل.

(٣)الشرط الثانى من شروط المطلقة دوام العقد، فلا يقع الطلاق بالمتمتع بها، بلا خلاف فيه، بل تبين المتمتع بها بانقضاء المده أو بهبتها المده للأخبار.

منها: صحيح عمر بن أذينة عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث فى المتعه (فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق)(٣) ، و خبر الحسن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام (و المتعه ليس فيها طلاق)(٤) ، و خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (فى المتعه ليست من الأربع، لأنها لا تطلق و لا ترث و إنما هى مستأجره)(٥) ، و منه تعرف ضعف ما فى الجواهر من قوله: (و إن لم يحضرنى من النصوص ما يدل على عدم وقوع الطلاق بالمستمتع بها) انتهى.

(٤)الشرط الثالث من شروط المطلقة خلوها من الحيض و النفاس إذا كان الزوج حاضرا و قد دخل بها، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل طلق امرأته و هى حائض فقال:

ص: ٣٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٢ من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢ و ٤.

٢- (٣) سورة المعارج، الآية: ٣١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب المتعه حديث ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٤.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المتعه حديث ٤.

الطلاق لغير السنه باطل(١)، و صحيح عمر بن أذينه عن زراره و محمد بن مسلم و بكير و بريد و فضيل و إسماعيل الأزرق و معمر بن يحيى كلهم عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام (إذا طلق الرجل في دم النفاس أو طلقها بعد ما يمسه فليس طلاقه إياها بطلاق)٢، و صحيح عمر بن أذينه عن بكير بن أعين و غيره عن أبي جعفر عليه السلام (كل طلاق لغير العده فليس بطلاق، أن يطلقها و هي حائض أو في دم نفاسها أو بعد ما يغشاها قبل أن تحيض فليس طلاقه بطلاق)٣.

و اشتراط الخلو من الحيض و النفاس غير معتبر في موارد و هي: الحامل و غير المدخول بها و ما كان زوجها غائبا، أما الحامل و غير المدخول بها فلا يشترط الخلو من الحيض و النفاس بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس بطلاق خمس على كل حال:

الغائب عنها زوجها، و التي لم تحض، و التي لم يدخل بها زوجها، و الحلبي، و التي قد يئست من المحيض)٤، و صحيح محمد بن مسلم و زراره و غيرهما عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام (خمس يطلقهن أزواجهن متى شاءوا: الحامل المستبين حملها، و الجارية التي لم تحض، و المرأة التي قد قعدت من المحيض، و الغائب عنها زوجها، و التي لم يدخل بها)٥، و صحيح حماد عن أبي عبد الله عليه السلام (خمس يطلقن على كل حال:

الحامل و التي قد يئست من المحيض و التي لم يدخل بها، و الغائب عنها زوجها، و التي لم تبلغ المحيض)٦.

و أما الصغيره و اليائسه فاشتراط الخلو لا- معنى له، لأنهما من قبيل السالبيه بانتفاء الموضوع، حيث لا حيض و لا نفاس عندهما حتى يشترط خلوهما و أما ما لو كان زوجها غائبا فلا يشترط خلوها من الحيض و النفاس بلا خلاف فيه للأخبار التي قد تقدم بعضها.

نعم وقع الخلاف بينهم في قدر الغيبه الموجب لجواز الطلاق في الحيض، فعن جماعه كالمفيد و والد الصدوق و العماني و المديلمى و الحلبي أنه يجوز مطلقا من دون تقدير للمده تمسكا بالأخبار المتقدمه المطلقه، و بصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (عن

ص: ٣٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢ و ٥ و ٩.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣ و ٤.

٣- ((٦)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٥.

(حائلا (١) حاضرا زوجها معها) فلو اختلفت أحد الشروط الثلاثة (٢) بأن كانت غير مدخول بها، أو حاملا إن قلنا بجواز حيضها (٣)، أو زوجها غائب عنها، صح طلاقها و إن كانت حائضا، أو نفساء، لكن ليس مطلق الغيبه كافيا في صحه طلاقها، بل الغيبه على وجه مخصوص.

و قد اختلف في حد الغيبه المجوّزه له (٤) على أقوال أجودها (٥) مضى مده الرجل يطلق امرأته و هو غائب؟ قال عليه السلام: يجوز طلاقه على كل حال و تعتد امرأته من يوم طلقها(١).

و عن الشيخ في النهايه و ابن حمزه في الوسيله تقديرها بشهر لموثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (الغائب إذا أراد أن يطلقها تركها شهرا)٢، و خبر ابن سماعه (سألت محمد بن أبي حمزه متى يطلق الغائب؟ فقال: حدثني إسحاق بن عمار أو روى إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام أو أبي الحسن عليه السلام قال: إذا مضى له شهر(٢).

و عن الإسكافي و العلامه في المختلف تقديرها بثلاثة أشهر لصحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل إذا خرج من منزله إلى السفر فليس له أن يطلق حتى تمضي ثلاثه أشهر)٤، و موثق إسحاق بن عمار (قلت لأبي إبراهيم: الغائب الذي يطلق أهله كم غيبته؟ قال: خمسه أشهر سته أشهر، قلت: حد دون ذا، قال: ثلاثه أشهر)٥.

و عن الشيخ في الاستبصار و الحلبي و العلامه في أكثر كتبه و المحقق و هو المشهور بين المتأخرين أنه يقدر انتقالها من طهر ووطنها فيه إلى طهر آخر، و عليه يحمل اختلاف الأخبار، لأن عادات النساء في الحيض مختلفه بالنسبه إلى الشهر و الثلاثه و الأربعة و الأزيد، فالميزان على العلم بانتقالها من طهر إلى آخر، و به يتم الجمع بين الأخبار.

(١) أي غير حامل.

(٢) من الدخول و بعد كونها حائلا و من حضور زوجها معها.

(٣) أي حيض الحامل على ما حرر في كتاب الحيض.

(٤) للطلاق و إن تبنى أنها في الحيض.

(٥) و هو المشهور.

ص: ٣٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٣.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٥ و ٧ و ٨.

يعلم أو يظن انتقالها من الطهر الذى واقعها فيه إلى غيره (١). و يختلف ذلك (٢) باختلاف عاداتها، فمن ثم اختلف الأخبار فى تقديرها (٣)، و اختلف بسببها (٤) الأقوال، فإذا حصل الظن (٥) بذلك (٦) جاز طلاقها و إن اتفق كونها حائضا حال الطلاق، إذا لم يعلم بحيضها حينئذ (٧) و لو بخبر من يعتمد على خبره (٨) شرعا، و إلا (٩) بطل و فى حكم علمه بحيضها علمه بكونها فى طهر المواقعه (١٠) على الأقوى.

(١) أى إلى طهر آخر.

(٢) أى انتقالها من طهر إلى آخر.

(٣) أى تقدير الغيبه.

(٤) أى بسبب الأخبار المختلفه.

(٥) و كذا العلم بطريق أولى.

(٦) أى بانتقالها من طهر وطئها فيه إلى طهر آخر.

(٧) حين الطلاق، هذا و على القول بوجوب التربص للغائب مده حتى يطلق زوجته، فلو تربص المده ثم طلق و تبين دافعا أنها فى طهر غير طهر المواقعه فلا إشكال فى صحه الطلاق لاجتماع شرائطه المعتبره فى صحته واقعا و ظاهرا، و لو طلق ثم تبين كونها حائضا حال الطلاق فلا خلاف و لا إشكال فى صحه الطلاق لاجتماع شرائطه المعتبره فى صحته ظاهرا إذ قد أمر بالتربص و فعل، و يشهد له خبر أبى بصير (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يطلق امرأته و هو غائب، فيعلم أنه يوم طلقها كانت طامثا، قال عليه السلام: يجوز) (١).

(٨) كالعدين.

(٩) بأن كان عالما بحيضها حين الطلاق فيبطل الطلاق، لأن الأخبار الداله على جواز طلاق الغائب من دون اشتراط خلوها من الحيض و النفاس ظاهره فى جهله بحال الزوجه، و أما مع علمه فهو كالحاضر فيشترط طلاقه بخلوها حينئذ.

(١٠) قال فى المسالك: (لو طلقها بعد انقضاء المده المعتبره و لكن اتفق له مخبر يجوز الاعتماد عليه شرعا بأنها حائض بسبب تغير عاداتها، ففى صحه الطلاق حينئذ وجهان: أجودهما عدم، و كذا لو أخبره ببقائها فى طهر المواقعه، أو بكونها حائضا أيضا آخر بعد الطهر المعتبر فى صحه الطلاق، لاشتراك الجميع فى المقتضى للبطلان، و صحه طلاقه غائبا

ص: ٣٦

و فى المسأله (١) بحث عرىض قد حققناه فى رساله مفرده من أراء تحقيق الحال فلىقف عليها.

و فى حكم الغائب من لا يمكنه معرفه حالها (٢) لحبس و نحوه مع حضوره (٣)، كما أن الغائب (٤) الذى يمكنه معرفه حالها، أو قبل انقضاء المده المعتبره (٥)، فى حكم الحاضر.

و يتحقق ظن انقضاء نفاسها (٦)

مشروطه بعدم الظن بحصول المانع) انتهى و المانع هو وجودها فى حيض أو فى طهر المواقعه.

(١) و هى طلاق الغائب.

(٢) حال الزوجه و أنها حائض أو فى طهر.

(٣) أى مع حضور الزوج، هذا و اعلم أنه لو كان حاضرا و لكن لا- يمكنه الوصول إلى الزوجه و استعمال حالها لحبس و نحوه فالمشهور بين الأصحاب على أنه بمنزله الغائب فيما مر من الحكم و الأقوال، و يشهد له صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن رجل تزوج امرأه سرا من أصلها، و هى فى منزل أهلها و قد أراد أن يطلقها و ليس إليها فيعلم طمئتها إذا طمئت، و لا يعلم بطهرها إذا طهرت، فقال عليه السّلام: هذا مثل الغائب عن أهله، يطلق بالأهله و الشهور)(١).

و أنكر ابن إدريس إلحاق غير الغائب به محتجا بأصالة بقاء الزوجيه، و بأن حملة عليه قياس، و هو ضعيف مع النص الصحيح الصريح على الإلحاق الرافع للأصل، و غير المحوج إلى القياس.

(٤) أى لو كان غائبا عنها و لكن يمكنه استعمال حالها فإنه يكون بحكم الحاضر بلا خلاف فيه، لظهور أخبار الغائب فى ما لا يمكن استعمال حالها، و غيره كالحاضر الذى لا يصح طلاقه إلا بالشروط المعتبره فى الصحه.

(٥) التى جعلت حدا للغيبه المجوّزه للطلاق.

(٦) قد تقدم جواز طلاق الحامل، و تقدم جواز طلاق الغائب و إن كانت زوجته حائضا، و النفاس كالحيض فلو فارقها و لم يحتمل وضعها و نفاسها فيجوز الطلاق على كل حال لأنها حامل، و لو احتمل وضعها و نفاسها فلا بد من مضى مده يقع فيها الوضع و أكثر

ص: ٣٧

بمضى زمان تلد فيه (١) عاده و أكثر (٢) النفاس بعدها (٣)، أو عاداتها (٤) فيه (٥). و لو لم يعلم ذلك كله و لم يظنه تربص
ثلاثة أشهر كالمستراه (٦).

النفاس حتى تطهر ليصح طلاقها حينئذ.

(١) في الزمان الماضي.

(٢) عطف على الزمان، و المعنى: يمضى زمان و أكثر النفاس.

(٣) أى بعد الولادة بناء على عدم استمرار الدم فوق العشرة.

(٤) عطف على أكثر النفاس، و المعنى بمضى زمان و عاداتها فى النفاس إذا استمر الدم فوق العشرة بحسب حالها.

(٥) فى النفاس.

(٦) هى من سنّ من تحيض و لا تحيض لخلقه أو عارض فيشترط فى صحه طلاقها مضى ثلاثة أشهر من حين المواقعه بلا خلاف
فيه لصحيح إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (عن المستراه من الحيض كيف تطلق؟ قال: تطلق
بالشهور) (١)، و مرسل العطار عن أبى عبد الله عليه السلام (عن المرأة يستراب بها و مثلها تحمل و مثلها لا تحمل و لا تحيض، و
قد واقعها زوجها كيف يطلقها إذا أراد طلاقها؟ قال عليه السلام:

ليمسك عنها زوجها ثلاثة أشهر ثم يطلقها) (٢).

و فى المسالك و تبعه بعض من تأخر عنه أنه لا يلحق باستراه من تعتاد الحيض فى كل مده تزيد عن ثلاثة أشهر، فإن تلك لا
استراه فيها، بل هى من أقسام ذوات الحيض يجب استبراؤها بحيضه و إن توقف على ستة أشهر أو أزيد.

و على كل قال الشارح فى المسالك (و أطلق عليها اسم الاستراه تبعاً للنص و إلا فقد يحصل مع انقطاع حيضها فى هذا السن
استراه بالحمل و قد لا- يحصل) انتهى، و لما عمم المستراه لمستراه الحيض و الحمل فلذا جعل من لم يعلم انقضاء نفاسها و
وضعها و لم يظنه كالمستراه فى الحيض من ناحيه الحكم.

ثم لم يذكر الشهيدان الشرط الرابع من شروط المطلقة و هو أن تكون مستبرئة، بمعنى أن يقع طلاقها فى طهر لم يطأها فيه بلا
خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الفضلاء زواره و محمد بن مسلم و بكير و بريد و فضيل و إسماعيل الأزرق و معمر بن يحيى عن أبى جعفر و أبى
عبد الله عليهما السلام (إذا طلق الرجل فى دم النفاس أو

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العدد حديث ١٧.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

(و التعيين (١) أى تعيين المطلّقه لفظاً، أو نيه، فلو طلق إحدى زوجتيه لا طلقها بعد ما يمسه فليس طلاقه إياها بطلاق) (١)، و صحيح البنزطى عن الرضا عليه السّلام (عن رجل طلق امرأته بعد ما غشيها بشهاده عدلين، فقال: يطلقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشيها بشهاده عدلين) (٢) و مثلها غيرها. نعم تستثنى اليأس و الصغيره و الحامل و غير المدخول بها من هذا الشرط للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا بأس بطلاق خمس على كل حال:

الغائب عنها زوجها، و التي لم تحض، و التي لم يدخل بها، و الحبلية، و التي قد يئست من المحيض) (٣) و صحيح حماد عن أبي عبد الله عليه السّلام (خمس يطلقن على كل حال: الحامل، و التي قد يئست من المحيض و التي لم يدخل بها، و الغائب عنها زوجها، و التي لم تبلغ المحيض) ٤ و مثلها غيرها.

(١) الشرط الخامس من شروط المطلّقه، على المشهور، لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (عن رجل قال لامرأته: أنت علىّ حرام أو بائه أو بته أو بريه أو خليه، قال عليه السّلام: هذا كله ليس بطلاق، إنما الطلاق أن يقول لها فى قبل العده بعد ما تطهر من محيضها قبل أن يجامعها: أنت طالق أو اعتدى، يريد بذلك الطلاق، و يشهد على ذلك رجلين عدلين) (٤) و هو ظاهر فى اعتبار التعيين، و خبر محمد بن أحمد بن مطهر (كتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السّلام: إنى تزوجت أربعه نسوه و لم أسأل عن أسمائهن، ثم إنى أردت طلاق إحداهن و تزويج امرأه أخرى؟ فكتب عليه السّلام: انظر إلى علامه إن كانت بواحد منهن فتقول: اشهدوا أن فلانه التى بها علامه كذا و كذا هى طالق، ثم تزوج الأخرى إذا انقضت العده) (٥) و هو نص فى التعيين.

و عن الشيخ فى المبسوط و ابن البراج و المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد و الشهيد فى شرحه عدم اعتبار التعيين، فلو كان له زوجتان فقال: إحدى زوجتى طالق و لم ينو طلاق واحده معينه صح، و تستخرج بالقرعه كما عليه المحقق فى الشرائع، لأنها لكل أمر مشكل، أو يرجع فى التعيين إليه كما عليه العلامه فى القواعد.

ص: ٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤.

٣- (٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣ و ٥.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٣.

بعينها بطل (على الأقوى) لأصالة بقاء النكاح فلا يزول إلا بسبب محقق السببه (١)، ولأن الطلاق أمر معين فلا بد له من محل معين، وحيث لا محلّ فلا طلاق، ولأن الأحكام من قبيل الأعراض فلا بد لها من محل تقوم به، ولأن توابع الطلاق من العده و غيرها لا بد لها من محل معين.

وقيل: لا يشترط (٢) و تستخرج المطلقه بالقرعه أو يعين (٣) من شاء، لعموم مشروعيه الطلاق، و محلّ المبهم (٤) جاز أن يكون مبهماً، ولأن إحداهما زوجه و كل زوجه يصح طلاقها، وقواه المصنف فى الشرح، و يتفرع على ذلك (٥) العده. فقيل: ابتداءؤها من حين الايقاع (٦).

وقيل: من حين التعيين (٧)، و يتفرع عليه (٨) أيضا فروع كثيره (٩) ليس هذا (١٠) موضع ذكرها.

و القول بعدم التعيين محجوج بالأخبار المتقدمه، و استدل على الأول أيضا بأن الطلاق أمر معين فلا بد له من محل معين، و حيث لا محلّ فلا طلاق، و بأن الأحكام من قبيل الأعراض فلا بد لها من محل تقوم به، و أن الطلاق لدفع قيد النكاح، و النكاح لم يقع فى الخارج إلا- على شخص بعينها، فلا بد أن يكون الطلاق كذلك، و بأن الطلاق له توابع من العده و نحوها، و لا بد للتوابع من محل معين فكذا المتبوع و هو الطلاق، و هذه أمور استحسانيه أو عقليه ظنيه لا داعى لها بعد وجود الأخبار.

(١) و هو الطلاق مع التعيين.

(٢) أى التعيين.

(٣) أى المطلّق.

(٤) المبهم هو الطلاق و محله الزوجه و هو أشبه بالمصدره.

(٥) أى جواز الطلاق من غير تعيين.

(٦) أى إيقاع صيغه الطلاق، و هو قول للشيخ، لأن الطلاق يقع من وقت اللفظ لأنه جزم بالطلاق فلا يجوز تأخيره، نعم محله غير معين فيؤمر بالتعيين.

(٧) كما رجحه العلامة فى القواعد و التحرير، لأن الطلاق لا يؤثر إلا فى المحل المعين.

(٨) أى جواز الطلاق من غير تعيين.

(٩) منها حرمه زوجاته جمع إلى أن يعين واحده منها.

(١٠) لأن الكتاب مبنى على الاختصار، و من أراد الاطلاع عليها فليراجع المسالك، و لكن

ضعف المبني يكفيننا مؤونه الاشتغال بها.

هذا و لم يتعرض الشهيدان للإشهاد بالتفصيل مع أنه من جملة الأركان الأربعة للطلاق، و الإشهاد شرط في صحة الطلاق بالاتفاق لقوله تعالى: **أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ، وَ أَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ (١)**، و للأخبار:

منها: صحيح الفضلاء عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام (و إن طلقها في استقبال عدتها طاهرا من غير جماع و لم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إياها بطلاق) (٢)، و خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (من طلق بغير شهود فليس بشيء) (٣) و خبر ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قام رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام فقال: إني طلقت امرأتى للعدة بغير شهود، فقال: ليس طلاقك بطلاق فارجع إلى أهلِكَ) (٤)، و في خبره الآخر (قدم رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام بالكوفة فقال: إني طلقت امرأتى بعد ما طهرت من محيضها قبل أن أجامعها، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: أشهدت رجلين ذوى عدل كما أمرك الله؟ فقال: لا، فقال: اذهب فإن طلاقك ليس بشيء) (٥).

هذا و لا بد من اجتماع الشاهدين فلا يجوز لو كانا متفرقين، لظاهر الأدلة المتقدمة و خصوص صحيح البنزطى عن أبي الحسن عليه السلام (عن رجل طلق امرأته عن طهر من غير جماع و أشهد اليوم رجلا- ثم مكث خمسة أيام ثم أشهد آخر؟ فقال عليه السلام: إنما أمر أن يشهدا جميعا) (٣).

و تشترط الذكوره فى الشاهدين فلا تقبل شهاده النساء فى الطلاق للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن شهاده النساء فى النكاح؟ قال: تجوز إذا كان معهن رجل، و كان على عليه السلام يقول: لا- أجزها فى الطلاق) (٤)، و خبر داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث (و كان أمير المؤمنين عليه السلام يجيز شهاده المرأتين فى النكاح عند الإنكار، و لا يجيز فى الطلاق إلا شاهدين عدلين) (٨)، و خبر البنزطى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (فإن طلق على طهر من غير جماع بشاهد و امرأتين، قال عليه السلام: لا تجوز شهاده النساء فى الطلاق و تجوز شهادتهن مع غيرهن فى

ص: ٤١

١- (١) سورة الطلاق، الآية: ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣ و ٦ و ٩ و ٧.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٤- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢ و ٣٥.

الفصل الثاني في أقسام الطلاق

إشارة

(الفصل الثاني)

في أن أقسامه أربعة

(في أقسامه) (١) و هو (٢) ينقسم أربعة أقسام (و هي) (٣) ما عدا المباح و هو (٤) متساوى الطرفين (٥) من الأحكام (٦) الخمسة، فانه (٧) لا يكون كذلك (٨) بل إما راجح، أو مرجوح مع المنع (٩) من النقيض و تعينه (١٠) أم لا (١١)،
الدم إذا حضره(١).

و يكفى في الشهاده سماعهم الصيغه لصحيح البنظى عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (عن رجل كانت له امرأه طهرت من
محيضها فجاء إلى جماعه فقال: فلانه طالق يقع عليها الطلاق و لم يقل: اشهدوا؟ قال عليه السلام: نعم)(٢)، و صحيح صفوان
عن الرضا عليه السلام (سئل عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال: فلانه طلاق، و قوم يسمعون كلامه و لم يقل لهم: اشهدوا،
أ يقع الطلاق عليها؟ قال: نعم هذه شهاده)٣.

(١) أى أقسام الطلاق.

(٢) أى الطلاق.

(٣) أى الأقسام الأربعة.

(٤) أى المباح.

(٥) أى فعله كتركه على حد سواء.

(٦) جار و مجرور متعلق بقوله: متساوى الطرفين.

(٧) أى فإن الطلاق.

(٨) أى مباحا.

(٩) بالنسبه للراجح، فالراجح مع المنع من النقيض هو الواجب و بدون المنع من النقيض هو المستحب.

(١٠) أى تعين النقيض هذا بالنسبه للمرجوح، فالمرجوح مع تعين النقيض هو الحرام، لأن الفعل إذا كان مرجوحا و قد تعين
نقيضه الذى هو الترك فهو عين حرمة، و أما المرجوح مع عدم تعين النقيض فهو المكروه، و على كل فقول الشارح: (مع المنع

من النقيض و تعينه) متعلق بالراجع و المرجوح على نحو اللف و النشر المرتبين.

(١١) أى مع عدم المنع من النقيض بالنسبه للراجع، و مع عدم تعين النقيض بالنسبه للمرجوح.

ص:٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٢.

و تفصيلها (١) أنه (٢): إما حرام و هو (٣) طلاق الحائض، لا مع المصحح له (٤) و هو (٥) أحد الأمور الثلاثة السابقة أعنى عدم الدخول أو الحمل، أو الغيبه،(و) كذا (النفساء، و فى طهر جامعها فيه) و هى غير صغيره، و لا يائسه، و لا حامل مع علمه بحالها (٦) أو مطلقا (٧) نظرا (٨) إلى أنه لا يستثنى للغائب إلا كونها حائضا عملا بظاهر النص (٩).

(و الثلاث من غير رجعه) و التحريم هنا (١٠) يرجع إلى المجموع من حيث هو مجموع، و ذلك لا- ينافى تحليل بعض أفراده و هو الطلقه الأولى (١١) إذ لا منع منها إذا اجتمعت الشرائط.

(١) أى تفصيل أقسام الطلاق.

(٢) أى أن الطلاق.

(٣) كل طلاق على غير شروطه يقع باطلا فلو أتى به كذلك معتقدا شرعيته فهو محرم، و لكن اختص المحرم عندهم بثلاث:

الأول: طلاق الحائض و النفساء مع حضور الزوج بعد الدخول، و كذا مع غيبته دون المده المشترطه، و كذا طلاق المسترابه قبل ثلاثه أشهر.

الثانى: طلاق الزوجه فى طهر قد واقعها فيه مع عدم اليأس و الصغر و الحمل.

الثالث: طلاق الثلاث من غير رجعه بينها.

و هذا الحصر اصطلاحى و إلا فالطلاق بدون الإشهاد و بدون الصيغه المعتبره بالحل و إن أتى به بعنوان المشروعيه فهو محرم.

(٤) للطلاق حال الحيض.

(٥) أى المصحح.

(٦) بأنها فى طهر مواقعه.

(٧) أى سواء كان عالما أو جاهلا.

(٨) تعليل للإطلاق.

(٩) و قد تقدم، أما طهر مواقعه فلا يستثنى و إن كان جاهلا، و قد تقدم فيه البحث عند قول الشارح سابقا (و فى حكم علمه بحيضها علمه بكونها فى طهر مواقعه على الأقوى).

(١٠) فى الثلاث من غير رجعه.

(١١) بحيث لو وقع الثلاث من غير رجعه فإنه يقع طلقه واحده على المشهور على ما تقدم بيانه سابقا.

(وكله) أى الطلاق المحرم بجميع أقسامه (لا- يقع) بل يبطل (لكن يقع فى) الطلقات (الثلاث) من غير رجعه (واحد) و هى الأولى (١)، أو الثانية على تقدير وقوع خلل فى الأولى (٢)، أو الثالثة على تقدير فساد الأوليين.

(و إما مكروه، و هو الطلاق مع التام الأخلاق) أى أخلاق الزوجين فإنه ما من شىء مما أحله الله تعالى أبغض إليه من الطلاق (٣). و ذلك (٤) حيث لا موجب له.

(و إما واجب، و هو طلاق المولى (٥)، و المظاهر (٦) فإنه يجب عليه (٧) أحد الأمرين الفئه (٨)، أو الطلاق كما سيأتى، فكل واحد منهما يوصف بالوجوب التخيري، و هو (٩) واجب بقول مطلق (١٠).

(١) أى و التطيقه الواحده هى صيغه الأولى إذا وقعت الثلاث من غير رجعه على نحو الترتيب، كما لو قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، و هذا لا- يأتى لو وقع الثلاث مرسلا كما لو قال: أنت طالق ثلاثا، بحيث لو وقع خلل فى الصيغه الأولى فلا صيغه أخرى لا ثانية و لا ثالثة.

(٢) فى الصيغه الأولى.

(٣) فى خبر أبى هاشم عن أبى عبد الله عليه السلام (إن الله عزّ و جلّ يحب البيت الذى فيه العرس و يبغض البيت الذى فيه الطلاق، و ما من شىء أبغض إلى الله عزّ و جلّ من الطلاق) (١)، و صحيح ابن أبى عمير عن غير واحد عن أبى عبد الله عليه السلام (ما من شىء مما أحله الله أبغض إليه من الطلاق، و إن الله عزّ و جلّ يبغض المطلق الذواق) (٢)، و مرسل الطبرسى (تزوجوا و لا تطلقوا فإن الطلاق يهتر منه العرش) (٣).

(٤) أى الطلاق المبغوض إلى الله.

(٥) من أولى يولى إيلاء، و هو الحلف على ترك و طى الزوجه الدائمه أكثر من أربعة أشهر.

(٦) و هو من يشبه من يملك نكاحها بظهر محرمة عليه أبدا بنسب أو رضاع.

(٧) على المولى و المظاهر.

(٨) أى الرجوع مع الكفاره.

(٩) أى الطلاق هنا.

(١٠) من غير تقييد له بالتخيري أو التعينى.

ص: ٤٤

(و إما سنه (١)، و هو الطلاق مع الشقاق) بينهما (٢)، (و عدم رجاء الاجتماع) و الوفاق (٣)، (و الخوف من الوقوع فى المعصيه (٤) يمكن أن يكون هذا (٥) من تتمه شرائط سنّته على تقدير الشقاق، و يمكن كونه فردا برأسه. و هو الأظهر، فإن خوف الوقوع فى المعصيه قد يجامع اتفاقهما فيسنّ (٦) تخلصا من الخوف المذكور إن لم يجب كما وجب النكاح له (٧).

فى الطلاق السنى

(و يطلق الطلاق السنى (٨) المنسوب إلى السنه (على كل طلاق جائز شرعا).

و المراد به الجائز بالمعنى الأعم (و هو ما قابل الحرام) و يقال له: طلاق السنه بالمعنى الأعم. و يقابله البدعى و هو الحرام، و يطلق السنى على معنى أخص من الأول و هو أن يطلق على الشرائط (٩)، ثم يتركها حتى تخرج من العده (١٠) و يعقد عليها (١) أى مستحب.

(٢) بين الزوجين.

(٣) عطف على (الاجتماع) ففى خبر محمد بن حماد الحارثى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: خمس لا يستجاب لهم: رجل جعل بيده طلاق امرأته و هى تؤذيه و عنده ما يعطها و لم يخلّ سبيلها، و رجل أبق مملوكه ثلاث مرات و لم يبعه، و رجل مرّ بحائط مائل و هو يقبل إليه و لم يسرع المشى حتى سقط عليه، و رجل أقرض رجلا مالا فلم يشهد عليه، و رجل جلس فى بيته و قال: اللهم ارزقنى و لم يطلب (١)، و خبر خطاب بن مسلمه (دخلت على أبى الحسن عليه السلام و أنا أريد أن أشكو إليه ما ألقى من امرأتى من سوء خلقها، فابتدأنى فقال: إن أبى زوجنى مرّه امرأه سيئه الخلق فشكوت ذلك إليه فقال: ما يمنعك من فراقها؟ قد جعل الله ذلك إليك فقلت فيما بينى و بين نفسى: قد فرّجت عنى) ٢.

(٤) بالزنا مع الغير مثلا أو مطلق المعصيه.

(٥) أى الخوف من الوقوع فى المعصيه.

(٦) أى الطلاق.

(٧) أى للخوف من الوقوع فى المعصيه.

(٨) أى المشروع فى قبال المحرم، و هو البدعى، و هو كل طلاق غير مشروع يؤت به بعنوان المشروعيه.

(٩) أى شرائط الطلاق.

(١٠) أى العده الرجعيه.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٥ و ٣.

ثانياً و يقال له: طلاق السنه بالمعنى الأخص (١)، و سيأتى ما يختلف من حكمهما (٢).

(و هو) أى الطلاق السنى بالمعنى الأعم (٣)(ثلاثه) أقسام: (بائن) لا يمكن للمطلق الرجوع فيه ابتداء (٤)(و هو سته (٥): طلاق غير المدخول بها (٦) دخولا يوجب الغسل فى قبل، أو دبر،(و اليائسه) من الحيض. و مثلها لا يحيض (٧) (و الصغيره (٨)

(١)فى قبال الطلاق الذى يتعقبه الرجوع فى العده، و هو الطلاق العدى.

(٢)أى حكم الطلاق بالمعنى الأخص و الطلاق بالمعنى الأعم.

(٣)و هو كل مشروع هذا و اعلم أن المعروف بين الأصحاب هو تقسيم الطلاق إلى بائن و رجعى، و الرجعى إلى العدى و غيره، و فى الشرائع و التحرير و المتن هنا تقسيم الطلاق بالمعنى الأعم إلى بائن و رجعى و عدى، و هو مشكل من ناحيه أن جعل العدى قسيما للرجعى مع أنه قسم منه.

(٤)و إن أمكن الرجوع فى بعض أقسامه كالخلع و المباره بعد رجوعها فى البذل.

(٥)بلا إشكال و لا خلاف كما فى الجواهر.

(٦)للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (العده من الماء)(١)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها تطليقه واحده فقد بانت منه، و تزوج من ساعتها إن شاءت)٢، و خبر أبى الصباح الكناني عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها - إلى أن قال - و ليس لها عده تزوج من ساعتها)٣.

(٧)و هى من بلغت الخمسين أو الستين سنه على ما تقدم فى كتاب الحيض.

(٨)و إن دخل بها و هى من لم تبلغ سن المحيض و هو التسع، للأخبار.

منها: خبر ابن الحجاج (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: ثلاث يتزوجن على كل حال: التى قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، قلت: و متى تكون كذلك؟ قال:

إذا بلغت ستين سنه فقد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، و التى لم تحض و مثلها لا تحيض، قلت: و من يكون كذلك؟ قال: ما لم تبلغ تسع سنين فإنها لا تحيض و مثلها لا

ص: ٤٦

إذ لا عدّه لهذه الثلاث ولا رجوع (١) إلا في عدّه (و) طلاق (المختلعه).

و المباره (٢). ما لم ترجعا في البذل) فإذا رجعتا صار رجعيا (٣) (و المطلقه ثلثه) ثلاثه (٤) (بعد رجعتين) كل واحده (٥) عقيب طلقه إن كانت حره، و ثانيه بينها (٦) و بين الأولى رجعه إن كانت أمه (٧).

في الطلاق الرجعي

(و رجعي (٨)، و هو ما للمطلق فيه الرجعه)، سواء (رجع أو لا) فإطلاق الرجعي عليه (٩)

تحيض، و التي لم يدخل بها) (١) و مثلها غيرها من الأخبار، إلا أن اليائسه عن الحيض هي من بلغت الستين محمول على القرشيه لمرسل الصدوق (روى أن المرأه إذا بلغت خمسين سنه لم تر حمرة إلا- أن تكون امرأه من قريش) ٢ و تتمه البحث في كتاب الحيض.

(١) تعليل لعدم العده الرجعيه في الثلاث.

(٢) ففي صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (الخلع و المباره تطليقه بائن، و هو خاطب من الخطاب) (٢)، و في خبر داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في المختلعه قال: (عدتها عدّه المطلقه و تعتدّ في بيتها، و المختلعه بمنزله المباره) ٤.

(٣) على ما سيأتي بيانه في محله.

(٤) تفسير لثالثه بمعنى أن ثلاثه أنسب من ثالثه لتعلق الحكم بالثلاثه.

(٥) من الرجعتين.

(٦) بين الثانيه.

(٧) و من هنا تعرف أن الطلاق البائن على ثلاثه أقسام.

الأول: من لا عدّه لها و هي اليائسه و الصغيره و غير المدخول بها.

الثاني: من لها العده و لا يمكن للزوج الرجوع في الجملة و هي المختلعه و المباره.

الثالث: من لها العده و لا إمكان للزوج بالرجوع إليها في العده مطلقا و هي المطلقه ثلاثا بينها رجعتان.

(٨) و هو قسيم البائن، و هو ما عدا البائن الذي عرفت أن أقسامه سته، بلا خلاف فيه سواء اعتدت بالإقراء أو الشهور أو الوضع، و سواء راجع أم لم يراجع إلا أن للمطلق الرجعه في العده.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العدد حديث ٥ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢.

بسبب جوازها فيه (١) كإطلاق الكاتب على مطلق الإنسان من حيث صلاحيته لها (٢).

(و) الثالث (طلاق العده، و هو أن يطلق على الشرائط ثم يرجع في العده و يطأ، ثم يطلق في طهر آخر) و إطلاق العدى عليه من حيث الرجوع فيه (٣) في العده و جعله قسيما للأولين (٤) يقتضى مغايرته لهما مع أنه أخص من الثانى (٥)، فإنه من جملة أفرادها، بل أظهرها (٦) حيث رجع في العده، فلو جعله (٧) قسامين ثم قسم الرجعى إليه (٨) و إلى غيره (٩) كان أجود.

(و هذه) أعنى المطلقة للعده (تحرم في التاسعه أبدا (١٠) إذا كانت حره، و قد تقدم (١١) أنها تحرم في كل ثالثه حتى تنكح زوجها غيره، و إن المعتبر طلاقها للعده (١) أى بسبب جواز الرجعه في هذا الطلاق.

(٢) للكتابة و إن لم يكن كاتبا بالفعل.

(٣) في الطلاق.

(٤) من البائن و الرجعى.

(٥) أى الرجعى.

(٦) أى أظهر الأفراد.

(٧) أى الطلاق.

(٨) إلى العدى.

(٩) و هو الرجعى الذى لم يرجع الزوج في العده و إن جاز له الرجوع و هو المسمى بالسنى بالمعنى الأخص.

(١٠) المشهور بين الأصحاب على أن المطلقة تسعا للعده تحرم مؤبدا للإجماع كما عن جماعة، و لخبر المعلى بن خنيس عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل طلق امرأته ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها ثم طلقها فتركها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها ثم طلقها من غير أن يراجع، ثم تركها حتى حاضت ثلاث حيض؟ قال عليه السلام: له أن يتزوجها أبدا ما لم يراجع و يمس) (١)، و هو دال على عدم الحرمة الأبدية بغير طلاق العده، و لازمه الحرمة الأبدية لو كان الطلاق عديا.

(١١) الفصل الثالث من المحرمات من كتاب النكاح.

ص: ٤٨

مرتين من كل ثلاثة، لأن الثالث لا يكون عدياً حيث لا رجوع فيها فيه (١) (و ما عداه (٢) من أقسام الطلاق الصحيح و هو ما إذا رجع فيها (٣) و تجرد عن الوطء، أو بعدها (٤) بعقد جديد و إن وطئ (تحرم) المطلقة (في كل ثالثه للحره (٥)، و في كل ثانيه للأمه).

و في إلحاق طلاق المختلعه إذا رجع في العده بعد رجوعها في البذل و المعقود عليها (٦) في العده الرجعيه به (٧) قولان (٨): منشؤهما. من أن (٩) الأول (١٠) من أقسام البائن و العدى من أقسام الرجعى، و أن شرطه (١١) الرجوع (١) أى في العده في هذا الطلاق.

(٢) أى عدا الطلاق العدى.

(٣) في العده.

(٤) أى بعد العده.

(٥) و لا تحرم مؤبدا عليه في التاسعه و هذا هو الفارق بين الطلاق العدى و غيره.

(٦) أى و في إلحاق طلاق المعقود عليها.

(٧) بالعدى.

(٨) لو رجع بعد رجوع المختلعه في البذل أو عقد عليها في العده الرجعيه فهل يلحق بالعدى فيهما فتحرم في التاسعه أبداً أو لا يلحق به فلا- تحرم قولان، منشأ القول بعدم التحريم أن المختلعه من أقسام البائن و العدى من أقسام الرجعى فلا- يلحق به، و المعقود عليها في العده الرجعيه لا تحرم في التاسعه لأن شرط التحريم في التاسعه هو الرجوع في العده و مع العقد لا رجوع.

و منشأ القول بالتحريم أن رجوع المختلعه في البذل يصير الطلاق رجعيًا، و العقد في الرجعه بمعنى الرجعه فيلحقان بالعدى فتحرم في التاسعه.

هذا و قوى الشارح إلحاق طلاق المختلعه بالعدى دون المعقود عليها في العده، أما الأول لتحقق الرجوع في العده بعد رجوعها في البذل، و أما الثانى فلا يلحق بالعدى لعدم تحقق الرجوع في العده مع منع كون العقد بمعنى الرجعه فإنه و إن ساواها معنى لكن لا يلحق بها.

(٩) دليل عدم التحريم و عدم الإلحاق.

(١٠) و هو طلاق المختلعه.

(١١) أى شرط العدى، و هو وجه عدم إلحاق المعقود عليها بالعدى.

فى العده و العقد الجديد (١) لا يعد رجوعا. و من (٢) أن رجوعها فى البذل صيره (٣) رجعا. و أن العقد (٤) فى الرجعى بمعنى الرجعه.

و الأقوى إلحاق الأول (٥) به (٦)، دون الثانى (٧) لاختلال (٨) الشرط (٩) و منع إلحاق المساوى بمثله (١٠)

فى الأفضل فى الطلاق

(و الأفضل فى الطلاق أن يطلق على الشرائط) المعتبره فى صحته (١١)، ثم يتركها حتى تخرج من العده، ثم يتزوجها إن شاء. و على هذا).

و هذا هو طلاق السنه بالمعنى الأخص، و لا تحرم المطلقه به (١٢) مؤبدا (١٣) أبدا. و إنما كان أفضل، للأخبار الداله عليه (١٤)، و إنما يكون أفضل حيث تشرك (١) فى العده الرجعيه.

(٢) دليل التحريم و الإلحاق.

(٣) أى صير طلاق المختلعه الذى هو من أقسام البائن.

(٤) وجه إلحاق المعقود عليها بالعدى.

(٥) و هو طلاق المختلعه.

(٦) بالعدى.

(٧) و هو طلاق المعقود عليها فى العده الرجعيه.

(٨) تعليل لعدم إلحاق الثانى بالعدى.

(٩) و هو الرجوع فى العده.

(١٠) أى و منع إلحاق العقد بالرجوع و إن ساواه معنى.

(١١) صحه الطلاق.

(١٢) بالطلاق غير العدى.

(١٣) فى التاسعه على ما تقدم بيانه.

(١٤) لخبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (الطلاق الذى يحبه الله، و الذى يطلق الفقيه، و هو العدل بين الرجل و المرأه أن يطلقها فى استقبال الطهر بشهاده شاهدين و إرادته من القلب ثم يتركها حتى تمضى ثلاثه قروء) (١)، و خبر على بن جعفر عن

أخيه موسى عليه السّلام (سألته عن الطلاق ما حدّه، و كيف ينبغي للرجل أن يطلّق؟ قال: السنه أن يطلّق عند الطهر واحده ثم يدعها حتى تمضى عدتها) ٢.

ص: ٥٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٣ و ٢.

أفراده في أصل الأفضلية وجوبا، أو ندبا، لاقتضاء افعال التفضيل الاشتراك في أصل المصدر، و ما يكون مكروها، أو حراما لا فضيله فيه (١).

(و قد قال بعض الأصحاب (٢) و هو عبد الله بن بكير: (إن هذا الطلاق لا يحتاج إلى محلل بعد الثلاث (٣)، بل استيفاء العده الثالثه يهدم التحريم استنادا إلى (١) فلا يكون طلاق السنه بالمعنى الأخص أفضل حينئذ، هذا و اعلم أنه لم يرد توصيف هذا الطلاق بالأفضل في الأخبار حتى نخصه بما إذا كان واجبا أو مندوبا، و إنما ورد توصيفه بالسنه و هو يشمل المكروه.

(٢) علق الشارح هنا بقوله: (قد استعمل الأصحاب لفظ صاحب في غير الأمالي من الشيعة كما ذكره المصنف، قال العلامة في الخلاصه: إسحاق بن عمار شيخ من أصحابنا و كان فطحيًا) انتهى.

(٣) قد عرفت الفرق بين الطلاق العدى و الطلاق السنى فمن ناحيه الموضوع فالرجوع فى الأول فى العده و فى الثانى بعد انقضاء العده بعقد جديد، و من ناحيه الحكم فالطلاق العدى ينشر الحرمة الأبديه فى التاسعه بخلاف الطلاق السنى فلا ينشر الحرمة الأبديه.

و لكن الطلاق العدى ثلاثا موجب للتحريم الموجب للتحليل عند ما تنكح زوجا غيره، فهل الطلاق السنى كذلك، فعلى المشهور نعم للأخبار الكثيره.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل طلق امرأته ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم تزوجها ثم طلقها من غير أن يدخل بها حتى فعل ذلك بها ثلاثا قال:

لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره) (١)، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (فى الرجل يطلق امرأته تطليقه ثم يراجعها بعد انقضاء عدتها، فإذا طلقها الثالثه لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره) ٢.

و عن ابن بكير أن هذا الطلاق السنى بالمعنى الأخص لا يحتاج إلى محلل فى الثالثه، لأن استيفاء عدتها فى الثالثه يهدم التحريم لما رواه ابن بكير نفسه عن زراره فى الصحيح قال (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: الطلاق الذى يحبه الله تعالى و الذى يطلق الفقيه، و هو العدل بين المرأه و الرجل أن يطلقها فى استقبال الطهر بشهاده شاهدين و إرادته من القلب، ثم يتركها حتى تمضى ثلاثه قروء، فإذا رأت الدم فى أول قطره من الثالثه و هو آخر القروء، لأن الأقراء هى الأطهار، فقد بانت منه و هى أملك بنفسها، فإن شاءت تزوجته و حلت له بلا زوج، فإن فعل هذا بها مائه مره هدم ما قبله و حلت له بلا زوج، و إن

ص: ٥١

روايه زراره قال: سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول: «الطلاق الذى يحبه الله راجعها قبل أن تملك نفسها ثم طلقها ثلاث مرات يراجعها و يطلقها لم تحلّ له إلا بزواج» (١).

و هذه الروايه مع شذوذها و عدم عمل الأصحاب، و معارضتها لما هو أقوى منها قد رواها عبد الله بن بكير و هو فطحى المذهب لا يعتمد على روايته، و فيها قادح آخر، و هو أن عبد الله بن بكير كان يفتى بمضمونها و قد راجعه أصحاب الأئمه عليهم السّلام فى الأمر فقال: هذا مما رزقنى الله من الرأى كما فى خبر رفاعه عن أبى عبد الله عليهم السّلام (سألته عن رجل طلق امرأته حتى بانّت منه و انقضت عدتها ثم تزوجت زوجها آخر فطلقها أيضا ثم تزوجت زوجها الأول أ يهدم ذلك الطلاق الأول؟ قال: نعم.

قال ابن سماعه - و هو من جمله رواه هذا الخبر - و كان ابن بكير يقول: المطلّقه إذا طلقها زوجها ثم تركها حتى تبين ثم تزوجها فإنما هى على طلاق مستأنف، قال: و ذكر الحسين بن هاشم أنه سأل ابن بكير عنها فأجابه بهذا الجواب فقال له: سمعت فى هذا شيئا؟ قال: روايه رفاعه.

قال ابن هاشم: إن رفاعه روى إذا دخل بينهما زوج، فقال ابن بكير: زوج و غير زوج عندى سواء، فقلت: أسمع فى هذا شيئا؟ قال: لا، هذا مما رزق الله من الرأى.

قال ابن سماعه: و ليس نأخذ بقول ابن بكير، فإن الروايه إذا كان بينهما زوج (٢)، و خبر عبد الله بن المغيرة (سألته عبد الله بن بكير عن رجل طلق امرأته واحده ثم تركها حتى بانّت منه ثم تزوجها، قال: هى معه كما كانت فى التزويج، قلت: فإن روايه رفاعه إذا كان بينهما زوج، فقال لى عبد الله: هذا زوج، و هذا مما رزق الله من الرأى) (٣).

هذا و قد احتمل الشيخ فى التهذيب أن هذا الحكم من رأيه و قد أسنده إلى زراره فى الخبر المتقدم نصره لمذهبه حيث قال الشيخ فى الكتاب المذكور ملخصا: (هذه الروايه طريقها ابن بكير، و قد قدّمنا أنه قال حين سئل عن هذه المسأله: هذا مما رزق الله من الرأى، و لو كان سمع ذلك من زراره لكان يقول: نعم روايه زراره، و يجوز أن يكون أسند ذلك إلى زراره نصره لمذهبه لما رأى أصحابه لا يقبلون ما يقوله برأيه، و ليس هو

معصوما لا يجوز عليه هذا، بل وقع منه من العدول عن مذهب الحق إلى اعتقاد مذهب

ص: ٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١٢.

تعالى و الذى يطلق الفقيه و هو العدل (١) بين المرأه و الرجل أن يطلقها فى استقبال الطهر (٢) بشهاده شاهدين و إرادته من القلب، ثم يتركها حتى تمضى ثلاثه قروء فإذا رأت الدم فى أول قطره من الثالثه (٣) و هو آخر القراء، لأن الاقراء هى الأطهار فقد بانته منه و هى أملك بنفسها فإن شاءت تزوجته و حلت له (٤)، فإن فعل هذا بها مائه مره هدم ما قبله و حلت بلا زوج» الحديث.

و إنما كان ذلك (٥) قول عبد الله، لأنه قال حين سئل عنه: هذا مما رزق الله من الرأى (٦). و مع ذلك (٧) رواه بسند صحيح و قد قال الشيخ (٨): إن العصابه أجمعت على تصحيح ما يصح عن عبد الله بن بكير، و أقروا له بالفقه و ثقته (٩).

الفتحيه ما هو معروف من مذهبه، و الغلط فى ذلك أعظم من إسناده فيما يعتقد صحته بشبهه إلى بعض أصحاب الأئمه عليهم السلام) انتهى.

و مع كل هذا فالعجب من الشيخ حيث وثقه فى الفهرست بقوله (عبد الله بن بكير فطحى المذهب إلا أنه ثقته) (٢)، و قال عنه الكشى (أجمعت العصابه على تصحيح ما يصح من هؤلاء و تصديقهم لما يقولون، و أقروا لهم بالفقه - إلى أن قال - سته نفر: جميل بن دراج و عبد الله بن مسكان و عبد الله بن بكير و حماد بن عيسى و حماد بن عثمان و أبان بن عثمان) (٣).

(١) توصيف للطلاق.

(٢) أى الطهر الذى هو بعد طهر المواقعه.

(٣) من الحيضه الثالثه.

(٤) و فى الخبر على ما فى الوسائل: (و حلت له بلا زوج).

(٥) من عدم الاحتياج إلى المحلل بعد الثلاث.

(٦) كما فى خبرى رفاعه و ابن المغيره المتقدمين.

(٧) و مع تصريحه بأنه رأى له.

(٨) أى الطوسى.

(٩) كما فى كتاب الكشى، و لكن صحت النسبه للشيخ لأن كتاب الكشى لم يصل إلينا و إنما الواصل هو اختيار الشيخ لمعرفة الرجال من كتاب الكشى.

ص: ٥٣

٢- (٢) فهرست الشيخ ص ١٠٦ تحت رقم (٤٥٢).

٣- (٣) اختيار معرفه الرجال ص ٦٧٣ تحت رقم ٧٠٥، طبع مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

وفيه (١) نظر، لأنه فطحي المذهب (٢)، ولو كان ما رواه (٣) حقا لما جعله رأيا له (٤)، ومع ذلك (٥) فقد اختلف سند الرواية عنه فتارة أسندها إلى رفاعه (٦)، وأخرى إلى زرارته، ومع ذلك نسبه (٧) إلى نفسه. والعجب من الشيخ - مع دعواه الاجماع المذكور (٨) - أنه قال (٩): إن إسناده إلى زرارته وقع نصره لمذهبه الذي أفتى به لما رأى أن أصحابه لا يقبلون ما يقوله برأيه. قال (١٠): وقد وقع منه من العدول عن اعتقاد مذهب الحق إلى الفطحيه ما هو معروف. والغلط في ذلك (١١) أعظم من الغلط في إسناد فتيا يعتقد صحته لشبهه دخلت عليه إلى بعض أصحاب الأئمة عليه السلام (و الأصح احتياجه إليه (١٢) أى إلى المحلل، للأخبار الصحيحة الداله عليه (١٣)، وعموم القرآن الكريم (١٤)، (١) أى فى كلام الشيخ المذكور.

(٢) وهو من يعتقد بإمامه عبد الله الأفطح، وهو من ابنا الإمام الصادق عليه السلام، فكيف تقرر العصابه له بالفقه والثقه مع أنه غير عادل.

(٣) أى ما رواه عن زرارته.

(٤) بل قال: نعم روايه زرارته، إذ مع النص يلغوا الاجتهاد.

(٥) مع عدم عدالته لأنه فطحي، ومع إسناد القول إلى رأيه كما فى خبرى رفاعه و ابن المغيره المتقدمين.

(٦) كما فى خبر رفاعه المتقدم فراجع.

(٧) أى نسب الحكم من عدم الاحتياج إلى المحلل بعد الثلاث.

(٨) على تصحيح ما يصح عنه.

(٩) كما فى التهذيب على ما تقدم نقله.

(١٠) أى الشيخ فى التهذيب.

(١١) فى العدول عن مذهب الحق.

(١٢) أى احتياج الطلاق الثالث إلى المحلل.

(١٣) وقد تقدم بعضها.

(١٤) وهو قوله تعالى: الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ، فَمَا سَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ - إلى قوله تعالى - فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (١)، وهو عام يشمل الطلاق البائن والرجعى، سواء كان عديا أم سنيا بالمعنى الأنخص.

١- (١) سورة البقره، الآيتان: ٢٢٩، ٢٣٠.

بل لا يكاد يتحقق في ذلك (١) خلاف، لأنه لم يذهب إلى القول الأول (٢) أحد من الأصحاب على ما ذكره جماعه، و عبد الله بن بكير ليس من أصحابنا الإماميه، و نسبه المصنف له إلى أصحابنا التفاتا منه إلى أنه (٣) من الشيعة في الجملة، بل من فقهاءهم على ما نقلناه عن الشيخ و إن لم يكن إماميا. و لقد كان ترك حكاية قوله في هذا المختصر أولى (٤).

في طلاق الحامل

(و يجوز طلاق الحامل أزيد من مره (٥)

(١) في الاحتياج إلى المحلل بعد الثلاث.

(٢) عدم الاحتياج إلى المحلل.

(٣) أي أن ابن بكير.

(٤) لبناء المصنف في هذا الكتاب كما صرح به في آخره على الاقتصار على المشهور بين الأصحاب.

(٥) لا خلاف بين الأصحاب في أنه يجوز طلاق الحامل مره للأخبار.

منها: خبر إسماعيل الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام (خمس يطلقن على كل حال: الحامل المتبين حملها، و التي لم يدخل بها زوجها، و الغائب عنها زوجها، و التي لم تحض، و التي قد جلست عن المحيض) (١) و مثله غيره.

و إنما الكلام في جواز طلاقها أكثر من مره، فعن ابن الجنيد المنع من الطلاق للعدّه إلا بعد مضي شهر لصحيح يزيد الكناسي (سألت أبا جعفر عليه السلام عن طلاق الحبلية، فقال: يطلقها واحده للعدّه بالشهور و الشهود، قلت: فله أن يراجعها؟ قال: نعم و هي امرأته، قلت: فإن راجعها و مسّها ثم أراد أن يطلقها تطليقه أخرى، قال: لا يطلقها حتى يمضي لها بعد ما يمسيها شهر) (٢) و هو محمول على الاستحباب جمعا بينه و بين موثق إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام (عن رجل طلق امرأته و هي حامل ثم راجعها ثم طلقها ثم راجعها ثم طلقها الثالثه في يوم واحد، تبين منه؟ قال عليه السلام: نعم) (٣).

و عن الشيخ في النهايه و ابني البراج و حمزه المنع من الطلاق للسنة، و تجوز الطلاق للعدّه، أما الثاني فلما تقدم من موثق إسحاق و غيره، و أما الأول، فلأن الطلاق السنّي بالمعنى الأخص هو أن يعقد عليها بعد انقضاء عدتها، و لا تنقضى عدّه الحامل إلا بالوضع، و به تخرج عن كونها حاملا.

ص: ٥٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١١ و ١٠.

مطلقا (١) على الأقوى (و يكون طلاق عده إن وطأ) بعد الرجعه ثم طلق، و إلا يطاء بعدها (٢) (فسنه بمعناه الأعم). و أما طلاق السنه بالمعنى الأخص فلا يقع بها (٣) لأنه (٤) مشروط بانقضاء العده، ثم تزويجها ثانيا كما سبق (٥)، و عده الحامل لا و عن الصدوقين المنع من الطلاق ثانيا ما دامت حاملا للأخبار الناهيه عن ذلك.

منها: صحيح الجعفي عن أبي جعفر عليه السّلام (طلاق الحامل واحد فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه) (١)، و صحيح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السّلام (طلاق الحامل واحده و عدتها أقرب الأجلين) ٢، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (الحبلى تطلق تطليقه واحده) ٣، و خبر محمد بن منصور الصيقل عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يطلق امرأته و هى حبلى قال: يطلقها، قلت: فيراجعها؟ قال: نعم يراجعها، قلت: فإنه بدا له بعد ما راجعها أن يطلقها، قال: لا حتى تضع) (٢).

و هذه الأخبار لا تقاوم ما دل على جواز تعدد طلاق الحامل.

منها: خبر إسحاق بن عمار المتقدم، و موثقه الآخر (قلت لأبى إبراهيم عليه السّلام: الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها ثم يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها الثالث، قال عليه السّلام: تبين منه و لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره) ٥، و موثقه الثالث عن أبى الحسن الأول عليه السّلام (عن الحبلى تطلق الطلاق الذى لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره، قال عليه السّلام: نعم، قلت: أ لست الذى قلت لى إذا جامع لم يكن له أن يطلق؟ قال عليه السّلام: إن الطلاق لا يكون إلا على طهر قد بان، أو حمل قد بان، و هذه قد بان حملها) ٦، و تحمل أخبار النهى على عدم جواز تعدد طلاقها للسنه بالمعنى الأخص كما عرفت، كما فصل الشيخ و جماعه بين طلاق العدى فيجوز التعدد و الطلاق السنّى بالمعنى الأخص فلا يجوز التعدد و إليه ذهب المشهور بين المتأخرين.

(١) سواء مضى فى طلاق العده شهر أو لا.

(٢) بعد الرجعه.

(٣) بالحامل.

(٤) أى طلاق السنه بالمعنى الأخص.

(٥) كما سبق عند قول الماتن (و الأفضل فى الطلاق أن يطلق على الشرائط ثم يتركها حتى تخرج من العده ثم يتزوجها إن شاء).

ص: ٥٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٣ و ٤.

٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٧ و ٦ و ٨.

تنقضى إلا بالوضع، و به (١) تخرج عن كونها حاملا فلا يصدق أنها طلقت طلاق السنه بالمعنى الأخص ما دامت حاملا، إلا أن يجعل وضعها قبل الرجعه كاشفا عن كون طلاقها السابق طلاق سنه بذلك المعنى (٢)، و الأقوال هنا (٣) مختلفه كالأخبار، و المحصل ما ذكرناه.

(و الأولى تفريق الطلقات (٤) على الأطهار) بأن يوقع كل طلقه فى طهر غير طهر الطلقه السابقه (لمن أراد أن يطلق و يراجع) أزيد من مره (٥).

(١) بالوضع.

(٢) أى بالسنه بالمعنى الأخص، لأنه لم يتحقق الرجوع فى العده، بل انقضت عدتها بالوضع و لم يرجع فيتعين عليه العقد إذا أراد الرجوع، و على هذا فقوله: (إلا أن يجعل وضعها قبل الرجعه) فمعناه إلا أن يجعل وضعها قبل العقد الجديد.

(٣) فى طلاق الحامل.

(٤) أى الطلقات الثلاث.

(٥) إذا طلق الحائل طلاقا رجعيا ثم راجعها فإن واقعها و طلقها فى طهر آخر صح بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث قال: (و أما طلاق العده الذى قال الله عزّ و جلّ: فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العده، فإذا أراد الرجل منكم أن يطلق امرأته طلاق العده فلينتظر بها حتى تحيض و تخرج من حيضها، ثم يطلقها تطليقه من غير جماع بشهاده شاهدين عدلين و يراجعها من يومه ذلك إن أحب، أو بعد ذلك بأيام قبل أن تحيض و يشهد على رجعتها و يواقعها حتى تحيض، فإذا حاضت و خرجت من حيضها طلقها تطليقه أخرى من غير جماع يشهد على ذلك، ثم يراجعها أيضا متى شاء قبل أن تحيض و يشهد على رجعتها و يواقعها و تكون معه إلى أن تحيض الحايضه الثالثه، فإذا خرجت من حيضتها الثالثه طلقها التطليقه الثالثه بغير جماع و يشهد على ذلك، فإذا فعل ذلك فقد بانت منه و لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره) (١).

و لو طلق الحائل طلاقا رجعيا ثم راجعها و طلقها فى طهر آخر بدون واقعه صح الطلاق على المشهور لصحيح عبد الحميد بن عوّاض و محمد بن مسلم (سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته و أشهد على الرجعه و لم يجمع ثم طلق فى طهر آخر على السنه،

ص: ٥٧

و هذه الأولويه (١) بالإضافة إلى ما يأتي بعده (٢)، و إلا (٣) فهو (٤) موضع الخلاف (٥)، و إن كان أصح الروايتين صحته (٦)، و إنما الأولى (٧) المخرج من أثبت التلقيه الثانيه بغير جماع؟ قال: نعم إذا هو أشهد على الرجعه و لم يجامع كانت التلقيه ثابتة(١)، و صحيح البزنطى عن الرضا عليه السّلام (عن رجل طلق امرأته بشاهدين ثم راجعها و لم يجامعها بعد الرجعه حتى طهرت من حيضها، ثم طلقها على طهر شاهدين. أ يقع عليها التلقيه الثانيه و قد راجعها و لم يجامعها؟ قال: نعم) ٢ و مثلها غيرها.

و عن ابن أبى عقيل أنه لا يجوز الطلاق الثانى إلا بعد المواقعه لموثق إسحاق بن عمار عن أبى إبراهيم عليه السّلام (عن الرجل يطلق امرأته فى طهر من غير جماع ثم يراجعها فى يومه ذلك ثم يطلقها، تبين عنه بثلاث تطلقات فى طهر واحد؟ فقال عليه السّلام: خالف السنه، قلت: فليس ينبغى له إذا هو راجعها أن يطلقها إلا فى طهر؟ قال: نعم، قلت: حتى يجامع؟ قال: نعم(٢)، و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال عليه السّلام: فى الرجل يطلق امرأته له أن يراجع، و قال: لا يطلق التلقيه الأخرى حتى يمسه) ٤ و مثلها غيرها و قد حملها جماعه منهم الشارح على الكراهه و أخبار الجواز على الإباحه، و منه يتبين أن الطلاق الثانى فى طهر آخر بعد المراجعه بدون المواقعه مكروه.

(١) فى قول المصنف (الأولى تفريق الطلقات على الأطهار) و إن لم يواقع.

(٢) و هو ما لو أوقع الطلقات الثلاث فى طهر واحد فى قول المصنف الآتى: (و لو طلق مرات فى طهر واحد).

(٣) أى و إن لم تكن الأولويه إضافيه لما بعده.

(٤) أى تفريق الطلقات على الأطهار من دون مواقعه بعد المراجعه.

(٥) و لم يخالف إلا ابن أبى عقيل كما تقدم.

(٦) أى صحه تفريق الطلقات على الأطهار من دون مواقعه بعد المراجعه، و قد عرفت أن الدليل عليه هو صحيحه محمد بن مسلم و عبد الحميد، و صحيح البزنطى و غيرهما بخلاف القول الآخر.

(٧) تعريض بالماتن، لأن الأولويه لتفريق الطلقات على الأطهار مع مواقعه بعد المراجعه فإن

ص: ٥٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٣ و ٢.

الخلاف أن يراجع و يطأ، ثم يطلق في طهر آخر فإن الطلاق هنا يقع إجماعاً.

في ما لو طلق مرات في طهر واحد

(و لو طلق مرات في طهر واحد (١) بأن يطلق و يراجع، ثم يطلق و يراجع.

و هكذا ثلاثاً (فخلاف أقربه الوقوع مع تخلل الرجعه) بين كل طلاقين، لعموم القرآن (٢)، و الاخبار الصحيحة بصحة الطلاق (٣) إن أرادته في الجملة إلا ما أخرجه الدليل (٤)، و روى (٥) إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام قال:

قلت له رجل طلق امرأته، ثم طلقها بشهود، ثم راجعها بشهود، ثم راجعها بشهود، ثم طلقها بشهود تبين منه قال: نعم قلت: كل ذلك في طهر واحد قال:

تبين منه.

و هذه الرواية من الموثق (٦)، و لا معارض لها، إلا رواه (٧) عبد الرحمن بن الطلاق الثاني صحيح بلا خلاف على ما تقدم بيانه سابقاً، بخلاف تفريق الطلقات على الأطهار مع عدم مواقعه بعد المراجعة فالطلاق الثاني مختلف فيه.

(١) بحيث لم يطأ بينها، و ذلك فيما لو طلق الحائل ثم راجعها ثم طلقها في نفس طهرها من دون مواقعه صح الطلاق الثاني على المشهور لموثق إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام (قلت له: رجل طلق امرأته ثم راجعها بشهود ثم طلقها ثم بدا له فراجعها بشهود، ثم طلقها بشهود، تبين منه؟ قال: نعم، قلت: كل ذلك في طهر واحد؟ قال: تبين منه) (١) و عن ابن أبي عقيل المنع من الطلاق الثاني لأنه مجرد عن مواقعه بعد المراجعة متمسكاً بصحيح ابن الحجاج و موثق إسحاق بن عمار المتقدمين، و فيه أنه قد عرفت حملهما على الكراهه.

(٢) و هو قوله تعالى: **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ (٢)**.

(٣) جار و مجرور متعلق بقوله (لعموم القرآن و الأخبار الصحيحة) أي العموم المذكور في الكتاب و الأخبار دال على صحة هذا الطلاق.

(٤) و هو الطلاق الثاني الواقع في طهر مواقعه بعد المراجعة.

(٥) دليل ثان للصحة.

(٦) لأن إسحاق بن عمار ثقه إلا أنه فطحي.

(٧) و كذا الموثق الآخر لإسحاق بن عمار و قد تقدم، و من جهة أخرى فرواه ابن الحجاج صحيحه.

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٥.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٢٩.

الحجاج عن الصادق عليه السلام فى الرجل يطلق امرأته له أن يراجعها قال: لا يطلق التطلقه الأخرى حتى يمسهها. و هى (١) لا تدل على لبطلانه (٢)، نظرا (٣) إلى أن النهى (٤) فى غير العباده لا يفسد (٥).

و اعلم أن الرجعه بعد الطلقه (٦) تجعلها (٧) بمنزله المعدومه بالنسبه إلى اعتبار حالها (٨) قبل الطلاق (٩) و إن بقى لها (١٠) أثر فى الجمله. كعدها (١١) من الثلاث فيبقى حكم الزوجيه بعدها (١٢) كما كان قبلها (١٣) فإذا كانت مدخولا بها قبل الطلاق، ثم طلقها و راجع، ثم طلق يكون طلاقه مدخول بها، لا طلاق (١٤) (١) أى صحيحه ابن الحجاج.

(٢) أى بطلان الطلاق الثانى فى نفس طهر الطلاق الأول بعد المراجعه من دون المواقعه.

(٣) تعليل لعدم البطلان.

(٤) فى قوله عليه السلام (لا يطلق التطلقه الأخرى حتى يمسهها).

(٥) و التعليل عليل، بل عدم البطلان للجمع بينها و بين أخبار الجواز فتحمل على الكراهه، و إلا فهذا النهى لو لا المعارض لكان دالا على الفساد باعتبار دلالته على أن المس شرط فى صحه الطلاق الثانى.

(٦) لو طلقها بعد الدخول ثم راجع فى العده ثم طلق قبل المواقعه لزمها استئناف العده لبطلان الأولى بالرجعه المقتضيه لفسخ الطلاق و عود النكاح السابق، و عليه فالرجعه ليست سببا لإنشاء نكاح جديد بل هى فسخ للطلاق، و على هذا البيان فلو طلقها بعد الدخول ثم راجع فى العده ثم طلق قبل المواقعه لكان الطلاق الثانى طلاق امرأه مدخول بها فيكون طلاقا رجعيا، و قال الشارح فى المسالك: (و هذا مما لا خلاف فيه و لكنه محل توهم).

(٧) أى تجعل الرجعه الطلقه.

(٨) أى حال الزوجه.

(٩) لأن الرجعه فسخ للطلاق الحادث و عود للنكاح السابق.

(١٠) للطلقه.

(١١) أى كعدّ الطلقه.

(١٢) أى بعد الرجعه.

(١٣) أى كما كان حكم الزوجيه قبل الرجعه.

(١٤) هذا هو محل التوهم.

غير مدخول بها نظرا (١) إلى أن الرجعه بمنزله الترويح الجديد فيكون طلاقها بعده (٢) واقعا على غير مدخول بها، لما عرفت (٣) من أن الرجعه أسقطت حكم الطلاق، ولو لا ذلك (٤) لم يمكن الطلاق ثلاثا (٥)، وان فُزق الطلقات على الاطهار من غير دخول و الروايات الصحيحة ناطقه بصحتها (٦) حينئذ (٧)، وكذا فتوى الأصحاب إلا من شذَّ (٨). و حينئذ (٩) فيكون الطلاق الثاني رجعيا، لا بائنا و إن وقع بغير مدخول بها بالنسبة إلى ما بعد الرجعه فإنها (١٠) مدخول بها قبلها (١١). و هو (١٢) كاف.

(١) تعليل للمنفي أى لكون الطلاق طلاق غير مدخول بها.

(٢) بعد الرجوع.

(٣) تعليل للنفي فى قوله (لا طلاق غير مدخول بها).

(٤) أى لو لا إسقاط حكم الطلاق بالرجعه.

(٥) باعتبار أن مفروض المسألة فيما لو طلق بعد الدخول ثم راجعها فى العده و قبل المواقعه طَلَّقَهَا ثانيا فلو لم تكن الرجعه أسقطت حكم الطلاق الأول حتى يكون الطلاق الثانى طلاقا لمدخول بها للزم أن يكون الطلاق الثانى طلاقا لغير مدخول بها، و غير المدخول بها لا عده لها، و مع عدم العده فلا يمكن للمطلق الرجوع بعد الطلاق الثانى حتى يتأتى منه وقوع الطلاق الثالث، مع أن موثق إسحاق بن عمار المتقدم صريح فى وقوع الطلاق الثالث بالنحو المذكور، و هو عن أبى الحسن عليه السلام (قلت له: رجل طَلَّق امرأته ثم راجعها بشهود ثم طلقها ثم بدا له فراجعها بشهود ثم طلقها فراجعها بشهود تبين منه؟ قال: نعم، قلت: كل ذلك فى طهر واحد، قال: تبين منه) (١)، بل و كذا صحيح محمد بن مسلم و عبد الحميد بن عواض و صحيح البيزنطى المتقدمون.

(٦) أى بصحة الطلقات الثلاث المفترقه على الأطهار.

(٧) أى حين عدم المجامعه بعد المراجعة.

(٨) و هو ابن أبى عقيل و قد تقدم الكلام فيه.

(٩) أى و حين كون الرجعه مسقطه لحكم الطلاق الحادث مع رجوع عقد النكاح السابق

(١٠) أى المطلقه.

(١١) أى قبل الرجعه عند النكاح السابق الذى عاد بالرجعه.

(١٢) أى الدخول قبل الرجعه عند النكاح السابق.

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٥.

(و تحتاج) المطلقة مطلقاً (١) (مع كمال) الطلقات (الثلاث إلى المحلل (٢)، للنص) و الاجماع و مخالفه من سبق ذكره (٣) فى بعض موارد (٤) غير قاذح فيه (٥) بوجه (٦).

(١) من أى أنواع الطلاق بائناً أو رجعيًا، و سواء كان الرجعى عدياً أو سنياً بالمعنى الأخص.

(٢) لا إشكال و لا خلاف معتدّ به فى أن كل امرأه حره استكملت الطلاق ثلاثاً حرمت حتى تنكح زوجها غيره غير المطلقة، سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن، راجعها فى العده و واقعها أو لم يواقعها ثم طلقها ثم راجعها كذلك ثم طلقها، أو لم يراجعها فى العده بل تركها إلى أن انقضت عدتها ثم تزوجها بعقد جديد ثم طلقها، و هكذا ثلاثاً، لعموم قوله تعالى: **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ - إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى - فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ (١)**، و للأخبار الكثيره.

منها: خبر زراره بن أعين و داود بن سرحان عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال:

(و الذى يطلق الطلاق الذى لا تحلّ له حتى تنكح زوجها غيره ثلاث مرات و تزوج ثلاث مرات لا تحلّ له أبداً) (٢)، و هو ظاهر فى انقضاء عدتها عقيب كل طلاق ثم الرجوع إليها بعقد جديد، و خبر أبى بصير (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: المرأه التى لا تحلّ لزوجها حتى تنكح زوجها غيره، قال: هى التى تطلق ثم تراجع ثم تطلق ثم تراجع ثم تطلق الثالثه فهى التى لا تحلّ له حتى تنكح زوجها غيره و يذوق عسيلتها) (٣)، و هو ظاهر فى الطلاق العدى، و السابق فى الطلاق السننى بالمعنى الأخص، و مثلهما غيرهما.

و لم يخالف إلا- ابن بكير حيث ذهب إلى عدم التحريم فى الثالثه فى الطلاق السننى بالمعنى الأخص، لأن استيفاء العده يهدم تحريم الثالثه و قد تقدم الكلام فيه سابقاً فلا نعيد.

(٣) و هو ابن بكير.

(٤) أى بعض موارد الطلاق، و هو الطلاق السننى بالمعنى الأخص.

(٥) فى الإجماع.

(٦) لأنه فطحي، و لأنه قد صرح بأنه رأيه و ليس روايه يرويهها، و على كل فلم يذكر الشهيدان شروط المحلل و هى أربعه:

ص: ٦٢

١- (١) سورة البقره، الآيتان: ٢٩، ٢٣٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١.

الأول: البلوغ فلا- يكفى غير البالغ و إن دخل بها بعقد على المشهور لمكاتبه على بن الفضل الواسطي (كتبت إلى الرضا عليه السلام: رجل طلق امرأته الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فيتزوجها غلام لم يحتلم؟ قال عليه السلام: لا حتى يبلغ، فكتبت إليه: ما حدّ البلوغ؟ فقال عليه السلام: ما أوجب على المؤمنين الحدود)(١).

و منه تعرف ضعف ما عن ابن الجنيد و الشيخ في أحد قولييه من الاكتفاء بالمراهق غير البالغ و جنح إليه الشارح في المسالك لضعف الخبر، مع أنه منجر بعمل الأصحاب.

الشرط الثاني: الوطى بالاتفاق بين جميع المسلمين ما عدا سعيد بن المسيب فاكتفى بالعقد، و يدل عليه الأخبار الكثيره.

منها: النبوى (أنه جاءت امرأه رفاعه القرطبي إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: كنت عند رفاعه فبتّ طلاقى فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير و أنه طلقنى قبل أن يمسيّنى فتبسم النبي صلى الله عليه و آله و سلم و قال: أتريدين أن ترجعى إلى رفاعه، لا حتى تذوقى عسيلته و يذوق عسيلتك)(٢)، و خبر أبى حاتم عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يطلق امرأته الطلاق الذى لا- تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره، ثم تزوجها رجل آخر و لم يدخل بها؟ قال عليه السلام: لا- حتى يذوق عسيلتها)(٣)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (من طلق امرأته ثلاثا و لم يراجع حتى تبين فلا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره، فإذا تزوجت زوجا و دخل بها حلّت لزوجها الأول)٤ و مثلها غيرها. و ظاهر ذوق العسيلة لا بدّيه كون الوطى فى القبل فلا- يكفى الوطى فى الدبر، و ظاهر أيضا لا بدّيه كون الوطى على نحو يوجب الغسل و هو ما كان بغيوبه الحشفه و ظاهرهم الاتفاق على ذلك.

نعم المشهور على عدم اعتبار الانزال لإطلاق الأدله، و عن جماعة منهم صاحب الجواهر الاستشكال فيه باعتبار أن ذوق العسيلة من الجانبين ظاهر فى لذه الجماع التى لا تتحقق إلا مع الإنزال.

الشرط الثالث: أن يكون ذلك بالعقد الصحيح فلا يكفى وطئ الشبهه فضلا عن الوطى المحرم أو العقد الفاسد بلا خلاف فيه، لظاهر قوله تعالى: حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ (٤) و هو غير صادق على وطئ الشبهه أو الحرام أو العقد الفاسد فضلا عن الأخبار.

ص: ٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٧٣.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٢.

٤- (٥) سورة البقره، الآية: ٢٣٠.

منها: صحيح الفضيل عن أحدهما عليهم السلام (سألته عن رجل زوج عبده أمته ثم طلقها تطليقتين، يحل له أن يراجعها إن أراد مولاها؟ قال: لا، قلت: أفرأيت إن وطأها مولاها أ يحل للعبد أن يراجعها قال: لا، حتى تزوج زوجها غيره و يدخل بها، فيكون نكاحا مثل نكاح الأول)(١) و مثله غيره.

الشرط الرابع: أن يكون العقد دائما فلا يكفي نكاح المتعه بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (عن رجل طلق امرأته ثلاثا ثم تمتع فيها رجل آخر هل تحل للأول؟ قال عليه السلام: لا)(٢)، و موثق هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج امرأه ثم طلقها فبانت منه ثم تزوجها رجل آخر متعه هل تحل لزوجها الأول؟ قال: لا حتى تدخل فيما خرجت منه)٣ و خبر الحسن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل طلق امرأته طلاقا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فتزوجها رجل متعه، أ تحل للأول؟ قال: لا، لأن الله يقول: فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا، وَ الْمَتَعَةُ لَيْسَ فِيهَا طَلَّاقٌ)٤. هذا و المحلل يهدم الطلقه و الاثنتين كما يهدم الثلاث على المشهور شهره عظيمه للأخبار.

منها: موثق رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل طلق امرأته حتى بانت منه و انقضت عدتها ثم تزوجت زوجها آخر فطلقها أيضا ثم تزوجها زوجها الأول، أ يهدم ذلك الطلاق الأول؟ قال عليه السلام: نعم)(٣)، و خبر معاوية بن حكيم قال: (روى أصحابنا عن رفاعه بن موسى أن الزوج يهدم الطلاق الأول، فإن تزوجها فهي عنده مستقبلة، قال أبو عبد الله عليه السلام: يهدم الثلاث و لا يهدم الواحد و الثنتين)٦ و خبر عبد الله بن عقيل بن أبي طالب (اختلف رجلان في قضيه إلى علي عليه السلام و عمر، في امرأه طلقها زوجها تطليقه أو اثنتين فتزوجها آخر فطلقها أو مات عنها فلما انقضت عدتها تزوجها لأول، فقال عمر: هي على ما بقى من الطلاق، و قال أمير المؤمنين عليه السلام: سبحانه الله يهدم الثلاث و لا يهدم واحده)(٤) و مثلها غيرها.

و قد نسب الشيخ في الخلاف إلى بعض الأصحاب عدم الهدم للأخبار و هي كثيرة.

ص: ٦٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٢ و ٣ و ٤.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٢.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٣.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل طلق امرأته تطليقه واحده ثم تركها حتى مضت عدتها فتزوجت زوجها غيره ثم مات الرجل أو طلقها فراجعها زوجها الأول؟ قال عليه السلام: هي عنده على تطليقتين باقيتين) (١)، و صحيح منصور عن أبي عبد الله عليه السلام (في امرأه طلقها زوجها واحده أو اثنتين ثم تركها حتى تمضى عدتها، فتزوجها غيره فيموت أو يطلقها فيتزوجها الأول، قال عليه السلام: هي عنده على ما بقي من الطلاق) (٢) ومثلها غيرها، وقد أنهاها في الحدائق إلى سبع روايات، وهي وإن كانت أكثر عددا وأصح سنداً وموافقه للكتاب حيث إن إطلاق الآية الكريمة هو الاحتياج إلى المحلل بعد الطلاق الثالث سواء تخلل نكاح زوج غيره أم لا، وموافقه للاحتياط، ومع كل ذلك فلا بد من ردها لإعراض المشهور عنها وموافقته للعامة بعد ما عرفت أن عدم الهدم هو قول عمر على ما في خبر عبد الله بن عقيل المتقدم، وهو قول الشافعي ومالك والأوزاعي وابن أبي ليلى وزفر والشيباني وغيرهم، ومنه تعرف ضعف ما عدا عن الحدائق من العمل بأخبار عدم الهدم، وتعرف ضعف التردد عن العلامة في التحرير.

هذا ولو ادعت المطلقة ثلاثاً أنها تزوجت وقد انقضت عدتها من الزوج الآخر وكان ذلك ممكناً في تلك المدة فيجوز للزوج الأول تزويجها لصحيح حماد عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل طلق امرأته ثلاثاً فبانت منه فأراد مراجعتها فقال لها: إني أريد مراجعتك فتزوجي زوجها غيره، فقالت له: قد تزوجت زوجها غيرك، وحلت لك نفسي، أصدق قولها ويراجعها وكيف يصنع؟ قال عليه السلام: إذا كانت المرأة ثقة صدقت في قولها) (٣) وعلى المشهور فلو وطأها المحلل وطئاً محرماً شرعاً كالوطء في حال الإحرام أو في الصوم الواجب أو في حال الحيض فإنه يحصل التحليل، لأن الحلية لم تعلق إلا على العقد الصحيح الدائم والدخول، وأما اعتبار حلية الدخول وجوازه فلا دليل عليه وإطلاق الأدلة على عدم اعتباره، وعن الشيخ وابن الجنيد عدم الحلية إذ التحريم معلوم ولا دليل على أن هذا الوطئ محلل، ولنصوص ذوق العسيلة فهي ظاهره في الذوق المباح، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا يبيح المحرم.

وفيه أن إطلاق الأدلة على عدم اعتبار حلية الدخول هو الدليل على أن الوطئ المحرم مبيح، وأما نصوص ذوق العسيلة فلم تتضمن الأمر بالذوق كي يقال إن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا

ص: ٦٥

١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٦ و ٩٠.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١.

فى أنه لا يلزم الطلاق بالشك

(و لا يلزم الطلاق (١) بالشك) فىه (٢) لتندفع الشبهه الناشئه من احتمال وقوعه، بل تبقى (٣) على حكم الزوجيه، لأصالة عدمه (٤)، و بقاء النكاح.

لكن لا يخفى الورع فى ذلك (٥) فيراجع إن كان الشك فى طلاق رجعى، ليكون على يقين من الحل، أو فى البائن (٦) بدون ثلاث جدد النكاح، أو بثلاث (٧) أمسك عنها و طلقها ثلاثا (٨) لتحل لغيره يقينا، و كذا يبنى على الأقل لو شك فى عدده (٩)، و الورع الأكثر (١٠).

يأمر بالمحرم، بل هى متضمنه لحكم وضعى و هو الحليه على فرض ذوق العسيله، و الذوق كما يتحقق بالدخول الحلال يتحقق بالمحرم.

(١) أى لا- يجب الطلاق عند الشك فىه بحيث لو شك المطلق فى إيقاع أصل الطلاق لم يلزمه الطلاق لرفع الشك، لأن الأصل عدم الطلاق و لأصالة بقاء النكاح، و لا يستحب بالخصوص خلافا للشافعى، نعم لا ريب فى رجحان الاحتياط القاضى بالاعتناء بهذا الشك.

(٢) أى فى الطلاق.

(٣) أى المرأه.

(٤) عدم الطلاق.

(٥) فى الطلاق المشكوك.

(٦) أى و إن كان الشك فى طلاق بائن.

(٧) أى و إن كان الشك فى الطلاق الثالث.

(٨) أى ثالثا.

(٩) لو علم بأصل الطلاق و شك فى عدده بنى على الأقل، لأنه المتيقن و يستصحب العدم فى الزائد خلافا لمالك فأوجب الأكثر كما إذا تحقق بوجود نجاسه فى ثوبه و لم يعرف قدرها، فإنه يأخذ بالأكثر و يغسل جميع أطراف الاشتباه، و ردّ بالفرق بين الأمرين حيث لا قدر معلوم للنجاسه حتى يستصحب أصل العدم فيما عداه مع أنه يتقن النجاسه فيستصحب وجودها إلى أن يحرز يقين الطهاره، و هو لا- يتم إلا بتطهير جميع أطراف الاشتباه بخلاف المقام فإن قدر الطلاق من واحده أو اثنتين معلوم و الزائد مشكوك فيستصحب أصالة عدمه، و لو أردنا تشبيه المقام على النجاسه لكان مثاله ما لو تحققت النجاسه فى طرف الثوب و شكنا فى إصابتها طرفا آخر، و حينئذ فلا يجب غسل الموضع المشكوك.

إن هذا لا ينفى رجحان الاحتياط في الزوج القاضى بالاعتناء بالأكثر و هذا حكم آخر.

(١٠) أى و الورع أن يبنى على الأكثر.

ص: ٦٦

(و يكره للمريض الطلاق (١) للنهى عنه فى بعض الأخبار المحموله على الكراهه جمعاً بينها، و بين ما دلّ على وقوعه (٢)، صريحاً (فإن فعل (٣) توارثاً) فى العده (الرجعيه) من الجانبين (٤) كغيره (٥)، (و ترثه هى فى البائن، و الرجعى إلى سنه) من حين الطلاق (٦)، للنص و الاجماع.

(١) يكره للمريض أن يطلق زياده على كراهه الطلاق، بلا خلاف فيه للجمع بين الأخبار الناهيه.

منها: موثق زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يجوز طلاق المريض و يجوز نكاحه) (١) و صحيحه الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس للمريض أن يطلق و له أن يتزوج) (٢) و بين الأخبار المجوّزه.

منها: صحيح الحلبي (أنه سئل عن رجل يحضره الموت فيطلق امرأته هل يجوز طلاقه؟ قال: نعم و إن مات ورثته، و إن مات لم يرثها) (٢).

(٢) أى وقوع طلاق المريض.

(٣) أى طلق حال المرض.

(٤) بلا خلاف فيه لموثق زراره (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يطلق المرأة، قال: ترثه و يرثها ما دام له عليه رجعه) (٣)، و صحيحه الآخر عن أبى جعفر عليه السلام (إذا طلق الرجل امرأته توارثاً ما كانت فى العده، فإذا طلقها التطليقه الثالثه فليس له عليها رجعه و لا ميراث بينهما) (٥)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (إذا طلق المرأة ثم توفى عنها زوجها و هى فى عده منه لم تحرم عليه، فإنها ترثه و يرثها ما دامت فى الدم من حيضتها الثانيه من التطليقتين الأولتين، فإن طلقها الثالثه فإنها لا ترث من زوجها شيئاً و لا يرث منها) (٤)، و مثلها غيرها و هى مطلقه تشمل المريض.

(٥) أى كغير المريض.

(٦) فالمطلق لا يرثها فى البائن و لا بعد العده الرجعيه على المشهور، لانتفاء الزوجيه بعد انقطاع العصمه بينهما فأصالة عدم الإرث بحالها، و للأخبار التى تقدم بعضها، و هى مصرحه بعدم إرثه منها فى الطلقه الثالثه و هى طلاق بائن كما فى صحيح محمد بن قيس و غيره المتقدمين.

ص: ٦٧

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٣ و ٤.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٣ و ٤.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٤ و ١٠.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

و عن الشيخ في النهايه و ابن حمزه في الوسيه أنه يرثها في العده البائنه لخبر يحيى الأزرق عن أبي الحسن عليه السلام (المطلقه ثلاثا ترث و تورث ما دامت في عدتها)(١)، و خبر عبد الرحمن عن موسى بن جعفر عليهما السلام (سألته عن رجل يطلق امرأته آخر طلاقها، قال:

نعم يتوارثان في العده)٢، و هي لا تقاوم ما تقدم من الأخبار.

نعم لا- خلاف و لا- إشكال في أنها ترثه سواء كان طلاقها بائنا أو رجعيًا ما بين الطلاق إلى سنه، لا أزيد من ذلك و لو لحظه للأخبار.

منها: صحيح أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا طلق الرجل المرأة في مرضه ورثته ما دام في مرضه ذلك و إن انقضت عدتها إلا أن يصح منه، قلت: فإن طال به المرض؟ فقال عليه السلام: ما بينه و بين سنه)(٢)، و موثقه الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل طلق امرأته و هو مريض تطليقه و قد كان طلقها قبل ذلك تطليقتين، قال: فإنها ترثه إذا كان في مرضه، قلت: فما حد ذلك؟ قال: لا يزال مريضًا حتى يموت و إن طال ذلك إلى سنه)٤ و مثله صحيحه الثالث ٥، و خبر عبيد بن زرار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل طلق امرأته و هو مريض حتى مضى لذلك سنه، قال: ترثه إذا كان في مرضه الذي طلقها لم يصح بين ذلك)٦ و مثلها غيرها، هذا و على المشهور أنها ترثه إلى السنه سواء كان الطلاق للإضرار بها أم لا، لإطلاق النصوص المتقدمه، و عن الشيخ في الاستبصار و العلامه في المختلف اختصاص ذلك فيما إذا كان الطلاق للإضرار بها و يشهد له موثق سماعه (سألته عليه السلام عن رجل طلق امرأته و هو مريض، قال عليه السلام: ترثه ما دامت في عدتها و إن طلقها في حال إضرار فهي ترثه إلى سنه، فإن زاد على السنه يوما واحدا لم ترثه، و تعتد منه أربعة أشهر و عشرًا عده المتوفى عنها زوجها)٧، و مفهومه عدم الارث إلى السنه مع عدم قصر الإضرار بالطلاق، و يشهد لهما أيضا مرسل يونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته ما العله التي من أجلها إذا طلق الرجل امرأته و هو مريض في حال الإضرار ورثته، و لم يرثها، و ما حد الإضرار عليه؟ فقال: هو الإضرار، و معنى الإضرار منعه إياها ميراثها منه، فألزم الميراث عقوبه)(٣).

ص: ٦٨

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١٣ و ١٢.
- ٢- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٨ و ١١ و ٧ و ٤.
- ٣- ((٨)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٧.

و ربما علل بالتهمة بإرادته إسقاط إرثها فيؤاخذ بنقيض مطلوبه (١)، و هو (٢) لا- يتم حيث تسأله الطلاق، أو تخالعه، أو تبارئه (٣).

و الأقوى عموم الحكم (٤)، لإطلاق النصوص (ما لم تتزوج) بغيره (٥)، (أو يبرأ من مرضه (٦)

و دعوى إرادته الحكمه من الإضرار لا العله فلا يدور الحكم مدارها كما فى الجواهر على خلاف ظاهر الخبرين.
(١) و هذا ما صرحت به الأخبار المتقدمه.

(٢) أى التعليل بالتهمة.

(٣) فعلى قول الشيخ فى الاستبصار و العلامه فى المختلف لا ترث لانتفاء التهمه فى هذه الموارد الثلاثه، و يؤيده خبر محمد بن القاسم الهاشمى قال: سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: لا ترث المختلعه و لا المباره و لا المستأمره فى طلاقها من الزوج شيئاً، إذا كان ذلك منهن فى مرض الزوج و إن مات، لأن العصمه قد انقطعت منهن و منه (١).

و على المشهور أنها ترث و إن انتفت التهمه لثبوت عله الحكم من مرض الزوج حين الطلاق، و هى موجوده فى هذه الموارد الثلاثه، و الأقوى ما عليه غير المشهور، لأن المشهور قد فهموا من الأخبار أن الإضرار حكمه فلا يدور الحكم مدارها و هو على خلاف الظاهر.

(٤) لموضع التهمه و غيره كما عليه المشهور.

(٥) بلا خلاف فيه لخبر الحذاء و مالك بن عطيه عن أبى الورد لكليهما عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا طلق الرجل امرأته تطليقه فى مرضه ثم مكث فى مرضه حتى انقضت عدتها، فإنها ترثه ما لم تتزوج، فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العده فإنها لا ترثه) (٢)، و خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن حدثه عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل طلق امرأته و هو مريض قال: إن مات فى مرضه و لم تتزوج ورثته، و إن كانت تزوجت فقد رضيت بالذى صنع، لا ميراث لها) (٣).

(٦) الذى طلقها فيه بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا طلق الرجل المرأة فى مرضه ورثته ما دام فى مرضه ذلك و إن انقضت عدتها، إلا أن يصح منه) (٤) و مفهومه فإذا صح منه فلا ترث، و مثله غيره من الأخبار.

ص: ٦٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٥ و ٦ و ١.

فينتفى ارثها بعد العده الرجعيه (١) و إن مات فى أثناء السنه.

و على هذا (٢) لو طلق أربعاً فى مرضه، ثم تزوج أربعاً و دخل بهن (٣) و مات فى السنه مريضاً قبل أن تتزوج المطلقات (٤) و رث الثمان الثمن (٥)، أو الربع (٦) بالسويه.

و لا يرث أزيد من أربع زوجات اتفاقاً إلا هنا، و لا يلحق الفسخ فى المرض بالطلاق عملاً بالأصل (٧).

(١) قيد العده بالرجعيه، لأن الارث منتفى قبل انقضاء العده البائنه بل لا يرث فى البائنه من حين الطلاق على تقدير صحته من مرضه.

(٢) أى الحكم بإرثها منه فى البائن و الرجعى إلى حين السنه على تقدير طلاقه فى مرض الموت.

(٣) هذا و اعلم أن نكاح المريض صحيح مع الدخول على المشهور للأخبار.

منها: موثق عبید بن زرارہ (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المريض أ له أن يطلق امرأته فى تلك الحال؟ قال: لا و لكن له أن يتزوج إن شاء، فإن دخل بها ورثته، و إن لم يدخل بها فنكاحه باطل) (١)، و صحيح أبى ولاد الحنات عنه عليه السلام (عن رجل تزوج فى مرضه؟ فقال عليه السلام: إذا دخل بها فمات فى مرضه ورثته، و إن لم يدخل بها لم ترثه و نكاحه باطل) (٢)، و صحيح زرارہ عن أحدهما عليهما السلام (ليس للمريض أن يطلق و له أن يتزوج، فإن هو تزوج و دخل بها فهو جائز، و إن لم يدخل بها حتى مات فى مرضه فنكاحه باطل، و لا مهر لها و لا ميراث) (٣).

و منه تعرف ضعف توقف المحقق فى الشرائع و الشهيد فى الدروس.

(٤) لأن عدم زواجهن شرط فى إرثهن.

(٥) حصه الزوجه مع وجود ولد للميت بالسويه بينهن.

(٦) حصه الزوجه مع عدم الولد للميت بالسويه بينهن.

(٧) الأصل عدم الإرث، و يرفع اليد عنه بعد انقطاع عصمه الزوجيه بينهما بمقدار دلالة الدليل، و الدليل قد دل على ما لو طلق المريض أما لو فسخ فى مرضه فلا دليل على إرثها منه فالأصل باق من دون معارض، مع أن إلحاق الفسخ بالطلاق قياس لا نقول به.

ص: ٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١ و ٣.

(و الرجعه (١) تكون بالقول (٢). مثل رجعت و ارتجعت) متصلا بضميرها فيقول: رجعتك و ارتجعتك. و مثله راجعتك، و هذه الثلاثه صريحه، و ينبغى (٣) إضافه إلى، أو إلى نكاحي، و فى معناها (٤) رددتك و أمسكتك لورودهما فى القرآن قال تعالى: وَ بَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكِ (٥) ، (١) و هى بفتح الراء أفصح، و هى لغه المره من الرجوع، و اصطلاحا ردّ المرأه المطلقه إلى النكاح السابق، و لا خلاف بين المسلمين فى مشروعيتها، و يدل عليه قوله تعالى:

وَ بَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكِ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا (١) و الأخبار.

منها: خبر الحسن بن زياد عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- ينبغى للرجل أن يطلق امرأته ثم يراجعها و ليس له فيها حاجه ثم يطلقها، فهذا الصّرار الذى نهى الله عزّ و جلّ عنه، إلا أن يطلق ثم يراجع و هو ينوى الإمساك) (٢)، و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن قول الله عزّ و جلّ: لا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَاراً لَتَغْتَيَبُوا، قال عليه السّلام: الرجل يطلق حتى إذا كادت أن يخلو أجلها راجعها ثم طلقها يفعل ذلك ثلاث مرات، فنهى الله عزّ و جلّ عن ذلك) (٣).

(٢) الرجعه تكون بالقول أو بالفعل بلا- خلاف فى ذلك، أما الأول فكل لفظ دال على إنشاء معنى الرجعه بالصراحه أو الكنايه فهو كاف، على حسب غيرها من المعانى التى يراد إبرازها بالألفاظ الداله عليها.

و من ألفاظ الصريحه قوله: راجعتك و ارتجعتك مطلقا أو مع إضافه قوله: إلى نكاحي، و مع الإضافه فهو أصرح.

و من الألفاظ غير الصريحه قوله: رددتك أو أمسكتك خصوصا بعد ورودهما فى القرآن، فالأول قد ورد فى قوله تعالى: وَ بَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ (٤) ، و الثانى فى قوله تعالى:

فَأَمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ (٥).

(٣) ليكون أصرح.

(٤) أى معنى الثلاثه الصريحه.

(٥) سورة البقره، الآيه: ٢٢٨.

ص: ٧١

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٢.

٤- (٤) سورة البقره، الآيه: ٢٢٨.

فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ (١) و لا يفتقر إلى نيه الرجعه (٢)، لصراحه الألفاظ.

وقيل: يفتقر إليها (٣) فى الأخيرين، لاحتمالهما (٤) غيرها (٥) كالإمساك باليد، أو فى البيت، و نحوه (٦)، و هو حسن.

(و بالفعل (٧) كالوطء، و التقبيل، و اللمس بشهوه)، لدلالته (٨) على الرجعه كالقول. و ربما كان أقوى منه (٩)، و لا تتوقف إباحته (١٠) على تقدم رجعه (١١)، لأنها زوجه، و ينبغى تقييده (١٢) (١) سورة البقره، الآية: ٢٢٩.

(٢) لا- بد من قصد المعنى الذى هو الرجعه، و به يتحقق نيه الرجعه، نعم مقصود الشارح من المنفى هو القرينه المعرّبه عن نيه الرجعه، فلا يشترط قصدها بعد صراحه الألفاظ فى معنى الرجعه.

(٣) أى إلى القرينه المعرّبه عن الرجعه.

(٤) أى احتمال الأخيرين.

(٥) غير الرجعه.

(٦) كردّها إلى أهلها.

(٧) قد عرفت عدم الخلاف فى تحقق الرجعه بالفعل كالوطء لدلالته على الرجعه كالقول، و يشهد له صحيح محمد بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السّلام (من غشى امرأته بعد انقضاء العده جلد الحدّ، و إن غشيتها قبل انقضاء العده، كان غشيانه إياها رجعه لها) (١).

و الفعل غير مختص بالوطء بالاتفاق بل يشتمل التقبيل و اللمس بشهوه أو بدونها، و نحو ذلك مما لا يحلّ إلا للزوج، و لا يفتقر الفعل المحقق للرجعه إلى تقدم الرجعه اللفظيه عليه، لأنها زوجه ما دامت فى العده فله فعل ذلك و غيره بها من دون تقدم رجوع فى البين.

(٨) أى لدلاله الفعل.

(٩) ربما كان الفعل أقوى من القول فى الدلاله.

(١٠) أى إباحه الفعل المحقق للرجعه.

(١١) باللفظ.

(١٢) أى تقييد الفعل المحقق للرجعه، هذا و اعلم أنه قد وقع الخلاف فى اعتبار قصد الرجعه

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

بقصد الرجوع به، أو بعدم قصد غيره (١)، لأنه أعمّ (٢) خصوصا لو وقع منه سهوا (٣)، و الأجدود اعتبار الأول (٤).

و إنكار الطلاق رجعه (٥) لدلالته (٦) على ارتفاعه (٧) في الأزمنة الثلاثة، و دلاله الرجعه (٨)

بالفعل المحقق لها، كما عن الرياض لأن الرجوع أمر وجودى اعتبارى يؤثر في رفع أثر الطلاق فلا معنى لتحققه بدون قصده فلا عبره بالفعل إن وقع سهوا أو غفله أو مع عدم قصد الرجعه أو قصد عدم الرجعه، أو لا يعتبر قصد الرجعه كما عن المحقق في الشرائع و العلامه فى القواعد، لأنها زوجه فله أن يفعل ما شاء و إن لم يقصد الرجوع و لإطلاق صحيح محمد بن القاسم المتقدم حيث قال عليه السلام (و إن غشيها قبل انقضاء العده كان غشيانه إياها رجعه لها).

(١) غير الرجوع.

(٢) أى لأن الفعل أعم من الرجوع.

(٣) كما لو ظن أنها زوجته فوطئها.

(٤) و هو تقييده بقصد الرجوع.

(٥) لو أنكر الزوج الطلاق فى العده كان ذلك رجعه منه بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن الإنكار متضمن للتمسك بالزوجيه كما عن المحقق فى الشرائع، و لأن الإنكار أبلغ من الرجعه بألفاظها الداله عليها، لدلاله ألفاظ الرجعه على رفع الطلاق فى غير الماضى، و دلاله الإنكار على رفع الطلاق مطلقا كما فى المسالك.

و الأولى الاستدلال بصحيح أبى ولّاد عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن امرأه ادّعت على زوجها أنه طلقها تطليقه، طلاق العده طلاقا صحيحا، يعنى على طهر من غير جماع و أشهد لها شهودا على ذلك ثم أنكر الزوج بعد ذلك؟ فقال عليه السلام: إن كان إنكار الطلاق قبل انقضاء العده فإن إنكاره للطلاق رجعه لها، و إن كان أنكر الطلاق بعد انقضاء العده، فإن على الإمام أن يفرّق بينهما بعد شهاده الشهود، بعد ما تستحلف أن إنكاره للطلاق بعد انقضاء العده، و هو خاطب من الخطاب) (١).

(٦) أى دلاله الإنكار.

(٧) أى ارتفاع الطلاق.

(٨) بألفاظها الداله عليها.

ص: ٧٣

على رفعه (١) فى غير الماضى، فيكون (٢) أقوى دلالة عليها (٣) ضمنا (٤)، و لا يقدح فيه (٥) كون الرجعه من توابع الطلاق فتنتفى (٦) حيث ينتفى المتبوع (٧)، لأن غايتها (٨) التزام (٩) ثبوت النكاح، و الإنكار يدل عليه (١٠) فيحصل المطلوب منها (١١) و إن أنكر سبب شرعيتها (١٢).

(١) أى رفع الطلاق.

(٢) أى الإنكار.

(٣) على الرجعه من ألفاظ الرجعه.

(٤) أى التزاما.

(٥) فى الإنكار، هذا و قد قيل و لم يعرف القائل: إن الرجعه مترتبة على الطلاق، و تابعه له، و إنكار الطلاق إنكار للرجعه، لأن إنكار المتبوع إنكار للتابع، و عليه فلا- يكون الإنكار رجعه، و إلا- لكان الإنكار سببا لثبوت الرجعه كما هو المدعى و لثبوت عدمها كما بيناه، و ما هو إلا سبب للنقيضين و هو محال.

(٦) أى الرجعه و هى تابع.

(٧) و هو الطلاق عند الإنكار.

(٨) أى غايه الرجعه، و هو تعليل لعدم القدح، و رد للقيل المتقدم.

(٩) أى التمسك بالزوجيه.

(١٠) على الالتزام بثبوت النكاح.

(١١) من الرجعه.

(١٢) أى سبب شرعيه الرجعه، و السبب هو الطلاق، هذا و الأحسن منه ما قاله فى المسالك فى مقام الرد (لأن الشارع إذا جعل إنكار الطلاق رجعه - كما فى صحيح أبى ولّاد و المتقدم - فقد قطع التبعية المذكوره، أو يجعل الإنكار كناية عن الرجعه، و لا يراد منه حقيقته، فإن المقصود حينئذ من إنكار الطلاق إعادته النكاح المتحقق فى الرجعه بكل لفظ دلّ عليه، و هذا منه) انتهى كلامه زيد فى علو مقامه.

هذا و لا يجب الإشهاد فى الرجعه بلا خلاف فيه و لا إشكال نعم هو مستحب للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الذى يراجع و لم يشهد، قال عليه السلام:

يشهد أحب إليّ و لا أرى بالذى صنع بأسا) (١)، و صحيح الفاضلين زراره و محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (إن

الطلاق لا يكون بغير شهود، وإن الرجعه بغير شهود

ص: ٧٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٢.

(و لو طلق الذميه (١) جاز مراجعتها و لو منعنا من ابتداء نكاحها دواما) لما تقدم (٢) من أن الرجعه ترفع حكم الطلاق فيستصحب حكم الزوجيه السابقه، لا أنها (٣) تحدث حكم نكاح جديد، و من ثم (٤) أمكن طلاقها ثلاثا قبل الدخول بعدها (٥) استصحابا (٦) لحكم الدخول السابق (٧)، و لأن (٨) الرجعيه زوجه، و لهذا رجعه، و لكن ليشهد بعد فهو أفضل(١).

(١) أى لو كانت عنده ذميه فأسلم ثم طلقها رجعيًا ثم راجعها، فقد قيل: لا يجوز، لأن الرجعه كالعقد المستأنف، و المفروض عدم جواز العقد الدائم على الذميه ابتداء، و العقد الأول قد وقع حال كفر الزوج و قد انفسخ بالطلاق.

و لكن مقتضى القواعد و عليه فتوى الأصحاب أنه يجوز الرجوع، لأنها لم تخرج عن الزوجيه بعد كون الرجعه فسخا للطلاق و عودا للنكاح السابق، فهي كالمستدامه التى لم يطلقها و لذا جاز له أن يطأها و يكون الوطى محققا للرجعه.

على أن النكاح الأول لو كان زائلا بالطلاق الرجعى لكان العائد بالرجعه إما الأول أو غيره، و الأول مستلزم لإعادته المعدوم، و الثانى منتف بالاتفاق و إلا لتوقف على رضاها، و من هنا يتبين أن الطلاق الرجعى ليس سببا. فى زوال النكاح الأول، بل السبب هو الطلاق مع انقضاء العده و لم يتحقق كلا الجزئين فى المقام.

(٢) عند قول الشارح (و اعلم أن الرجعه بعد الطلقه تجعلها بمنزله المعدومه).

(٣) أى الرجعه.

(٤) أى و من كون الرجعه ترفع حكم الطلاق.

(٥) أى بعد الرجعه، لأنه لو تزوج أولا فوطأ ثم طلق ثم راجع من دون وطئ ثم طلق، فلو كانت الرجعه إحداثا لعقد نكاح لكان الطلاق بعد الرجعه طلاق بغير المدخول بها، و لا عده لها، فلا يمكن له الرجوع حتى يطلق الطلاق الثالث، مع أنه قد تقدم سابقا وقوع الطلاق ثلاثا على ما فى الأخبار الصحيحه المتقدمه، و هذا كاشف عن كون الرجعه رفعا للطلاق الحادث و عودا للنكاح السابق الذى وطئ بعده فلو طلق بعد الرجعه لكان طلاقا للمدخول بها، و لها عده و يجوز له أن يراجع حينئذ فيطلق الطلاق الثالث.

(٦) تعليل لإمكان الطلاق ثلاثا.

(٧) أى السابق على الرجعه، و المتأخر عن عقد النكاح الأول.

(٨) تعليل ثان لكون الرجعه رافعه لحكم الطلاق و ليست محدثه لحكم نكاح جديد، و وجهه

ص: ٧٥

يثبت لها (١) أحكام الزوجية (٢)، و لجواز (٣) وطئه (٤) ابتداء من غير تلفظ بشيء (٥).

و ربما يخيل المنع هنا (٦) من حيث إن الطلاق إزاله قيد النكاح، و الرجعه تقتضى ثبوته (٧)، فإما أن يثبت بالرجعه عين النكاح الأول أو غيره. و الأول (٨) محال، لاستحاله إعادته المعدوم، و الثانى (٩) يكون ابتداء (١٠)، لا استدامه.

و يضعف بمنع زوال النكاح أصلا، بل إنما يزول بالطلاق، و انقضاء العده و لم يحصل (١١).

فى ما لو أنكرت الدخول عقب الطلاق

(و لو أنكرت الدخول عقب الطلاق) لتمنعه من الرجعه (١٢) قدّم قولها أن الرجعه لو كانت عقدا جديدا لما كان المطلقة رجعيه بحكم الزوجه.

(١) للرجعيه.

(٢) من التوارث و وجوب الإنفاق عليها؛ و وقوع الظهار و اللعان و الإيلاء بها، و جواز تغسيل الزوج لها و العكس.

(٣) تعليل ثالث لكون الرجعه رافعه لحكم الطلاق و ليست محدّته لحكم نكاح جديد، و وجهه أن الرجعه لو كانت عقدا جديدا لما كانت المطلقة الرجعيه مما يجوز وطئها ابتداء.

(٤) أى وطئ المطلق طلاقا رجعيًا، و هو من باب إضافه المصدر إلى فاعله.

(٥) يدل على الرجعه.

(٦) فى مراجعه الذميه.

(٧) أى ثبوت النكاح.

(٨) أى عين النكاح الأول.

(٩) أى غير النكاح الأول.

(١٠) و لا يصح تزويج الذميه بالعقد الدائم ابتداء.

(١١) أى السبب بكلا جزئيه.

(١٢) لو طلق و راجع فأنكرت الدخول بها، و زعمت أنه لا عده عليها و لا رجعه، و هو قد ادعى الدخول كان القول قولها مع يمينها، لأصالة عدم الدخول، و إذا حلفت بطلت رجعتة فى حقها، و لا نفقه لها و لا سكنى و لا عده عليها، و لها أن تنكح فى الحال.

و أما هو فليس له أن ينكح أختها و لا أربعا سواها لاعترافه بأنها زوجته، و يلزم بتمام المهر لاعترافه بالدخول، مع أنها لا تدعى إلا- النصف فإن كانت قد قبضت المهر فليس له مطالبتها بشيء، و إن لم تكن قبضته فليس لها إلا أخذ النصف، و قد تقدم تفصيله في كتاب النكاح.

ص: ٧٦

(و حلفت) لأصله عدم الدخول، كما يقدم قوله لو أنكره (١) ليسقط عنه نصف المهر.

ثم مع دعواه الدخول يكون مقرا بالمهر و هي مقره على نفسها بسقوط نصفه، فإن كانت قبضته فلا رجوع له بشيء عملا باقراره، وإلا (٢) فلا تطالبه إلا بنصفه عملا بانكارها، و لو رجعت إلى الاقرار بالدخول (٣) لتأخذ النصف (٤) ففي ثبوته لها، أو توقفه (٥) على اقرار جديد منه (٦) وجهان، و أولى بالعدم (٧) لو كان رجوعها (٨) بعد انقضاء العده (٩) على تقدير الدخول.

في رجعه الأخرس

(و رجعه الأخرس بالإشارة) المفهمه لها (١٠)، (و أخذ القناع) عن رأسها لما (١) لو انعكس الحكم السابق بأن ادعت المرأه الدخول و أنكر الزوج، فالقول قوله مع يمينه لأصله عدم الدخول، و إذا حلف فلا رجعه له، و لا نفقه عليه و لا سكنى لنفى دعواها بيمينه، و عليها العده أخذًا بإقرارها.

(٢) و إن لم تكن قبضته.

(٣) بعد إنكارها الدخول، بحيث لو أنكرت الدخول فليس لها إلا النصف فلو أخذته ثم اعترفت بالدخول فهل لها أخذ النصف الآخر لأنها منعت منعه بسبب الإنكار، و قد ارتفع الآن عند اعترافها بالدخول أم لا بد من إقرار مستأنف من جهه الزوج وجهان كما في المسالك.

(٤) أى النصف الآخر.

(٥) أى توقف النصف الآخر لها.

(٦) من الزوج، لأن إقراره السابق بكون تمام المهر لها عند دعواه الدخول لم يؤثر في تملكها تمام المهر لإنكارها الدخول، فلا بد من إقرار جديد حتى يؤثر في تملكها تمام المهر.

(٧) أى بعدم ثبوت النصف الآخر لها.

(٨) أى رجوعها إلى الإقرار بالدخول بعد الإنكار.

(٩) أى العده المفروضه على تقدير الدخول، لأن لا عده مع عدم الدخول، و الدخول محل النزاع هنا.

(١٠) للرجعه، هذا و اعلم أن المشهور على أن رجعه الأخرس كغيرها من عقود و إيقاعاته تكون بالإشارة المفهمه لها.

و عن الصدوقين اختصاص رجعه بأخذ القناع من رأسها، و هو واضح الفساد لعدم الدليل الصالح على هذا التقييد، نعم فى النافع للمحقق نسب هذا القول إلى الروايه،

تقدم (١) من أن وضعه عليه (٢) إشاره إلى الطلاق، و ضد العلامه (٣) علامه الضد (٤)، و لا نص هنا (٥) عليه (٦) بخصوصه فلا يجب الجمع بينهما (٧)، بل يكفي الإشاره مطلقا (٨).

في قبول قولها في انقضاء العده

(و يقبل قولها في انقضاء العده (٩) و كذا الشيخ و ابن البراج، مع أن المروى في خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الكافي (طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها، و يضعها على رأسها و يعتز لها) (١٠)، و مثله خبر أبي بصير عنه عليه السلام ٢.

و هو مروى في الطلاق و لعله فهموا من الضديه، بمعنى أن ضد العلامه علامه الضد، فضع القناع على الرأس الذي هو علامه الطلاق بأخذه القناع عن رأسها، و يكون الأخذ علامه لضد الطلاق من الرجعه.

هذا و القياس باطل، نعم لو أفاد أخذ القناع عن رأسها الرجعه، كان ذلك من جملة إشارات الداله على الرجعه، و ليس هو سبب مستقل للرجوع.

(١) عند البحث في صيغه الطلاق حول كيفية طلاق الأخرس.

(٢) أى وضع القناع على الرأس.

(٣) العلامه هى وضع القناع على الرأس و ضدها أخذ القناع عن الرأس.

(٤) فوضع القناع علامه الطلاق، و أخذه علامه ضد الطلاق، و هو الرجعه.

(٥) فى الرجعه.

(٦) على أخذ القناع.

(٧) بين الإشاره المفهمه للرجعه و أخذ القناع كما هو ظاهر المتن.

(٨) سواء قلنا فى أن أخذ القناع دلالة على الرجوع أم لا.

(٩) سيأتى أن العده تكون بالاطهار إذا كانت مستقيمه الحيض، و بالشهور لمن لا- تحيض و هى من سنّ من تحيض و بوضع الحمل للحامل، و عليه فإذا اختلفا بعد الطلاق فادعت المرأة انقضاء العده لتمنعه من الرجعه، و ادعى هو بقاء العده لإثبات جواز رجوعه، فالقول قولها مع يمينها لصحيح زواره عن أبي جعفر عليه السلام قال: (العده و الحيض للنساء إذا ادعت صدقت) (١١)، و مرسل الطبرسى فى مجمع البيان عن الصادق عليه السلام (فى قوله تعالى: وَ لَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ، قال عليه السلام: قد فوّض

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣ و ٥.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب العدد حديث ١.

(فى الزمان المحتمل)، لانقضائها (١) فيه (٢) (و أقله (٣) ستة و عشرون يوما و لحظتان) إن كانت معتده بالاقراء (٤). و ذلك بأن يطلق و قد بقى من الطهر لحظه (٥)، ثم تحيض أقل الحيض ثلاثة أيام، ثم تطهر أقل الطهر عشره، ثم تحيض. و تطهر كذلك (٦) ثم تطعن (٧) فى الحيض لحظه.

(و) هذه اللحظه (الأخيره دلالة على الخروج) من العده، أو من الطهر الثالث، لاستبانته (٨) الله إلى النساء ثلاثة أشياء: الحيض و الطهر و الحمل (١).

نعم لا بد أن تكون دعواها بانقضاء العده فى زمن يمكن فيه الانقضاء، و أقل المده المحتمل لانقضائه عده الحره، و هى مستقيمه الحيض ستة و عشرون يوما و لحظتان، لأن عدتها ثلاثة أطهار، و الطهر الذى يقع فيه الطلاق يحسب لها طهر، و عليه فلو كانت فى طهر من دون جماع فطلقها و بعد لحظه حاضت، و كان حيضها ثلاثة أيام ثم طهرت أقل الطهر عشره أيام، ثم حاضت أقل الحيض ثلاثة أيام ثم طهرت أقل الطهر عشره، و به تحقق لها ثلاثة أطهار، فلا بد من لحظه من حيضها الجديد لتخرج من العده، و المجموع ستة و عشرون يوما و لحظتان، لحظه بعد وقوع الطلاق لتحقيق الطهر الأول، و لحظه أخرى لتحقيق الطهر الثالث و للخروج من العده، و ليست هذه اللحظه الثانيه جزءا من العده، و ربما قيل كما عن الشيخ: هى منها، لتوقف انقضاء العده على تحققها، و هو كما ترى لا يدل على المدعى، و لذا جاز لها العقد فى هذه اللحظه الأخيره، و لا يجوز للمطلق أن يرجع فى هذه اللحظه الأخيره بعد انقضاء العده قبلها.

(١) أى انقضاء العده.

(٢) فى الزمان المحتمل.

(٣) أى أقل الزمان المحتمل.

(٤) أى الأطهار، و هذه عده مستقيمه الحيض من الحرائر.

(٥) و يحسب لها طهر.

(٦) أى تحيض ثلاثة أيام أقل الحيض، و تطهر عشره أيام أقل الطهر.

(٧) أى تشرع.

(٨) أى لظهوره، و الضمير راجع إلى الطهر الثالث.

ص: ٧٩

بها (١) (لا جزء) من العده، لأنها (٢) ثلاثه قروء و قد انقضت قبلها (٣) فلا تصح الرجعه فيها (٤) و يصح العقد (٥).

و قيل: هي منها (٦)، لأن الحكم بانقضائها (٧) موقوف على تحققها (٨) و هو (٩) لا يدل على المدعى (١٠).

هذا (١١) إذا كانت حره (١٢)، و لو كانت أمه فأقل عدتها ثلاثه عشر يوما و لحظتان (١٣)، و قد يتفق نادرا انقضاؤها (١٤) في

الحره (١٥) بثلاثه و عشرين يوما و ثلاث لحظات، و في الأمه بعشره و ثلاث (١٦)

(١) باللحظه الأخيره.

(٢) أى العده.

(٣) أى و قد انقضت العده قبل هذه اللحظه الأخيره.

(٤) فى اللحظه الأخيره هذا بالنسبه للمطلق.

(٥) أى عقد جديد بالنسبه للمطلقه.

(٦) أى اللحظه الأخيره من العده.

(٧) أى بانقضاء العده.

(٨) أى تحقق اللحظه الأخيره.

(٩) أى الحكم بانقضاء العده الموقوف على تحقق اللحظه الأخيره.

(١٠) من كون اللحظه الأخيره جزءا من العده، بل الحكم المذكور كاشف عن انقضاء العده فى اللحظه الأخيره.

(١١) أى كون أقل العده سته و عشرين يوما و لحظتين.

(١٢) و مستقيمه الحيض.

(١٣) لأن عده الأمه الممزوجه طهران كما عليه المشهور كما سيأتى فى بابه بشرط أن تكون مستقيمه الحيض، و يتحققان فيما لو طلقها فى طهر من غير جماع و بعد لحظه حاضت فيحتسب لها طهر و قد حاضت ثلاثه أيام أقل الحيض و طهرت أقل الطهر عشره أيام، و بهذا تتحقق عدتها، و لكن لا بد من لحظه أخيره من حيضها ليظهر طهرها الثانى أو للكشف عن انقضاء عدتها، فيكون المجموع ثلاثه عشر يوما و لحظتين.

(١٤) أى عده الطلاق.

(١٥) أى الحره المستقيمه الحيض.

(١٦) أى بعشره أيام و ثلاث لحظات.

ص: ٨٠

بأن يطلقها بعد الوضع (١) وقبل رؤيه دم النفاس بلحظه، ثم تراه لحظه (٢)، ثم تطهر عشره (٣)، ثم تحيض ثلاثه، ثم تطهر عشره (٤)، ثم ترى الحيض لحظه (٥) و النفاس معدود بحيضه.

و منه (٦) يعلم حكم الأمه (٧)، و لو ادعت ولاده تام (٨) فإمكانه (٩) بسته أشهر و لحظتين من وقت النكاح (١٠) لحظه للوطء، و لحظه للولاده (١١) و إن ادعتها (١٢) بعد الطلاق بلحظه، و لو ادعت ولاده سقط مصور، أو مضغه، أو علقه اعتبر إمكانه عاده (١٣).

(١) فلم تكن حال الطلاق حاملا لتكون عدتها بوضع الحمل.

(٢) فهذه لحظتان، اللحظه الأولى لتحقق الطهر الأول، و اللحظه الثانيه لتحقق الحيضه الأولى، لأن النفاس معدود بحيضه.
(٣) و هذا هو الطهر الثاني.

(٤) و هذا هو الطهر الثالث، و به تم ثلاثه أطهار التي هي عدده المطلقه غير الحامل من ذوات الحيض.

(٥) و هذه هي اللحظه الثالثه، و هي لتحقق الطهر الثالث، أو للكشف عن انقضاء العده.

(٦) و من التفصيل في الحره.

(٧) بأن يطلقها بعد الوضع و قبل رؤيه النفاس بلحظه، ثم تراه لحظه ثم تطهر عشره، و به قد تم لها طهران، ثم ترى الحيض لحظه لتخرج من العده، و المجموع عشره أيام و ثلاث لحظات.

(٨) أى مولود تام الخلقه، فلو طلق الحامل فعدتها إلى حين الوضع، فلو ادعت انقضاء العده بالوضع لتمنعه من الرجوع، و أنكر الزوج وضعها بعد اعترافه بحملها قبل قولها مع يمينها بلا خلاف لما تقدم.

و أقل زمن محتمل للوضع سته أشهر و لحظتان من يوم النكاح، لحظه لإمكان الوطء، و لحظه للولاده، و سته أشهر أقل الحمل، و لو ادعت الوضع بأقل من ذلك لم تصدق.

(٩) أى فإمكان وضع المولود التام.

(١٠) أى من وقت العقد.

(١١) مع ضميمة سته أشهر لأقل الحمل.

(١٢) أى ادعت لحظه الولاده، و إن وصليه. لأنها مصدقه فى دعواها الوضع كتصديق فى دعواها الحمل و الحيض على ما فى الخبر المتقدم.

(١٣) كما عن غير واحد.

و ربما قيل (١): إنه (٢) مائه و عشرون يوما و لحظتان في الأول (٣)، و ثمانون يوما و لحظتان في الثاني (٤)، و أربعون كذلك (٥)، في الثالث (٦) و لا بأس به.

(و ظاهر الروايات أنه (٧)

(١) و لم يعرف القائل منا و لكن عليه الأخبار.

منها: النبوى (يجمع أحدكم فى بطن أمه أربعون يوما نطفه، و أربعون يوما علقه، و أربعون يوما مضغه ثم تفتح فيه الروح) (١)، و موثق ابن الجهم عن الرضا عليه السلام (قال أبو جعفر عليه السلام: إن النطفة تكون فى الرحم أربعين يوما، ثم تصير علقه أربعين يوما، ثم تصير مضغه أربعين يوما، فإذا كمل أربعة أشهر بعث الله ملكين خلاقين) (٢)، و صحيح زواره عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث: (فتصل النطفة إلى الرحم فتتردد فيه أربعين يوما، ثم تصير علقه أربعين يوما، ثم تصير مضغه أربعين يوما) (٣)، و خبر محمد بن إسماعيل أو غيره عن أبى جعفر عليه السلام (أربعين ليلة نطفه و أربعين ليلة علقه، و أربعين ليلة مضغه، فذلك تمام أربعة أشهر، ثم بعث الله ملكين خلاقين) (٤).

عليه فلو ادعت أنه يسقط مصور فلا- بد أن يمضى من حين عقد النكاح مائه و عشرون يوما و لحظتان، لحظه للوطى و لحظه للوضع، و مائه و عشرون يوما و هى أربعة أشهر لزم تكونه بالتمام ما قبل نفخ الروح.

و لو ادعت أنه مضغه فلا بد أن يمضى من حين عقد النكاح ثمانون يوما و لحظتان، لحظه للوطى و لحظه للوضع، و ثمانون يوما لصيرورته مضغه كما فى الأخبار المتقدمه، لأن الأربعين يوما فى الرحم للنطفه و أربعين أخرى للعلقه و لو ادعت أنه علقه فلا بد من مضى أربعون يوما و لحظتان من حين العقد، لحظه للوطى و لحظه للوضع و أربعون يوما لصيرورته علقه، و هذا ما استحسسه الشارح فى المسالك و مال إليه فى الحدائق.

(٢) أى الإمكان العادى.

(٣) فى السقط المصوّر.

(٤) فى سقط المضغه.

(٥) أى مع لحظتين.

(٦) فى سقط العلقه.

(٧) أن الشأن و الواقع.

- ١- (١) سنن البيهقي ج ١ ص ٢٦٦.
- ٢- ((٢ و ٣)) فروع الكافي ج ٦ ص ١٣.
- ٣- (٤) فروع الكافي ج ٦ ص ١٦.

لا يقبل منها غير المعتاد (١) إلا بشهادة أربع من النساء المطلعات على باطن أمرها.

و هو قريب) عملا بالأصل (٢) و الظاهر (٣)، و استصحابا (٤) لحكم العده، و لإمكان إقامتها البيه عليه (٥).

و وجه المشهور: أن النساء مؤتمنات على أرحامهن و لا- يعرف إلا من جهتهن غالبا (٦)، و إقامه البيه عسره على ذلك (٧). غالبا، و روى زراره فى الحسن (٨) عن (١) بحسب حال المرأة، و أصل المسأله أنه قد عرفت أنه يقبل قولها بانقضاء العده فى الزمان المحتمل لهذا الانقضاء على ما تقدم بيانه، بلا فرق بين دعوى المرأة المعتاد لحالها و غيرها، لإطلاق النصوص المتقدمه على المشهور.

و الشهيد فى اللعه هنا ذهب إلى قبول قولها بانقضاء العده فى الزمن المحتمل بالبيان المتقدم، إذا كان ذلك من عاداتها، و إلا فلو كانت عاداتها على خلاف ذلك فادعت الانقضاء فى أقل الزمان المحتمل لا يقبل قولها إلا بشهاده أربع نساء مطلقا على باطن أمرها، و نسبه إلى ظاهر الروايات، مع أنه لا يوجد إلا المرسل - كما فى الجواهر - عن أمير المؤمنين عليه السلام (أنه قال فى امرأه ادعت أنها حاضت فى شهر واحد ثلاث حيض، أنه يسأل نسوه من بطانتها هل كان حيضها فيما مضى على ما ادعت، فإن شهدت صدقت، و إلا فهى كاذبه) (١)، و حملت الروايه على التهمه لقاعده الجمع مهما أمكن أولى من الطرح بعد ضعف سندها، و كثره المعارض لها و الدال على تصديق النساء فى الحيض و الحمل و الطهر و قد تقدم بعضها.

(٢) و هو إحاله عدم انقضاء العده.

(٣) أى ظاهر المرأة، لأن عاداتها على خلاف ما ادعته من الانقضاء فى الزمن المحتمل.

(٤) لأنها بعد الطلاق هى فى العده، فلو ادعت الانقضاء على خلاف عاداتها نشك فى ارتفاع حكم العده عنها، فيستصحب المتيقن السابق، و حكم العده من عدم جواز خروجها من البيت و عدم جواز عقدها على غير المطلق و هكذا.

(٥) على غير المعتاد من حالها.

(٦) فيؤخذ بقولهن سواء كان ذلك على وفق عاداتها و معتادها أم لا.

(٧) من تغير عاداتها و معتادها.

(٨) و وصف الروايه (٢) بالحسن لاشتمال سندها على إبراهيم بن هاشم، و هو لم يمدح و لم يذم، و قد وصفناها سابقا بالصحه لأنه من شيوخ الإجازة، و هذا ما يغنى عن التوثيق.

ص: ٨٣

١- (١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب الحيض حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب العدد حديث ١.

الباقر عليه السلام. قال: «العهه و الحوض للنساء إذا اءعت صءقء».

و الأءوى المشهور.

الفصل الثالث فى العءء

أشاره

(الفصل الثالث فى العءء (١))

فى من لاءعه لها

ءمع عءءه، و هى مءءه ءءربص فىها المرأه لءءرف لبراءه رءمها من الءمل (٢)، أو (١) ءمع عءءه من العءءء، لاشءمالها عىله ءالبا، و العءءه اسم من الاءءءاءء، و قء يكون مءءءرا فءءول: اءءءء المرأه اءءءاءءا و عءءه و شرعا العءءه اسم لمءءه مءءوءه ءءربص فىها المرأه لمءءرفه لبراءه رءمها، أو للءعبء أو للءءءع عىلى الزوءء، و العءءه لبراءه الرءم كعءءه المءءءول بها، و العءءه للءعبء كعءءه الوفاء فى ءىر المءءءول بها، و العءءه للءءءع كعءءه الوفاء فى المءءءول بها.

هءا و ما كان لبراءه الرءم عن نءاء أو وطء مءءءرم ىسمى بالعهه، و ما كانت البراءه عن وطء ملك ىسمى بالاءءءراء.

و ما كان لبراءه الرءم و الزوءءان باءىان عنء الطلاء و اللعان و الفسوء ىسمى عءءه طلاء، و ءكم العءءه عن وطء الشببه ملءق بالءابء، و ما كان لبراءه الرءم بسبب موء الزوءء ءسمى عءءه وفاء.

هءا و قء شرءء العءءه صىانه للأنساب و ءءصىنا لها من الاءءءلاط، و الأصل فىها قولة ءعالى: وَ الْمُطَلَّءَاتُ ىءَرَبِّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ءَلَاءَهَ قُرُوءٍ (١)، هءا فى عءءه الءائل مسءءىمه الءىض، و قولة ءعالى: وَ اللَّائى ىئَسْنَ مِنَ الْمَحىِضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارءَبَّئْتُمْ فَعِءءُوهِنَّ ءَلَاءَهَ أَشْهَرٍ وَ اللَّائى لَمْ ىءِءِضْنَ، وَ أُولاءُ الْأءَمَالِ أَءَلُوهِنَّ أَنْ ىضَعْنَ ءَمَلُوهِنَّ (٢) و هءا فى عءءه الءائل المسءءابه و الءامل.

و قولة ءعالى: ءُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ ءَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عىلَوهِنَّ مِنْ عِءءِهِ ءَعءءُوهِنَّ (٣) و هءا فى ءىر المءءءول بها.

و قولة ءعالى: وَ الَّذِينَ ىءُوءَفُونَ مِنْكُمْ وَ ىءَرُونَ أَزُوءاءاً ىءَرَبِّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَهَ أَشْهَرٍ وَ عَشْرًا (٤)، و هءا فى عءءه الوفاء.

(٢) و هى الءائل المءءءول بها، و الءامل أىضا، لأن عءءها وءع الءمل.

ص: ٨٤

١- (١) سورة البقره، الآىه: ٢٢٨.

٢- (٢) سورة الطلاء، الآىه: ٤.

٣- (٣) سورة الأحزاب، الآىه: ٤٩.

تعبداً (١)، (و لا عدّه على من لم يدخل بها الزوج) من الطلاق، و الفسخ (٢) (إلا في) (١) كما في عدّه الوفاء لغير المدخول بها، و كان عليه زياده (أو للتفجع على الزوج) و هي عدّه الوفاء في المدخول بها.

(٢) لا عدّه على غير المدخول بها بالاتفاق لقوله تعالى: ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا (١) ، و الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فليس عليها عدّه، تزوج من ساعتها إن شاءت، و تبينها تطليقه واحده، و إن كان فرض لها مهراً فنصف ما فرض) (٢)، و موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها تطليقه واحده فقد بانت منه، و تزوج من ساعتها إن شاءت) (٣) و مثلها غيرها، و كذا لا عدّه على الصغيره و اليائسه على المشهور للأخبار.

منها: موثق ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (ثلاث تتزوجن على كل حال: التي لم تحض و مثلها لا تحيض، قلت: و ما حدها؟ قال: إذا أتى لها أقل من تسع سنين، و التي لم يدخل بها، و التي قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، قلت: و ما حدها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة) (٣)، و صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن التي قد يئست من المحيض و التي لا يحيض مثلها، قال: ليس عليها عدّه) (٥)، و مرسل جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام (في الرجل يطلق الصبيه التي لم تبلغ و لا يحمل مثلها، فقال: ليس عليها عدّه و إن دخل بها) (٦) و مثلها غيرها.

و عن السيد المرتضى و ابني شهر آشوب و زهره أنهما تعتدان ثلاثه أشهر لجملة من الأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الجارية التي لم تدرك الحيض، قال: يطلقها زوجها بالشهور) (٤)، و خبر أبي بصير قال: (عدّه التي لم تبلغ المحيض ثلاثه أشهر، و التي قعدت عن المحيض ثلاثه أشهر) (٨) و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عدّه المرأة التي لا تحيض، و المستحاضه التي لا تطهر، و الجارية التي قد يئست و لم تدرك الحيض ثلاثه أشهر) (٩) و هي لا تصلح لمقاومه ما تقدم لضعف سند

ص: ٨٥

١- (١) سورة الأحزاب، الآية: ٤٩.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العدد حديث ٤ و ٣.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العدد حديث ٤ و ١ و ٢.

٤- ((٧ و ٨ و ٩)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العدد حديث ٧ و ٦ و ٨.

(الوفاء فيجب) على الزوجه مطلقا (١) الاعتداد (أربعة أشهر و عشره أيام إن كانت حره (٢)

غالبها، على أنه يمكن حملها على المسترابه، و إن أبيت عن هذا الحمل فلا- بدّ من ردها إلى أهلها لإعراض المشهور عنها و صحه و كثره معارضها.

(١)دائمه أو متمتع بها، دخل بها أو لا، مسلمه أو ذميه.

(٢)عده الحره المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشره أيام، بلا خلاف فيه بالجمله لقوله تعالى: **وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا (١)**، و للأخبار الكثيره التى سيمرّ عليك بعضها.

ثم مقتضى إطلاق الآيه عموم الحكم لكل امرأه صغيره كانت أو كبيره، بالغاً كان الزوج أو غير بالغ حراً كان أو عبداً، دخل بها أم لم يدخل، و يدل عليه أيضا الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إن لم يكن دخل بها و قد فرض لها مهراً فلها نصف ما فرض لها، و لها الميراث و عليها العده) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (فى الرجل يموت و تحته امرأه لم يدخل بها، قال: لها نصف المهر و لها الميراث كاملاً و عليها العده كامله و مثلها غيرها، نعم ورد عدم العده على غير المدخول بها، قال: لها نصف المهر و لها الميراث كاملاً و عليها العده كامله) (٣) و مثلها غيرها، نعم ورد عدم العده على غير المدخول بها فى خبر محمد بن عمر الساباطي (سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فطلقها قبل أن يدخل بها، قال: لا عده عليها، و سألته عن المتوفى عنها زوجها قبل أن يدخل بها، قال: لا عده عليها، هما سواء) (٣)، و هو ضعيف السند و غير صالح لمعارضه ما تقدم، و محتمل للتقيه و يشهد له موثق عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل طلق امرأته من قبل أن يدخل بها أ عليها عده؟ قال: لا، قلت له: المتوفى عنها زوجها قبل أن يدخل بها أ عليها عده؟ قال:

أمسك عن هذا) (٥) و هو مشعر بالتقيه.

ثم هل هذا مختص بالحره المنكوحه بالعقد الدائم كما عن جماعه منهم المفيد و المرتضى و العماني و سلار و أما عده المتمتع بها من الوفاء فشهران و خمسه أيام لخبر ابن أبي شعبه الحلبي عن أبيه عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل تزوج امرأه متعه ثم

ص: ٨٤

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٣٤.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب العدد حديث ٣ و ١.

٣- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب العدد حديث ٤ و ٥.

و إن كان زوجها عبدا (و نصفها) شهران و خمسة أيام (إن كانت أمه (١) و إن كان مات عنها ما عدتها؟ قال: خمسة و ستون يوما(١).

و هو مرسل، و فى طريقه على بن الحسين الطاهرى، و هو واقفى شديد التعصب على من خالفه من الإماميه، و هو معارض بطائفه من الأخبار.

منها: صحيح ابن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها زوجها، هل عليها العده؟ فقال: تعتد أربعة أشهر و عشرة(٢)، و صحيح زراره (سألت أبا جعفر عليه السلام: ما عدته المتعه إذا مات عنها الذى تمتع بها؟ قال: أربعة أشهر و عشرة، ثم قال: يا زراره كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حره كانت أو أمه، و على أى وجه كان النكاح منه متعه أو تزويجا أو ملك يمين فالعده أربعة أشهر و عشرة(٣) و على الأخير عمل المشهور، و قد تقدم هذا البحث فى آخر فصل المتعه من كتاب النكاح.

(١) و كانت حائلا على المشهور للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عده الأمه التى يتوفى عنها زوجها شهران و خمسة أيام(٣)، و صحيح محمد بن مسلم و جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (الأمه إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران و خمسة أيام) ٥ و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (سمعتة يقول: طلاق العبد للأمه تطليقتان - إلى أن قال - و إن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحره شهران و خمسة أيام) ٦، و مثلها غيرها، و هى تشمل الأمه المتمتع بها و الدائم.

و عن ابن ادريس و العلامه فى المختلف و جماعه أنها كالحره فى عده الوفاه، لصحيح زراره المتقدم (يا زراره كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حره كانت أو أمه، و على أى وجه كان النكاح منه متعه أو تزويجا أو ملك يمين فالعده أربعة أشهر و عشرة(٤)، و يؤيده صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إن الأمه و الحره كليهما إذا مات عنها زوجها سواء فى العده، إلا أن الحره تحدّ و الأمه لا تحدّ(٥)، و خبر سليمان بن خالد عن أبى عبد

ص: ٨٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢.

٣- ((٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٦ و ٩ و ١٠.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد حديث ٢.

٥- (٨) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٢.

زوجها حرا على الأشهر، و مستنده صحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «الأمه إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران و خمسہ أيام».

وقيل: كالحره استنادا إلى عموم الآية (١)، و بعض الروايات و تخصيصهما (٢) بغيرها (٣) طريق الجمع، (سواء دخل بها أو لا) صغيره كانت أم كبيره و لو يائسه، دائما كان النكاح أم منقطعا.

في مدة العده

(و في باقى الأسباب) الموجبه للفرقه (٤) (تعدد ذات الأقراء) جمع قرء بالفتح، اللّٰه عليه السّلام (عده المملوكه المتوفى عنها زوجها أربعه أشهر و عشرا) (١).

و حملها الشيخ عن كون الأمه ذات ولد فتعدت عده الحره، فالأقوال حينئذ ثلاثه و سيأتى للبحث صله عند عده الأمه المتوفى عنها زوجها إذا كانت أم ولد من سيدها في آخر فصل العدد فانتظر.

(١) و هى قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا (٢).

(٢) أى تخصيص العمومين، عموم الآية و عموم بعض الروايات بغير الأمه طريق الجمع.

(٣) أى بغير الأمه.

(٤) بين الزوجين من طلاق أو فسخ، و هذا شروع فى عده الطلاق، و المطلقه إما حائل أو حامل، و الحائل إما مستقيمه الحيض أو مستترابه.

و مستقيمه الحيض هى التى يأتيا حيضها فى كل شهر مره على عادته النساء، و فى معناها معتاده الحيض فيما دون الثلاثه أشهر، و ربما قيل كما عن الشارح هنا بأنها التى تكون لها فى الحيض عادته مضبوطة وقتا، سواء انضبط العدد أم لا، و فيه: أن معتاده الحيض فيما زاد على ثلاثه أشهر لا تعدد بالأقراء و إن كانت لها فى الحيض عادته وقتا و عددا، كما سيأتى بيانه.

و على كل فمستقيمه الحيض تعدد بثلاثه أقراء بلا- خلاف فيه لقوله تعالى: وَ الْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ (٣) ، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (لا ينبغي للمطلقه أن تخرج إلا بإذن

ص: ٨٨

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٥.

٢- (٢) سوره البقره، الآية: ٢٣٤.

٣- (٣) سوره البقره، الآية: ٢٢٨.

زوجها حتى تنقضى عدتها ثلاثة قروء، أو ثلاثة أشهر إن لم تحض(١)، و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (المطلقة تعتد في بيتها، ولا ينبغي لها أن تخرج حتى تنقضى عدتها، و عدتها ثلاثة قروء، أو ثلاثة أشهر إلا أن تكون تحيض)٢، و مثلها غيرها و القروء بالفتح و الضم يجمع على أقراء و قروء و أقرأ، و قال بعض أهل اللغة كما في المسالك: إنه بالفتح الطهر و يجمع على فعول كحرب و حروب، و ضرب و ضروب، و القرء بالضم الحيض و يجيء على أقراء كقفل و أقفال، إلا أن المشهور عدم الفرق بين الفتح و الضم و أنه يقع على الطهر و الحيض إما بالاشتراك اللفظي أو المعنوي.

و على كل فالمراد بالقرء هو الطهر هنا على المشهور للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (القرء ما بين الحيضتين)٢، و مثله صحيح محمد بن مسلم ٤، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (الأقراء هي الأطهار)٥، و صحيح زراره (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: سمعت ربيعه الرأى يقول: من رأى أن الأقراء التي سمى الله عز و جل في القرآن إنما هو الطهر فيما بين الحيضتين، فقال عليه السلام: كذب، لم يقل برأيه، و لكنه إنما بلغه عن علي عليه السلام، فقلت: أ كان علي عليه السلام يقول ذلك؟ فقال عليه السلام: نعم إنما القرء الطهر، الذي يقرأ فيه الدم فيجمعه فإذا جاء المحيض دفعه)٦، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عده التي تحيض و يستقيم حيضها ثلاثة قروء، و القرء جمع الدم بين الحيضتين)٧، و مثلها غيرها.

نعم ورد أن القرء هو الحيض في أخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عده التي تحيض و يستقيم حيضها ثلاثة قروء و هي ثلاث حيض)٣، و موثق عبد الله بن ميمون عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السلام (قال علي عليه السلام: إذا طلق الرجل المرأة فهو أحق بها ما لم تغتسل من الثالثة)٤، و صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل يطلق امرأته تطليقه على طهر من غير جماع يدعها حتى تدخل في قرئها الثالث، و يحضر غسلها ثم يراجعها و يشهد على رجعتها، قال: هو أملك بها ما لم تحل لها الصلاة)١٠.

ص: ٨٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥.

٣- ((٨)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العدد حديث ٧.

٤- ((٩ و ١٠)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العدد حديث ١٢ و ١٥.

و الضم و هو الطهر، أو الحيض (المستقيمه الحيض) بأن يكون لها فيه (١) عاده مضبوطة وقتا، سواء انضبط عددا أم لا (مع الدخول (٢) بها المتحقق (٣) بإيلاج الحشفه، أو قدرها من مقطوعها قبلا (٤) أو دبرا على المشهور و إن لم ينزل (بثلاثه) و جمع المفيد بين الأخبار بحمل أخبار الطهر من القروء على ما لو كان الطلاق في مستقبل الطهر، و بحمل أخبار الحيض من القروء على ما لو كان الطلاق في آخر الطهر، و هو ممنوع لأنه فرع التكافؤ بين الطائفتين، مع أن الطائفه الثانيه محموله على التقيه لموافقتها لبعض العامه، على أنه جمع تبرعى لا شاهد له من الأخبار.

(١) في الحيض، و قد عرفت ما فيه.

(٢) لأنه بدون الدخول فلا عده للمطلقه حينئذ كما تقدم.

(٣) صفه للدخول.

(٤) قد تقدم عدم العده على غير المدخول بها بالاتفاق، و مقتضى إطلاق الأدله أن العده على الدخول و لو لم ينزل بلا خلاف فيه و يشهد له أخبار كثيره.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل دخل بامرأه، قال عليه السلام: إذا التقى الختانان وجب المهر و العده) (١)، و صحيح حفص عنه عليه السلام (إذا التقى الختانان وجب المهر و العده و الغسل) (٢)، و صحيح عبد الله بن سنان عنه عليه السلام (قال: سأله أبي و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأه فأدخلت عليه و لم يمسها و لم يصل إليها حتى طلقها هل عليها عده منه؟ فقال عليه السلام: إنما العده من الماء، قيل له: فإن كان واقعها في الفرج و لم ينزل؟ فقال عليه السلام: إذا أدخله وجب الغسل و المهر و العده) (٣)، و به يظهر أنه لا بد من رفع اليد عن ظاهر خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (العده من الماء) (٢) الظاهر في اشتراط الإنزال.

هذا و المدخول الموجب للعده هو الدخول في القبل الموجب للغسل كما هو صريح بعض الأخبار المتقدمه، و قد تقدم في بابه أن الذي يوجب الغسل هو إدخال الحشفه أو قدرها من مقطوعها، و لكن فلو أدخلهما دبرا فهل تجب العده كما عليه المشهور، لإطلاق النصوص المتقدمه، أو لا تجب العده كما عن علامه في التحرير لانصراف النصوص السابقه إلى خصوص الفرد الشائع و هو الوطء في القبل لأنه المندوب إليه و المحثوث عليه، على أن بعض النصوص ظاهر في خصوص القبل و هو قوله عليه السلام في صحيح

ص: ٩٠

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المهور حديث ٣ و ٤ و ١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العدد حديث ١.

(أطهار (١) أحدها (٢) ما بقي من طهر الطلاق بعده (٣) و إن قل (٤)، و غير مستقيمه الحيض (٥)

حفص المتقدم (إذا التقى الختانان وجب المهر و العده)، و قد توقف سيد الرياض و البحراني في حدائقه.

(١) و تبين برؤيه الدم من الحيضه الثالثه.

(٢) أى أحد الأطهار الثالثه.

(٣) أى بعد الطلاق.

(٤) أى الباقي و كان لحظه، و هو المعروف بينهم للأخبار:

منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (قلت له: أصلحك الله رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع بشهاده عدلين، فقال عليه السلام: إذا دخلت في الحيضه الثالثه فقد انقضت عدتها و حلت للأزواج، قلت له: أصلحك الله، إن أهل العراق يروون عن علي عليه السلام أنه قال: هو أحق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضه الثالثه، فقال: فقد كذبوا) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (المطلقه إذا رأت الدم من الحيضه الثالثه فقد بانت منه) ٢، و موثقه الثالث عنه عليه السلام (أول دم رآته من الحيضه الثالثه فقد بانت منه) ٣، و موثق الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام (قلت له: رجل طلق امرأته، قال: هو أحق برجعتها ما لم تقع في الدم من الحيضه الثالثه) (٢) و مثلها غيرها و وجه الاستدلال بها أنه لا يصح انقضاء عدتها برؤيه الدم من الحيضه الثالثه إلا إذا احتسب الباقي من طهر الطلاق من جمله الأطهار الثالثه، التي هي عده المطلقه.

(٥) ما زال الكلام في مستقيمه الحيض، فلو استمر معها الدم و جاوز العشره رجعت إلى عادتها في زمن الاستقامه فتجعلها حيضا و الباقي استحاضه، و يلحق بالأول حكم الحيض و بالباقي حكم الطهر إلى وقت العاده من الشهر الثاني و الثالث، و بمجرد رؤيه الدم من الثالث المحكوم بكونه حيضا تنقضي عدتها.

و لو لم تكن لها عاده لكونها مبتدئه أو مضطربه أو ناسيه فترجع إلى الصفات، أى صفات الحيض على ما تقدم بيانها في كتاب الحيض، لأن الصفات طريق شرعى لمعرفة الحيض، و تجعل واجد الصفات حيضا و الباقي استحاضه، و يلحق بالأول حكم الحيض و بالباقي حكم الطهر، و يشهد له مرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام (تعتد المستحاضه بالدم إذا كان

ص: ٩١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العدد حديث ١ و ٧ و ٩.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العدد حديث ٢.

ترجع إلى التمييز (١)، ثم إلى عادة نساءها (٢) إن كانت مبتدأه، ثم تعتد (٣) بالشهور.

في عده التي لا يحصل لها الحيض

(و ذات الشهور (٤) و هي التي لا يحصل لها الحيض بالمعتاد، و هي في سن من) في أيام حيضها، أو بالشهور إن سبقت لها، فإن اشتبهت فلم تعرف أيام حيضها من غيرها، فإن ذلك لا يخفى، لأن دم الحيض دم عبيط حارّ، و إن دم الاستحاضه دم أصفر بارد(١).

و لو اشتبه الدم و لا يتحقق بالتمييز بالصفات فترجع إلى عادة نساءها من أقرانها أو أقرانها على ما تقدم في باب الحيض، و يدل عليه خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن عده المستحاضه؟ فقال: تنظر قدر أقرانها فتزيد يوما أو تنقص يوما، فإن لم تحض فلتنظر إلى بعض نساءها فلتعتد بأقرانها(٢).

و لكن الرجوع إلى عادة أقرانها أو أقرانها مخصوص بالمبتدئه كما تقدم في الحيض، و لو اختلفن أو فقدن - أي أقرانها أو أقرانها - فتعتد بالشهور كفاقد التمييز من المضطربه لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عده المرأه التي لا تحيض و المستحاضه التي لا تطهر و الجاربه التي قد يئس و لم تدرك الحيض ثلاثه أشهر)(٢) و مثله غيره.

(١) أي التمييز بين دم الحيض و دم الاستحاضه، و ذلك بالرجوع إلى الصفات، و هذا في المبتدئه و المضطربه و الناسيه.

(٢) أي و مع فقد التمييز ترجع إلى عادة أقرانها أو أقرانها و هذا مختص بالمبتدئه.

(٣) و مع فقد نساءها في المبتدئه أو اختلافهن ترجع إلى الشهور كما ترجع المضطربه و الناسيه عند فقد التمييز.

(٤) شروع في عده المسترابه، و هي من لا تحيض و هي في سنّ من تحيض فتعتد من الطلاق و الفسخ مع الدخول بثلاثه أشهر إذا كانت حره، بلا- خلاف فيه لقوله تعالى: وَ اللَّائِي يَيْئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ (٢) المتناول آخره للفرض، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عده المرأه التي لا تحيض و المستحاضه التي لا تطهر ثلاثه أشهر)(٤)، و خبر محمد بن حكيم عن العبد الصالح عليه السلام (قلت له:

ص: ٩٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العدد حديث ٨.

٣- (٤) سورة الطلاق، الآية: ٤.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العدد حديث ٧.

(تحيض) سواء كانت مستترابه (١) كما عبّر به كثير أم انقطع عنها الحيض لعارض من مرض، و حمل، و رضاع، و غيرها (٢) تعتد (بثلاثة أشهر) هلاليه (٣) إن طلقها عند الهلال (٤)، و إلا (٥)

المرأه الشابه التي لا تحيض و مثلها يحمل طلقها زوجها، قال: عدتها ثلاثة أشهر(١)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عده التي لم تحض و المستحاضه التي لا- تطهر ثلاثة أشهر)٢، و مثلها غيرها. و مقتضى النصوص عدم الفرق فى المستترابه بين كون عدم الحيض خلقه أو لعارض من حمل أو رضاع أو غيرهما، و يدل عليه بالخصوص موثق أبى العباس (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل طلق امرأته بعد ما ولدت و طهرت و هى امرأه لا ترى دما ما دامت ترضع، ما عدتها؟ قال: ثلاثة أشهر)(٢).

(١)المستترابه هى التى حصل لها ريبه الحمل فيما إذا تأخر حيضها عن عاداتها، و كثيرا ما تطلق المستترابه فى كلام الأصحاب على من لا تحيض و هى فى سنّ من تحيض سواء كانت مستترابه الحمل أم لا، و سواء تيقنت الحمل أو عدمه.

(٢)أى غير المرض و الحمل و الرضاع.

(٣)بلا خلاف و لا إشكال لانصراف الشهر فى الأخبار المتقدمه إلى الهلالى فى عرف الشارع، و يشهد له خبر أبى مريم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل كيف يطلق امرأته و هى تحيض فى كل ثلاثة أشهر حيضه واحده؟ قال عليه السّلام: يطلقها تطليقه واحده فى غرّه الشهر إذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم طلقها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطاب)(٣).

(٤)كما هو مضمون خبر أبى مريم المتقدم.

(٥)و إن لم يكن الطلاق عند الهلال، بل طلقها فى أثناء الشهر اعتدت بهلالين لتمكنها منهما، و أخذت من الثالث بقدر الفائت من الشهر الأول، ليتحقق صدق الأهله الثلاثة عرفا كما فى الجواهر و غيره.

و عن المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك يجب إكمال الثالث ثلاثين، لأن الشهر الأول لم يتفق كونه هلاليا فينتقل إلى الشهر العرفى الذى هو الثلاثون، و فى المسألة قول ثالث بانكسار الجميع و يسقط اعتبار الأهله فيهما، لأن الأول منكسر و لا يتم إلا ببعض ما يليه فينكسر الثانى و هكذا.

ص: ٩٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العدد حديث ٨ و ٩ .

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العدد حديث ٦ .

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العدد حديث ٣ .

أكملت المنكسر (١) ثلاثين بعد الهالين على الأقوى.

(و الأمه) تعتد (بطهرين) إن كانت مستقيمه الحيض (٢)، (أو خمسه و أربعين يوما) إن لم تكن (٣).

(و لو رأت) الحره (الدم فى الأشهر) الثلاثه (مره أو مرتين) (٤)

(١) خاصه.

(٢) فى الطلاق مع الدخول و كانت بالغه غير يائسه سواء كانت تحت حر أو عبد على المشهور لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن حر تحته أمه، أو عبد تحته حره كم طلاقها و كم عدتها؟ فقال: السنه فى النساء فى الطلاق فإن كانت حره فطلاقها ثلاثا و عدتها ثلاثه أقراء، و إن كان حر تحته أمه فطلاقه تطليقتان و عدتها قرءان) (١)، و هو صريح فى اتحاد القرء فى الحره و الأمه.

و عن القديمين أن عدده الأمه حيضتان لبعض الأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (طلاق العبد للأمه تطليقتان و أجلها حيضتان) ٢، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (عدده الأمه حيضتان) (٢)، و خبر سليمان بن خالد (سألت أبا عبد الله عليه السلام (عن الأمه إذا طلقت ما عدتها؟ فقال: حيضتان أو شهران حتى تحيض) ٤، و هى محموله على التقية.

(٣) أى لم تكن تحيض و هى من سنّ من تحيض فعدتها شهر و نصف سواء كانت تحت حر أو عبد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر محمد بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام (طلاق الأمه تطليقتان - إلى أن قال - فإن كانت قد قعدت عن المحيض فعدتها شهر و نصف) ٥، و مضمّر سماعه (و قال: عدده الأمه التى لا تحيض خمسه و أربعون يوما) (٣).

(٤) قد تقدم أن عدده من لا تحيض و هى من سن من تحيض ثلاثه أشهر، و عليه فعدتها بالشهور بشرط و صفها من أنها لا تحيض أبدا.

و أما من تحيض فى الشهرين أو الثلاثه مره على خلاف عادته النساء، إذ العاده هى الحيض فى كل شهر مره فعدتها الأقراء لإطلاق أدله ثلاثه قروء فى عدده المطلقه، و أما لو كانت

ص: ٩٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب العدد حديث ٣ و ٤ و ٥.

٣- ((٦)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٧.

لا تحيض إلا بعد ثلاثة أشهر أو أزيد مره فإنها تعتد بالأشهر دون الأقراء، بلا خلاف في ذلك للأخبار.

منها: صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة التي يطلقها زوجها و هي تحيض في كل ثلاثة أشهر حيضه؟ قال عليه السلام: إذا انقضت ثلاثة أشهر انقضت عدتها يحسب لها لكل شهر حيضه)^(١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه قال:

(في التي تحيض في كل ثلاثة أشهر مره، أو في سنه أو في سبعة أشهر، و المستحاضه التي لم تبلغ الحيض، و التي تحيض مره و يرتفع مره، و التي لا- تطمع في الولد، و التي قد ارتفع حيضها و زعمت أنها لم تياس، و التي ترى الصفرة من حيض ليس بمستقيم فذكر أن عدده هؤلاء كلهن ثلاثة أشهر)^(٢)، و صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (عن التي لا- تحيض إلا- في ثلاث سنين أو في أربع سنين؟ قال عليه السلام: تعتد بثلاثة أشهر ثم تتزوج إن شاءت)^(٣)، و صحيح أبي مريم عنه عليه السلام (عن الرجل كيف يطلق امرأته و هي تحيض في كل ثلاثة أشهر حيضه واحده؟ قال عليه السلام: يطلقها تطليقه واحده في غره الشهر، فإذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم طلاقها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطاب)^(٤).

و أما من كان يأتيها الحيض ثم انقطع عنها و لم يعلم سببه و مثلها يحيض فتعتد بالشهور أو الأطهار بمعنى لو سبقت الشهور الثلاثة بغير حيض فهو عدتها، و إن مضى لها ثلاثة أطهار قبل مضى ثلاثة شهور خاليه من الحيض فتعتد بالأطهار بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (أمران أيهما سبق بانت منه المطلقه المسترابه، تستريب الحيض، إن مرت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت منه، و إن مرت بها ثلاثة حيض ليس بين الحيضتين أشهر بانت بالحيض، قال ابن أبي عمير: قال جميل:

و تفسير ذلك إن مرت بها ثلاثة أشهر إلا يوما فحاضت ثم مرت بها ثلاثة أشهر إلا يوما فحاضت، ثم مرت بها ثلاثة أشهر إلا يوما فحاضت فهذه تعتد بالحيض على هذا الوجه، و لا- تعتد بالشهور، و إن مرت بها ثلاثة أشهر بيض لم تحض فيها فقد بانت)^(٥)، و مثله موثقه الآخر عنه عليه السلام^(٦).

ص: ٩٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العدد حديث ٢ و ١ و ١١.

٢- ((٤)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العدد حديث ٣.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العدد حديث ٥ و ٣.

و على ما تقدم فلو كانت المطلقة قد انقطع عنها الحيض فتعتد بالأشهر، فلو رأت في الشهر الثالث مثلا- حيضا بطلت العده بالأشهر، لأن شرط الأشهر خلوها من الدم فيها، و تحسب الماضى قراء لها، لأن القراء ما كان نهايته الحيض و عليها تكميل العده بالإقراء، فإن كمل لها ثلاثة أقراء و لو فى أزيد من ثلاثة أشهر اعتدت بها، و إن فرض بعد ذلك انقطاع الدم عنها بالحيضه الثانيه أو الثالثه فقد استرابت بالحمل. و حينئذ يجب عليها التربص تسعه أشهر من حين الطلاق لأنه أقصى مدته الحمل كما هو المشهور فى ذلك، ثم إذا ظهر لها حمل اعتدت بوضعه و إن لم يظهر حمل فقد علم ظاهرا براءة الرحم و مع ذلك تعتد بثلاثة أشهر بعد التسعه، و تكون هذه الأشهر الثلاثة بعد أقصى الحمل بمنزله الأقرء، لأنها ممن لا تحيض، و هو الذى اختاره الأكثر لخبر سوره بن كليب (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقه واحده على طهر من غير جماع بشهود طلاق السنه، و هى ممن تحيض فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلا حيضه واحده ثم ارتفع حيضتها حتى مضى ثلاثة أشهر أخرى و لم تدر ما رفع حيضتها؟

فقال عليه السلام: إن كانت شابه مستقيمه الطمث فلم تطمث فى ثلاثة أشهر إلا حيضه ثم ارتفع طمثها فلا تدرى ما رفعها، فإنها تتربص تسعه أشهر من يوم طلقها ثم تعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر، ثم تزوج إن شاءت(١).

و هذه الروايه مع اشتهاار العمل بمضمونها مخالفه للأصل فى اعتبار الحمل بتسعه أشهر من حين الطلاق، و هو مخالف لجميع الأقوال المتقدمه فى أقصى الحمل، لأن مدته معتبره من آخر و طء لا من حين الطلاق.

و هى مخالفه لاعتدادها بثلاثة أشهر بعد العلم ببراءه رحمها من الحمل. و قد قيل كما عن الشيخ فى النهايه إنها تصبر سنه لأنها أقصى مدته، ثم إن ظهر حمل اعتدت بوضعه و إلا اعتدت بعدها بثلاثة أشهر لخبر عمار الساباطى (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل عنده امرأه شابه و هى تحيض فى كل شهرين أو ثلاثة حيضه واحده، كيف يطلقها زوجها؟ فقال عليه السلام: أمر هذه شديد، هذه تطلق طلاق السنه تطليقه واحده على طهر من غير جماع بشهود، ثم تترك حتى تحيض ثلاث حيض متى حاضتها فقد انقضت عدتها.

قلت له: فإن مضت سنه و لم تحض فيها ثلاث حيض فقال: يتربص بها بعد السنه ثلاثة أشهر ثم قد انقضت عدتها(٢).

ص: ٩٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العدد حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العدد حديث ١.

ثم احتبس (١) إلى أن انقضت الأشهر (انتظرت تمام الأقرء (٢)، لأنها (٣) قد استرابت بالحمل غالبا (فإن تمت) الأقرء قبل أقصى الحمل انقضت عدتها (٤)، (و إلا (٥) صبرت تسعة أشهر (٦)

و يأتي عليها ما ورد على الأول مع ضميمه أن المعصوم عليه السلام لم يحكم عليها بالتربص سنه من ناحيه أقصى الحمل، بل قد وردت السنه فى كلام السائل من ناحيه عدم ثبوت ثلاث حيض فى السنه.

و على كل فالشهره على الروايه الأولى و هى الحول عمده بينهم، و يؤيدها صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سمعت أبا إبراهيم يقول: إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظر بها تسعة أشهر، فإن ولدت و إلا اعتدت بثلاثة أشهر، ثم قد بانته منه) (١)، و موثق ابن حكيم عن أبى الحسن عليه السلام قلت له: (المرأه الشابه التى يحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها كم عدتها؟ قال: ثلاثة أشهر، قلت: فإنها ادعت الحبل بعد ثلاثة أشهر، قال: عدتها تسعة أشهر، قلت: فإنها ادعت الحبل بعد تسعة أشهر، قال: إنما الحمل تسعة أشهر، قلت: تزوج، قال: تحتاط بثلاثة أشهر، قلت: فإنها ادعت بعد ثلاثة أشهر، قال: لا ريبه عليها تزوج إن شاءت) (٢).

و هذه الأخبار ظاهره فى أن الثلاثة أشهر بعد التسعه ليس من باب الاعتداد، بل من باب الاحتياط للحمل لاحتمال كون الحمل باقيا و لذا استدل بها على أن غايه الحمل هو سنه.

(١) أى الدم.

(٢) و عدتها بالأقرء لا بالشهور، لعدم خلو الأشهر الثلاثة من الدم.

(٣) أى الحره.

(٤) و كانت عدتها بالأقرء..

(٥) أى و إن لم تتم الأقرء قبل أقصى الحمل.

(٦) و هى أقصى الحمل كما عليه المشهور من حين الطلاق هذا و قد علق الشارح فى الحاشيه على هذا القول كما فى الطبعه الحجرية بقوله: (هذا الحكم و هو التربص تسعه أشهر أو سنه ثم الاعتداد بعده هو المشهور بين الأصحاب لا نعلم فيه مخالفا، و المروى فيه خبر عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام المشتمل على التربص سنه و ثلاثة أشهر، و أما التربص تسعه فليس بمروى، لكنه عليه أكثر الأصحاب، و العمل به أقوى، و إن لم نقل

ص: ٩٧

على أشهر القولين، (أو سنه (١) على قول، (فإن وضعت ولدا، أو اجتمعت الأقراء الثلاثة (٢) فذاك (٣) هو المطلوب في انقضاء العده، (و إلا يتفق) أحد الأمرين (٤) (اعتدت بعدها) أى بعد التسعه، أو السنه (بثلاثه أشهر إلا أن يتم الأقراء قبلها (٥) فيكتفى بها (٦).

و قيل (٧): لا بد من وقوع الثلاثة الاقراء بعد أقصى الحمل كالثلاثه الأشهر (٨).

و الأول (٩) أقوى، و إطلاق النص (١٠) و الفتوى يقتضى عدم الفرق بين استرابتها بالحمل، و عدمه (١١) في وجوب التربص تسعه، أو سنه، ثم الاعتداد (١٢)

بأنها أقصى الحمل مطلقا، لأنها أقصاه غالبا تقريبا، و الأصل براه الذمه من التربص فيما زاد، مع ضعف سند الروايه، و قد روى محمد بن مسلم و أبو بصير في الصحيح و زراره في الحسن أن من مضى عليه ثلاثه أشهر لا تحيض فيها تبين بالثلاثه من غير تفصيل، فيمكن الاستدلال بها على الاكتفاء بالتسعه، و إن لم يكن ثمه نص، إن لم نقل بالاكتفاء بما هو أقل، حيث إن ظاهر الأصحاب الاتفاق على عدم انقضاء العده بما دون التسعه) انتهى. و هو غريب منه، لأن القول بالتسعه مروى في خبر سوره بن كليب، و هو بنفسه قد رواها في المسالك و جعلها مستند التسعه.

(١) و هي أقصى الحمل من حين الطلاق.

(٢) أى اجتمعت في أقصى الحمل.

(٣) من الولد أو الأقراء الثلاثة.

(٤) من الولد أو الأقراء الثلاثة.

(٥) أى قبل الثلاثه أشهر بعد أقصى الحمل.

(٦) لتحقق الأقراء الثلاثة الموجه لانقضاء العده.

(٧) لم أعثر على هذا القائل.

(٨) الواقعه عقيب أقصى الحمل.

(٩) من وقوع ثلاثه أشهر بعد أقصى الحمل.

(١٠) من خبر سوره و الساباطى.

(١١) عدم الريب في الحمل إذا أتاها الحيض في الأشهر الثلاثه ثم احتبس عنها الدم في الحيضه الثانيه أو الثالثه.

(١٢) بثلاثه أشهر.

بعدها (١) حتى لو كان زوجها غائبا عنها (٢) فحكمها كذلك (٣) وإن كان ظاهر الحكمه (٤) يقتضى اختصاصه (٥) بالمستترابه (٦).

و احتمال المصنف فى بعض تحقیقاته الاكتفاء بالتسعه (٧) لزوجه الغائب محتجا بحصول مسمى العده (٨)، و الدليل فى محل النزاع (٩)، و هذه أطول عده تفرض.

و الضابط أن المعتده المذكوره (١٠) إن مضى لها ثلاثه أقرأ قبل ثلاثه أشهر انقضت عدتها بها (١١)، و إن مضى عليها ثلاثه أشهر لم تر فيها دم حيض انقضت عدتها بها (١٢)، و إن (١٣) كان لها عاده مستقيمه فيما زاد عليها (١٤) بأن كانت ترى الدم فى كل أربعة أشهر مره، أو ما زاد، أو نقص (١٥) بحيث يزيد عن ثلاثه (١٦) و لو بلحظه، و متى رأت فى الثلاثه دما و لو قبل انقضائها (١٧) بلحظه فحكمها ما (١) بعد التسعه أو السنه.

(٢) أو حاضرا و لم يقربها مده مديده.

(٣) من وجوب التربص تسعه أو سنه ثم الاعتداد أو ثلاثه أشهر.

(٤) من وجوب التربص أقصى الحمل.

(٥) أى اختصاص الحكم بوجوب التربص أقصى الحمل ثم الاعتداد بثلاثه أشهر.

(٦) و هو صريح صحيح ابن الحجاج و موثق ابن حكيم المتقدمين فراجع، و لكن ليس فيهما ما يوجب تقييد الحكم بالمستترابه.

(٧) أى تسعه أشهر.

(٨) و هى ثلاثه أشهر بيض من دون حيض فيها، و هى حاصله فى ضمن التسعه.

(٩) أى دليل المصنف هو عين محل النزاع، و هو مصادره غير مسموعه، فى قبال إطلاق النص و الفتوى.

(١٠) و هى المطلقه غير الحامل.

(١١) بثلاثه أقرأ.

(١٢) بثلاثه أشهر بيض لم تر فيها دم حيض.

(١٣) وصلية.

(١٤) على ثلاثه أشهر.

(١٥) عن الأربعة أشهر.

(١٦) أى ثلاثة أشهر.

(١٧) أى انقضاء ثلاثة أشهر.

ص: ٩٩

فصل سابقا من انتظار أقرب الأمرين من تمام الأقراء، و وضع الولد، فإن انتفيا (١) اعتدت بعد تسعه (٢) أشهر بثلاثة أشهر، إلا أن يتم لها ثلاثة أقراء قبلها (٣)، و لو مبنيه (٤) على ما سبق (٥)، و لا فرق (٦) بين أن يتجدد لها دم حيض آخر فى الثلاثة (٧)، أو قبلها (٨) و عدمه (٩).

فى عده الحامل

(و عده الحامل وضع الحمل (١٠) (١) أى الأمران من الأقراء و وضع الولد.

(٢) على أشهر القولين، و بعد سنه على قول.

(٣) قبل الثلاثة أشهر الواقعه بعد أقصى الحمل.

(٤) لو وصليه، و المعنى و لو كانت هذه الأقراء الثلاثة مبنيه على ما سبق من القرء قبل التربص سنه أو تسعه أشهر، بحيث رأت الحيض فى الأشهر الثلاثة بعد الطلاق ثم تربصت تسعه أشهر ثم رأت حيضتين بعد التسعه قبل إكمال الثلاثة أشهر الواقعه بعد التربص أقصى الحمل.

(٥) أى ما سبق التربص أقصى الحمل.

(٦) أى لا فرق فى الحكم المذكور من التربص أقصى الحمل تسعه أشهر أو سنه ثم تعدد ثلاثة أشهر لمن حاضت فى ثلاثة أشهر بعد الطلاق ثم احتبس عنها الدم سواء حاضت حيضا آخر فى ضمن التسعه أو فى ضمن الثلاثة بعدها أو لم تحض، ما دام لم يتحقق لها ثلاث حيض فلا بد من التربص أقصى الحمل مع ثلاثة أشهر بعدها من باب الاعتداد.

(٧) أى ثلاثة أشهر بعد التربص أقصى الحمل.

(٨) أى قبل الثلاثة المذكوره.

(٩) أى عدم تجدد حيض لها سوى الحيض الأول الذى قد أتاها قبل التربص.

(١٠) عده الحامل وضعها لقوله تعالى: **وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (١)** و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (طلاق الجبلى واحده، و إن شاء راجعها قبل أن تضع، فإن وضعت قبل أن يراجعها فقد بانت منه، و هو خاطب من الخطاب) (٢)، و صحيح زواره عن أبى جعفر عليه السلام (طلاق الحامل واحده، فإذا وضعت ما فى بطنها فقد بانت منه) (٣)، هذا كله على المشهور شهره عظيمه، و عن الصدوق و ابن

ص: ١٠٠

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب العدد حديث ٨ و ١.

أجمع (١) حمزه أقرب الأجلين من الوضع و من الأقراء و الأشهر، بمعنى أنه إذا مرت بها ثلاثه أشهر فقد انقضت عدتها و لا تحلّ للأزواج حتى تضع ما فى بطنها، و إن وضعت الحمل بعد طلاقه فقد بانت منه و حلت للأزواج لخبر الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (طلاق الحامل واحده، و عدتها أقرب الأجلين) (١)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (طلاق الحامل واحده، و أجلها أن تضع حملها، و هو أقرب الأجلين) (٢) و مثلها غيرها، و هى لا تصلح لمعارضه النص القرآنى.

و على المشهور من كون عدتها بالوضع، فهى ستبين منه و لو كان الوضع بعد الطلاق بلحظه لإطلاق النصوص المتقدمه، و لخصوص خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا طلقت المرأه و هى حامل فأجلها أن تضع حملها و إن وضعت من ساعتها) ٣، هذا و لا بد من خروجه بأجمعه فلا تنقضى العده لو خرج بعضه لعدم صدق وضع الحمل حينئذ، و كذا تنقضى العده لو تم وضع الحمل و لو ميتا لصدق وضع الحمل بعد إطلاق الأدله، و لا فرق فى توقف انقضاء العده على وضع الحمل بين طول المده و قصرها فقد يكون لحظه و قد يكون سنه لأنها أقصى الحمل، و لا فرق فى ذلك بين الحره و الأمه كل ذلك لإطلاق الأدله المتقدمه.

ثم لو كان حملها باثنين فلا- تبين إلا- بعد وضع الثانى كما عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط و الحلى و العلامه و المحقق و جماعه بل هو المشهور تمسكا بإطلاق النصوص المتقدمه التى لا تصدق إلا بعد وضع الثانى، و عن الشيخ فى النهايه و ابن البراج و ابن حمزه و الإسكافى و المحدث البحرانى و الحر العاملى أنها تبين بوضع الأول و لكن لا يجوز لها نكاح الأزواج إلا بعد ولاده الثانى لخبر عبد الرحمن البصرى عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل طلق امرأته و هى حبلى و كان فى بطنها اثنان، فوضعت واحدا و بقى واحد، قال: تبين بالأول و لا تحل للأزواج حتى تضع ما فى بطنها) (٣)، و هو ضعيف السند لاشتماله على الحسن بن سماعه و هو واقفى و على جعفر بن سماعه و هو مجهول أو ضعيف بعد عدم الانجبار لإعراض الأصحاب عنه فلا يمكن الاعتماد عليه.

(١) أى بتمامه فلا يكفى وضع البعض.

ص: ١٠١

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب العدد حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب العدد حديث ٦ و ٧.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب العدد حديث ١.

كيف وقع (١) إذا علم أنه (٢) نشء آدمى (و إن كان علقه (٣) و وضعته (٤) بعد الطلاق بلحظه، و لا عبره بالنطفه (فى غير الوفاه (٥)، و فيها (٦) بأبعد الأجلين من وضعه، و من الأشهر (٧) الأربعة و العشره الأيام فى الحره، و الشهرين و الخمسه الأيام فى الأمه.

(١) أى كيف وقع الحمل تاما أو غير تام، فبوضعه تنقضى العده و لو كان سقطا لإطلاق النصوص المتقدمه، و لخصوص موثق ابن الحجاج عن أبى الحسن عليه السّلام (سألته عن الجبلى إذا طلقها زوجها فوضعت سقطا تمّ أو لم يتمّ، أو وضعت مضغه، فقال: كل شىء يستين أنه حمل أو لم يتمّ فقد انقضت عدتها و إن كان مضغه)(١).

و المضغه هى السقط الذى يكون فى الرحم أكثر من ثمانين يوما، و إنما الكلام بينهم فى النطفه و العلقه.

أما النطفه و هى التى تبقى فى الرحم أربعين يوما فلو خرجت فهل تنقضى العده بوضعها كما عن الشيخ و العلامه فى التحرير لإطلاق الأدله بعد كون النطفه مبدأ نشوء آدمى، أو لا عبره بوضعها بل لا بد من الاعتداد بالشهور أو الأقرء للشك فى كونها قد صارت حملا بعد كون النصوص المتقدمه ظاهره فى انقضاء العده بوضع الحمل، و عليه فالميزان فى انقضاء العده هو صدق الحمل لا- كونه مبدأ النشوء للآدمى، و لا يصدق الحمل على النطفه و لا أقل من الشك فى ذلك فلا يصح التمسك بإطلاق الأدله المتقدمه، و يشعر به اقتصار موثق ابن الحجاج المتقدم على المضغه الدال و لو إشعارا بأن غير المضغه لا تنقضى العده بوضعه.

و مما ذكرناه يظهر حكم العلقه و هى التى تكون فى الرحم ما بين الأربعين يوما إلى الثمانين لعدم صدق الحمل عليها و لا أقل من الشك مع إشعار الموثق المتقدم على أن العده لا تنقضى إلا بالمضغه لا بالأقل منها، و إن وافق المحقق و جماعه الشيخ هنا على انقضاء العده بالعلقه، و لكن قد عرفت ما فيه.

(٢) أن الواقع.

(٣) دون النطفه، و قد عرفت الكلام فى العلقه أيضا.

(٤) أى الحمل.

(٥) متعلق بقول الماتن (و عده الحامل وضع الحمل فى غير الوفاه).

(٦) أى فى الوفاه.

(٧) قد تقدم أن عده الحائل المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشره أيام إذا كانت حره، و شهران و خمسه أيام إذا كانت أمه.

ص: ١٠٢

(و يجب الحداد على الزوجه المتوفى عنها زوجها (١) في جميع مدة العده و أما لو كانت حاملا فعدتها أبعد الأجلين من المده المذكوره و وضع الحمل بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الحامل المتوفى عنها زوجها قال:

تنقضى عدتها آخر الأجلين) (١)، و موثق سماعه قال: (المتوفى عنها زوجها الحامل أجلها آخر الأجلين، إن كانت حبلى فتمت لها أربعة أشهر و عشر و لم تضع فإن عدتها إلى أن تضع، و إن كانت تضع حملها قبل أن يتم لها أربعة أشهر و عشر تعتد بعد ما تضع تمام أربعة أشهر و عشر، و ذلك أبعد الأجلين) ٢، و موثق ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (الجبلى المتوفى عنها زوجها عدتها آخر الأجلين) ٣، و خالف فى ذلك العامه فجعلوا عدتها وضع الحمل كالطلاق و لو بعد لحظه، و جعلوا آيه أولات الأحمال (٢) عامه فى المطلقه و المتوفى عنها، و فاتهم أن آيه عده الوفاة (٣) تقتضى أربعة أشهر و عشر و الجمع بينهما يقتضى القول بأبعد الأجلين.

(١) يجب على المتوفى عنها زوجها الحداد ما دامت فى العده للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم (ليس لأحد أن يحد أكثر من ثلاث، إلا- المرأة على زوجها حتى تنقضى عدتها) (٤)، و مرسل الواسطى عن أبى عبد الله عليه السلام (يحدّ الحميم على حميمه ثلاثا، و المرأة على زوجها أربعة أشهر و عشر) ٧.

و الحداد فعال من الحدّ و هو لعه المنع، و شرعا تمنع نفسها عن التزين فى بدنها و ثوبها و كحلها و طيبها، و الأصل فى الأخبار.

منها: خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إن مات عنها يعنى و هو غائب فقامت بينه على موته فعدتها من يوم يأتيها الخبر أربعة أشهر و عشر، لأن عليها أن تحدّ عليه فى الموت أربعة أشهر و عشر، فتمسك عن الكحل و الطيب و الأصباغ) (٥)، و صحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن المتوفى عنها زوجها قال: لا تكتحل للزينة و لا تطيب و لا تلبس ثوبا مصبوغا، و لا تبيت عن بيتها، و تقضى الحقوق، و تمتشط بغسله، و تحج

ص: ١٠٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢ و ٥.

٢- (٤) سورة الطلاق، الآية: ٤.

٣- (٥) سورة الطلاق، الآية: ٢٣٤.

٤- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب العدد حديث ٥ و ٦.

٥- (٨) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب العدد حديث ١.

و هو (١) ترك الزينه من الثياب، و الادهان، و الطيب، و الكحل الأسود (٢)، و الحناء، و خضب الحاجبين بالسواد، و استعمال الاسفيداج (٣) فى الوجه، و غير ذلك مما يعدّ زينه عرفا. و لا يختص المنع بلون خاص من الثياب، بل تختلف ذلك باختلاف البلاد، و الأزمان و العادات، فكل لون يعدّ زينه عرفا يحرم لبس الثوب المصبوغ به، و لو احتاجت إلى الاكتحال بالسواد لعله جاز، فإن تأدت الضروره باستعماله ليلا و مسحه نهارا و جب و إلا اقتضت على ما تتأدى به الضروره، و لا يحرم عليها التنظيف (٤)، و لا دخول الحمام، و لا تسريح الشعر، و لا السواك، و لا قلم الأظفار، و لا السكنى (٥) فى المساكن العاليه، و لا استعمال الفرش الفاخره، و إن كان فى عدتها (١) و الغسله بالكسر الطيب و ما تجعله المرأه فى شعرها عند الامتشاط كما عن مجمع البحرين و الصحاح، و عن القاموس ما تجعله المرأه فى شعرها عند الامتشاط و ما يغسل به الرأس من خطمى و نحوه، و المتيقن منه ما لم يشتمل على الطيب و الصبغ للنهى عن التزين، و خبر زراره الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام (المتوفى عنها زوجها ليس لها أن تطيب و لا تزين حتى تنقضى عدتها أربعه أشهر و عشره أيام) ٢، و خبر أبى العباس (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: المتوفى عنها زوجها، قال: لا تكتحل بزينه و لا تطيب و لا تلبس ثوبا مصبوغا و لا تخرج نهارا و لا تبيت عن بيتها، قلت:

أرأيت إن أرادت أن تخرج إلى حق كيف تصنع؟ قال: تخرج نصف الليل و ترجع عشاء) (٢).

و على كل فالمستفاد من النصوص هو ترك ما يعدّ زينه عرفا من الثياب و الأدهان و الكحل و الحناء و الطيب و غير ذلك، و هذا مختلف باختلاف العادات، و منه يظهر الوجه فى جواز التنظيف و دخول الحمام و تسريح الشعر و السواك و قلم الأظفار و السكنى فى المساكن العاليه و استعمال الفرش الفاخره و غير ذلك مما لا يعدّ مثله زينه لها فى العرف و العاده.

(١) أى الحداد.

(٢) بل كل كحل تترين به.

(٣) كلمه فارسىه، ما يلوّن به الخدّ

(٤) هذا و ما بعده لا يحرم عليها لعدم كونه زينه عند العرف.

(٥) لأن الحداد فى البدن لا فى المكان فلا يحرم السكنى فى المساكن العاليه، و لا فى الفراش

ص: ١٠٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب العدد حديث ٥، ٦).

٢- ((٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب العدد حديث ٣.

و لا تزيين أولادها و خدمها (١)، و لا فرق (٢) بين الزوجه الكبيره، و الصغيره الحائل و الحامل إذا كانت حره.

(و فى الأمه قولان المروى) صحيحا عن الباقر عليه السلام (أنها لا- تحدد)، لأنه قال: «إن الحره و الأمه كليهما إذا مات عنهما زوجهما سواء فى العده إلا أن الحره تحدد و الأمه لا تحدد».

و هذا هو الأقوى، و ذهب الشيخ فى أحد قوليه (٣) و جماعه إلى وجوب الحداد عليها، لعموم قول النبى صلى الله عليه و آله و سلم «لا- يحلل لامرأه تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحدد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعه أشهر و عشرًا». و فيه مع سلامه فلا يحرم استعمال الفرش الفاخره.

(١) لأن المحرم الزينه عليها لا على من يتعلق بها من أولاد و خدم.

(٢) أى فى وجوب الحداد بين الصغيره و الكبيره و المسلمه و الذميه و المدخول بها و غيرها، و الحائل و الحامل و المتمتع بها و الدائم لإطلاق أدله الحداد المتقدمه، و عن السرائر للحلى و المختلف للعلامه و جماعه عدم ثبوت الحداد فى الصغيره، لأن الحداد حكم شرعى و تكليف سمعى لا يثبت إلا فى حق البالغ، و المشهور على التعميم لأنه يجب على وليها أن يجنبها ما تجتنبه الكبيره.

و على المشهور أيضا اختصاص ذلك بالحره المتوفى عنها زوجها لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إن الأمه و الحره كليهما إذا مات عنهما زوجهما سواء فى العده، إلا أن الحره تحدد و الأمه لا تحدد)(١).

و عن الشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر و سلار و أبى الصلاح و ابن حمزه إيجاب الحداد على الأمه كالحره للنبوى (لا يحلل لامرأه تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحدد على ميت فوق ثلاث ليال، إلا على زوج أربعه أشهر و عشرًا)(٢) و هو مطلق كإطلاق بعض الأخبار المتقدمه.

و فيه: أنه مطلق و يقيد بصحيح زراره المتقدم.

(٣) و هو قوله فى المبسوط، مع أنه فى النهايه وافق المشهور على التفصيل.

ص: ١٠٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٢.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب العدد حديث ٩، و سنن البيهقى ج ٧ ص ٤٣٧، و سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٧٤ رقم الحديث ٢٠٨٦.

السند (١) أنه (٢) عام، و ذاك (٣) خاص فيجب التوفيق بينهما بتخصيص العام، و لا حداد على غير الزوج مطلقا (٤)، و فى الحديث (٥) دلالة عليه (٦)، بل مقتضاه (٧) أنه (٨) محرم.

و الأولى حملة (٩) على المبالغة فى النفى و الكراهه.

(١) إذ هو مرسل.

(٢) أى النبوى.

(٣) أى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام.

(٤) من أقارب الزوجه لا فى الثلاثه و لا فيما زاد.

(٥) أى النبوى.

(٦) أى على عدم وجوب الحداد على غير الزوج.

(٧) أى مقتضى النبوى.

(٨) أى الحداد على غير الزوج فى غير الثلاث، و أما فى الثلاث فهناك تصريح بالجواز.

(٩) أى حمل النبوى فى الحداد على غير الزوج فوق الثلاث قال فى المسالك: (لا يجب الحداد على غير الزوج من الأقارب، و لا يحرم سواء زاد على ثلاثه أيام أم لا، للأصل، و حرّم بعض العامه الحداد على غير الزوج زياده على ثلاثه أيام لقوله صلى الله عليه و آله و سلم - ثم ذكر النبوى المتقدم - و يمكن أن يستدل به على كراهيه ما زاد على الثلاثه للتساهل فى أدله الكراهه كالسنه، بخلاف التحريم لتوقفه على ثبوت الخبر) انتهى، هذا و لا حداد على أقارب الميت و بناته و لا إمامه و إن كنّ موطوءات أو أمهات أولاد له، للأصل، بعد جعل وجوب الحداد فى الأخبار على خصوص زوجته.

ثم لو مات الزوج بعد الطلاق الرجعى فتعتد المطلقه حره كانت أو أمه عدّه الوفاه بلا خلاف فيه، لأنها زوجه ما دامت فى العده فتشملها أدله عدّه الوفاه، و لجملة من الأخبار.

منها: صحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام (فى رجل طلق امرأته طلاقا يملك فيه الرجعه، ثم مات عنها؟ قال عليه السلام: تعتد بأبعد الأجلين أربعة أشهر و عشرا) (١) و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (أيما امرأه طلقت ثم توفى عنها زوجها قبل أن تنقضى عدتها و لم تحرم عليه، فإنها ترثه ثم تعتدّ عدّه المتوفى عنها زوجها) ٢.

ص: ١٠٦

(و المفقود إذا جهل خبره (١)

و أما لو كان الطلاق بائنا كالطلاق الخلعي فمات في العده أتمت عده الطلاق فقط و لا تعتد عده الوفاه بلا خلاف فيه، لأنها أجنبيه عنه فضلا عن ظهور الأخبار المتقدمه بالمطلقه الرجعيه حيث قال عليه السّلام في صحيح ابن قيس المتقدم (قبل أن تنقضى عدتها و لم تحرم عليه) و مفهومه لو حرمت عليه فلا تعتد عده الوفاه.

نعم ورد في خبر علي بن إبراهيم عن بعض أصحابنا (في المطلقه البائنه إذا توفي عنها زوجها و هي في عدتها قال: تعتدّ بأبعد الأجلين)^(١) و لضعف سنده و إعراض المشهور عنه لا يعتمد عليه، ثم إن الحداد في عده الوفاه واجب مستقل بحيث لو أخلت به و لو عمدا إلى أن انقضت العده حلّت للأزواج و لكن هي آثمه بترك الحداد كما عليه المشهور و هو الظاهر من أدله الحداد، و عن أبي الصلاح و غيره الحكم ببطلان العده في الإخلال العمدي بالحداد و يجب الاستئناس، و ردّ بأنه لا دليل على شرطيه الحداد في عده الوفاه.

ثم يختص الحداد بعده الوفاه و أما في عده الطلاق فلا يجب بلا خلاف فيه، بل يستحب للمطلقه الرجعيه التزين من أجل تشويق زوجها للأخبار.

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (في المطلقه تعتدّ في بيتها و تظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا)^(٢) ، و خبر زراره عن أبي عبد الله عليه السّلام (المطلقه تكتحل و تختضب و تطيب و تلبس ما شاءت من الثياب، لأن الله عزّ و جلّ يقول: لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا، لعلها أن تقع في نفسه فيراجعها)^(٣) و مثلها غيرها.

نعم ورد وجوب الحداد في عده الطلاق في خبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السّلام عن علي عليه السّلام (المطلقه تحدّ كما تحدّ المتوفى عنها زوجها، و لا تكتحل و لا تطيب، و لا تختضب و لا تمتشط)^(٤)، و لا ريب في ضعف سنده فلا يصلح لمعارضه ما تقدم، و قد حملة الشيخ علي البائنه استحبابا، و هو محمول على ما لو كان تزينها لسوء لخبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام (سألته عن المطلقه لها أن تكتحل و تختضب أو تلبس ثوبا مصبوغا؟ قال: لا بأس إذا فعلته من غير سوء)^(٥).

(١) اعلم أن الغائب إذا علمت حياته فهو كالحاضر، و إن علم موته اعتدت زوجته منه عده وفاه، و إن جهل خبره و كان له ولي ينفق عليها أو كان للزوج مال يمكن الإنفاق منه

ص: ١٠٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب العدد حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢ و ٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب العدد حديث ٦.

عليها فلا- خيار لها و إن أرادت ما تريد النساء و طالت المده عليها فهي حينئذ مبتلاه فلتصبر بلا خلاف فيه لأصالة بقاء عصمه النكاح، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن المفقود؟ فقال عليه السّلام: المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالى أو يكتب إلى الناحيه التى هو غائب فيها فإن لم يوجد له أثر، أمر الوالى وليه أن ينفق عليها، فما أنفق عليها فهي امرأته.

قلت: فإنها تقول فإنى أريد ما تريد النساء؟ قال عليه السّلام: ليس ذلك لها، و لا كرامه، فإن لم ينفق عليها وليه أو وكيله أمره أن يطلقها فكان ذلك عليها طلاقا واجبا(١).

و صحيح بريد بن معاويه عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المفقود كيف يصنع بامرأته؟ فقال: ما سكتت عنه و صبرت فخل عنها، و إن هى رفعت أمرها إلى الوالى أجلها أربع سنين ثم يكتب إلى الصقع الذى فقد فيه فليسأل عنه، فإن خبر عنه بحياه صبرت، و إن لم يخبر عنه بحياه حتى تمضى أربع سنين دعا ولى الزوج المفقود، فقيل له: هل للمفقود مال، فإن كان للمفقود مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته، و إن لم يكن له مال، قيل للولى: انفق عليها، فإن فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوج ما أنفق عليها، و إن أبى أن ينفق عليها أجبره الوالى على أن يطلق تطليقه فى استقبال العده و هى طاهر فيصير طلاق الوالى طلاق الزوج، فإن جاء زوجها قبل أن تنقضى عدتها من يوم طلقها الوالى فبدا له أن يراجعها فهي امرأته و هى عنده على تطليقتين، و إن انقضت العده قبل أن يجيء و يراجع فقد حلت للأزواج و لا سبيل للأول عليها)٢.

قال الصدوق: و فى روايه أخرى: (أنه إذا لم يكن للزوج ولى طلقها الوالى و يشهد شاهدين عدلين فيكون طلاق الوالى طلاق الزوج، و تعتدّ أربعه أشهر و عشرا ثم تتزوج إن شاءت)٣.

و صحيح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى امرأه غاب عنها زوجها أربع سنين و لم ينفق عليها و لم تدر أحي هو أم ميت، أ يجبر وليه عن أن يطلقها؟ قال عليه السّلام: نعم، و إن لم يكن له ولى طلقها السلطان قلت: فإن قال الوالى: أنا أنفق عليها، قال عليه السّلام:

فلا يجبر على طلاقها، قلت: أ رأيت أن قالت أنا أريد مثل ما تريد النساء و لا أصبر و لا أقعد كما أنا؟

ص: ١٠٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٤ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٢.

قال عليه السلام: ليس لها ذلك ولا كرامه إذا أنفق عليها(١)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام قال في المفقود: لا- تتزوج امرأته حتى يبلغها موته أو طلاق أو لحوق بأهل الشرك)(٢)، و موثق سماعه (سألته عن المفقود؟ فقال: إن علمت أنه في أرض فهي منتظره له أبدا حتى يأتيها موته أو يأتيها طلاق، و إن لم تعلم أين هو في الأرض و لم يأتيها منه كتاب و لا خبر تأتي الإمام فيأمرها أن تنتظر أربع سنين فيطلب في الأرض، فإن لم يوجد له خبر حتى يمضي الأربع سنين أمرها أن تعتد أربعة أشهر و عشرا، ثم تحل للأزواج، فإن قدم زوجها بعد ما تنقضي عدتها فليس له عليها رجعه، و إن قدم و هي في عدتها أربعة أشهر و عشرا فهو أملك برجعتها)(٣) إلى غير ذلك من النصوص.

و مقتضى هذه الأخبار أنه إذا أنفق عليها من ماله أو أنفق عليها و كيله أو وليه فيجب عليها الصبر، نعم لو أنفق عليها متبرع أجنبي فلا- يجب عليها الصبر و لها الخيار لإطلاق الأخبار المتقدمة فما في المسالك و الروضة و الجواهر و الرياض من أنه إذا أنفق عليها متبرع فلا خيار لها ليس في محله.

هذا من جهه و من جهه أخرى يتوقف الطلاق و الاعتداد على رفع أمرها إلى الحاكم و لو مضت لها مائه سنه فلو لم ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي فلا طلاق و لا عده بل تبقى على حكم الزوجيه.

و من جهه ثالثه أن الفحص في زمن الأربع لا- بد أن يكون للحاكم، و أن مبدأ الأربع سنين المضروبه من حين رفع الأمر إلى الحاكم كما هو ظاهر أو صريح الأخبار.

و من جهه رابعه فلا- تبين بدون طلاق كما عليه المشهور، غايته أن طلاقها بيد الولي و لو لم يفعل طلقها الوالي، و عن ظاهر الشيخين و ابن البراج و الحلبي و المحقق في الشرائع و العلامه في القواعد كفايه أمر الحاكم لها بالاعتداد من دون طلاق، لأن خبر سماعه و مرسل الصدوق المتقدمين قد صرحا بأن العده أربعة أشهر و عشرا، و هي عده وفاه و هي غير محتاجه إلى الطلاق، و فيه: أن في مرسل الصدوق الجمع بين الطلاق و بين كونها أربعة أشهر و عشرا فضلا عن التصريح بالطلاق في صحاح الحلبي و بريد و الكنانى المتقدمه. و من جهه خامسه قد اتفق الجميع إلا من ندر أن العده عده وفاه، و المخالف

ص: ١٠٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢.

و كان لزوجته من ينفق (١) عليها (وجب عليها التربص) إلى أن يحضر، أو تثبت وفاته، أو ما يقوم مقامها (٢) (و إن لم يكن له (٣) ولي ينفق عليها) و لا متبرع (٤)، فإن صبرت فلا كلام و إن رفعت أمرها إلى الحاكم بحث عن أمره (و طلب أربع سنين) من حين رفع أمرها إليه فى الجهه التى فقد فيها إن كانت معينه، و إلا ففى الجهات الأربع حيث يحتمل الأربع، (ثم يطلقها الحاكم) بنفسه، أو يأمر الولى به.

و الأجدود تقديم أمر الولى به (٥) فإن امتنع طلق الحاكم، لأنه (٦) مدلول الأخبار الصحيحه (٧) (بعدها) أى بعد المده، و رجوع الرسل، أو ما فى حكمه (٨).

(و عند) بعده (٩) (و المشهور) بين الأصحاب (أنها تعتد عدّه الوفاه)، و فى خبر سماعه دلالة عليه (١٠)، لأنه (١١) لم يذكر الطلاق و قال: «بعد مضى أربع سنين أمرها أن تعتد أربعة أشهر و عشرا» و باقى الأخبار مطلقه (١٢)، إلا أن ظاهرها (١٣) أن العده عدّه الطلاق حيث حكم فيها (١٤) بأنه يطلقها، ثم تعتد، و فى حسنه غير معلوم، غايته على القول المشهور القاضى بالطلاق تكون العده عدّه طلاق بمقدار عدّه الوفاه، و يكون لهذا الطلاق خصوصيه من ناحيه تضمنه معنى الوفاه فلذا كانت عدته مخصوصه من أنها بمقدار عدّه الوفاه، و هذا ما يقتضيه الجمع بين الأخبار.

(١) من و كيل للزوج أو ولى.

(٢) أى مقام الوفاه من الارتداد و اللقوق بأهل الشرك كما فى خبر السكونى المتقدم.

(٣) للمفقود.

(٤) قد عرفت ضعفه.

(٥) بالطلاق.

(٦) أى تطليق الحاكم بعد امتناع الولى المأمور بالطلاق.

(٧) و هى صحاح بريد و الحلبي و الكنانى المتقدمه.

(٨) أى حكم رجوع الرسل من أجوبه الرسائل.

(٩) أى بعد الطلاق.

(١٠) على أنها تعتد عدّه الوفاه.

(١١) أى خبر سماعه.

(١٢) من ناحيه العده.

(١٣) أى ظاهر الأخبار الباقية.

(١٤) فى الأخبار الباقية.

ص: ١١٠

بريد (١) دلالة عليه (٢)، لأنه (٣) قال فيها: «فإن جاء زوجها قبل أن تنقضى عدتها فبدا له أن يراجعها فهي امرأته (٤)، و هي عنده على تطليقتين و إن انقضت العدة قبل أن يجيء و يراجع فقد حلت للأزواج و لا سبيل للأول عليها» و في الرواية دلالة على أنه إذا جاء في العدة لا يصير أحق بها إلا مع الرجعه (٥)، فلو لم يرجع بانت منه.

و وجهه (٦) أن ذلك (٧) لازم حكم الطلاق الصحيح، و إنما نسب المصنف القول (٨) إلى الشهره لضعف مستنده (٩).

و تظهر الفائده (١٠) في المقدار (١١) و الحداد (١٢) و النفقه (١٣) (و تباح) بعد العده (١) بل هي صحيحه على ما في الكافي، لأن إبراهيم بن هاشم الوارد في سندها من شيوخ الإجازة، و هذا ما يغنى عن التوثيق.

(٢) على أن العده عدّه طلاق.

(٣) أي لأن المعصوم عليه السلام.

(٤) و لا رجعه إلا في عدّه الطلاق.

(٥) لقوله عليه السلام: (فبدا له أن يراجعها فهي امرأته).

(٦) أي وجه كون المفقود لا يصير بها إلا مع الرجعه.

(٧) أي لا بديه الرجعه ليصير أحق بها و إلا فقد بانت منه.

(٨) من أنها تعتد عدّه الوفاه بعد الطلاق.

(٩) و هو خبر سماعه و مرسل الصدوق، و الثاني ضعيف بالإرسال و الأول بسماعه حيث هو واقفي، و الراوى عنه زرعه فكذلك واقفي، و لكن لا بد من القول بالطلاق و أن عدته عدّه وفاه كما هو قضيه الجمع بين الأخبار لخصوصيه هذا الطلاق المتضمن للحكم بوفاه الزوج، و هذا قاض بخصوصيه عدته من أنها عدّه وفاه.

(١٠) بين المشهور من كون عدتها عدّه وفاه و بين عدتها عدّه طلاق أعنى ثلاثه أطهار كما هو ظاهر بعض النصوص على ما تقدم بيانه في الروضه، و إلا فقد عرفت اتفاق الجميع إلا من ندر و لم يعرف المخالف على أن عدتها عدّه طلاق بمقدار عدّه الوفاه.

(١١) أي مقدار العده.

(١٢) فيجب في عدّه الوفاه دون عدّه الطلاق.

(١٣) فتجب في عدّه الطلاق دون عدّه الوفاه، هذا و بناء على أنها عدّه طلاق بمقدار عدّه الوفاه فتجب النفقه دون الحداد.

(للأزواج)، لدلاله الأخبار عليه (١)، ولأن ذلك (٢) هو فائده الطلاق (فإن جاء) المفقود (في العده فهو أملك بها) وإن حكم بكونها (٣) عده وفاه بائه، للنص (٤) (و إلا) يجيء في العده (فلا سبيل له عليها) سواء وجدها قد (تزوجت) بغيره، (أو لا) أما مع تزويجها فموضع وفاق و أما بدونه (٥) فهو أصح القولين، وفي الروايه السابقه (٦) دلالة عليه، ولأن حكم الشارع بالبينونه بمنزله الطلاق (٧)، فكيف مع الطلاق (٨)، و الحكم بالتسلط (٩) بعد قطع السلطنه (١٠) يحتاج إلى دليل و هو منفي.

و وجه الجواز (١١) بطلان ظن وفاته (١٢) فيبطل ما يترتب عليه (١٣). و هو متجه إن لم نوجب طلاقها بعد البحث، أما معه (١٤) فلا (١٥).

(١) على أنها تباح للأزواج بعد العده.

(٢) أى إباحتها للأزواج بعد العده.

(٣) أى بكون العده.

(٤) و هو خبر سماعه و مرسل الصدوق المتقدمين.

(٥) أى بدون التزويج فلا سبيل له عليها لخبر سماعه و صحيح بريد المتقدمين، و هذا هو المشهور.

و عن الشيخ فى النهايه و الخلاف و فخر المحققين أنه أولى بها كما لو جاء بالعهده، و ادعى الشيخ أن به روايه، و قال فى المسالك: (لم نقف عليها بعد التبع التام، و كذا قال جماعه ممن سبقنا) انتهى.

(٦) أى صحيح بريد.

(٧) بناء على عدم الاحتياج إلى الطلاق و إنما يكتفى بأمر الحاكم بالاعتداد كما عن ظاهر الشيخين و ابن البراج و الحلبي و جماعه كما تقدم.

(٨) الذى هو قول المشهور.

(٩) أى بتسلط المفقود لو رجع على المرأه.

(١٠) عند الطلاق و انقضاء العده.

(١١) أى جواز رجوع المفقود إلى المرأه بعد انقضاء العده.

(١٢) و يبطل هذا الظن برجوعه.

(١٣) من أمر الحاكم بالاعتداد فضلا عن دعوى الشيخ لوجود روايه به كما تقدم.

(١٤) مع الطلاق كما هو قول المشهور.

(١٥) هذا و اعلم أن الحكم المذكور فى أصل المسأله مختص بالزوجه الدائمه دون التمتع بها، لتصريح الأخبار المتقدمه بطلاقها و الإنفاق عليها، و هما مختصان بالدائمه، نعم لا فرق

ص: ١١٢

(و على الإمام أن ينفق عليها من بيت المال طول المده) أى مده الغيبه إن صبرت، و مده البحث إن لم تصبر (١)، هذا إذا لم يكن له (٢) مال، و إلا انفق الحاكم منه (٣) مقدما على بيت المال.

فى ما لو أعتقت الأمه فى أثناء العده

(و لو أعتقت الأمه فى أثناء العده أكملت عده الحره (٤) إن كان الطلاق رجعيا، أو عده وفاه (٥))

بين الحره و الأمه فى ذلك، كما لا فرق فى الزوج بين الحر و العبد، و اعلم أن الحكم المذكور مختص بالزوجه دون الميراث و نحوه مما يترتب على موته، و عليه لا بد من الانتظار فى قسمه ماله إلى انتهاء عمره الطبيعى بحسب العاده كما ذكر فى باب الميراث لحرمة القياس عندنا، بعد اختصاص الأخبار المتقدمه بالزوجه فقط.

(١) لأن بيت المال معدّ لمصالح المسلمين و هذا منه.

(٢) للمفقود.

(٣) من مال المفقود كما فى صحيح بريد المتقدم.

(٤) قد تقدم أن عده الطلاق فى الأمه طهران على المشهور، و عليه فلو أعتقت ثم طلقت فعدتها عده الحره ثلاثه أطهار، بلا خلاف و لا إشكال ضروره كونها حره مطلقه فتندرج فى أدلتها.

و لو طلقت طلاقا رجعيا ثم أعتقت فى العده أكملت عده الحره، و لو كانت بائنا ثم أعتقت أكملت عده الأمه بلا خلاف فى ذلك للجمع بين الأخبار، ففى صحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السلام (فى أمه كانت تحت رجل فطلقها ثم أعتقت قال: تعتد عده الحره) (١)، و فى خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (إذا طلق الرجل المملوكه فاعتدت بعض عدتها منه ثم أعتقت فإنها تعتد عده المملوكه) (٢)، بحمل الأول على الرجعى و الثانى على البائن بشهاده خبر أبى أيوب الخراز عن مهزم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى أمه تحت حر طلقها على طهر بغير جماع تطليقه، ثم أعتقت بعد ما طلقها بثلاثين يوما و لم تنقض عدتها، فقال: إذا أعتقت قبل أن تنقضى عدتها اعتدت عده الحره من اليوم الذى طلقها و له عليها الرجعه قبل انقضاء العده، فإن طلقها تطليقتين واحده بعد واحده ثم أعتقت قبل انقضاء عدتها فلا رجعه له عليها، و عدتها عده الإمام) (٣).

(٥) بحيث كانت فى عده وفاه زوجها فأعتقتها مولاهما فعليها عده الحره أربعة أشهر و عشره

ص: ١١٣

أما الأول (١) فلأنها (٢) في حكم الزوجه و قد اعتقت (٣) و أما الثانى (٤) فلروايه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (٥)، و لو كان (٦) بئنا أمت عدّه الأمه، للحكم بها (٧) ابتداء (٨)، و صيرورتها (٩) بعد العتق (١٠) أجنبيه منه فلا- يقدر عتقها فى العده (١١).

فى أن الذميه كالحره

(و الذميه كالحره فى الطلاق، و الوفاه على الأشهر (١٢) بل لا- نعلم القائل أيام، بلا خلاف فيه لصحيح جميل و هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى أمه طَلقت ثم أعتقت قبل أن تنقضى عدتها، قال: تعتد بثلاث حيض، فإن مات عنها زوجها ثم أعتقت قبل أن تنقضى عدتها فإن عدتها أربعة أشهر و عشرة(١)).

و يمكن الاستدلال بخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل اعتق وليده عند الموت فقال: عدتها عدّه الحره المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشرة(٢))، بحمل كلامه (عند الموت) أى بعد موت زوجها، و هذا ما استدل به الشارح هنا، و لكن ظاهرها أنه عند موت سيدها.

(١) و هو ما لو كان الطلاق رجعيا.

(٢) أى الأمه المطلقه.

(٣) فهو مثل كما أعتقت زوجته ثم طلقها فعليها عدّه الحره، و فيه: أنه لا يخرجها عن كونها أمه قد طَلقت فيجب لها عدّه الأمه و لو بالاستصحاب إلى ما بعد العتق، فالمتعين الاستدلال بالجمع بين الأخبار كما تقدم.

(٤) ما لو كانت فى عدّه وفاه زوجها فأعتقها مولاها.

(٥) قد عرفت ضعف الاستدلال به فلا نعيد.

(٦) أى الطلاق.

(٧) أى بعده الأمه.

(٨) و هذا الحكم جار فى الطلاق الرجعى أيضا، و لذا أشكلنا به سابقا، نعم التفريق بينهما للجمع بين الأخبار.

(٩) أى صيروره الأمه.

(١٠) و الظاهر هو القول قبل العتق من حين الطلاق.

(١١) أى عدّه الأمه.

(١٢) عدّه الذميه الحره كعدّه المسلمه الحره بلا خلاف فيه، نعم نسب الفاضل إلى بعض

١- (١) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب العدد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب العدد حديث ٦.

بخلافه، نعم روى زراره فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن نصرانيه كانت تحت نصراني فطلقها هل عليها عده مثل عده المسلمه فقال: لا، إلى قوله:

قلت فما عدتها إن أراد المسلم أن يتزوجها قال: «عدتها عده الأمه حيضتان، أو خمسه و أربعون يوما» الحديث. و العمل على المشهور، و تظهر فائده الخلاف (١) لو جعلنا عده الأمه فى الوفاه نصف عده الحره كما سلف (٢)، و لو جعلناها (٣) كالحره فلا إشكال هنا فى عده الوفاه للذميه (٤)، و يبقى الكلام مع الطلاق (٥).

فى عده أم الولد

(و تعتد أم الولد من وفاه زوجها (٦) لو كان مولاها قد زوجها من غيره بعد الأصحاب الخلاف و لم يعرف المخالف كما اعترف بذلك غير واحد.

لإطلاق أدله العدد المتناوله للمسلمه و الذميه، و لخصوص صحيح السراج عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: النصرانيه مات عنها زوجها و هو نصراني، ما عدتها؟ قال: عده الحره المسلمه أربعة أشهر و عشرة) (١).

نعم فى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن نصرانيه كانت تحت نصراني فطلقها هل عليها عده من مثل عده المسلمه؟ فقال: لا) (٢) و هى شاذه لا- عامل بها، على أنه يمكن حملها على أنها مملوكه فلا تعارض كما قاله البعض، و فيه أن ذيلها ظاهر فى كونها حره حيث قال (فما عدتها إن أراد المسلم أن يتزوجها قال: عدتها عده الأمه حيضتان أو خمسه و أربعون يوما) (٣).

(١) بين المشهور و صحيح زراره.

(٢) فعده الحره أربعة أشهر و عشره و عده الأمه شهران و خمسه أيام.

(٣) أى عده الأمه فى الوفاه.

(٤) من كون عدتها أربعة أشهر و عشرة سواء كان عدتها كعده الحره أو كعده الأمه بعد تساويهما فى العده.

(٥) حيث عده الحره فى الطلاق ثلاثه أطهار، و عده الأمه فى الطلاق طهران.

(٦) قد تقدم أن عده الأمه لو توفى عنها زوجها شهران و خمسه أيام على المشهور هذا إذا كانت حائلا، و أما لو كانت حاملا فأبعد الأجلين.

و أما لو كانت الأمه أم ولد من سيدها و قد زوجها من الغير فتوفى زوجها فتعتد عده

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب العدد حديث ٢.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب العدد حديث ١.

أن صارت أم ولدته،(أو من وفاه سيدها) لو لم يكن حين وفاته مزوّجا لها (عده الحره) لروايه إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام فى الأمه يموت سيدها قال:

«تعتد عده المتوفى عنها زوجها».

وقيل: لا عده عليها من وفاه سيدها، لأنها ليست زوجه كغيرها من إمائه الموطوءات من غير ولد، فإن عدتهن من وفاه المولى الواطئ قرء واحد (١).

وهذا القول (٢) ليس ببعيد لمن لم يعمل بالخبر الموثق فإن خبر إسحاق الحره سواء كان للزوج ولد منها أم لا على الأشهر لصحيح وهب بن عبد ربه عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل كانت له أم ولد فزوجها من رجل فأولدها غلاما، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها، أله أن يطأها؟ قال عليه السلام: تعتد من الزوج أربعه أشهر و عشرًا ثم يطأها بالملك بغير نكاح) (١) ومثله صحيح سليمان بن خالد ٢.

وعن المفيد و سلار و ابن أبى عقيل و ابن الجنيد أن عدتها شهران و خمسة أيام مطلقا لإطلاق أدله عده الأمه المتوفى عنها زوجها، و التى تقدم بعضها فى أول فصل العدد كصحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (طلاق العبد للأمه تطليقتان - إلى أن قال - و إن مات عنها زوجها فأجلها نصف الحره شهران و خمسة أيام) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم و جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (الأمه إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران و خمسة أيام) ٤.

هذا كله إذا كان الميت الزوج و هو غير المولى، فلو كان الميت مولاه و هى أم ولد منه و لم تكن مزوجه من غيره فتعتد عده الحره من موت المولى كما عن الشيخ فى المبسوط و الحلبي و الحلبي و ابن حمزه و العلامه فى موضع من التحرير و الشهيد هنا فى اللمعه بل نسب إلى المشهور، و استدلل له العلامه فى المختلف بموثقه إسحاق بن عمار (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الأمه يموت سيدها، قال: تعتد عده المتوفى عنها زوجها) (٣).

و عن ابن إدريس عدم العده عليها من موت مولاه، لأنها ليست بزوجه و حكم العده مختص بالزوجه بل تستبرئ بحيضه كغيرها من الإماء المنتقله من مالك إلى آخر، و نفى عنه البأس العلامه فى المختلف، و جزم به فى موضع من التحرير.

(١) أى حيضه كما سيأتى.

(٢) من أنه لا عده عليها من وفاه سيدها.

ص: ١١٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٣ و ١.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ١٠ و ٩.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٤.

كذلك (١)، و الأجدود الأول (٢)، و لو مات سيدها و هي مزوجه من غيره فلا عده عليها قطعاً و لا استبراء (٣)، و كذا لو مات سيدها قبل انقضاء عدتها (٤) أما لو مات بعدها (٥) و قبل دخوله (٦) ففي اعتدادها (٧) منه (٨) أو استبرائها (٩) نظر (١٠). من إطلاق النص (١١) باعتداد أم الولد من سيدها. و انتفاء (١٢) حكمه العده و الاستبراء، لعدم الدخول (١٣).

(١) أي موثق، لأن إسحاق بن عمار ثقة فطحى.

(٢) و هو أنها تعتد عده الحره من وفاه سيدها إذا كانت أم ولد.

(٣) بلا خلاف فيه، لصحيح داود الرقى عن أبي عبد الله عليه السلام (فى المدبره إذا مات مولاها: إن عدتها أربعة أشهر و عشرة من يوم يموت سيدها إذا كان سيدها يطأها) (١).

فهى و إن كانت وارده فى المدبره إلا أنها تدل على الحكم فى مفروض مسألتنا بالفحوى، لأن الأمه مع حريتها إذا كانت مدبره لا تعتد بالأربعة أشهر و عشرة عند عدم وطء المالك لها فالأولى أن لا تعتد بهذه المده مع رقيتها هذا كله فى العده، و أما الاستبراء فهو مخصوص بنقلها من مالك إلى آخر يطأها، و هو مفقود فى المقام لأنها مزوجه و إن نقلت من مالك إلى آخر، إلا أنه لا يصح للثانى وطؤها إلا بعد فسخ عقدها.

(٤) أى قبل انقضاء عدتها من وفاه زوجها، و دليله عدم وطء السيد لها الموجب لعدم العده منه كما تقدم فى الفرع السابق.

(٥) أى لو مات السيد بعد انقضاء عده الوفاه من زوجها.

(٦) أى دخول السيد.

(٧) أى اعتداد أم الولد.

(٨) من المولى كما هو القول المشهور فى الفرع المتقدم.

(٩) بحيضه و لا عده لها لأنها ليست بزوجه كما هو القول الآخر المقابل للمشهور.

(١٠) فالتنظير للاعتداد و الاستبراء معا.

(١١) أى النص الدال على عده الوفاه لسيدها و عده الاستبراء بحيضه، و هو دليل الاعتداد أو الاستبراء.

(١٢) دليل عدم الاعتداد و عدم الاستبراء.

(١٣) أى عدم دخول المولى بعد انقضاء عدتها من وفاه سيدها.

٧-١ (١) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب العدد حديث ٧.

و سقوط حكم السابق (١) بتوسط التزويج (و لو اعتق السيد أمته) الموطوءه (٢) سواء كانت أم ولد أم لا (فثلاثه اقراء) لو طئه إن كانت من ذوات الحيض، و إلا (٣) فثلاثه أشهر (٤).

في استبراء الأمه

(و يجب الاستبراء) للأمه (٥)

(١) أي حكم الدخول السابق من المولى.

(٢) منه.

(٣) أي و إن لم تكن ذوات الحيض و مثلها يحيض.

(٤) على المشهور للأخبار.

منها: صحيح داود الرقي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (قيل له: فالرجل يعتق مملوكته قبل موته بيوم أو ساعه ثم يموت فقال: فهذه تعتد بثلاث حيض أو ثلاثه قروء من يوم أعتقها سيدها) (١)، و صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يعتق سريره أ يصلح أن يتزوجها بغير عده؟ قال: نعم، قلت: فغيره؟ قال: لا حتى تعتد ثلاثه أشهر) ٢ بحمل الأول على ذوات الحيض و الثاني على غيرها، و يشهد لهذا الجمع موثق أبي بصير عنه عليه السلام (إن أعتق الرجل جاريتته ثم أراد أن يتزوجها مكانه فلا بأس، و لا تعتد من مائه و إن أرادت أن تتزوج من غيره فلها مثل عده الحره) (٢).

و عن ابن ادريس أوجب عليها الاستبراء بحيضه، لأن العده مختصه بالزوجه المطلقه، و المعتقه ليست كذلك، و النصوص المتقدمه حجه عليه.

(٥) قد تقدم في كتاب البيع في فصل بيع الحيوان من وجوب استبراء الأمه بحيضه عند بيعها بلا خلاف فيه للأخبار و قد تقدم بعضها كموثق سماعه (سألته عن رجل اشترى جاريه و هي طامث أ يستبرئ رحمها بحيضه أخرى أم تكفيه هذه الحيضه، قال: لا بل تكفيه هذه الحيضه، فإن استبرأها بأخرى فلا بأس، و هي بمنزله فضل) (٣).

و الاستبراء إذا كان المالك الأول قد وطأها و إلا فلا يجب لصحيح حفص عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل يشتري الأمه من رجل فيقول: إنى لم أطأها، فقال: إن وثق به فلا بأس أن يأتيها) (٤).

ص: ١١٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب العدد حديث ٧ و ٤.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

(بحدوث الملك) (١) على الممتلك (٢)، (و زواله) على الناقل (٣) بأى وجه كان من وجوه الملك إن كان قد وطئ (بحيضه) واحده (إن كانت تحيض، أو بخمسه و أربعين يوماً إذا كانت لا تحيض و هى فى سن من تحيض).

و المراد بالاستبراء ترك وطئها قبلاً و دبراً فى المده المذكوره، دون غيره من وجوه الاستمتاع (٤)، و قد تقدم البحث فى ذلك مستوفى، و ما يسقط معه الاستبراء و المشهور على عدم اختصاص الاستبراء بالبيع، بل كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك من بيع أو هبه أو إرث أو صلح أو استرقاق أو غير ذلك و جب عليه استبراؤها خلافاً لابن إدريس حيث خصّه بالبيع فقط للأصل، و هو ضعيف لأن ذكر البيع فى النصوص المتقدمه من باب المثال حيث هو الغالب فى أسباب التملك و لخبر الحسن بن صالح عن أبى عبد الله عليه السّلام (نادى منادى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فى الناس يوم أوطاس: أن استبرءوا سباياكم بحيضه) (١).

(١) من بيع أو هبه أو إرث أو استرقاق أو غيره.

(٢) اسم فاعل فعند حدوث الملك يجب الاستبراء على المملك.

(٣) أى و يجب الاستبراء على الناقل عند زوال الملك، و المعنى يجب الاستبراء على الناقل و المنقول إليه معا لكنه إذا أخبر الناقل بالاستبراء سقط عن المنقول إليه.

أما الحكم الأول فلأخبار.

منها: موثق عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السّلام (الاستبراء على الذى يبيع الجاربه واجب إن كان يطأها، و على الذى يشتريها الاستبراء أيضاً) (٢).

و أما الحكم الثانى فكذلك للأخبار.

منها: مرسل المفيد فى المقنعه (روى أنه لا بأس أن يطأ الجاربه من غير استبراء لها إذا كان بايعها قد أخبره بالاستبراء و كان صادقا فى ظاهره مأمونا) (٣)، و الفقه الرضوى (فإن كان البائع ثقه و ذكر أنه استبرأها جاز نكاحها من وقتها، و إن لم يكن ثقه استبرأها المشتري بحيضه) (٤).

(٤) على المشهور و خالف الشيخ فى المبسوط و حكم بحرمة جميع الاستمتاع فى زمن

ص: ١١٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٦.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٤.

فى باب البيع (١) فلا حاجة إلى الإعادة فى الإفاده.

الفصل الرابع فى الأحكام

إشاره

(الفصل الرابع فى الأحكام)

فى وجوب الاتفاق على الزوجه فى العده الرجعيه و ما يحرم عليها

(يجب الاتفاق) على الزوجه (فى العده الرجعيه (٢) مع عدم نشوزها قبل) الاستبراء، و شمول ترك الوطء للدبر كما عن المحقق الكركى و جماعه، و عن المحقق و جماعه اختصاصه بالفرج فقط، و قد تقدم كل ذلك مستوفى فى فصل الحيوان من كتاب البيع فراجع.

(١) و يسقط الاستبراء عند إخبار البائع الثقه بالاستبراء، و إذا كانت الأمه لامرأه، أو تكون الأمه يائسه أو صغيره أو حائضا.

(٢) بلا خلاف فيه و لا إشكال للأخبار.

منها: صحيح سعد بن أبى خلف (سألت أبا الحسن موسى عليه السّلام عن شىء من الطلاق فقال عليه السّلام: إذا طلق الرجل امرأته طلاقا لا يملك فيه الرجعه فقد بانت منه ساعه طلقها، و ملكت نفسها و لا سبيل له عليها، و تعتدّ حيث شاءت و لا نفقه لها.

قلت: أليس الله يقول: لا تخرجوهنّ من بيوتهنّ و لا يخرجن، قال: إنما عنى بذلك التى تطلق تطليقه بعد تطليقه، فتلك التى لا تخرج و لا- تخرج حتى تطلق الثالثه، فإذا طلقت الثالثه فقد بانت منه و لا نفقه لها، و المرأه التى يطلقها الرجل تطليقه ثم يدعها حتى يخلو أجلها فهذه أيضا تقعد فى منزل زوجها و لها النفقه و السكنى حتى تنقضى عدتها(١)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (المطلّقه ثلاثا ليس لها نفقه على زوجها، إنما ذلك للتى لزوجها عليها رجعه)٢ و مثلها غيرها.

و منها تعرف عدم النفقه للمطلّقه البائن إذا كانت حائلا، و أما إذا كانت حاملا فتجب النفقه حتى تضع لقوله تعالى: وَ إِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٢)، و للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يطلق امرأته و هى حبلى قال: أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها حتى تضع حملها(٣)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (الحامل أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها بالمعروف حتى تضع

ص: ١٢٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النفقات حديث ١ و ٢.

٢- (٣) سورة الطلاق، الآية: ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب النفقات حديث ١.

(حملها) (١) و مثلها غيرها.

و قد اختلفوا فى أن النفقه هل هى للحمل كما عليه الأكثر، لأن النفقه هنا تدور مدار الحمل، لأنها لو كانت حائلا فلا نفقه لها، و لما وجبت النفقه بوجود الحمل و سقطت بعدمه دل على أن النفقه للحمل.

أو النفقه للأُم كما عليه ابن حمزه و جماعه لأن النفقه لو كانت للحمل لوجبت نفقته دون نفقتها مع أن الأخبار المتقدمه قد صرحت بنفقتها، و أيضا لو كانت النفقه للحمل لوجبت على الجد مع فقر الأب كما لو كان الحمل منفصلا لأنه من الأقارب، و أيضا لو كانت النفقه للحمل لسقطت إذا كان الحمل موسرا يارث أو وصيه قد قبلها وليه لأنها من نفقه الأقارب حينئذ مع أنهم لا يلتزمون، و أيضا لو كانت النفقه للحمل لكانت نفقه للأقارب و هى غير مقدّره بحال الزوج بخلاف نفقه الزوجه فإنها مقدره بحال الزوجه.

هذا كله فى المعتدّه عدّه طلاق، و أما المعتدّه عدّه وفاه فلا نفقه لها إذا لم تكن حاملا بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى المرأه المتوفى عنها زوجها هل لها نفقه؟ فقال عليه السّلام: لا) (٢) و لا يعارضها إلا صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله) ٣، و هو مطروح أو مؤول على ما سيأتى.

و أما إذا كانت حاملا فعلى قولين، فعن ابن أبى عقيل و المفيد و المحقق و ابن إدريس و العلامه و سائر المتأخرين أنه لا نفقه لها لإطلاق خبر زراره المتقدم، و لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الحلبي المتوفى عنها زوجها أنه لا نفقه لها) ٤، و لخبر الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى المرأه الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقه؟ قال: لا) ٥ و مثلها غيرها.

و عن مشهور المتقدمين و جوب الإنفاق عليها من مال الحمل لصحيح أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (المرأه الحلبي المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذى فى بطنها) (٣).

و فيه أنه لا ينافى عدم النفقه من مال زوجها المتوفى، فالطائفة الأولى تصرح بعدم النفقه

ص: ١٢١

١- (١) المصدر السابق حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب النفقات حديث ٣ و ٤ و ١ و ٢.

٣- (٦) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب النفقات حديث ١.

(الطلاق (١)، و فى زمن العده (٢) كما كان (٣) فى صلب النكاح (٤) شروطا (٥) و كميّه و كيفيه (٦) و يحرم عليها الخروج من منزل الطلاق (٧) و هو المنزل الذى طلقت و هى لها من مال الميت، و إن كان لها النفقه من مال ولدها كما هو صريح صحيح الكنانى، و عليه لا تعارض، و بهذا جمع الشيخ، و على مال الولد يحمل صحيح محمد بن مسلم المتقدم الذى قلنا أنه مؤول بما سيأتى.

ثم إن الرجعيه لها النفقه فى زمن العده على ما تقدم و هى بحكم الزوجه، فيعتبر فيما يجب لها ما يعتبر فى الزوجه، فلو كانت ناشره لا تستحق النفقه و لا السكنى فى العده كما لا تستحقها فى صلب النكاح لتعديها.

ثم الحكم فى الرجعيه بلا فرق بين المسلمه و الذميه لإطلاق الأدله.

(١) بحيث لو كانت ناشره قبل الطلاق و قد بقيت على نشوزها إلى ما بعده فلا نفقه لها و لا سكنى.

(٢) أى عدم نشوزها فى زمن العده بحيث لو نشرت فى زمن العده بأن خرجت من مسكنها بغير إذنه فتسقط نفقتها و سكنها، نعم لو عادت إلى الطاعة عاد الاستحقاق بحاله، لارتفاع المانع.

(٣) أى الإنفاق.

(٤) حال كونها زوجة قبل الطلاق.

(٥) حيث هو مشروط بعدم النشوز.

(٦) على ما هو مفصل فى باب النفقات من كتاب النكاح.

(٧) لا- خلاف و لا- إشكال فى استحقاق المطلقه الرجعيه للسكنى فى زمن عدتها، سواء كانت حاملا أم حائلا لقوله تعالى: لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ (١)، و للأخبار.

منها: صحيح سعد بن أبى خلف (إذا طلق الرجل امرأته طلاقا لا يملك فيه الرجعه فقد بانت منه ساعه طلقها و ملكت نفسها، و لا سبيل له عليها، و تعتد حيث شاءت و لا نفقه لها.

قلت: أ ليس الله عزّ و جلّ يقول: لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن، فقال عليه السلام:

إنما عنى بذلك التى تطلق تطليقه بعد تطليقه فتلك التى لا تخرج و لا تخرج حتى تطلق الثالثه (٢) الحديث و قد تقدم بتمامه سابقا و موقوف إسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السلام

ص: ١٢٢

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب العدد حديث ١.

فيه إذا كان مسكن أمثالها و إن لم يكن (١) مسكنها (٢) الأول، فإن كان (٣) دون حقها فلها طلب المناسب، أو فوqe (٤) فله ذلك (٥) و إنما يحرم الخروج مع الاختيار (٦).

(عن المطلقة أين تعتد؟ فقال: فى بيت زوجها) (١)، و خبر أبى الصباح الكنانى عنه عليه السلام (تعتد المطلقة فى بيتها و لا ينبغى للزوج إخراجها و لا تخرج هى) ٢ و مثلها غيرها.

هذا و الإسكان جزء من النفقة الواجبه للمطلقة الرجعيه، و لكن خصّ الإسكان بالكلام للأمر فيه بخصوصه فى الآيه المتقدمه هذا من جهه و من جهه أخرى فوجوب إسكانها من حيث كونه جزءا من النفقه مشروط باستحقاقها للنفقه، فلو كانت ناشرا فلا سكنى لها كما لا نفقه لها، و من جهه ثالثه إضافه الآيه المتقدمه البيت إلى الزوجه بقوله تعالى:

لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ، و الإضافه يكفى فيها أدنى ملابسه و قد صحت الإضافه هنا بملابسه السكنى، و أضاف الماتن البيت إلى الطلاق باعتبار وقوعه فيه، و إلا فهو بيت للزوج و على المطلقة البقاء فيه لحرمة خروجها من بيته إلا بإذنه.

(١) أى منزل الطلاق.

(٢) أى المسكن الذى كانت تسكنه قبل الطلاق.

(٣) أى منزل الطلاق.

(٤) أى كان منزل الطلاق فوق المناسب لها.

(٥) أى فللزوج إخراجها إلى المناسب.

(٦) لا- إشكال و لا- خلاف فى حرمة خروجها من منزل الطلاق فى زمن العده للآيه المتقدمه و كذا الأخبار المتقدمه، نعم مع الاضطرار فيجوز لها الخروج بلا خلاف فيه لمكاتبه الصفار إلى أبى محمد الحسن بن على عليهما السلام (فى امرأه طلقها زوجها و لم يجز عليها النفقه للعده، و هى محتاجه، هل يجوز لها أن تخرج و تبيت عن منزلها للعمل أو الحاجه؟ فوقع عليه السلام: لا بأس بذلك إذا علم الله الصحه منها) (٢).

و منه يعلم أن المدار على مقدار ما تتأدى به الضروره كما عن صاحب الجواهر و جماعه، و عن الأشهر كما فى الرياض فلو اضطرت للخروج فلتخرج بعد انتصاف الليل و تعود قبل الفجر لموثق سماعه بن مهران (سألته عن المطلقة أين تعتد؟ قال: فى بيتها لا تخرج، و إن أرادت زياره خرجت بعد نصف الليل و لا تخرج نهارا، و ليس لها أن تحج حتى تنقضى عدتها) (٣) و هو محمول على ما لو تأدت الضروره بذلك.

ص: ١٢٣

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب العدد حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب العدد حديث ١.

و لا فرق بين منزل الحضريه و البدويه (١) البريه و البحريه، و لو اضطرت إليه (٢) لحاجه خرجت بعد انتصاف الليل و عادت قبل الفجر مع تأديها (٣) بذلك، و إلا- خرجت بحسب الضروره، و لا- فرق في تحريم الخروج بين اتفاقهما (٤) عليه و عدمه على الأقوى (٥)، (١) منزل البدويه من صوف و شعر كمنزل الحضريه من حجر و طين، و لا فرق في أن البدويه تعتد في المنزل الذي طلقت فيه كما تعتد الحضريه في المنزل الذي طلقت فيه، ثم لو طلقها و هي في السفينه و لم تكن السفينه مسكنا لها بأن كانت مسافره مثلا فيسكنها حيث شاء كغيرها من المسافرين إلى أن يعود من السفر فيسكنها في بيته، و لو كانت السفينه مسكنا لها بأن كان زوجها ملاحا اعتدت فيها، لأن السفينه حينئذ بيتها بمنزله الدار للحضريه و الخيمه للبدويه، و هذه الأخيره هي التي عبر الشارح عنها بالبدويه البحريه.

(٢) إلى الخروج.

(٣) أي تأدى الحاجه.

(٤) أي اتفاق المطلق و المطلقه.

(٥) لا- خلاف في أنه كما لا- يجوز لها الخروج من بيته اختيارا فلا- يجوز له إخراجها من بيته للآيه الشريفه: لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لا يَخْرُجْنَ (١).

بل لا- يجوز الخروج و لو اتفقا عليه كما عليه الأكثر، بل يمنعهما الحاكم من ذلك، لأن عدم الخروج من البيت حق لله تعالى و هذا مدلول الآيه المتقدمه حيث حرمت الخروج على كل منهما، بل في الكشاف للزمخشري إنما جمع بين النهيين ليشعر بأن لا يأذنوا و ليس لإذنههم أثر.

و عن جماعه جواز الخروج لو اتفقا عليه منهم الفضل بن شاذان و أبو الصلاح الحلبي و العلامه في التحرير و قواه صاحب الجواهر، لأن عدم الخروج حق للزوج، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا ينبغي للمطلقه أن تخرج إلا بإذن زوجها حتى تنقضى عدتها ثلاثه قروء، أو ثلاثه أشهر إن لم تحض) (٢)، و خبر أبي العباس (لا ينبغي للمطلقه أن تخرج إلا بإذن زوجها حتى تنقضى عدتها ثلاثه قروء، أو ثلاثه أشهر إن لم تحض) (٣)، و خبر معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (المطلقه تحج في عدتها إن طابت نفس

ص: ١٢٤

١- (١) سورة الطلاق، الآيه: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب العدد حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب العدد حديث ٧.

لأن ذلك (١) من حق الله تعالى، وقد قال تعالى: لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجَنَّ (٢) بخلاف زمن الزوجيه فإن الحق لهما، واستقرب في التحرير جوازه بإذنه (٣) و هو بعيد.

و لو لم تكن حال الطلاق فى مسكن وجب العود إليه على الفور (٤) إلا أن تكون فى واجب كحج فتممه كما يجوز لها ابتداءه (٥)، زوجها(١).

ولذا نقل عن الفضل بن شاذان (أن معنى الخروج والإخراج ليس هو أن تخرج المرأة إلى أبيها أو تخرج فى حاجه لها أو فى حق بإذن زوجها، مثل ماتم و ما أشبه ذلك، وإنما الخروج والإخراج أن تخرج مراغمه و يخرجها مراغمه فهذا الذى نهى الله عنه - إلى أن قال - إن أصحاب الأثر و أصحاب الرأى و أصحاب التشيع قد رخصوا لها فى الخروج الذى ليس على السخط و الرغم، و أجمعوا على ذلك(٢).

(١) أى عدم خروجها من بيتها.

(٢) سورة الطلاق، الآية: ١.

(٣) أى جواز خروجها بإذن المطلق.

(٤) بناء على أن عدم الخروج حق لله فلا يجوز الخروج و لو اتفقا عليه كما عليه الأكثر على ما تقدم، و قد عرفت جواز الخروج بإذنه، فلو طلقها فى حال السفر فلا يجب العود إليه فوراً، نعم لو عاد وجب عليه إسكانها فى بيته.

(٥) أى ابتداء سفر الحج، قد تقدم عدم جواز خروجها من بيته بغير إذنه إلا للضرورة، فلا تخرج فى الحج المندوب بدون إذنه لعدم الضروره بلا خلاف فيه و يشهد له خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (المطلقة تحج فى عدتها إن طابت نفس زوجها(٣)، و موثق سماعه بن مهران (و ليس لها أن تحج حتى تنقضى عدتها(٤)، بعد تقييد الثانى بدون إذن الزوج للجمع بين الخبرين، و بعد تقييدهما بالحج المندوب و الموسع، لأن حج الواجب المضيق سواء كان حج الإسلام أو المنذور فتخرج و لو بدون إذنه، لأنه من

ص: ١٢٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب العدد حديث ٢.

٢- (٢) فروع الكافى ج ٦ ص ٩٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب العدد حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب العدد حديث ١.

و لو كانت (١) فى سفر مباح، أو مندوب ففى وجوب العود (٢) إن أمكن إدراكها (٣) جزء من العده أو مطلقا (٤)، أو تتخير بينه (٥)، و بين الاعتداد فى السفر أوجه من إطلاق (٦) النهى عن الخروج من بيتها فيجب عليها تحصيل الكون به (٧)، و من عدم (٨) صدق النهى هنا (٩) لأنها غير مستوطنه (١٠)، و للمشقه (١١) فى العود، و انتفاء الفائده (١٢) حيث لا تدرك جزء من العده، كل ذلك مع إمكان الرجوع، و عدم الضروره إلى عدمه (١٣).

(و) كما يحرم عليها الخروج (يحرم عليه الإخراج)، لتعلق النهى بهما فى الآيه (إلا أن تأتي بفاحشه) مبينه (١٤) (يجب بها الحد، أو تؤذى أهله) بالقول، أو الضروره، كما أنها تخرج فى كل واجب مضيق أيضا بلا خلاف فى ذلك كله.

(١) أى المطلقه حال الطلاق، و هذا التفريع مبنى على عدم جواز الخروج و لو اتفقا معا لأنه حق لله تعالى، و قد عرفت ضعفه.
(٢) إلى المسكن.

(٣) أى إدراك المطلقه لجزء من العده فى المسكن.

(٤) فيجب العود أدركت أم لا.

(٥) بين العود.

(٦) دليل لوجوب العود سواء أدركت أو لا.

(٧) أى بالبيت، لأنه كما أن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده، فكذلك النهى عن الشىء يقتضى الأمر بضده.

(٨) دليل عدم وجوب العود، بل تتخير بينه و بين الاعتداد فى السفر.

(٩) فيما لو كان الطلاق حال السفر.

(١٠) و النهى مختص بالمستوطنه بالبيت ليصح توجيه الخطاب لها بعدم الخروج منه.

(١١) دليل ثان على عدم وجوب العود.

(١٢) دليل ثالث على عدم وجوب العود.

(١٣) أى عدم الرجوع، و إلا فمع الضروره للرجوع فيجب، أو عدم الضروره إلى عدم السفر و إلا فمع الضروره للسفر فلا يجب العود عليها.

(١٤) لا خلاف فى ذلك لقوله تعالى: لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ (١).

الفعل فتخرج في الأول (١) لإقامته ثم ترد إليه عاجلا (٢)، و في الثاني (٣) تخرج إلى مسكن آخر (٤) يناسب حالها من غير عود (٥) إن لم تتب، و إلا (٦) فوجهان أجودهما جواز ابقائها في الثاني (٧)

و إنما الخلاف في المراد من الفاحشه المبينه، فقليل ما يجب به الحد، لأنه هو المتبادر من الفاحشه عرفا.

وقيل و هو المشهور هي أعم من ذلك، و أدناه أن تؤذى أهله، و هو المروى عن ابن عباس في تفسير الآيه كما في المسالك، و في مجمع البيان هو المروى عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السّلام (١)، و هو الذي يقتضيه الجمع بين الأخبار، ففي مرسل الصدوق (سئل الصادق عليه السّلام عن قول الله عزّ و جلّ: إلا- أن يأتين بفاحشه مبينه، قال: إلا أن تزني فتخرج و يقام عليها الحد) (٢) و في خبر محمد بن علي بن جعفر (سأل المأمون الرضا عن ذلك فقال: يعني بالفاحشه المبينه أن تؤذى أهل زوجها، فإذا فعلت فإن شاء أن يخرجها من قبل أن تنقضى عدتها فعل) (٣)، و مرسل إبراهيم بن هاشم عن الرضا عليه السّلام (في قوله عزّ و جلّ: إلا- أن يأتين بفاحشه مبينه، قال: أذاها لأهل زوجها و سوء خلقها) (٤)، و مرسل علي بن أسباط عن الرضا عليه السّلام قال: (الفاحشه أن تؤذى أهل زوجها و تسبهم) (٥).

فإذا تقرر ذلك فتخرج لإقامه الحد ثم تعاد إلى المسكن بعد الفراغ و قوفا فيما خالف الأصل على محل الضروره، و قيل: لا يجب ردها إليه، لأن إخراجها مستثنى من النهى فوجوب ردها محتاج إلى دليل.

و لو خرجت لاذى أهل زوجها فيجب على الزوج نقلها إلى منزل آخر مناسب لها، و يراعى الأقرب إلى مسكن العده فالأقرب.

(١) أي للحد.

(٢) اقتصارا على ما خالف الأصل على محل الضروره.

(٣) أي لأذيه أهله.

(٤) بحيث يلاحظ فيه الأقرب إلى مسكن العده فالأقرب.

(٥) أي من غير إعادتها إليه ثانيا.

(٦) بأن تابت.

(٧) أي في البيت الثاني.

ص: ١٢٧

١- (١) مجمع البيان ج ١٠ ص ٣٠٤.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب العدد حديث ٣ و ٢ و ١ و ٦.

للإذن فى الإخراج (١) معها (٢) مطلقا (٣)، و لعدم الوثوق بتوبتها، لنقصان عقلها و دينها.

نعم يجوز الرد (٤) فإن استمرت عليها (٥) و إلا أخرجت و هكذا.

و اعلم أن تفسير الفاحشه فى العبارة (٦) بالأول (٧) هو ظاهر (٨) الآية، و مدلولها لغة ما هو أعم منه (٩)، و أما الثانى (١٠) ففيه روايتان مرسلتان (١١) و الآية غير ظاهره فيه (١٢)، لكنه مشهور بين الأصحاب، و تردد فى المختلف لما ذكرناه (١٣) و له وجه.

(و يجب الانفاق) فى العده (الرجعيه على الأمه (١٤) كما يجب على الحره (إذا) (١) أى إخراجها من البيت الأول.

(٢) مع أذيه أهله.

(٣) ثابت أو لا.

(٤) أى يجوز الرد إلى البيت الأول بعد توبتها.

(٥) على التوبه.

(٦) أى عبارة الماتن.

(٧) و هو ما أوجب الحد.

(٨) أى الظاهر عرفا.

(٩) من الظاهر العرفى.

(١٠) و هو أذيه أهله.

(١١) و هما مرسل إبراهيم بن هاشم و مرسل ابن أسباط المتقدمين.

(١٢) فى الثانى.

(١٣) من عدم ظهور الآية فيه بعد كون دليله ضعيف السند بالإرسال.

(١٤) قد تقدم فى فصل النفقات من كتاب النكاح أن نفقه العبد على سيده، و تقدم فى كتاب النكاح أن شرط النفقه هو التمكين التام، و تقدم أن التمكين التام هو التمكين فى كل وقت و زمان، و لازم ما تقدم أن نفقه الأمه على مولاها، إلا إذا أمكن المولى الزوج منها ليلا و نهارا، فتكون النفقه على زوجها.

أن قلت: إنه قد تقدم فى فصل عقد الإماء أنه يجوز للمولى منع الأمه نهارا لحق الخدمه و تمكين الزوج منها ليلا، و لازمه أن

يكون التمكين بالنسبة إليها هو التمكين لئلا فقط و يلزم به النفقه.

ص: ١٢٨

أرسلها مولاها ليلا و نهارا) ليتحقق به (١) تمام التمكين كما يشترط ذلك (٢) في وجوب الانفاق عليها (٣) قبل الطلاق، فلو منعها (٤) ليلا، أو نهارا، أو بعض واحد (٥) منهما فلا نفقه لها و لا سكنى، لكن لا يحرم عليه (٦) إمساكها نهارا للخدمة و إن توقفت عليه (٧) النفقه، و إنما يجب عليه (٨) إرسالها ليلا و كذا الحكم قبل الطلاق (٩).

فى أنه لا نفقه للبائن

(و لا- نفقه للبائن) طلاقها (إلا أن تكون حاملا (١٠) فتجب لها (١١) النفقه و السكنى حتى تضع لقوله تعالى: وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (١٢) و لا شبهه فى كون النفقه بسبب الحمل، لكن هل هى له أولها قولان (١٣) قلت: جواز منع الأمه نهارا لحق خدمته لا ينافى عدم النفقه لها بسبب انتفاء التمكين التام المفسّر بأنه التمكين كل حين فى كل مكان، و ظاهرهم عدم الخلاف فيه، بل ادعى الإجماع سيد الرياض عليه. هذا كله فى الأمه المزوجه و مثله فى المطلقه الرجعيه، لأنها بحكم الزوجه.

(١) بالإرسال ليلا و نهارا.

(٢) من الإرسال ليلا و نهارا.

(٣) على الأمه.

(٤) أى منع المولى إرسالها.

(٥) أى بعض الليل أو بعض النهار.

(٦) على المولى.

(٧) أى على الإمساك نهارا بحيث مع الإمساك لا نفقه.

(٨) على المولى.

(٩) من عدم حرمة إمساكها نهارا و إن وجب عليه إرسالها ليلا، و لكن لا نفقه مع الإمساك النهارى لعدم تحقق التمكين التام.

(١٠) قد تقدم البحث فى أنه لا نفقه للبائن الحائل، و تقدم البحث فى ثبوت النفقه للبائن الحامل.

(١١) للحامل البائن.

(١٢) سورة الطلاق، الآية: ٦.

(١٣) تقدم عرضهما فى أول هذا الفصل و المشهور على أنها للحمل، و عن ابن حمزه أنها للحامل. و تبعه عليه جماعه.

أشهرهما الأول (١) للدوران (٢) وجودا و عدما (٣) كالزوجيه.

و وجه الثانى (٤) أنها (٥) لو كانت للولد (٦) لسقطت عن الأب يساره (٧) كما لو ورث (٨) أخاه لأبيه، و أبوه قاتل لا يرث، و لا وارث غير الحمل (٩)، و لوجبت (١٠) على الجد مع فقر الأب (١١)، لكن التالى فيهما (١٢) باطل فالمقدم (١٣) مثله (١٤).

و أجب بمنع البطلان فيهما (١٥).

(١) بأن النفقه للحمل.

(٢) أى دوران النفقه للحمل.

(٣) فمع وجود الحمل تجب النفقه و مع عدمه لا تجب، و بهذا نستكشف أن النفقه للحمل، كما استكشفنا أن النفقه للزوجيه، لأن المرأه قبل عقد النكاح لا تجب نفقتها و بعد العقد تجب فنستكشف أن النفقه من أجل كونها زوجه.

(٤) أى أن النفقه للحامل و ليس للحمل.

(٥) أى النفقه.

(٦) أى للحمل لكانت من نفقه الأقارب، و هذه النفقه تسقط مع يسار المنفق عليه.

(٧) أى يسار الحمل.

(٨) أى الحمل.

(٩) أو أوصى إليه بشىء و قبل أبوه بها.

(١٠) أى نفقه الحمل.

(١١) لأن نفقه الأقارب تثبت على الأبعد مع فقر الأقرب، على ما تقدم بيانه فى باب النفقات من كتاب النكاح.

(١٢) فى هاتين الصورتين، و التالى هو سقوطها عن الأب بسبب يسار الحمل، و ثبوتها على الجد مع فقر الأب.

(١٣) أى المقدم فى هاتين الصورتين، و المقدم هو كون النفقه للحمل فتكون من نفقه الأقارب.

(١٤) أى مثل التالى فى البطلان.

(١٥) أى فى تالى الصورتين السابقتين، بحيث نلتزم بسقوط النفقه عن الأب مع يسار الحمل، و نلتزم بثبوت النفقه على الجد مع فقر الأب، هذا و قال سيد الرياض: (و استند الجانبان إلى اعتبارات واهيه ربما استشكل التمسك بها فى إثبات الأحكام الشرعيه،

و لكن بعضها المتعلق بالثاني - أى بالحمل - قويه معتضده بالشهره المحكيه فالمصير إليه لا يخلو من قوه) انتهى.

ص: ١٣٠

و تظهر فائده القولين (١) فى مواضع،

منها: إذا تزوج الحرّ أمه شرط مولاه رق الولد و جوزناه (٢).

و فى العبد (٣) إذا تزوج أمه أو حره و شرط مولاه (٤) الانفراد برق الولد (٥)، فإن جعلناها (٦) للحمل (٧) فلا نفقه على الزوج (٨)، أما فى الأول (٩) فلأنه (١٠) ملك لغيره (١١) و أما فى الثانى (١٢) فلأن العبد لا يجب عليه نفقه أقاربه (١٣)، و إن جعلناها (١٤) للحامل (١٥)، (١) من أن النفقه للحمل أو للحامل.

(٢) أى و قلنا بجواز هذا الشرط فى الشريعة، و إلا قد تقدم أن الولد يلحق بأشرف أبويه من ناحيه الإسلام و الحريه، و الأب هنا حر فالولد مثله فى الحريه، و الثمره بأنه لا- نفقه على الزوج الحر على القول المشهور القاضى بكون النفقه للحمل و أنها نفقه الأقارب، لأن نفقه الرقيق على مولاه، بخلاف ما إذا قلنا أن النفقه للحامل فالنفقه على الزوج حينئذ.

(٣) أى و تظهر فائده القولين فى العبد.

(٤) أى مولى العبد.

(٥) و جوزنا هذا الشرط إذا تزوج العبد من الحره، و الثمره بأنه لا نفقه على الزوج العبد على المشهور من كون النفقه للحمل، لأن الولد حينئذ ملك للمولى فنفقته عليه، و الحمل و إن كان ابنا للعبد الزوج، إلا أن العبد لا تجب عليه نفقه أقاربه.

و على القول الآخر من كون النفقه للحامل فالنفقه على الزوج العبد غايته تكون فى ذمه المولى أو فى كسب العبد على الخلاف المتقدم فى كتاب النكاح.

(٦) أى النفقه.

(٧) كما هو المشهور.

(٨) فى الصورتين السابقتين، حرا كان أو عبدا.

(٩) أى فى صورته ما لو تزوج الحر أمه.

(١٠) أى الحمل.

(١١) أى ملك لغير الزوج، و هو ملك لمولى الأمه، و نفقه العبد على مولاه.

(١٢) أى فى صورته ما لو تزوج العبد على أمه أو حره.

(١٣) و الحمل من جملة أقاربه، لأنه ابنه، بل نفقته هنا على مولاه.

(١٤) أى النفقه.

(١٥) كما عليه ابن حمزه و جماعه.

ص: ١٣١

وجبت (١)، و هو (٢) فى الأول (٣) ظاهر و فى الثانى (٤) فى كسب العبد، أو ذمه مولاه على الخلاف.

و تظهر الفائده (٥) أيضا فيما لو كان النكاح فاسدا و الزوج حرا فمن جعل النفقه لها (٦) نفاها هنا، إذ لا نفقه للمعتده عن غير نكاح له حرمه، و من جعلها (٧) للحمل (٨) فعليه (٩)، لأنها نفقه ولده.

فى ما لو انهدم المسكن

(و لو انهدم المسكن (١٠) الذى طلقت فيه (أو كان مستعارا فرجع مالكة) فى العاريه،(أو مستأجرا انقضت مدته أخرجها إلى مسكن يناسبها) و يجب تحرى الأقرب إلى المتقل عنه فالأقرب اقتصارا على موضع الضروره، و ظاهره (١١) كغيره أنه لا يجب تجديد استئجاره ثانيا و إن أمكن (١٢)، (١) أى وجبت النفقه على الزوج.

(٢) أى وجوب الإنفاق.

(٣) ما لو كان الزوج حرا.

(٤) أى ما لو كان الزوج عبدا.

(٥) أى فائده القولين.

(٦) للحامل كما هو قول غير المشهور.

(٧) أى جعل النفقه.

(٨) كما هو القول المشهور.

(٩) أى فالنفقه على الزوج الحر.

(١٠) قد عرفت أن المطلقه مأموره بملازمه مسكن الطلاق مع الاختيار، فلو انهدم مسكن الطلاق على نحو لا يقبل الإصلاح جاز إخراجها منه إلى غيره، و كذا لو كان مسكن الطلاق مستعارا و قد رجع به المعير، أو مستأجرا فانقضت المده.

و لكن فى المستعار و المستأجر يجب على الزوج أن يطلبه من المالك و لو بأجره توصلا إلى تحصيل الواجب من إسكانها فى مسكن الطلاق بدون إخراج، فإن امتنع المالك أو طلب أكثر من أجره المثل نقلها المطلق إلى مسكن آخر، كما فى المسالك.

و إذا جاز له إخراجها إلى مسكن غيره، فعليه تحرى الأقرب فالأقرب اقتصارا فى الإخراج على محل الضروره كما عن المبسوط و التحرير و غيرهما.

(١١) أى ظاهر الماتن كغيره من الفقهاء.

(١٢) أى الاستئجار.

ص: ١٣٢

و ليس ببعيد وجوبه (١) مع إمكانه (٢)، تحصيلا للواجب (٣) بحسب الإمكان و قد قطع في التحرير بوجوب تحرى الأقرب، و هو الظاهر فتحصيل نفسه (٤) أولى (٥).

(و كذا لو طلقت في مسكن لا يناسبها أخرجها إلى مسكن مناسب (٦) متحريا للأقرب فالأقرب كما ذكر (٧) (و لو مات فورث المسكن جماعه لم يكن لهم قسمته (٨) حيث ينافى القسمة سكنها، لسبق حقها (٩) إلا مع انقضاء عدتها.

(هذا إذا كانت حاملا و قلنا لها السكنى) مع موته كما هو أحد القولين (١٠) (١) أى وجوب استئجاره.

(٢) أى مع إمكان الاستئجار عند عدم تمنع المالك من ذلك.

(٣) و هو إسكان المطلقة في مسكن الطلاق بدون إخراج.

(٤) أى نفس مسكن الطلاق و لو بتجديد استئجاره مع الإمكان.

(٥) و كذا استئجار البيت الذى كان مستعارا بعد رجوع مالكة في العاربه.

(٦) فلو كان مسكن الطلاق دون مستحقها و كانت راضيه به حال الزوجيه لم يجب عليها الرضا بعد الطلاق، بل لها المطالبه بمسكن يليق بها، لاستصحاب جواز المطالبه الثابت لها قبل الطلاق.

(٧) اقتصارا في الإخراج على محل الضروره.

(٨) قد تقدم أنه لا- نفقه للمعتده عدّه وفاه إذا كانت حائلا- بالاتفاق، و كذا لا- نفقه لها إذا كانت حاملا على المشهور بين المتأخرين و عليه فلو طلقها و أسكنها في منزل الطلاق لأنها معتده بالطلاق الرجعى، ثم مات في أثناء العده، فتنقلب عدتها إلى عدّه وفاه فإذا كانت حاملا فلا يجوز للورثه قسمه هذا المنزل، لأن في قسمته ضررا عليها بعد كون النفقه، و منها السكنى، ثابتة للمعتده عدّه الوفاه و هى حامل كما عليه مشهور المتقدمين.

و على مبنى مشهور المتأخرين من أن المعتده عدّه وفاه لا سكن و لا نفقه لها و إن كانت حاملا فللورثه قسمه المسكن، لأنه مالهم بعد كون الإنسان مسلطا على ماله.

و عن الشيخ إطلاق عدم جواز قسمتهم للمسكن إلا بإذنها أو بعد انقضاء عدتها، لأنها استحققت السكنى فيه على صفه و هى المطلقة الرجعيه قبل موت الزوج فالحق لها لأنها أسبق.

و فيه: أنه لا ينطبق على شىء من أصولنا بعد انقلاب عدتها إلى عدّه وفاه، فالواجب بناء جواز القسمة و عدمه على ثبوت النفقه و السكنى لها إذا كانت حاملا أو لا.

(٩) إشاره إلى دليل الشيخ.

(١٠) وهو قول مشهور المتقدمين.

ص: ١٣٣

فى المسأله. و أشهر الروائتين أنه لا نفقه للمتوفى عنها و لا سكنى مطلقا (١) فيبطل حقها من المسكن، و جمع فى المختلف بين الأخبار (٢) بوجوب نفقتها من مال الولد لا- من مال المتوفى (و إلا-) تكن حاملا- أو قلنا: لا سكنى للحامل المتوفى عنها (٣) (جازت القسمه)، لعدم المانع منها (٤) حينئذ (٥)

فى شروع العده

(و تعتد زوجه الحاضر من حين السبب) الموجب للعده (٦) من طلاق أو فسخ و إن لم تعلم به (و زوجه الغائب فى الوفاة من حين بلوغ الخبر بموته (٧)

(١) سواء كانت حاملا أم لا، و هو قول المشهور بين المتأخرين.

(٢) أى أخبار المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا و قد تقدم الكلام فيه.

(٣) و إن كانت حاملا كما هو مشهور المتأخرين.

(٤) من القسمه.

(٥) أى حين عدم حملها على قول مشهور المتقدمين، أو حين القول بعدم النفقه لها و إن كانت حاملا- كما هو قول مشهور المتأخرين.

(٦) عده الطلاق تبدأ من زمن وقوع الطلاق و إن لم تعلم الزوجه به على المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا طلق الرجل و هو غائب فليشهد على ذلك، فإذا مضى ثلثه أقرأ من ذلك اليوم فقد انقضت عدتها) (١)، و صحيح الفضلاء زواره و محمد بن مسلم و بريد بن معاويه كلهم عن أبى جعفر عليه السّلام (أنه قال فى الغائب إذا طلق امرأته: فإنها تعتد من اليوم الذى طلقها) ٢.

و هذه الأخبار هى الحججه على أبى الصلاح الحلبي حيث ذهب إلى زمن عده الطلاق من حين بلوغ خبره إلى الزوجه بدعوى أن العده عباده محتاجه إلى النيه، و لا تتأتى منها النيه إلا عند بلوغ الخبر.

(٧) تبدأ عده الوفاة من حين بلوغ الخبر إلى الزوجه على المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (فى رجل يموت و تحته امرأه و هو غائب؟ قال عليه السّلام: تعتد من يوم يبلغها وفاته) (٢)، و صحيح الفضلاء زواره و محمد بن مسلم و بريد بن معاويه عن أبى جعفر عليه السّلام (أنه قال فى الغائب عنها زوجها إذا توفى قال: المتوفى عنها تعتد من يوم يأتيها الخبر، لأنها تحدّ عليه) ٤، و صحيح البنزطى عن

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب العدد حديث ١ و ٣.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب العدد حديث ١ و ٣.

و إن لم يثبت (١) شرعا، لكن لا يجوز لها الترويج إلا بعد ثبوته (٢) (و فى الطلاق من حين الطلاق).

و الفرق مع النص ثبوت الحداد على المتوفى عنها، و لا يتم إلا مع بلوغها الخبر بموته، بخلاف الطلاق (٣)، فعلى هذا (٤) لو لم يبلغها الطلاق إلا بعد مضي مقدار العده جاز لها الترويج بعد ثبوته (٥)، بخلاف المتوفى عنها.

أبى الحسن الرضا عليه السّلام (المتوفى عنها زوجها تعتدّ من يوم يبلغها، لأنها تريد أن تحدّ عليه) (١) و مثلها كثير، و مقتضى الأخبار أن عدتها من حين بلوغ الخبر و إن لم يكن الخبر بالبينه الشرعيه. و عن ابن الجنيد أنها تعتد من حين الموت إن قامت البينه الشرعيه، و إلا فمع فقد البينه تعتد من حين بلوغ الخبر إليها لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: امرأه بلغها نعى زوجها بعد سنه أو نحو ذلك؟ فقال: إذا كانت حبلى فأجلها أن تضع حملها، و إن كانت ليست بحبلى فقد مضت عدتها إذا قامت لها البينه أنه مات فى يوم كذا و كذا، و إن لم يكن لها بينه فلتعتد من يوم سمعت) ٢ بل ذهب إلى ذلك فى المطلقه أيضا لخبر الحسن بن زياد عن أبى عبد الله عليه السّلام (من المطلقه يطلقها زوجها و لا تعلم إلا بعد سنه، و المتوفى عنها زوجها و لا تعلم بموته إلا بعد سنه؟ قال عليه السّلام: إن جاء شاهدان عدلان فلا تعتدان، و إلا تعتدان) ٣، و هما لا يصلحان لمعارضه ما تقدم فلا بد من حملهما على التقيه.

و عن الشيخ فى التهذيب أن المتوفى عنها زوجها تعتد من يوم وفاه الزوج إذا كانت المسافه قريبه ليوم أو يومين أو ثلاثه، و إلا فمن يوم يبلغها الخبر لصحيح منصور بن حازم (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول فى المرأه يموت زوجها أو يطلقها و هو غائب قال: إن كانت مسيره أيام فمن يوم يموت زوجها، و إن كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر، لأنها لا بد من أن تحدّ له) (٢)، و هو أيضا لا يصلح لمعارضه ما تقدم.

(١) أى الموت، لعدم كون الخبر بينه شرعيه.

(٢) أى ثبوت الموت شرعا.

(٣) فالعده فيه لاستبراء الرحم، و الاستبراء يحصل و إن لم تعلم بطلاقه إذا انقضت عدتها.

(٤) من ثبوت العده من حين الطلاق و إن لم تعلم.

(٥) أى ثبوت الطلاق عندها.

ص: ١٣٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب العدد حديث ٤ و ١٠ و ٩.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب العدد حديث ١٢.

وقيل: تشتركان (١) في الاعتداد من حين بلوغ الخبر (٢)، و به روايات و الأشهر الأول، و لو لم نوجب الحداد على الأمه (٣) فهي كالمطلقه (٤) عملا بالعله المنصوصه (٥).

(١) أى المتوفى عنها زوجها و المطلقه.

(٢) و إلا فمع قيام البيئه الشرعيه فمن حين الموت أو الطلاق كما عن ابن الجنيد على ما تقدم.

(٣) كما هو المشهور على ما تقدم، بخلاف من أوجب الحداد على الأمه كالحره و هو الشيخ فى المبسوط و الحلّى فى السرائر و سائر و أبو الصلاح و ابن حمزه.

(٤) من أنها تعتد من حين الوفاه لا من حين بلوغ الخبر، لأن النصوص المتقدمه أوجبت الاعتداء فى الوفاه من حين بلوغ الخبر، لأنها تحد عليه، و لا حداد فى الأمه فيجب أن تعتد من حين الوفاه حينئذ.

(٥) إلا- أن يقال بأنها حكمه و ليست بعله، فلا- تدور الأحكام مدارها وجودا و عدما، بل لا بد من التمسك بإطلاق الأخبار المتقدمه الشامله للحره و الأمه من أنها تعتد من حين بلوغ الخبر فى عده الوفاه و لذا قال سيد الرياض: (فجمود الروضه على العله و نفى العده عن الأمه و جعلها كالمطلقه لعله ضعيف جدا، و لذا لم يمل إليه فى المسالك أصلا) انتهى.

كتاب الخلع و المباره

اشاره

ص: ١٣٧

فى معناهما

و هو (٢) طلاق بعوض مقصود، لازم (٣) لجهه الزوج، و يفترقان بأمر تأتى.

(١) الخلع بضم الخاء اسم مصدر من الخلع بفتحها، و هو النزاع، لأن كلا من الزوجين لباس للآخر، قال تعالى: هُنَّ لِيَاسٍ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِيَاسٍ لَهُنَّ (١)، فكأنه بمفارقة الآخر نزع لباسه.

و المباراه قد تقلب الهمزة ألفا، و هى المفارقة، و كل منهما طلاق بعوض لازم من جهه الزوج، و يشترط فيهما ما يشترط فى الطلاق، و يشترط فيهما رضاها بالبذل، و يشترط فى الخلع كراهتها له، و يشترط فى المباراه كراهه كل منهما لصاحبه و عدم زياده العوض على المهر.

و على كل فلا خلاف فى مشروعيتهما قال الله تعالى: فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (٢) هذا و عن الشيخ و تبعه ابن زهره و أبو الصلاح الحلبي و ابن البراج و جوب الخلع عند تحقق موضوعه من كراهيه المرأه له مع بذلها العوض، لأن النهى عن المنكر واجب، و النهى يتم بهذا الخلع فيجب.

و فيه: منع المقدمه الثانيه مع أن الأصل عدم وجوبه و لذا ذهب الأكثر إلى العدم.

(٢) أى كل من الخلع و المباراه.

(٣) صفه للطلاق.

ص: ١٣٩

١- (١) سوره البقره، الآيه: ١٨٧.

٢- (٢) سوره البقره، الآيه: ٢٢٩.

و الخلع بالضم اسم لذلك (١) مأخوذ منه (٢) بالفتح استعاره من خلع الثوب و هو (٣) نزع لقله تعالى: هُنَّ لِيَاسٍ لَّكُمَّ (و صيغه الخلع (٤) أن يقول الزوج: خلعتك على كذا، أو أنت مختلعه (٥) على كذا) أو خلعت فلانه أو هي مختلعه على كذا (ثم يتبعه بالطلاق) على الفور فيقول بعد ذلك: فأنت طالق (في القول الأقوى (٦) لروايه موسى بن بكر عن الكاظم عليه السّلام قال: المختلعه يتبعها بالطلاق ما دامت في العده).

(١) أي للطلاق بعوض مقصود.

(٢) أي مأخوذ من الخلع بالفتح.

(٣) أي خلع الثوب.

(٤) البحث في الخلع إما في الصيغه و إما في الشروط و إما في اللواحق..

(٥) لا إشكال عندهم و لا خلاف في وقوع الخلع بصيغه الماضي الصريحه في الإنشاء على ما تقرر في إنشاء العقود و الإيقاعات، و عليه فيقع الخلع بقول الزوج: خلعتك أو خالعتك.

و أما لو أتى بالخلع على نحو الجملة الاسميه كأن يقول: أنت أو فلانه مختلعه، فظاهرهم الاتفاق عليه هنا و إن توقفوا في الجملة الاسميه في غيره، لكن قد عرفت صحة الإنشاء بكل لفظ يدل عليه، و لعل هذا الاتفاق هنا مؤيدا لما ذهبنا إليه.

(٦) ذهب الشيخ و ابن زهره و ابن ادريس و هو ما اختاره الشهيد في اللمعه هنا إلى أن الخلع بمجرد لا يقع ما لم يتبع بالطلاق، و نسب أيضا لجعفر بن سماعه و الحسن بن سماعه و علي بن رباط و ابن حذيفه من أصحاب الأئمه عليهم السّلام لخبر موسى بن بكر عن العبد الصالح عليه السّلام (قال علي عليه السّلام: المختلعه يتبعها الطلاق ما دامت في العده) (١).

و عن المفيد و الصدوق و ابن أبي عقيل و سلّار و ابن حمزه و العلامه في المختلف و التحرير و الشهيد في شرح الإرشاد بل هو المشهور كما صرح بذلك غير واحد أن الخلع يقع بمجرد من دون إتباعه بالطلاق للنصوص الكثيره.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عده المختلعه عده المطلقه، و خلعتها طاقها و هي تجزى من غير أن يسمّى طلاقا) (٢)، و صحيح ابن بزيغ سألت أبا الحسن الرضا عليه السّلام (عن المرأه تبارى زوجها أو تخلع منه بشهاده شاهدين على طهر من غير جماع، هل تبين منه بذلك، أو تكون امرأته ما لم يتبعها بالطلاق؟ فقال عليه السّلام: تبين منه و إن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت).

ص: ١٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع حديث ٤ و ٩ و ٨.

وقيل: يقع بمجرد من غير اتباعه به (١)، ذهب إليه المرتضى و ابن الجنيّد و تبعهم العلامة في المختلف و التحرير و المصنّف في شرح الارشاد، لصحيحه محمد بن إسماعيل بن نوح بن بزيع أنه قال للرضا عليه السّلام: في حديث قد روى لنا أنها لا تبين حتى يتبعها بالطلاق قال: «ليس ذلك إذن خلعا» فقلت: تبين منه قال:

«نعم» و غيرها من الأخبار و الخبر السابق ضعيف السند مع إمكان حمله على الأفضليه، و مخالفته لمذهب العامه فيكون أبعد عن التقيه مع تسليمه (٢) لا يكفي في المصير إليه (٣)، قلت: فإنه قد روى لنا أنها لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق؟ قال عليه السّلام: ليس ذلك إذا خلع، فقلت: تبين منه؟ قال عليه السّلام: نعم (١)، و صحيح سليمان بن خالد (قلت:

أ رأيت إن هو طلقها بعد ما خلعها أ يجوز عليها؟ فقال: و لم يطلقها و قد كفاه الخلع، و لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً) ٢ و مثلها غيرها من النصوص.

و هذه النصوص أكثر عدداً و أصح سنداً فلا بد من العمل بها، إلا أن الشيخ قد حملها على التقيه لموافقها للعامه، و فيه أن موافقه العامه القاضيّه بالحمل على التقيه هي من المرجحات الصدوريه و لكن لم يثبت أن العامه قائلون بذلك بل ظاهر صحيح سليمان بن خالد على العكس بحيث قال عليه السّلام: (و لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً)، و الغريب حمل هذه النصوص الكثيره الصحيحه على التقيه لأجل خبر واحد و هو خبر موسى بن بكر المتقدم المشتمل على ابن فضال و هو واقفي، و على إبراهيم بن أبي سماك و موسى بن بكر و هما واقفيان ضعيفان، بالإضافة إلى أن الخبر لا يدل على وجوب إتباع الخلع بالطلاق بلا فصل كما هو مدعى الشيخ، بل يدل على جواز إيقاع الطلاق في العده، فما يدل عليه لا يقولون به، و ما يقولون به لا يدل عليه، على أنه يمكن حمله على جواز الطلاق في عده المختلعه إذا رجعت في البذل ثم رجعت في العقد ثم يطلقها.

(١) أي من غير إتباع الخلع بالطلاق.

(٢) أي تسليم مخالفته لمذهب العامه، لأنه لم يعلم أن العامه تقول بعكسه.

(٣) لأنه كما أمرنا بأخذ ما خالف العامه أمرنا بأخذ المشهور بين الأخبار و بما يكون روايه أعدل و أصح، بناء على التساوي بين المرجحات عند التعارض، و إلا- بناء على تقديم المرجحات الصدوريه و هي موافقه الكتاب و مخالفه العامه على المرجحات السنديه و هي الترجيح بصفات الراوي لا يأتي هذا الإشكال من الشارح.

ص: ١٤١

و ترك الأخبار الصحيحة، و هو (١) على ما وصفناه (٢) فالقول الثاني أصح.

ثم إن اعتبرنا إتباعه بالطلاق فلا شبهه في عده طلاقاً (٣)، و على القول الآخر هل يكون فسخاً، أو طلاقاً قولان أصحهما الثاني، لدلاله الأخبار الكثيره عليه (٤) فيعدّ فيها (٥)، و يفتقر إلى المحلل بعد الثلاث و على القولين (٦) لا بد من (١) أى الخبر الأول و هو خبر موسى بن بكر.

(٢) من الضعف.

(٣) أى عدّ الخلع طلاقاً على القول المشهور و يدل عليه قوله عليه السّلام فى صحيح الحلبي (و خلعها طلاقاً و هى تجزى من غير أن يسمّى طلاقاً) (١)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فإذا قالت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما أخذ منها، و كانت تطليقه بغير طلاق يتبعها، و كانت بائناً بذلك، و كان خاطباً من الخطّاب) (٢).

و على قول الشيخ أنه فسخ و أحتج له بأن الخلع المذكور فرقه عرى عن صريح الطلاق و نيته فيكون فسخاً كسائر الفسوخ، و فيه أنه اجتهاد فى قبال النص المتقدم، و ذهب المشهور إلى أنه طلاق و لو قلنا بأنه فسخ عند تجرده عن الطلاق لهذه النصوص المتقدمه و تظهر الثمره بين القولين فى عدّه من الطلقات الثلاثه المحرمه على قول المشهور، و على قول الشيخ فلا.

(٤) على كون الخلع المجرد عن الطلاق طلاقاً.

(٥) أى فى الطلقات الثلاث.

(٦) من كون الخلع فسخاً أو طلاقاً فهو من قبيل المعاوضه بين الزوج و الزوجه فهى تبذل العوض فى قبال طلاقه إياها، و هذا يتم بأحد أمرين إما تقدم سؤالها الطلاق بعوض على وجه الإنشاء، بأن تقول على وجه الإنشاء: بذلت لك كذا على أن تخلعنى، فيقول:

خلعتك أو خالعتك على ما بذلت، و إما أن يتدئها بالخلع المذكور المتضمن للعوض فتقبل المرأه بعده بلا- فصل ينافى المعاوضه، و بدون ذلك يقع الخلع باطلاً، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن الخلع من المعاوضات فلا بد من مقارنته للعوض، و يشعر به الخبر المروى فى الكافى عن ابن البخترى عن أبى عبد الله عليه السّلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام (لكل مطلقه متعه إلا المختلعه فإنها اشترت نفسها) (٢)، و خبر البقباق عن أبى عبد الله عليه السّلام (المختلعه إن رجعت فى شىء من الصلح يقول: لأرجعنّ فى بضعك) (٣).

ص: ١٤٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع حديث ٤ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الخلع حديث ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع حديث ٣.

قبول المرأة عقيبه (١)، بلا فصل معتد به، أو تقدم سؤالها له قبله (٢) كذلك (٣) لو أتى بالطلاق مع العوض (٤) فقال أنت طالق على كذا (٥) مع سبق سؤالها له (٦)، أو مع قبولها بعده (٧) كذلك (٨) (أغنى عن لفظ الخلع) و أفاد فائدته (٩)، و لم يفتقر (١٠) إلى ما يفتقر إليه الخلع من كراهتها له خاصة (١١)، لأنه طلاق بعوض لا خلع.

فى الفديه

(و كل ما صح أن يكون مهرا (١٢) من المال المعلوم، و المنفعه، و التعليم، (١) أى عقيب الخلع المقترن بالعوض.

(٢) أى تقدم سؤال المرأة للخلع المقترن بالعوض قبل إنشاء صيغته الخلع من الزوج.

(٣) أى بلا فصل معتد به.

(٤) لو وقع الطلاق منه بصيغته: أنت طالق، مع العوض من قبلها، فى صورته كراهيه الزوجيه، فإن قصد معنى الخلع بالصيغه المتقدمه فيقع الخلع بلا إشكال فيه، لما عرفت من عدم اعتبار لفظ خاص فى إنشاء الخلع، و من إفراده الطلاق بعوض.

و إن لم يقصد معنى الخلع فهل يقع الطلاق بعوض فى صورته كراهيه الزوجه خلعا، فالظاهر كذلك، لأن حقيقه الخلع هو ذلك من الطلاق بعوض مع كراهيه الزوجه و لا- يعتبر فيه عنوان آخر قصدى حتى يعتبر قصده، فقصد الطلاق بعوض فى صورته الكراهيه المذكوره قصد لعنوان الخلع الذى هو موضوع الحكم فيقع الطلاق باثنا حينئذ، و مما يدل على ذلك كله الأخبار المتقدمه الصريحه بأن الخلع طلاق.

(٥) أى على كذا من العوض.

(٦) أى مع سبق سؤال المرأة للطلاق بعوض.

(٧) أى مع قبولها بالطلاق بعوض بعد إنشائه.

(٨) أى بلا فصل معتد به.

(٩) أى و أفاد الطلاق بعوض فى صورته كراهيه الزوجه فائده الخلع.

(١٠) أى الطلاق بعوض.

(١١) من دون كراهه منه، و ظاهره أن الطلاق بعوض أعم من الخلع فيشترط الكراهه فى الثانى دون الأول، و قال عنه فى الجواهر: (كما أنه بذلك يظهر أنه لا- وجه لدعوى أعميه الطلاق بالعوض من الخلع فيشترط الكراهه فى الثانى دون الأول، كما وقع من ثانى الشهيدين فى المقام و غيره، ضروره عدم الدليل، بل ظاهر الأدله خلافها) انتهى.

(١٢) على ما تقدم بيانه فى كتاب النكاح.

و غيرها (صح أن يكون فديه (١) فى الخلع، (و لو تقدير فيه) أى فى المجموع فديه فى طرف الزيادة و النقصان بعد أن يكون متمولا (فيجوز (٢) على أزيد مما وصل إليها منه) من مهر، و غيره (٣)، لأن الكراهه منها فلا يتقدر (٤) عليها فى جانب الزيادة، (و يصح بذل الفديه منها (٥)، و من و كيلها) البازل له من مالها، (و ممن) (١) قد تقدم فى كتاب النكاح أن كل ما يملكه المسلم من عين أو دين أو منفعة يصح جعله مهرا إذا كان متمولا، و عليه فكل ما يصح تملكه يجوز أن يكون مهرا و يجوز أن يكون فديه فى الخلع بلا خلاف فيه لظاهر قوله تعالى: فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (١)، و ظاهر الأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (المبارأه يؤخذ منها دون الصداق، و المختلعه يؤخذ منها ما شئت، أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر) (٢)، و خبر سماعه (سألته عن المختلعه فقال: لا يحل لزوجهها - إلى أن قال - و له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه، و ليس له أن يأخذ من المبارأه كل الذى أعطاها) ٣ و مثلها غيرها.

و مقتضى هذه الأخبار أنه لا تقدير فى العوض، بل يجوز و لو كان زائدا عما وصل إليها من المهر، بل جواز الفداء بكل متمول قلّ أو كثر و هو مما لا خلاف فيه أيضا، نعم اشترط بعضهم كونه معلوما لأن الشارع لم يمض المعاوضه المشتمله على الجهاله، و لذا اشترط تعيينه إما بالإشاره كهذا الموجود و إما بالوصف الراجع للغرر، و إما بالمشاهده.

(٢) أى الفداء.

(٣) كالهبه.

(٤) أى الفداء.

(٥) من الزوجه بلا خلاف و لا إشكال، لأنه هو مورد الآيه و الأخبار، ففى الآيه قوله تعالى:

فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (٣)، و فى صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (المختلعه التى تقول لزوجهها: اخلعنى و أنا أعطيك ما أخذت منك) (٤) الحديث و مثله غيره.

و كذا يصح البذل من و كيلها البازل من مالها لعموم أدله الوكاله أو إطلاقها بعد كون الوكيل بمنزله الموكل.

ص: ١٤٤

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٩.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الخلع حديث ١ و ٤.

٣- (٤) سورة البقره، الآيه: ٢٢٩.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الخلع حديث ٤.

(يضمنه) فى ذمته (ياذنها) فيقول للزوج: طلق زوجتك على مائه و على ضمانها.

و الفرق بينه (١) و بين الوكيل أن الوكيل يبذل من مالها بإذنها و هذا من ماله بإذنها.

و قد يشكل هذا (٢) بأنه ضمان ما لم يجب (٣)، لكن قد وقع مثله (٤) صحيحا (٥) فيما لو قال راكب البحر لذى المتاع: ألق متاعك فى البحر و على ضمانه (٦)، و فى ضمان (٧) ما يحدثه المشتري من بناء، أو غرس على قول، و فى أخذ الطبيب البراءة قبل الفعل (٨).

(و فى) صحته (٩) و لكن هل يصح البذل من مال البازل بإذنها ليرجع به عليها، و هو المسمى بالبذل من الضامن فيقول للزوج: طلق زوجتك على مائه و على ضمانها)، و الفرق بينه و بين الوكيل واضح إذ الوكيل يبذل من مالها بإذنها، و هذا يبذل من ماله بإذنها ليرجع عليها بما بذله عنها بعد ذلك، قد يقال بالجواز كما فى الروضه هنا، لأن دفع الضامن للفداء بمنزله إقراضه لها، و إن كان بصورة الضمان، فهو يدفع حينئذ من مالها الذى أقرضها إياه، و المشهور على المنع، لعدم تصور قرضه لها ما دام المبدول أمرا كليا فى الذمه، كما لا يتصور شغل ذمته به للخالف، لأن من جمله موارد ضمان ما لم يجب و لم يثبت، و سيأتى له تتمه عند البحث فى بذل المتبرع من ماله بغير إذنها.

(١) بين الضامن.

(٢) أى البذل من الضامن.

(٣) أى ما لم يثبت.

(٤) أى مثل هذا الضمان الذى لم يجب.

(٥) فى بعض الموارد سيذكرها الشارح و فيه أن وقوع الضمان لغير الثابت فى بعض الموارد بدليل من خارج لا- يفيد الحكم بصحته هنا مع فقدان الدليل.

(٦) فهو ضمان للمتلف قبل وقوع التلف.

(٧) أى ضمان شخص للبائع ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس، فعلى تقدير فسخ البائع فالضامن يضمن ما يحدثه المشتري من نقص فى المبيع، و هو ضمان واقع قبل العقد أو التسليم فهو ضمان ما لم يجب.

(٨) و يأخذ الطبيب البراءة من المريض أو وارثه، و هو مثال للبراءة من الضمان، إلا أنه متضمن لضمان ما لم يجب.

(٩) أى صحه البذل من المتبرع بالبذل من ماله بغير إذنها، و بهذا يفترق عن السابق، إذ

من (المتبرع) بالبذل من ماله (قولان (١) أقربهما المنع)، لأن الخلع من عقود المعاوضات فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب العوض كالبيع، ولأنه تعالى أضاف الفديه إليها في قوله: فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (٢) و بذل الوكيل و الضامن بإذنها كبذلها فيبقى المتبرع على أصل المنع، ولأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل، و لو قلنا بمفهوم الخطاب (٣) فالمنع أوضح و حينئذ (٤) فلا يملك الزوج البذل، و لا يقع الطلاق إن لم يتبع به (٥)، السابق هو البذل من ماله بإذنها هذا من جهة و من جهة أخرى فالبذل من ماله بإذنها يسمى بالبذل من الضامن، و البذل من ماله بغير إذنها يسمى بالبذل من الأجنبي فافهم.

(١) فالمشهور على عدم الصحة، بل في المسالك: (لم يعرف القائل بالجواز منا)، و استدل له بأن الخلع من عقود المعاوضه فلا يجوز أن يكون العوض من غير صاحب العوض كالبيع، بالإضافة إلى أن الاستفادة من الكتاب و السنه على ما تقدم عرضه أن الفديه مشروعه منها و لو بواسطة و كيلها، و حينئذ تترتب أحكام الخلع، أما لو كان البذل من المتبرع فيبقى على أصل المنع و عدم ترتب آثار الخلع عليه عند الشك في ذلك، فضلا عن أصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل، و لم يثبت عند البذل من المتبرع للشك في صحته.

هذا و القول بالصحة لجميع من خالفنا من العامه إلا من شذ منهم كما في المسالك، بناء على أن الخلع فداء و ليس معاوضه، و يصح الافتداء من الأجنبي كما يصح المال من الأجنبي للطلاق.

و فيه: لو سلم أنه فداء فهو فداء خاص قد ترتبت عليه الأحكام الشرعيه كما هو ظاهر الأدله، و هذا الفداء الخاص هو البذل من الزوجه، و أما من غيرها فيبقى على أصل المنع.

(٢) سورة البقره، الآية: ٢٢٩.

(٣) أى لو قلنا بمفهوم المخالفه، و المراد منه مفهوم اللقب في قوله تعالى: فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (١)، و المعنى لو قلنا بمفهوم اللقب فالمنع أوضح إذ الآية تدل على ثبوت الجناح فيما لو افتدى غيرها.

هذا و لكن مفهوم اللقب من أضعف المفاهيم كمفهوم العدد و المكان و الزمان.

(٤) أى حين القول بعدم صحه بذل المتبرع.

(٥) أى لم يتبع الخلع بالطلاق.

ص: ١٤٦

فإن أتبع به كان رجعياً (١).

و وجه الصحة (٢) أنه (٣) افتداء و هو (٤) جائز من الأجنبي كما تقع الجعالة منه (٥) على الفعل لغيره و إن كان (٦) طلاقاً.

و الفرق بين الجعالة (٧)، و البذل (٨) تبرعاً أن المقصود من البذل جعل الواقع (٩) خلعا ليرتب عليه (١٠) أحكامه المخصوصه (١١)، لا مجرد بذل المال في مقابله الفعل (١٢)، بخلاف الجعالة فإن غرضه (١٣) وقوع الطلاق بأن يقول: طلقها و على ألف، و لا مانع من صحته (١٤)، حتى لا يشترط في إجابتها (١٥) الفوريه و المقارنه لسؤاله، بخلاف الخلع (١٦)، و لو قلنا بصحته (١٧) من الأجنبي فهو خلع (١) البطلان البذل الموجب لبطلان الخلع فلم يبق إلا صيغه الطلاق، و هي قاضيه بكون الطلاق رجعياً، بخلاف ما لو صح الخلع فالطلاق بائن.

(٢) أى صحه بذل المتبرع من ماله بغير إذنها كما هو مفروض المسأله.

(٣) أى الخلع و ليس معاوضه.

(٤) أى الافتداء.

(٥) من المتبرع الأجنبي.

(٦) أى فعل الغير.

(٧) أى جعل الأجنبي مالا على أن يطلقها.

(٨) أى بذل الأجنبي مالا حتى يختلعها.

(٩) أى ما يصدر من الزوج من الفرقه.

(١٠) على الخلع.

(١١) أى أحكام الخلع المخصوصه، من وقوعه بائناً و أنه لازم من جهه الزوج، و أنه يصح الرجوع في البذل.

(١٢) الذى هو الطلاق.

(١٣) أى غرض الأجنبي من الجعالة.

(١٤) أى صحه الجعل من الأجنبي، لأن الجعالة على ما تقدم فى بابها أنها على كل عمل محلل يتعلق به غرض صحيح عقلائي، و الطلاق منه.

(١٥) أى إجابه الأجنبي عند الجعالة.

(١٦) فإنه مشروط بذلك على ما تقدم بيانه.

(١٧) أي بصرحه البذل.

ص: ١٤٧

لفظا و حكما (١)، فلأجنبي أن يرجع في البذل ما دامت في العده فللزواج حينئذ (٢) أن يرجع في الطلاق و ليس للزوجه هنا (٣) رجوع في البذل، لأنها لا تملكه فلا معنى لرجوعها فيه.

و يحتمل عدم جواز الرجوع هنا مطلقا (٤) اقتصارا فيما خالف الأصل (٥) على موضع اليقين و هو (٦) رجوع الزوجه فيما بذلته خاصه.

و في معنى التبرع ما لو قال (٧): طلقها على ألف من مالها (٨) و على ضمانها، أو على عبدها (٩) هذا كذلك (١٠) فلا يقع الخلع (١١) و لا يضمن (١٢)، لأنه ضمان ما لم يجب و إن جاز ألق متاعك في البحر و على ضمانه، لمسيس الحاجه بحفظ النفس ثم دون هذا، و للإتفاق على ذلك (١٣) على خلاف الأصل (١٤) (١) أي فهو خلع لفظا و حكما كما لو بذلت الزوجه من مالها.

(٢) حين رجوع الأجنبي في البذل.

(٣) عند بذل الأجنبي.

(٤) لا للأجنبي الباذل و لا للزوجه.

(٥) إذا الأصل في المعاوضات اللزوم، و الخلع معاوضه.

(٦) أي موضع اليقين.

(٧) أي الأجنبي.

(٨) بغير إذنها، هذا و قد تقدم الفارق بين مسأله بذل الضامن و بذل الأجنبي، أن الضامن يبذل من ماله بإذنها و الأجنبي يبذل من ماله بغير إذنها.

و في المقام فلأجنبي يبذل من مالها بغير إذنها، فالمتبرع هنا يشابه الأجنبي من ناحيه التبرع، و يشابه الوكيل من ناحيه كون البذل من مالها.

(٩) بأن قال: طلقها على عبدها هذا.

(١٠) أي و على ضمانها.

(١١) لعدم كون البذل من مالها بإذنها، و قد ثبت سابقا صحه الخلع في هذا المورد فقط، فيبقى غيره على أصل المنع.

(١٢) أي الأجنبي المتبرع لأنه ضمان ما لم يجب فلا يصح، و صحته في بعض الموارد لدليل لا تقتضى صحته هنا مع فقدان الدليل.

(١٣) أَى عَلَى صِحَّةِ الضَّمَانِ فِي قَوْلِهِ: الْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَ عَلَى ضَمَانِهِ.

(١٤) إِذِ الْأَصْلُ عَدَمُ جَوَازِ ضَمَانِ مَا لَمْ يَجِبْ.

ص: ١٤٨

فيقتصر عليه (١).

في ما لو تلف العوض قبل القبض

(و لو تلف العوض) المعين المبدول (٢) قبل القبض (٣) فعليها ضمانه (٤) مثلا- أى بمثله إن كان مثليا، (أو قيمه) إن كان قيميا، سواء أتلفته باختيارها أم تلف بآفه من الله تعالى أم أتلفه أجنبي (٥)، لكن في الثالث (٦) يتخير الزوج بين الرجوع عليها و على الأجنبي (٧) و ترجع هي على الأجنبي لو رجع (٨) عليها إن أتلفه (٩) بغير إذنها، و لو عاب (١٠) فله أرشه، (و كذا تضمن) مثله أو قيمته (لو ظهر استحقاقه لغيرها (١١) و لا- يبطل الخلع، لأصالة الصحة، و المعاوضه هنا ليست حقيقه كما (١) على موضع الوفاق.

(٢) من قبل الزوجه.

(٣) أى قبل قبض الزوج.

(٤) لو تلف العوض المبدول قبل القبض لم يبطل الخلع بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأصالة الصحة في العقود.

نعم حكم ببطان البيع إذا تلف العوض قبل القبض و هو لقيام، دليل خاص، مفقود في المقام، فيبقى غير البيع على أصل الصحة.

و مع تلف العوض المبدول من قبلها فعليها ضمانه بالمثل أو قيمه، لأن الزوج ما زال على استحقاقه للعوض المبدول، و مع تلف عينه يرجع إلى المثل أو قيمه، بلا خلاف فيه منا و لا إشكال.

و عن بعض العامه أنه ينتقل إلى مهر المثل عند تلف العوض المبدول و هو ضعيف جدا لعدم الدليل عليه، إذ الدليل على ضمان المثل أو قيمه عند تلف العين، لأنهما أقرب للتالف.

(٥) لأن العوض المبدول قبل القبض مضمون على الزوجه، لثبوت يدها عليه.

(٦) عند إتلاف الأجنبي للعوض المبدول.

(٧) تخيير الزوج بالرجوع على الزوجه أو الأجنبي لتعاقب أيديهما الضامنه على العوض، نعم يستقر الضمان على الأجنبي إن أتلفه عدوانا.

(٨) أى رجع الزوج.

(٩) أى أتلف الأجنبي العوض.

(١٠) أى عاب العوض المبدول من قبل الزوجه قبل قبض الزوج، لم يبطل الخلع و عليها أرشه لنفس الدليل السابق الوارد في التالف.

(١١) لو خالها على عين فبانت مستحقه للغير، فعن الشيخ في المبسوط و تبعه عليه جماعه أنه

ص: ١٤٩

فى الببع (١) فلا يؤثر بطلان العوض المعين فى بطلانه (٢)، بل ىنجر (٣) بضمائها المثل، أو القىمه.

و ىشكل (٤) مع علمه (٥) باستحقاقه حاله الخلع، لقدمه على معاوضه فاسده (٦) إن لم ىتبعه بالطلاق، و مطلقا (٧) من حىث (٨) إن العوض لازم لماهىته (٩) و بطلان اللازم ىستلزم بطلان الملزوم (١٠).

و المتجه البطلان مطلقا (١١) ىبطل الخلع، لأن الخلع معاوضه، و هى تبطل ببطلان أحد العوضىن كالببع و غيره.

و عن المحقق فى الشرائع و جماعه عدم بطلان الخلع، لأصالة الصحه فى العقود، و لأن الخلع لىس معاوضه حقىقه، إذ المعاوضه الحقىقه ما كان المقصود الأصلى فىها العوض، فإذا ظهر استحقاق أحد العوضىن لم ىحصل ما هو المقصود منهما فىحكم بالبطلان.

بخلاف الخلع الذى هو فى الأصل طلاق و فكّ قىد النكاح إلا أنه مشتمل على ثبوت معاوضه، فلا ىلزم من بطلان العوض بطلان أصل العقد، بل ىنجر أصل العقد عند بطلان العوض بضمأن المثل أو القىمه.

ثم الحكم بالصحه على تقدير كون الزوج جاهلا باستحقاق العوض، أما لو كان عالما فىبطل الخلع، لأنه لم ىقصد عقدا صحىحا بخلاف ما إذا جهل.

(١) تمثىل للمنفى من المعاوضه الحقىقه التى ىكون المقصود الأصلى فىها هو العوضان.

(٢) أى بطلان الخلع.

(٣) أى الخلع.

(٤) أى الحكم بصحه الخلع.

(٥) أى علم الزوج.

(٦) فلم ىقصد المعاوضه الصحىحه حتى ىقع الخلع صحىحا.

(٧) أى مع جهله أيضا مشكل.

(٨) شروع فى عرض دلىل الشىخ القائل ببطلان الخلع لو ظهر العوض مستحقا.

(٩) أى ماهىه الخلع، لأن الخلع معاوضه فلا محاله ىبطل إذا بطل العوض.

(١٠) و فىه أن لازم ماهىه الخلع هو العوض المطلق لا- العوض الخاص، فلا- ىلزم من بطلان العوض الخاص بطلان الخلع لقيام المثل أو القىمه مقامه، هذا كله إذا كان الخلع معاوضه حقىقه، و أما إذا كان مشتملا على المعاوضه فعدم بطلان الخلع و إن بطل العوض أظهر.

(١١) سواء كان الزوج عالماً باستحقاق العوض أم جاهلاً.

ص: ١٥٠

إن لم يتبعه بالطلاق، وإلا (١) وقع رجعيًا.

فى أنه يصح البذل من الأمه بإذن المولى

(و يصح البذل من الأمه (٢) بإذن المولى) فإن أذن فى عين من أعيان ماله تعينت (٣)، فإن زادت عنها (٤) شيئًا من ماله وقف (٥) على إجازته فإن رد (٦) بطل فيه (٧) (١) فإن اتبعه بالطلاق فيقع الطلاق رجعيًا، لبطلان البذل و الخلع فلم يبق إلا صفه الطلاق القاضيه بكونه رجعيًا فى قبال ما لو قلنا أن الخلع صحيح فإن الطلاق يقع بائنا.

(٢) يصح البذل من الأمه بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، و لكن هذا البذل إما أن يكون بإذن المولى أو لا.

و على الأول فإذا كان بإذنه فإما أن يبين العوض المبذول أو يطلق، فإن بينه فلا يخلو إما أن يكون العوض المبيّن عينا أو دينًا، فإن كان عينا من أعيان ماله فيصح البذل و الخلع و يملك الزوج تلك العين.

و إن كان العوض المبيّن دينًا تعلق الدين فى ذمه المولى لا فى كسبها إن كانت ذات كسب، و لا فى خصوص ما فى يدها من مال السيد، كما حرّر فى كتاب النكاح فى مهر العبد فى النكاح المأذون فيه و سيأتى تفصيله فى كتاب العتق.

و إن لم يبيّن انصرف إلى الافتداء بمهر المثل لها كانصراف الأمر بالشراء إلى قيمه المثل بلا خلاف فى ذلك كله.

ثم على هذه التقادير التى يكون البذل مأذونا فيه من قبل المولى فلو زادت الأمه على البذل المأذون، قيل: يصح الخلع و تكون الزيادة لازمه لذمتها تتبع بها بعد العتق و اليسار، و أما مقدار المأذون فيه فعلى المولى للاذن، و هذا القول لم يعرف قائله، نعم ذهب إليه الشارح هنا كما سيأتى.

و عن المحقق فى الشرائع و جماعه أنه يصح الخلع و يكون الجميع فى ذمتها، لأن الاذن ظاهر فى كون المأذون هو تمام العوض، فلو كان بعضه فلا إذن فيه و تلزم بالجميع بعد العتق و اليسار.

و أما إذا لم يأذن المولى بالبذل فسيأتى الكلام فيه عند تعرض الشارح.

(٣) أى العين.

(٤) أى زادت الأمه عن العين شيئًا من مال المولى.

(٥) أى وقف الزائد على إجازته المولى.

(٦) أى رد المولى البذل فى الزائد.

(٧) أى بطل البذل فى الزائد.

و فى صحه الخلع (١)، و يلزمها (٢) مثله أو قيمته تتبّع به بعد العتق، أو بطلانه (٣) الوجهان (٤)، و كذا (٥) لو بذلت شيئاً من ماله (٦) و لم يجزه، و لو أجاز فكالإذن المبتدأ (٧).

و إن أذن (٨) فى بذلها فى الذمه (٩)، أو من ماله من غير تعيين (١٠) (فإن عين قدرا) تعين و كان الحكم مع تخطيه (١١) ما سبق (١٢)، (و إلا) يعين قدرا (انصرف) إطلاق الإذن (إلى) بذل (مهر المثل) كما ينصرف الإذن فى البيع إلى ثمن المثل نظراً إلى أنه (١٣) فى معنى المعاوضه و إن لم تكن حقيقه، و مهر المثل عوض البضع فيحمل الإطلاق عليه (١٤) (١) خبر مقدم، و هذا على تقدير بطلان البذل فى الزائد.

(٢) أى يلزم الأمه مثل الزائد أو قيمته.

(٣) أى بطلان الخلع.

(٤) أى الوجهان السابقان فيما لو ظهر العوض مستحقاً، فإن قلنا: إن الخلع معاوضه حقيقه كما عليه الشيخ فيبطل الخلع عند بطلان البذل فى الزائد، و إن قلنا إن الخلع طلاق إلا أنه مشتمل على معاوضه فإذا بطل البذل فى الزائد فلا يبطل أصل العقد إلا أنه منجبر بمثل الزائد أو قيمته يتبع به ذمتها بعد العتق و اليسار.

(٥) أى الوجهان المذكوران من صحه الخلع و بطلانه المبنيان على كون المخلع معاوضه حقيقه أو أنه مشتمل على المعاوضه.

(٦) أى مال المولى.

(٧) فالإجازة هى إذن بعد العقد كما أن الاذن إجازة قبل العقد، و لو أجازه فيصح الخلع بلا إشكال و لا خلاف، و يتعين البذل من مال المولى حينئذ.

(٨) جملة شرطيه و جوابها كلام المصنف الآتى: فإن عين قدرا، و ليست وصلية كما فسرها البعض كما هو واضح.

(٩) أى ذمه المولى، بحيث كان العوض المأذون فيه مبيناً من قبل المولى و كان ديناً.

(١٠) أى تعيين خصوص عين من أعيانه.

(١١) أى تخطى القدر المعين المأذون فيه.

(١٢) من توقف الزائد على إجازته، و إن رد بطل فيه، و مع البطلان فى صحه الخلع أو بطلانه فالوجهان السابقان.

(١٣) أى الخلع.

(١٤) على مهر المثل.

(و لو لم يأذن) لها في البذل مطلقا (١) (صح) الخلع في ذمتها (٢) دون كسبها (٣) (و تبعت به بعد العتق (٤) كما لو عاملها (٥) بإقراض و غيره (٦)، و لا إشكال (٧) هنا (٨) و إن علم (٩) بالحال، لأن العوض صحيح متعلق بذمتها و إن امتنع قبضه حالا خصوصا مع علمه بالحكم (١٠) لقدومه (١١) عليه، و ثبوت (١٢) العوض في الجملة (١٣)، بخلاف بذل العين (١٤) (١) بوجه من الوجوه السابقه فلم يأذن في البذل لا في عين أمواله و لا في ذمته، هذا و إذا بذلت من غير إذنه فلا يخلو إما أن تبذل عينا من أمواله أو أن تبذل ديناً.

فإن بذلت عينا من أموال السيد فالخلع على عين مال مستحقه للغير فيأتي فيها الوجهان السابقان، من بطلان الخلع لأنه معاوضه حقيقه، تبطل ببطلان العوض كما عليه الشيخ، و من أن الخلع طلاق مشتمل على معاوضه، فلا يبطل أصل العقد إذا ظهر بطلان العوض إلا أنه منجبر بضمان الزوجه لمثله أو قيمته كما عليه المحقق و جماعه، غايته هنا يتبع بالمثل أو القيمه للأمه بعد عتقها و يسارها.

و إن بذلت ديناً و لم يأذن المولى فيصح الخلع و تتبع بالبذل بعد عتقها و يسارها.

(٢) سواء كان المبذول عينا أو ديناً، أما إذا كان ديناً فلا خلاف، و أما إذا كان عينا فعلى قول المحقق و جماعه و هو القول المنصور.

(٣) لأن كسبها مال للمولى، و لا يصح ثبوت البذل في ماله مع عدم إجازته.

(٤) و اليسار أيضا.

(٥) أى الزوج و كانت المعامله بغير إذن المولى.

(٦) الإقراض هو الدين، و غيره كالهبة المشروطه بعوض و البيع و الإجاره و نحوهما.

(٧) أى لا إشكال في صحه الخلع.

(٨) عند بذل الأمه ديناً بغير إذن المولى.

(٩) أى الزوج.

(١٠) أى خصوصا مع علم الزوج بكون العوض بعد عتقها و يسارها.

(١١) أى قدوم الزوج على العوض بعد العتق و اليسار، و هو تعليل لصحه الخلع مع علم الزوج بالحال و الحكم.

(١٢) عطف على قوله (لقدومه عليه).

(١٣) أى و إن كان العوض بعد العتق و اليسار.

(١٤) أى بذل عين من أعيان أموال السيد مع عدم إذنه، فيصح الخلع مع جهل الزوج بالحال، أما مع علمه بالحال فيشكل الحكم بالصحة لقدمه على معاوضه فاسده، فلم يقصد

ص: ١٥٣

حيث لا يصح (١)، لخلو الخلع عن العوض (٢)، و لو بذلت (٣) مع الإطلاق (٤) أزيد من مهر المثل فالزائد كالمبتدأ بغير إذن (٥).

و المكاتبه المشروطه كالقنّ (٦) فيتعلق البذل بما فى يدها (٧) مع الإذن و بذمتها (٨) مع عدمه (٩) إن كان مطلقا (١٠)، و إن كان (١١) معيناً و لم يجز المولى بطل (١٢)، و فى صحه الخلع (١٣)، المعاوضه الصحيحه حتى يقع الخلع صحيحاً، بل يشكل الحكم بصحه الخلع حتى لو كان جاهلاً بالحال على ما تقدم تحريره فى مسأله ما لو ظهر العوض مستحقاً للغير.

(١) أى لا يصح الخلع.

(٢) و هو مبنى على كون الخلع معاوضه حقيقه، و لازمه بطلان الخلع لو لم يأذن المولى فى بذلها لعين من أمواله، لأنه مع عدم الإذن يبطل العوض، و مع بطلان العوض يبطل الخلع لأنه معاوضه حقيقه.

(٣) أى الأمه.

(٤) أى إطلاق الإذن من قبل المولى و عدم تعيين البذل فى قدر مخصوص.

(٥) بحيث تتبع به بعد العتق و اليسار، و لازمه أن المأذون فيه هو من مال المولى، و قد عرفت أنه قول لم يعرف قائله، و عرفت أن قول المحقق و جماعه أنه تتبع بالجميع بعد العتق و اليسار فراجع.

(٦) القن هو المتمحض فى الرقيه و ما تقدم كان فى القن، و المشروطه بحكمها، لأن المشروطه لا تخلص من محض الرق إلا بأداء جميع المال، فهى قبله بحكم القن.

و أما المكاتبه المطلقه التى تتحرر بمقدار ما تدفع لسيدها، و قد أطلق الشيخ و المحقق و جماعه أن بذلها صحيح من غير اعتراض المولى عليها و استشكل فيه الشارح هنا و فى المسالك على ما سيأتى بيانه.

(٧) من مال السيد لانصراف الإذن إلى ذلك كما هو واضح.

(٨) أى و يتعلق البذل بذمتها، و تتبع به بعد العتق و اليسار كالقن.

(٩) أى عدم الإذن.

(١٠) أى كان البذل من الأمه غير معين فى عين مخصوصه.

(١١) أى البذل من الأمه.

(١٢) أى بطل الخلع بناء على أنه معاوضه حقيقه، فهى تبطل ببطلان أحد العوضين كما هو قول الشيخ.

(١٣) بناء على أنه طلاق مشتمل على معاوضه، فبطلان العوض لا يلزم منه بطلان أصل

و لزوم المثل، أو قيمه تتبع به (١) الوجهان (٢) (و أما) المكاتبه (المطلقه فلا اعتراض عليها (٣) للمولى مطلقا (٤) هكذا أطلق الأصحاب تبعا للشيخ رحمه الله.

و فى الفرق (٥) نظر لما اتفقوا عليه فى باب الكتابه من أن المكاتب مطلقا (٦) ممنوع من التصرف المنافى للاكتساب و مسوِّغ فيه (٧) من غير فرق بينهما (٨)، فالفديه (٩) إن كانت غير اكتساب كما هو الظاهر، لأن (١٠) العائد إليها (١١) البضع و هو (١٢) غير مالى (١٣) لم يصح (١٤) فيهما (١٥)، و إن اعتبر كونه (١٦) معاوضه و أنه (١٧) كالمال من وجه (١٨) و جب الحكم بالصحه (١٩) العقد، بل ينجبر بالمثل أو قيمه، و تتبع به بعد العتق و اليسار، كما هو قول المحقق و جماعه.

(١) أى تتبع الأمه بالمثل أو قيمه بعد العتق و اليسار.

(٢) أى الوجهان السابقان فى استحقاق العوض للغير.

(٣) أى لا اعتراض للمولى عليها فيما بذلت.

(٤) سواء كان بذلها عينا أو دينا فى ذمتها، و سواء كان المبدول يساوى مهر المثل أم أزيد.

(٥) بين المكاتبه المطلقه و المشروطه، بحيث لا اعتراض للمولى على الأولى دون الثانيه.

(٦) سواء كان مطلقا أم مشروطا.

(٧) عطف على قوله (ممنوع) أى و المكاتب مطلقا مسوِّغ له فى الاكتساب.

(٨) بين المطلق و المشروط.

(٩) أى بذل المال فى قبال البضع.

(١٠) تعليل لعدم كون الفديه اكتسابا.

(١١) إلى الأمه عند بذل المال.

(١٢) أى البضع.

(١٣) فلا يكون أخذه اكتسابا.

(١٤) أى البذل.

(١٥) فى المطلقه و المشروطه.

(١٦) أى كون بذل المال فى قبال البضع.

(١٧) أى البضع.

(١٨) لأنها تستطيع أن تتزوج بأخر بمهر أزيد مما افتدت به.

(١٩) أى بصره البذل و لا اعتراض للمولى.

ص: ١٥٥

فيهما (١)، و الأصحاب لم ينقلوا في ذلك (٢) خلافا. لكن الشيخ رحمه الله في المبسوط حكى في المسألة أقوالا. الصحة مطلقا (٣). و المنع مطلقا (٤). و اختار التفصيل (٥) و جعله (٦) الموافق لأصولنا و تبعه الجماعة.

و الظاهر أن الأقوال التي نقلها للعامه كما هي عادته. فإن لم تكن المسألة إجماعيه فالمتجه عدم الصحة فيهما (٧) إلا بإذن المولى.

في أنه لا يصح الخلع إلا مع كراهتها

(و لا يصح الخلع إلا مع كراهتها) له (٨) (١) في المطلقة و المشروطه.

(٢) في التفريق بين المطلقة و المشروطه، و أن المولى لا اعتراض له على الأولى دون الثانيه.

(٣) في المشروطه و المطلقة.

(٤) في المشروطه و المطلقة.

(٥) بين المطلقة و المشروطه و للمولى اعتراض الثانيه دون الأولى.

(٦) أى جعل الشيخ التفصيل.

(٧) في المطلقة و المشروطه.

(٨) شروع في الشرائط، و هي تاره تتعلق بالخالع و أخرى بالمختلعه و ثالثه تكون خارجه عنهما.

فأما شرائط الخالغ فيعتبر فيه شروط أربعة، و هي البلوغ و العقل و الاختيار و القصد بلا خلاف فيه و لا إشكال، سواء قلنا أنه طلاق أو فسخ، فلا يصح خلع الصبى و المجنون لأنهما مسلوبا العبارة، و لا يصح خلع المكره، على ما تقدم في كتاب الطلاق، و لا يصح خلع من غير قصد كالواقف في حال السكر و الغضب الراجع للقصد، لأن الخلع معاوضه، و مع عدم القصد إليه لا يتحقق المنشأ منه على ما تقدم في كتاب الطلاق أيضا.

و أما شرائط المختلعه فيعتبر فيها مع الدخول الطهر الذى لم يجامعها فيه مع حضوره و أن تكون غير يائسه و إلا فمع عدم الدخول أو اليأس فلا يشترط طهرها و كذا لا يشترط طهرها في الحمل على ما تقدم بيانه في الطلاق.

و يشترط فيها اختصاصها بالكراهيه له خاصه بلا- خلاف فيه للأخبار الآتى بعضها، و إنما الكلام في مطلق الكراهه كما عليه المحقق و غيره من المتأخرين، أو لا- بد من إسماعها معانى الأقوال الداله على كراهتها و المنصوص عليها في الأخبار كما عن الشيخ و مشهور المتقدمين لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا يحلّ خلعها حتى تقول

(فلو طلقها (١) لزوجها: والله لا- أبرّ لك قسما، ولا- أطيع لك أمرا، ولا- أغتسل لك من جنبه، ولأوطين فراشك، ولاذننّ عليك بغير إذنك، وقد كان الناس يرخصون فيما دون هذا، فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما أخذ منها(١))، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام (المختلعه التي تقول لزوجها: اخلعني وأنا أعطيك ما أخذت منك، فقال: لا يحلّ له أن يأخذ منها شيئا حتى تقول: والله لا أبرّ لك قسما ولا أطيع لك أمرا، ولاذننّ في بيتك بغير إذنك، فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما أخذ منها)٢، و خبر سماعه بن مهران (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: لا يجوز للرجل أن يأخذ من المختلعه حتى تتكلم بهذا الكلام كله، فقال: إذا قالت: لا أطيع الله فيك حلّ له أن يأخذ منها ما وجد)٢، و صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (قال: إذا قالت المرأة لزوجها جملة: لا أطيع لك، مفسرا و غير مفسر، حلّ له ما أخذ منها، و ليس له عليها رجعه)٤، و مثلها غيرها.

و هذه الأخبار مختلفه في ما تقوله المرأة و لم تتفق على صيغه واحده، و هذا كاشف عن أن المدار على الكراهيه و ليس على النطق بهذه الأقوال، نعم لما كانت الكراهيه لا تعلم غالبا إلا بالقول لذا صرحت الأخبار بلا بديه التلفظ، و مما يؤيد أن المدار على المدلول من الكراهه، و لا- خصوصيه للدال المنصوص قوله تعالى: فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (٢)، و من الواضح أنها مع كراهتها له يخاف ألا تقيم حدود الله، بالإضافة إلى أن سبب النزول هي جميله زوجه ثابت بن قيس فقد (أتت النبي صلى الله عليه وآله وسلم و أظهرت الكراهه منه فنزلت الآية، و كان قد أصدقها حديقه، فقال ثابت: يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ترد الحديقه؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ما تقولين؟ قالت: و أزيده، فقال: لا، حديقه فقط، فاختلعت منه(٣)) و هي ظاهره في كفايه الكراهه فقط، فالأقوى ما عليه مشهور المتأخرين.

و أما الشروط التي تكون خارجه عن الخالع و المختلعه فهي حضور شاهدين عدلين، و عدم تعليق العقد على شرط على ما تقدم بيانه و دليله في كتاب الطلاق، هذا و الشهادان هنا لم يذكر إلا كراهيه المرأة للزوج خاصه.

(١) أي خالعهها و كانت الصيغه مشتمله على صيغه الطلاق.

ص: ١٥٧

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الخلع حديث ٣ و ٤ و ٢ و ١.

٢- (٥) سورة البقره، الآية: ٢٢٩.

٣- (٦) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣١٣.

و الأخلاق ملتئمه (١) و لم تكره بطل البذل و وقع الطلاق رجعيا (٢) من حيث البذل، و قد يكون بائنا من جهة أخرى ككونها غير مدخول بها، أو كون الطلقه ثالثه (و لو أكرهها على الفديه فعل حراما (٣) للاكراه بغير حق (و لم يملكها (٤) بالبذل) لبطلان تصرف المكره إلا ما استثنى (٥) (و طلاقها رجعي) من هذه الجبهه لبطلان الفديه، فلا ينافى كونه بائنا من جهة أخرى إن اتفقت (٦).

(١) أى لا- كراهه بينهما لم يصح الخلع و لا- يملك الفديه بلا- خلاف و لا إشكال لما تقدم من النصوص الداله على اعتبار كراهيتها له.

(٢) إذا بطل البذل لكونها غير كارهه له، أو كانت مكرهه على البذل، أو بذلت ما لا يملكه المسلم كالخمر و الخنزير فيبطل الخلع لاشتراطه بالبذل كما هو واضح بلا خلاف فيه.

و إنما الكلام فى أنه هل يقع طلاقا رجعيا إن كان المورد مما له الرجعه فيه و إلا يقع بائنا، أو أنه لا يقع طلاق أبدا على أقوال ثلاثه:

الأول: أنه يقع الطلاق رجعيا أو بائنا على اختلاف مورده سواء كان الخلع بصيغته من دون اتباعه بالطلاق أو مع اتباعه به، و إليه ذهب صاحب الجواهر، لأن الخلع بنفسه طلاق، و إن كان مورده خاصا، فتاره يصح و أخرى يبطل لفقد شرط من شروطه، و لكنه لا- يبطل أصل الطلاق الحاصل به، كما يؤمى إليه ما دلّ من الأخبار على صيروره الطلاق رجعيا لو رجعت بالبذل على ما سيأتى بيانه.

الثانى: بطلان الطلاق رجعيا أو بائنا، لأن المقصود و هو الخلع غير واقع، و الواقع و هو الطلاق غير مقصود، فما قصد لم يقع، و الواقع المتنازع فيه من الطلاق غير مقصود فكيف يقع؟ و إليه ذهب البحرانى فى حدائقه.

الثالث: التفصيل بين إتباع الخلع بالطلاق فلو بطل الخلع فيقع الطلاق رجعيا أو بائنا، و بين عدم إتباعه بالطلاق فإذا بطل الخلع لا يقع طلاق فى البين و إليه ذهب المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك، لأنه مع الاقتصار على الخلع لا يتحقق طلاق إذا فسد الخلع، و مع إتباعه بالطلاق فلو بطل الخلع فتبقى صيغه الطلاق القاضيه بوقوعه إما رجعيا و إما بائنا بحسب مورده.

(٣) بلا خلاف و لا إشكال، ضروره كون الإكراه بغير حق ظلما، و الظلم محرم.

(٤) أى الفديه.

(٥) كالمماطل.

(٦) أى الجبهه الأخرى ككونها غير مدخول بها أو كون الطلقه ثالثه.

(نعم (١) (١) أصل المسألة هو: إذا أتت بالفاحشه جاز عضلها لتفدى نفسها، لقوله تعالى: **وَ لَا تَعْضُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ (١)**.

و قضيه الاستثناء جواز الفصل مع إتيانهن بالفاحشه، هذا و أصل العضل هنا مضاره الزوجه و التضيق عليها بسوء العشره لتضطر إلى الافتداء منه بمالها، لأن العضل لغه هو التضيق و المنع.

و اختلف فى معنى الفاحشه فقيل هى الزنا كما عن الحسن و أبى قلابه و السدى، و قيل:

هى المعصيه كما فى التبيان و مجمع البيان و أحكام القرآن للراوندى، و قد اختاره الطبرى و نسب إلى أنه المروى عن أبى جعفر عليه السلام كما فى مجمع البيان و قيل كما فى المسالك:

كل ما يوجب الحد مطلقا، و لم يعرف قائله، و قيل: هى النشوز و نسب إلى ابن عباس على ما فى مجمع البيان، و من هذه الأقوال تعرف ضعف ما فى المسالك حيث قال:

(فقيل هو الزنا، و قيل ما يوجب الحد مطلقا، و قيل كل معصيه، و كون الحكم على خلاف الأصل ينبغى معه الاقتصار على محل الوفاق، و هو الأول، لأنه ثابت على جميع الأقوال) انتهى.

و وجه الضعف أن الزنا غير ثابت على القول الرابع المنسوب لابن عباس من أنها النشوز.

و أيضا وقع الخلاف بينهم فى أن الآيه منسوخه أو لا، فقيل: إنها منسوخه بآيه الحد و هى قوله تعالى: **الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةٍ (٢)** فقد كان للرجل قبل نزول آيه الحد أن يعضل الزانيه لتفدى نفسها فلما نزلت آيه الحد حرم أخذ المال بالإكراه.

و هذا القول ليس لواحد منا، بل هو لبعض العامه كما اعترف به فى المسالك و كشف اللثام حيث قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أن القول الذى حكاه المصنف من كون الآيه منسوخه تبع فيه الشيخ فى المبسوط، و هو قول بعض العامه، و أما أصحابنا فلا يعرف ذلك لهم، و لم ينقله أحد من الأصحاب عنهم، و لكن الشيخ يحكى فى المبسوط أقوالهم و يختار منها ما يرجح عنده، و قد نقل القول بكونها منسوخه بقوله و قيل، و هو ضعيف المستند) انتهى، و ضعف أنها منسوخه لعدم التنافى بينها و بين آيه الحد، لجواز عضلها لتفدى نفسها مع إقامة الحد عليها، على أن الأصل عدم النسخ عند الشك فيه.

ص: ١٥٩

١- (١) سورة النساء، الآيه: ١٩.

٢- (٢) سورة النور، الآيه: ٢.

لو أتت بفاحشه مبيته (١) و هي الزنا.

و قيل: ما يوجب الحد مطلقا (٢).

و قيل: كل معصيه (٣) (جاز عضلها) و هو منعها بعض حقوقها أو جميعها من غير أن يفارقها (لتفتدى نفسها) لقوله تعالى: وَ لَا تَعْضُوْهُنَّ لِتَذَهَبُوْا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِيْنَةٍ (٤) و الاستثناء من النهى إباحه، و لأنها إذا زنت لم يؤمن أن تلحق به ولدا من غيره و تفسد فراشه، فلا تقيم حدود الله تعالى في حقه فتدخل في قوله تعالى: فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (٥).

و قيل (٦): لا يصح ذلك (٧) و لا يستبيح (٨) المبدول مع العضل، لأنه (٩) في معنى الإكراه، و لقوله تعالى: فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوْهُ هَيْئًا مَّرِيئًا (١٠). و المشروط (١١) عدم عند عدم شرطه (١٢).

و قيل: إن الآية الأولى منسوخه بآيه الحد و لم يثبت (١٣)، إذ لا منافاه بينهما (١٤) (١) أى ظاهره.

(٢) و إن لم يكن زنا.

(٣) حتى ما لا حد فيه.

(٤) سورة النساء، الآية: ١٩.

(٥) سورة البقره، الآية: ٢٢٩، و يصح حينئذ خلعه على ما بذلت.

(٦) لم يعرف القائل به منا.

(٧) أى عضلها حتى تبذل لتفدى نفسها.

(٨) أى الزوج.

(٩) أى العضل.

(١٠) سورة النساء، الآية: ٤.

(١١) من الأكل الهنىء المرىء.

(١٢) من عدم طيبه النفس به بسبب العضل.

(١٣) أى النسخ.

(١٤) بين الآيتين، لعدم المنافاه بين جواز عضلها لتفدى نفسها و إقامه الحد.

ص: ١٦٠

و الأصل عدم النسخ، و على الأول (١) هل يتقيد جواز العضل ببذل ما وصل إليها منه من مهر، و غيره فلا يجوز الزيادة عليه (٢) أم لا يتقيد (٣) إلا برضاه (٤)، اختار المصنف الأول (٥) حذرا من الضرر العظيم، و استنادا إلى قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ لجميله (١) من جواز العضل.

(٢) على الواصل كما عليه الشهيد فى بعض تحقیقاته حذرا من الضرر العظيم، و استنادا إلى النبوی (أن جميله زوجه ثابت بن قيس أتت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ و أظهرت الكراهه منه فنزلت الآية - آيه العضل - و كان قد أصدقها حديقه، فقال ثابت: يا رسول الله ترد الحديقه؟ فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: ما تقولين؟ قالت: و أزيدة، فقال: لا، حديقه فقط، فاختلفت منه) (١)، و فى بعض ألفاظ الخبر كما فى المسالك: (أما الزيادة فلا، و لكن حديقه).

و الخبر ظاهر فى عدم جواز الزيادة على الواصل إليها منه.

و عن الأكثر جواز الزيادة لإطلاق الاستثناء فى قوله تعالى: **وَ لَا تَعْضُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ** (٢)، و لعدّ الأصحاب هذا خلعا، و البذل فيه غير متقيد بقدر مخصوص.

و فى الاستدلال الجانبين نظر، أما استدلال الشهيد ففيه أن بذل الزائد لو كان ضررا لجرى مثله فى الخلع، و لوجب عدم بذل الزائد فيه حينئذ مع أن بذل الزائد فى الخلع جائز بالاتفاق، و أما الخبر فلا دلالة فيه على موضع النزاع لأن المرأه المذكوره ليست من هذا الباب، أعنى التى يجوز عضلها لفاحشتها، بل زوجه جميل كانت كارهه له على أصل قاعده الخلع و هو مرید لها هذا من جهه و من جهه أخرى فتقيد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ البذل بالحديقه لكون الزوج طلبها، و إلا- لجازت الزيادة بالاتفاق.

و أما استدلال الأكثر فالآيه غير مطلقه لأن المستثنى منه فيها مقيد ببعض ما أعطاهما، و الاستثناء تابع له كما هو الواضح و إطلاق الخلع على موردنا من العضل أول الكلام، لأن الخلع مشروط بكرهتها له و قد لا تكون كارهه. فالأولى الاستدلال على جواز بذل الزائد بأصالة عدم الاشتراط.

(٣) أى لا يتقيد جواز العضل بقدر مخصوص.

(٤) أى رضا الزوج كما عليه الأكثر.

(٥) و هو التقيد.

ص: ١٦١

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣١٣.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ١٩.

بنت عبد الله بن أبي لما كرهت زوجها ثابت بن قيس و قال لها: أتردين عليه حديقته قالت: نعم و أزيدة، لا حديقته (١) فقط.

و وجه الثانى (٢) إطلاق الاستثناء (٣) الشامل للزائد، و عدّ الأصحاب مثل هذا خلعا (٤)، و هو (٥) غير مقيد (٦).

و فيه (٧) نظر، لأن المستثنى منه (٨) إذهاب بعض ما أعطها فالمستثنى هو ذلك البعض فيبقى المساوى (٩) و الزائد على أصل المنع، فإن خرج المساوى بدليل آخر (١٠) (١) هذا مقول قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ الذى أشار إليه بقوله: و استنادا إلى قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، هذا و الخبر كما رواه صاحب الغوالى (أن جميله بنت عبد الله بن أبي كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، فكانت تبغضه و يحبها، فأنت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ فقالت: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، لا أنا و لا ثابت، لا يجمع رأسى و رأسه شىء، و الله ما أعيب عليه فى دين و لا خلق، و لكننى أكره الكفر فى الإسلام، ما أطيقه بغضا، إن رفعت جانب الخباء فرأيتة و قد أقبل فى عده، فإذا هو أشدهم سوادا و أقصرهم قامه، و أقبحهم وجهها، فنزلت آية الخلع، و كان قد أصدقها حديقته، فقال ثابت: يا رسول الله، فلتردّ علىّ الحديقته، قال: فما تقولين؟ قالت: نعم و أزيدة، قال: لا الحديقته فقط، فقال لثابت: خذ منها ما أعطيتها و خلّ عن سبيلها، فاختلعت منه بها، و هو أول خلع وقع فى الإسلام) (١).

(٢) أى القول الثانى من عدم تقييد جواز العضل بما وصل إليها منه.

(٣) أى الاستثناء الوارد فى الآية و هو قوله تعالى: إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ (٢).

(٤) بل هو صريح خبر الغوالى المتقدم.

(٥) أى الخلع.

(٦) أى غير مقيد بعدم الزيادة، بخلاف المباره فإنها مقيدة بعدم الزيادة.

(٧) أى فى الوجه الثانى.

(٨) أى المستثنى منه فى الآية المتقدمه.

(٩) أى المساوى لما أعطها الزوج.

(١٠) و فيه: إنه إذا ثبت أصل المنع فلا دليل لخروج المساوى.

ص: ١٦٢

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب الخلع حديث ٣.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ١٩.

بقى الزائد، و إطلاق الخلع عليه (١) محل نظر، لأنها (٢) ليست كارهه، أو الكراهه غير مختصه بها (٣) بحسب الظاهر، و ذكرها (٤) في باب الخلع لا يدل على كونها منه (٥).

إذا تم الخلع فلا رجعه للزوج

(و إذا تم الخلع فلا رجعه للزوج (٦) قبل رجوعها في البذل (و للزوجه) (١) على مثل هذا الطلاق الذي عضلها في البذل فيه.

(٢) أي الزوجه التي أتت بفاحشه ليست كارهه قبل العضل.

(٣) لأن ظاهر الفصل ثبوت الكراهه للزوج أيضا مع المرأه فتكون من المباره.

(٤) أي ذكر مسأله عضل الزوجه التي أتت بفاحشه.

(٥) أي من الخلع، هذا و كان على الشارح أن يذكر النظر في القول الأول كما فعل في المسالك، و قد تقدم وجه ضعفه فلا نعيد.

(٦) لا خلاف و لا إشكال أنه إذا صح الخلع فلا رجعه له للأخبار

منها: صحيح ابن بزيع (سألت أبا الحسن الرضا عليه السّلام عن المرأه تبارى زوجها أو تختلع منه بشهاده شاهدين على طهر من غير جماع، هل تبين منه بذلك؟ أو تكون امرأته ما لم يتبعها بطلاق؟ فقال عليه السّلام: تبين منه، و إن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت) (١)، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث: (و لا رجعه للزوج على المختلعه و لا على المباره إلا أن يبدو للمرأه فيردّ عليها ما أخذ منها) (٢)، و موثق أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السّلام (المختلعه إن رجعت في شيء من الصلح يقول: لأرجعن في بضعك) (٣).

و منها يعرف أنها إذا رجعت في البذل يرجع إليها إن شاء بلا خلاف فيه أيضا. و إنما الكلام في موارد

الأول: هل يعتبر في رجوعها اتفاقهما على ذلك فلو لم يرض الزوج برجوعها في البذل فلا يجوز لها الرجوع كما عن ابن حمزه و الشارح في المسالك و نفى عنه البأس في المختلف و استدلل له بأن الخلع عقد معاوضه فيعتبر في فسخه رضاهما، أو لا يعتبر رضاهما في جواز رجوعها في البذل بل يجوز رجوعها في البذل و إن لم يرض الزوج كما هو المشهور لإطلاق النصوص، بل لصريح صحيح ابن بزيع المتقدم (و إن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت)، و هو ظاهر في كفايه رضاها فقط.

المورد الثاني: هل يعتبر في صحه رجوعها فيما بذلت إمكان رجوعه في الطلاق، بحيث

ص: ١٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع حديث ٩.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع حديث ٤ و ٣.

(الرجوع فى البذل ما دامت فى العده) إن كانت ذات عده، فلو خرجت عدتها، أو لم يكن لها عده كغير المدخول بها، و الصغیره، و اليائسه فلا رجوع لها مطلقا (١) (فإذا رجعت) هى حيث يجوز لها الرجوع صار الطلاق رجعيا يترتب عليه أحكامه (٢) من النفقه، و تحريم الأخت (٣) و الرابعه (٤) (و رجع هو إن شاء) ما دامت العده باقيه و لم يمنع من رجوعه مانع كما (٥) لو تزوج بأختها، أو رابعه قبل رجوعها (٦) لو كان الطلاق بائنا و لها عده، كالطلاق الثالث فهو بائن و لها عده لأنه مدخول بها غير يائس فلا يجوز لها الرجوع فى البذل لأنه لا يمكن للزوج أن يرجع هنا، لأن الطلاق بائن على كل حال بحسب مورد، و هذا هو المشهور بين الأصحاب.

و ذهب المحقق فى الشرائع و العلامه فى التبصره و جماعه إلى عدم اعتبار ذلك تمسكا بإطلاق الأخبار، و استدلل للمشهور بصحيح ابن بزيع و موثق أبى العباس المتقدمين، الدالين على التلازم بين جواز رجوعها و جواز رجوعه، و لا أقل من أن التلازم هو مفاد النصوص فقط، فيبقى جواز رجوعها فى مورد عدم جواز رجوعه على أصاله عدم الجواز.

المورد الثالث: فإذا رجعت المرأه بالبذل و جاز للزوج الرجوع فهل يترتب على المرأه أحكام العده الرجعيه من وجوب النفقه و السكنى و تجديد عده الوفاه لو مات فى هذه العده إلى آخر الأحكام أو لا، و جهان أو قولان كما فى الجواهر.

استدل للأول أن المراد من العده الرجعيه هو ما جاز للزوج الرجوع فيها، و هنا بعد رجوع المرأه فى البذل يجوز للزوج الرجوع فهى فى عده رجعيه حينئذ و استدلل للثانى بأن العده ابتدأت على البيئونه و أن الخلع طلاق بائن، و هذا ما يوجب سقوط جميع أحكام العده الرجعيه، فإذا رجعت فى البذل نشك فى رجوع أحكام العده الرجعيه و إن جاز للزوج الرجوع، و الاستصحاب يقتضى عدم الرجوع.

(١) أى أصلا، لأنه يشترط فى صحه رجوعها إمكان رجوعه.

(٢) أى أحكام الطلاق الرجعى. و قد تقدم الكلام فيه فى المورد الثالث.

(٣) لأن الرجعيه بحكم الزوجه و يحرم الجمع بين الأختين.

(٤) أى الرابعه من الزوجات غير المطلقات، فلا تصح لأن الرجعيه زوجة فتكون الجديده حينئذ خامسه.

(٥) تمثيل للمانع.

(٦) أى رجوعها فى البذل.

إن جوزناه (١).

نعم لو طلقها (٢) بائنا فى العده (٣) جاز له الرجوع (٤) حينئذ (٥) فيها (٦)، لزوال المانع، و لو كان الطلاق (٧) بائنا (٨) مع وجود العده كالطلقة الثالثة ففى جواز رجوعها فى العده وجهان. من إطلاق (٩) الإذن فيه (١٠) المتناول له (١١). و من أن (١٢) جواز رجوعها فى البذل مشروط بإمكان رجوعه فى النكاح بالنظر إلى الخلع، لا- بسبب أمر خارجى (١٣) (١) أى جوزنا تزويجه بالأخت أو الرابعه قبل رجوعها بالبذل، و هذا إشاره إلى أنه يحتمل أنه لا- يجوز التزويج بالأخت أو الرابعه قبل رجوعها فى البذل، لأنه مترزل كالرجعى فيكون فى حكم الرجعى، و إن كان بحسب الظاهر هو بائن بالفعل.

(٢) أى طلق الأخت أو الرابعه.

(٣) أى عده المختله الأولى.

(٤) أى الرجوع إلى المختله الأولى.

(٥) أى حين طلاق الأخت أو الرابعه.

(٦) أى فى عده المختله الأولى إن رجعت هى بالبذل.

(٧) أى طلاق المختله.

(٨) أى أن الطلاق الخلعى لو كان بائنا من غير جهه الخلع كما لو كان ثالثا مع ثبوت العده لكونها مدخولا بها غير يائس ففى جواز رجوع المختله فى البذل فى أثناء العده وجهان، تقدم الكلام فيه فى المورد الثانى سابقا.

(٩) دليل لجواز الرجوع فى البذل كما عن المحقق و العلامة.

(١٠) فى رجوعها بالبذل.

(١١) أى لرجوعها فى البذل فى هذا المقام، و هو عدم إمكان رجوعه فى الطلاق.

(١٢) دليل على عدم جواز الرجوع فى البذل كما هو المشهور.

(١٣) مراد الشارح أن جواز رجوعها مشروط بإمكان رجوعه فى الجملة بالنظر إلى أصل الخلع، و إن امتنع رجوعه بسبب أمر خارجى يمكن زواله، كالتزويج بالأخت أو الرابعه حيث يمكن زواله بالطلاق البائن أو موتهما، فلذا لم يمنع التزويج المذكور لو ارتفع قبل رجوع المختله فى البذل.

أما لو لم يمكن الرجوع للزوج بالنظر إلى أصل الخلع و المراد به أصل الطلاق، كما فى مقامنا حيث وقع الطلاق بائنا لأنه ثالث، فلا يجوز لها الرجوع فى البذل لأنه مشروط بإمكان رجوعه فى الطلاق.

يمكن زواله كتزويجه بأختها، ولأنه (١) برجوعها يصير الطلاق رجعيا، وهذا (٢) لا يمكن أن يكون رجعيا.

و لا يخفى أن هذين (٣) مصادره على المطلوب (٤).

لكن المشهور المنع. و الوجهان (٥) آتيان فيما لو رجعت و لمّا يعلم (٦) حتى خرجت العده حيث يمكنه الرجوع لو علم. من إطلاق (٧) الإذن لها فى الرجوع، و لزوم (٨) الإضرار به (٩).

(١) لأن الشأن و الواقع، و هو دليل ثان على عدم جواز رجوعها فى البذل، و هو راجع فى الحقيقة إلى الأول.

(٢) أى هذا الطلاق الثالث.

(٣) و هما دليل عدم جواز رجوعها فى البذل.

(٤) لأنهما عين المتنازع فيه، لأنه لم لا يجوز أن ترجع هى فى البذل و إن لم يمكنه الرجوع فى الطلاق.

(٥) من جواز رجوعها فى البذل فى أثناء العده و عدم الجواز.

(٦) أى و لما يعلم الزوج بالرجوع، و بناء على اشتراط التلازم و هو أنه لا يصح لها الرجوع فى البذل إلا إذا أمكن له الرجوع فى الطلاق فقد وقع البحث بينهم فى أنه هل للزوجه الرجوع فيما بذلت من دون أن يعلم الزوج بذلك إلا بعد العده كما عن العلامة فى القواعد نظرا إلى تحقق شرط جواز رجوعها، و هو جواز الرجوع للزوج واقعا و إن لم يعلم به.

أم ليس لها ذلك كما عن جماعه نظرا إلى أن شرط جواز رجوعها هو علم الزوج برجوعها ليكون له الرجوع إذا أراد، و يدل عليه موثق أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السّلام (المختلعه إن رجعت فى شىء من الصلح يقول: لأرجعن فى بضعك) (١) و هو ظاهر فى صورته علمه برجوعها، و لا أقل أنه القدر المتيقن فيبقى غيره على أصاله عدم جواز الرجوع.

(٧) دليل على جواز رجوعها و إن لم يعلم الزوج بذلك فى العده، و يكون شرط رجوعها فى البذل إمكان رجوعه فى الطلاق و إن لم يعلم به.

(٨) دليل على عدم جواز رجوعها إن لم يعلم الزوج بذلك فى العده، و يكون شرط رجوعها فى البذل علمه بالرجوع ليكون له الرجوع إذا أراد.

(٩) و وجه الإضرار أنه لو صح رجوعها بالبذل من غير علمه للزم العود عليه بالبذل مع

ص: ١٦٦

و الأقوى الجواز (١) هنا (٢)، للإطلاق (٣)، ولأن (٤) جواز رجوعه (٥) مشروط بتقدم رجوعها (٦) فلا يكون (٧) شرطاً فيه (٨)، وإلا (٩) دار (١٠)، والإضرار (١١) حصل باختياره حيث أقدم على ذلك (١٢) مع أن له (١٣) طريقاً إلى الرجوعه في فوات البضع عليه، وهو عين الضرر وهو منفي بالشريعه.

(١) أى جواز رجوعها فى البذل.

(٢) وإن لم يعلم الزوج بذلك فى العده.

(٣) أى إطلاق الأدله الداله على جواز رجوعها فى البذل، وفيه أن موثق أبى العباس المتقدم هو من جمله الأدله على جواز رجوعها فى البذل، وهو ظاهر فى صورته علمه برجوعها.

(٤) دليل ثان على الجواز.

(٥) أى رجوع الزوج فى الطلاق.

(٦) أى رجوع الزوجه فى البذل.

(٧) أى رجوع الزوج فى الطلاق.

(٨) فى رجوع الزوجه فى البذل.

(٩) أى وإن كان جواز رجوعه شرطاً فى رجوعها كما هو مقتضى اشتراط علمه بالرجوع فى جواز رجوعها فى البذل.

(١٠) وقد رده الشارح فى المسالك بقوله: (و الدور إنما يلزم لو توقف رجوعها على رجوعه بالفعل، أما إذا توقف على جوازه بالقوه بمعنى تمكنه من الرجوع بعد رجوعها فلا) انتهى.

و المعنى أن الذى هو شرط فى رجوعها علمه بالرجوع حتى يمكن له الرجوع إليها بعد رجوعها إذا شاء، و تمكنه من الرجوع إليها بعد رجوعها هو الشرط فى رجوعها، مع أن رجوعها شرط فى رجوعه الفعلى لا فى تمكنه من الرجوع المذكور فلم يتكرر الحد الأوسط حتى يلزم الدور.

(١١) دفع لدليل عدم جواز رجوعها عند عدم علم الزوج بذلك، و حاصله أن الضرر المنفى هو الضرر الناشئ من الغير، أما الضرر الناشئ من نفس المكلف فلا- ينفى حكماً، و هنا الضرر ناشئ من نفس الزوج حيث أقدم على خلعه و هو عالم بجواز رجوعها و إن لم يعلم بذلك فهو الذى أقدم على تفويت البضع.

(١٢) أى على الخلع الذى من حكمه جواز رجوعها على هذا الوجه.

(١٣) أى للزوج، و هذا جواب ثان عن دليل الإضرار، و هو جواب مبنى على عدم الضرر بخلاف الجواب الأول فإنه قد سلم

بالضرر إلا أنه من قبل نفسه.

ص: ١٦٧

في ما لو تنازعا

(و لو تنازعا في القدر) أي قدر الفديه (حلفت) (٢) لأصالة عدم زيادتها عما تعترف به منها، (و كذا) يقدم قولها مع اليمين (لو تنازعا في الجنس) مع اتفاقهما (٣) على القدر (٤) بأن اتفقا على أنها (٥) مائه لكن ادعى أنها (٦) دنانير و ادّعت أنها دراهم، لأصالة (٧) (١) أي المحتملة لرجوع الزوجه و إن لم يعلم الزوج بالرجوع.

(٢) لو اتفقا على الجنس و اختلفا في القدر بأن قال: بذلت ألفا، فقالت: مائه، فلا إشكال و ظاهرهم عدم الخلاف فيه أن يقدم قولها مع يمينها، لأن المائه قدر متفق عليه بينهما و مختلفان في الزائد، و هي منكره لموافق قولها أصالة عدم الزيادة.

(٣) إذا اتفقا على وقوع الطلاق بعوض مبذول من جانبها، و اتفقا على قدره و اختلفا في جنسه بأن قال: بذلت مائه دينار، فقالت: بل مائه درهم، قدّم قولها مع يمينها كما عليه الأكثر، لأن الزوج هو المدعى بحسب ظاهر كلامه، و هي بحسب ظاهر كلامها منكره لما يدعيه الزوج، و يوافق قولها أصالة البراءة مما يدعيه.

و في المسالك و الروضه هنا أنها تحلف يمينا جامع بين نفى ما يدعيه و إثبات ما تدعيه، و فيه أن المنكر وظيفته اليمين على نفى دعوى الخصم فقط، و أما ما تدعيه فهو ثابت عليها بلا يمين لثبوتها بإقرارها.

هذا و عن بعض العامه أنهما يتحالفان، لأن كلا منهما مدّع و مدّع عليه، و لا جامع بين دعوى الذهب و الفضة، و مع التحالف يثبت مهر المثل و لا يحكم بفسخ أو انفساخ الطلاق لاتفاقهما على وقوعه بعوض مبذول، و في المبسوط جعله أولى، و استحسنة الشارح في المسالك.

قلت: إن الخلع إذا كان معاوضه حقيقه و اختلفا في جنس العوض، فكل منهما مدع و مدع عليه، لأن تشخيص المعاوضه بما يدعيه أحدهما من العوض مغاير للمعاوضه على ما يدعيه الآخر، و تجرى ضابطه التحالف، إلا أن الخلع طلاق بحسب واقعه و إن اشتمل على معاوضه من الفداء في قبالة البضع، فالخلع واقع على كل حال، و الزوج مدع و المرأة غير مدعيه على الزوج شيئا فلا بد من قاعده اليمين على من أنكره كما عليه الأكثر.

(٤) أي الفديه.

(٥) أي الزوج.

(٦) أي المائه.

(٧) تعليل لتقديم قولها مع اليمين، و هي أصالة البراءة مما يدعيه.

عدم استحقاق ما يدعيه، ولأنه مدّع (١) فعليه البيّنه، فتحلف يميناً جامعاً بين نفي ما يدعيه، وإثبات ما تدعيه (٢) فينتفى مدعاه، وليس له (٣) أخذ ما تدعيه (٤)، لاعترافه بأنه لا يستحقه (٥). وينبغي جواز أخذه (٦) مقاصه، لا أصلاً (٧).

ويحتمل تحالفهما لأن كلا منهما منكر لما يدعيه صاحبه، وهي (٨) قاعدة التحالف، وحيث (٩) فيسقط ما تدعيه بالفسخ (١٠) أو الانفساخ (١١)، ويثبت مهر المثل، إلا- أن أصحابنا أعرضوا عن هذا الاحتمال رأساً، ومخالفونا جزموا به (أو الإرادة) (١٢) (١) أي مدع بحسب ظاهر قوله.

(٢) لا داعي للحلف على ما تدعيه حتى يثبت

أولاً: لأن المنكر لا يحلف على إثبات ما يدعيه بل يحلف على نفي دعوى الخصم.

و ثانياً: أن ما يدعيه المنكر ثابت في حقه لإقراره به.

(٣) أي للزوج.

(٤) أي تدعيه المرأه من مائه درهم، لأنه يدعى ثبوت مائه دينار، والدينار مغاير للدرهم، إذ الأول من الذهب والثاني من الفضة.

(٥) أي لا يستحق ما تدعيه المرأه.

(٦) أي أخذ الزوج لما تدعيه المرأه من باب التقاص، وليس من باب الاستحقاق، وفيه أنه قد ثبت في كتاب القضاء قاعدة إذهاب اليمين بحق المدعى، وأنه لا يجوز التقاص بعد اليمين بلا خلاف فيه بينهم.

(٧) أي من كل وجه.

(٨) أي مسأله إنكار كل منهما لما يدعيه الآخر.

(٩) أي حين التحالف.

(١٠) بأن يفسخ كل منهما ما يدعيه من دون يمين.

(١١) بسبب اليمين.

(١٢) بحيث اتفقا على ذكر القدر، واتفقا على عدم ذكر الجنس لفظاً، واتفقا على أنهما قد أرادا جنساً معيناً اتفقت إرادتهما عليه، ولكن الآن اختلفا في ذلك الجنس الذي أراداه حاله العقد، بأن قالت له: طلقني على ما مائه فطلقها بها، ثم قال: أردنا بها مائه دينار، فقالت: بل مائه درهم، فعن المحقق وجماعه أن القول قولها مع يمينها، لأن العقد صحيح في نفسه حيث اتفقا على إرادته جنس معين والإرادة كافيته في صحة العقد وإن لم يتلفظ بها، وحيث فيرجع الاختلاف في الإرادة إلى الاختلاف في الجنس المعين، فيرجع

مع اتفاقهما عليها (١) بأن اتفقا على ذكر القدر و عدم ذكر الجنس لفظا، و على إرادته جنس معين لكن اختلفا في الجنس المراد.

و إنما كان القول قولها فيها (٢)، لأن الاختلاف في إرادتها و لا يطلع عليها إلا من قبلها فيقدم قولها فيها (٣).

و يشكل بأن المعتبر إرادتهما معا للجنس المعين، و لا تكفى إرادتها خاصة، و إرادته كل منهما لا يطلع عليها إلا من قبله (٤).

و لو علل (٥) بأن الإرادة إذا كانت كافيته عن ذكر الجنس المعين (٦) كان الاختلاف فيها (٧) اختلفا في الجنس المعين (٨) فتقديم قولها من هذه الحيثية (٩) لا إليها فيه، و لأن الاختلاف في إرادتها و لا يطلع عليها إلا من قبلها.

و فيه أن الاختلاف في الجنس المعين لا يقتضى الرجوع إليها و تقديم قولها، بل يقتضى التحالف كما هو قول في المسألة، و بأن الاختلاف هنا يرجع إلى تعيين ما اتفقا عليه من الإرادة، فالمعتبر إرادتهما معا لا إرادتها فقط، و إرادته كل منهما لا يطلع عليها إلا من قبله، فلذا استوجه الشارح في المسالك التحالف و هو القول الثاني في المسألة، و ذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه يبطل الخلع هنا، لأن البذل هنا أصبح مجهولا و هو يقتضى الفساد، و فيه أن المجهوليه المانع هي الواقعة حال العقد، مع أنها متفقان على عدمها و إنما حصلت الجهالة بتنازعهما في المراد.

(١) على الإرادة و حينئذ فالاختلاف على المراد من الجنس.

(٢) في مسأله الإرادة.

(٣) في الإرادة، و هذا هو قول المحقق و جماعه.

(٤) أى من قبل كل منهما.

(٥) أى علل الحكم بتقديم قولها بما يأتى فلا إشكال.

(٦) و الإرادة كافيته لأنه لا يشترط في صحه البذل ذكر الجنس لفظا، بل يكفى في صحه إرادته.

(٧) في الإرادة.

(٨) و مع الاختلاف في الجنس المعين يقدم قول المرأه مع يمينها على ما تقدم بيانه.

(٩) أى حيثيه كون الاختلاف اختلفا في الجنس المعين فلا- إشكال، لأن الإشكال وارد لو كان تقديم قولها من جهه كون الاختلاف في الإرادة، فتخصيص تقديم إرادتها دون إرادتها مشكل.

من جهة تخصيص الإرادة.

وقال الشيخ: يبطل الخلع هنا (١) مع موافقته (٢) على السابق (٣)، و للقول بالتحالف هنا (٤) وجه كالسابق (٥).

و لو كان اختلافهما فى أصل الإرادة (٦) مع اتفاقهما على عدم ذكر الجنس فقال أحدهما: أردنا جنسا معيناً، وقال الآخر: إنا لم نرد، بل اطلقنا، رجع النزاع إلى دعوى الصحة و الفساد. و مقتضى القاعده تقديم مدعيها (٧) منهما مع يمينه.

و يحتمل تقديم منكرها (٨) (١) فى الإرادة.

(٢) أى موافقه الشيخ.

(٣) من تقديم قولها مع اليمين إذا كان الاختلاف فى الجنس، و الفرق بين قوله غير واضح، لأن الاختلاف فى الإراده راجع إلى الاختلاف فى الجنس، فلم حكم بطلان الخلع فى الأول و بصحته مع تقديم قولها فى الثانى.

(٤) فى الإراده.

(٥) أى فيما لو اختلفا فى الجنس مع اتفاقهما على القدر.

(٦) بحيث يدعى أحدهما إرادته جنس و الآخر ينكرها، و ذلك لو اتفقا على عدم ذكر الجنس، فقال أحدهما: أردنا جنسا معيناً، وقال الآخر: لم نرد جنسا بل أطلقنا، فيرجع النزاع إلى دعوى الصحة و الفساد، لأن مدعى إرادته الجنس يدعى صحة الخلع، و الآخر يدعى بطلانه، لأن الخلع مشروط بتحديد العوض جنسا و قدرا.

و من المعلوم تقديم مدعى الصحة مع يمينه، لأصالة الصحة فى العقود، و عن التحرير تقديم قول المرأة هنا سواء كانت دعواها الإراده أم عدمها، لأن مرجع النزاع إلى وجود إرادتها و عدمه، و لا يطلع عليها إلا من قبلها فيقدم قولها مع يمينها، و فيه: ما تقدم أن مرجع الاختلاف و النزاع إلى إرادتهما معا لا إلى إرادتها فقط، و إرادته كل منهما لا يطلع عليها إلا من قبله.

و عن القواعد تقديم منكر الإراده لموافقته قوله أصاله عدم الإراده، فيحلف و يحكم بطلان الخلع، و فيه أنهما متفقان على وقوع الخلع بعوض مبدول من جانبها، فلا تسمع دعوى منكر إرادته الجنس حينئذ.

(٧) أى مدعى الصحة و هو مدعى إرادته الجنس.

(٨) أى منكر الإراده.

و البطلان (١)، لأصالة عدمها (٢). و هو ظاهر القواعد، و تقديم (٣) قول المرأة، لرجوع النزاع إلى إرادتها كما هو ظاهر التحرير، و فيه ما ذكر (٤).

(و لو قال: خلعتك على ألف في ذمتك فقالت: بل في ذمه زيد حلفت على الأقوى (٥)، لأنه مدع و هي منكره لثبوت شيء في ذمتها فكانت اليمين عليها.

و قال ابن البراج: عليه اليمين، لأن الأصل في مال الخلع أن يكون في ذمتها، فإذا ادعت كونه (٦) في ذمه غيرها لم تسمع، لأصالة عدم انتقالها عن ذمتها. و على الأول (٧) لا عوض عليها، و لا على زيد، إلا باعترافه (٨)، و تبين منه بمقتضى دعواه (٩).

و مثله (١٠) ما لو قالت (١١):

(١) أى بطلان الخلع مع اليمين.

(٢) أى عدم الإرادة.

(٣) أى و يحتمل تقديم قول المرأة.

(٤) من أن النزاع يرجع إلى إرادتهما معا لا إلى إرادتها خاصة.

(٥) و هو قول الشيخ و مشهور المتأخرين، لأصالة براءة ذمتها من العوض، و لأنه يدعى شغل ذمتها، فهو المدعى و هي المنكره فيقدم قولها مع يمينها، و لو حلفت فيسقط عنها العوض، و لا يلزم زيدا بمجرد دعوى الرجل بل يتوقف على اعترافه بذلك، و تبين المرأة منه بمجرد دعواه، لأنه معترف بخلعها على الوجه الصحيح شرعا.

و عن ابن البراج أن القول قوله مع يمينه، و عليها البيه، لأن الأصل في حال الخلع أن يكون في ذمه الزوج، و فيه أنه أصل غير ثابت بناء على جواز التبرع من الأجنبية.

(٦) أى كون حال الخلع.

(٧) من تقديم قولها مع اليمين.

(٨) أى اعتراف زيد.

(٩) أى دعوى الزوج، لأنه معترف بخلعها على الوجه الصحيح شرعا.

(١٠) أى و مثل الفرع المتقدم من تقديم قولها مع اليمين.

(١١) أى فيما لو قالت في جواب دعواه السابقة عند ما قال: خلعتك على ألف في ذمتك، فقالت: بل خالعك فلان و العوض

عليه، فهي منكره لوقوع العقد معها، فيقدم قولها مع اليمين لأصالة براءه ذمتها من العوض، و لأصالة عدم وقوع العقد منها، و لا شيء

ص: ١٧٢

بل خالعتك فلان و العوض عليه، لرجوعه (١) إلى إنكارها الخلع من قبلها، أما لو قالت: خالعتك على ألف ضمنها فلان عني، أو دفعتها، أو أبرأتني، و نحو ذلك (٢) فعليها المال مع عدم اليينه (٣).

فى المباره و الفرق بينها و الخلع أحكامها

(و المباره) و أصلها المفارقه. قال الجوهري (٤): تقول: برأت شريكى إذا فارقته، و بارأ الرجل امرأته (٥) (و هى كالخلع (٦) فى الشرائط و الأحكام (إلا أنها) تفارقه (٧) فى أمور:

منها: (٨) (تترتب على كراهيه كل من الزوجين) لصاحبه. فلو كانت للزوج على الأجنبي لا-اعترافه بأن الخلع لم يجر معه، و تحصل البيئونه لا-اعتراف الزوج بوقوع الخلع على الوجه الصحيح، و هذا مبنى على صحه تبرع الأجنبي، نعم لو قلنا بفساد تبرع الأجنبي كما هو المشهور فهى تدعى فساد الخلع و هو يدعى صحته فيقدم قوله مع يمينه كما هو واضح لقاعده تقديم مدعى الصحه على مدعى الفساد.

(١) أى رجوع النزاع.

(٢) بحيث يدعى عليها عوض الخلع فتعترف بلزومه لها ابتداء، و تعترف بوقوع العقد معها، و لكن ادعت أنه ضمنه عنها فلان، أو أبرأها منه، أو دفعته إليه فهى المدعيه و هو المنكر، لأصاله عدم وصول حقه من مال الخلع إليه بعد اعترافها بثبوت هذا الحق له، فيقدم قوله مع يمينه، و لا يقبل قولها إلا باليينه.

(٣) أى مع عدم اليينه منها و صدور اليمين منه.

(٤) فى الصحاح.

(٥) أى إذا فارقتها.

(٦) اعلم أن المباره طلاق بعوض مترتب على كراهه كل من الزوجين صاحبه، و لها أحكام تخصها، و أحكام تشترك مع الخلع فيها، و شرائط الخالع و المختلعه و العوض أحكام مشتركه، فلذا اقتصرنا على الأحكام التى تخص المباره و هى قليله

منها: أن المباره مشروطه بكراهيه كل من الزوجين بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: موثق سماعه (سألته عن المباره كيف هى؟ فقال: يكون للمرأة شىء على زوجها من مهر أو من غيره، و يكون قد أعطاها بعضه فيكره كل واحد منهما صاحبه، فتقول المرأة لزوجها: ما أخذت منك فهو لى و ما بقى عليك فهو لك، و أبرئك فيقول الرجل لها: فإن أنت رجعت فى شىء مما تركت فأنا أحق ببضعك) (١).

(٨) أى المباره.

الكراهه من أحدهما خاصة، أو خاليه عنهما (١) لم تصح بلفظ المباره. و حيث كانت الكراهه منهما (فلا تجوز الزيادة) فى الفديه (على ما أعطاها) من المهر (٢)، بخلاف الخلع حيث كانت الكراهه منها (٣) فجازت الزيادة (٤)، و تبه (٥) بالفاء (٦) على كون هذا الحكم (٧) مرتبا على الكراهه منهما، و إن كان (٨) حكما آخر يحصل به الفرق بينها (٩)، و بين الخلع.

(و) منها (١٠)

(١) أى كانت المباره خاليه عن كراهه الزوجين.

(٢) و من جملة الأحكام التى تختص بها المباره أنه لا يحلّ له الزائد عما أعطاها بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (المباراه يؤخذ منها دون الصداق، و المختلعه يؤخذ منها ما شئت) (١)، و صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (المباراه تقول المرأه لزوجها - إلى أن قال - و لا يحلّ لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه) (٢)، و مرسل الصدوق (روى أنه لا- ينبغى له أن يأخذ منها أكثر من مهرها، بل يأخذ منها دون مهرها، و المباره لا رجعه لزوجها عليها) (٣).

و إنما الخلاف فى أنه هل يجوز له أخذ المهر كملا كما عليه المشهور كما هو مفاد صحيح أبى بصير المتقدم، أو لا بد أن يأخذ ما دون المهر كما عن الصدوقين و العماني كما هو مفاد صحيح زراره و مرسل الصدوق المتقدمين.

(٣) من الزوجه.

(٤) فهو اعتبار عقلى غير منصوص.

(٥) أى المصنف.

(٦) فى قوله (فلا تجوز الزيادة على ما أعطاها).

(٧) من عدم جواز الزيادة.

(٨) أى عدم جواز الزيادة.

(٩) بين المباره.

(١٠) أى و من الأمور التى تفارق المباره الخلع.

ص: ١٧٤

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الخلع حديث ٤ و ٢.

أنه (١) (لا بد منها من الاتباع بالطلاق (٢) على المشهور، بل لا نعلم فيه مخالفا، و ادعى جماعه أنه اجماع،) (و لو قلنا في الخلع: لا يجب) اتباعه بالطلاق، و روى أنها (٣) لا تفتقر (١) أن الشأن و الواقع.

(٢) في المباره.

(٣) أى إتباع صيغتها بالطلاق، على المشهور بين الأصحاب، و ادعى عليه الإجماع المحقق فى الشرائع و جماعه، و إن تم فهو الحجه و إلا- فالأخبار الوارده فى المقام تدل على افتقار صيغتها إلى الطلاق و هى: خبر حمران (سمعت أبا جعفر عليه السّلام يتحدث قال: المباره تبين من ساعتها من غير طلاق و لا ميراث بينهما، لأن العصمه منها قد بانت ساعه كان ذلك منها و من الزوج) (١)، و موثق جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السّلام (المباراه تكون من غير أن يتبعها الطلاق) (٢)، و صحيح ابن بزيع (سألت أبا الحسن الرضا عليه السّلام عن المرأه تبارى زوجها أو تختلع منه بشهاده شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك، أو تكون امرأته ما لم يتبعها بطلاق، قال: تبين منه) (٢).

و قد حملها الشيخ على التقيه و فيه: أن المباره لا- يستعملها العامه كما فى المسالك، و لا يعتبرون فيها ما يعتبره أصحابنا، بل يجعلونها من جمله كنايات الخلع أو الطلاق، فلا- وجه لحمل ما ورد من أحكامها على التقيه، مع أنه لا معارض لها من الأخبار حتى تحمل على التقيه.

و قد حملها صاحب الجواهر على ما لو كانت المباره بصيغه الخلع فلا- تحتاج إلى الطلاق، و حمل فتوى الأصحاب على الاحتياج إلى الطلاق فيما لو كانت المباره بغير صيغه الخلع بل بالكنايات، و فيه أنه على خلاف ظاهر النصوص و الفتاوى نعم قال الشيخ فى التهذيب: الذى عمل عليه فى المباره أنه لا- يقع بها فرقه ما لم يتبعها بطلاق، و هو مذهب جميع أصحابنا المحصلين من تقدم منهم و من تأخر، و فى كلامه إيدان بوجود المخالف، لأنه نسب القول إلى المحصلين من الأصحاب لا إلى الأصحاب مطلقا.

و على كل فإن هذه الأخبار الداله على عدم إتباع المباره بالطلاق بمرأى منهم و مسمع و قد أعرضوا عنها فيشكل الاعتماد عليها، و اتفاقهم على نحو يفيد الإجماع الكاشف عن قول المعصوم أشكل، و الاحتياط سبيل النجاه.

(٤) أى المباره.

ص: ١٧٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الخلع حديث ٣ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع حديث ٩.

أيضا إلى الاتباع، وربما كان به قائل، لأن الشيخ نسب في كتابي (١) الحديث القول بلزوم اتباعها بالطلاق إلى المحصلين من أصحابنا، وهو يدل بمفهومه على مخالف منهم غير محصل. و المحقق في النافع نسبه إلى الشهره و كيف كان فالعمل به (٢) متعين.

و صيغتها (بارأتك) بالهمزة (٣) (على كذا) فأنت طالق.

و منها أن صيغتها لا- تنحصر في لفظها، بل تقع بالكنايات الداله عليها كفاسختك على كذا أو أبنتك، أو بتتك، لأن بينونه تحصل بالطلاق و هو صريح، بخلاف الخلع على القول المختار فيه (٤)، و ينبغى على القول بافتقاره (٥) إلى الطلاق أن يكون كالمباراه.

(و يشترط في الخلع و المباره شروط الطلاق) من كمال الزوج (٦)، و قصده، و اختياره (٧)، و كون المرأه طاهرا طهرا لم يقاربه فيها بجماع إن كانت مدخولا بها حائلا غير يائسه، و الزوج حاضرا، أو في حكمه (٨)، و غيرها من الشروط.

(١) و هما التهذيب و الاستبصار.

(٢) بالاتباع.

(٣) قد تقدم عدم اعتبار لفظ خاص في الخلع، و كذا الكلام في صيغه المباره كما في الخلع من الافتقار إلى بدل من المرأه و القبول من الزوج، و أن يقول: بارأتك على كذا فأنت طالق، و لو قال: بدلا من بارأتك: فاسختك أو أبنتك أو بتتك أو غيره من الألفاظ الداله على الفرقه متبعها لها بالطلاق صح، لأن الطلاق بالعوض ليس إيقاعا خارجا عن الخلع أو المباره، بل هو إما خلع و إما مباراه، فإن قصد به الخلع و قد جمع شروطه فهو خلع، و إن قصد به المباره و قد جمع شروطها فهو مباراه و إلا فهو طلاق رجعي أو بائن بحسب مورده.

و على كل فالطلاق المتعقب للصيغه هو كاف في بينونه مهما كان اللفظ الدال على الفرقه في المباره.

(٤) من أنه لا يجب إتباع الخلع بالطلاق.

(٥) أى بافتقار الخلع.

(٦) من البلوغ و العقل.

(٧) و هذه الأمور الأربعة شروط للزوج.

(٨) أى حكم الزوج الحاضر و هو الغائب القادر على استعمال حالها، و قد تقدم في الخلع أن الخلع و كذا المباره طلاق فيشترط فيهما جميع شرائط الطلاق، و الدليل هو الدليل.

كتاب الظهار

اشاره

ص: ١٧٧

(كتاب الظهار (١) (١) الذي هو مصدر (ظاهر) مثل (قاتل) مأخوذ من الظهر، و في مصباح المنير (ظاهر من امرأته ظهارا مثل قاتل قتالا، و تظهر إذا قال لها: أنت علي كظهر أمي، إنما خص ذلك بالظهر، لأن الظهر من الدابه موضع الركوب، و المرأه مركوبه وقت الغشيان، فركوب الأم مستعار من ركوب الدابه، ثم شبه ركوب الزوجه بركوب الأم الذي هو ممتنع، و هو استعاره لطيفه) انتهى.

هذا و كان الظهار في الجاهليه طلاقا محرّما أبدا، فغير الشارع حكمه إلى التحريم و لزوم الكفاره بالعود.

ثم إن حقيقته الشرعيه تشبيه الزوج زوجته بمحرمه عليه نسبا أو رضاعا أو مصاهره على ما سيأتي من الخلاف فيه، و الأصل فيه قوله تعالى: قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَ تَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ، وَ اللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ، الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ، مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ، إِنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ، وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا، وَ إِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ، وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا، ذَلِكَمْ تُوَعِّظُونَ بِهِ وَ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا، فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا، ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَ رَسُولِهِ، وَ تَلْكَ حُدُودُ اللَّهِ، وَ لِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ (١).

و السبب في نزولها على ما في صحيح حمران عن أبي جعفر عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: إن امرأه من المسلمين أتت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: يا رسول الله إن فلانا زوجي قد نثرت له بطنى، و أعتته على دنياه و آخرته، فلم ير منى مكروها، و أنا أشكوه إلى الله و إليك، قال: فما تشكينه؟ قالت: إنه قال لى اليوم: أنت علي حرام كظهر

ص: ١٧٩

أمى، وقد أخرجنى من منزلى فانظر فى أمرى.

فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ما أنزل الله على كتابا أفضى به بينك وبين زوجك، وأنا أكره أن أكون من المتكلمين فجعلت تبكى وتشتكى ما بها إلى الله وإلى رسوله، وانصرفت فسمع الله محاورتها لرسوله و ما شكت إليه فأنزل إليه عزّ وجلّ بذلك قرآنا: بسم الله الرحمن الرحيم قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله - إلى قوله تعالى - وإن الله لعفوّ غفور، فبعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى المرأة فأتته فقال لها: جئنى بزواجك فأتته به، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: قد أنزل الله فيك قرآنا فقرأ عليه ما أنزل الله من قوله: قد سمع إلى قوله وإن الله لعفوّ غفور.

فضمّ امرأتك إليك فإنك قد قلت منكرا من القول و زورا قد عفا الله عنك و غفر لك فلا تعد. فانصرف الرجل و هو نادم على ما قال لامرأته، و كره الله ذلك للمؤمنين بعد، فأنزل الله عزّ وجلّ: الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا، يعنى ما قال الرجل الأول لامرأته: أنت على حرام كظهر أمى، قال: فمن قالها بعد ما عفا الله و غفر للرجل الأول فإن عليه تحرير رقبه - إلى آخر الآيات المتقدمه ثم قال: - فجعل الله عقوبه من ظاهر بعد النهى هذا(١).

و هذا الرجل الذى هو مورد نزول آيه الظهار هو أوس بن الصامت على ما فى خبر أبان و غيره عن أبى عبد الله عليه السلام (كان رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقال له: أوس بن الصامت، و كان تحته امرأه يقال لها: خوله بنت المنذر)(٢) الحديث، و فى خبر النعمانى عن على عليه السلام قال: (و أما المظاهرة فى كتاب الله فإن العرب كانت إذا ظاهر الرجل منهم من امرأته حرمت عليه إلى آخر الأبد، فلما هاجر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان بالمدينه رجل من الأنصار يقال له: أوس بن الصامت، و كان أول رجل ظاهر فى الإسلام فجرى بينه و بين امرأته كلام فقال لها: أنت على كظهر أمى، ثم إنه ندم على ما كان منه، فقال:

ويحك إنا كنا فى الجاهليه تحرم علينا الأزواج فى مثل هذا قبل الإسلام، فلو أتيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم تسأليه عن ذلك فجاءت المرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأخبرته(٣) الحديث.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن الظهار محرم بلا خلاف فيه بين العلماء لتوصيفه بالمنكر و بالزور فى الآيه المتقدمه، و هما محرمان مع تصريح صحيح حمران المتقدم بقوله (فجعل الله عقوبه

ص: ١٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الظهار حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الظهار حديث ١ و ٤.

في معنى الظهر

و هو فعال من الظهر، اختصّ به (١) الاشتقاق (٢)، لأنه (٣) محل الركوب في المركوب، والمراد به هنا (٤) تشبيه المكلف من يملك نكاحها بظهر محرمه عليه أبدا بنسب، أو رضاع. قيل: أو مصاهره (٥)، و هو (٦) محرم و إن ترتب عليه الأحكام (٧) لقوله (٨) تعالى: وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا (٩)، لكن قيل: إنه لا عقاب فيه (١٠)، من ظاهر بعد النهي هذا).

و قيل: إنه لا عقاب فيه بمعنى لا عقاب عليه في الآخرة، لتعقيبه بالعفو في قوله تعالى:

وَ إِنَّ اللَّهَ لَعَفُوءٌ غَفُورٌ (١) و هو يستلزم نفي العقاب، و هو قول لم يتحقق أنه لواحد من أصحابنا كما في الجواهر - و قال في المسالك عنه: (هذا القول ذكره بعض المفسرين و لم يثبت عن الأصحاب) و على كل ففيه نظر واضح لأن توصيفه نفسه بالعفو و الغفران لا يستلزم فعليتهما، و ذكر التوصيف بعد الفعل المحرم لا يدل على العفو عنه ألا ترى قوله تعالى: لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَ لَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَ كَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا (٢) و لم يذهب أحد إلى نفي العقاب عما تعمدته القلوب.

و هذا كله بالنظر إلى نفس الآية الشريفة، و إلا فقد عرفت التصريح في صحيح حرمان بأن العفو إنما هو لأول الفاعلين فقط و أن الظهر معصيه موجه للكفاره.

(١) أى بالظهر.

(٢) أى اشتقاق الظهر دون البطن و نحوه.

(٣) أى الظهر.

(٤) أى و المراد بالظهر في الشرع، و هو بيان لحقيقته الشرعية.

(٥) و سيأتي الكلام فيه.

(٦) أى الظهر.

(٧) قد يقال: إن النهي يقتضى الفساد، فيجب عدم ترتب الأحكام على المحرم لأنه فاسد، و لكنه يقال: إن النهي في غير العبادات لا يقتضى الفساد، و لذا تترتب عليه الأحكام.

(٨) تعليل لحرمة الظهر.

(٩) سورة المجادلة، الآية: ٢.

(١٠) في الظهر.

١- (١) سورة المجادلة، الآية: ٢.

٢- (٢) سورة الأحزاب، الآية: ٥.

لتعقبه (١) بالعمو.

و يضعف بأنه (٢) وصف مطلق (٣) فلا يتعين كونه (٤) عن هذا الذنب المعين

في صيغته

(و صيغته (٥) (١) أي لتعقب الظهر المحرم بالعمو في الآية الشريفة.

(٢) أي بأن العمو.

(٣) بمعنى أننا لا نشك في أنه تعالى عفو غفور سواء عفى عن هذا الذنب الخاص أم لم يعف.

(٤) أي كون العمو.

(٥) أي صيغته الظهر، اعلم أن موضع الوفاق من صيغ الظهر قوله: أنت عليّ كظهر أمي ففي خبر أبان وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: (فقلت: يا رسول الله إن زوجي قال لي: أنت عليّ كظهر أمي) (١) وفي صحيح حمran عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: (قالت: إنه قال لي اليوم: أنت عليّ حرام كظهر أمي) ٢، وفي خبر النعماني عن علي عليه السلام في حديث: (و كان أول رجل ظاهر في الإسلام فجرى بينه وبين امرأته كلام فقال لها: أنت عليّ كظهر أمي) ٣.

و كذا يتحقق فيما لو قال بدل (أنت): هذه أو فلانة أو زوجتي المعينه أو ما شاكل ذلك من الألفاظ الداله على تمييزها بلا خلاف فيه، لظهور المثاليه فيما ورد من النصوص بلفظ (أنت).

و كذا لا عبره باختلاف ألفاظ الصلوات فلو قال بدل (عليّ): مني و عندي و لدي و معي أو نحو ذلك، لظهور المثاليه فيما ورد من النصوص بلفظ (عليّ)، بل الظاهر عدم اعتبار الصلوه فلو قال: أنت كظهر أمي صح كما لو قال: أنت طالق كما عليه الأكثر. و عن العلامه في التحرير عدم الصحه، لأن الزوجه في حبسه دون حبس غيره فلا- داعي لذكر الصلوه هنا فلو قال: أنت طالق، فالمفهوم منه أنها طالق من خصوص زوجها بخلاف الظهر فالزوج محرمه على غير الزوج حرمه ظهر أمه عليه، فلو قال الزوج لها: أنت كظهر أمي، فقد يريد أنها على غيره كظهر أمه عليه و لذا لا بد من ذكر الصلوه في الظهر، و إن استغنى الطلاق عنها.

و كذا لا- عبره باختلاف ألفاظ التشبيه فلو قال: أنت علي مثل ظهر أمي صح الظهر بلا خلاف فيه لظهور المثاليه فيما ورد من النصوص بلفظ (كظهر).

ص: ١٨٢

(هى)، أو أنت، أو هذه، أو فلانه (١)(على)، و نحوه (٢)، أو محذوف الصلّه (٣) (كظهر أمى، أو أختى، أو بنتى) أو غيرهن (٤) من المحرمات (و لو (٥) من الرضاع على الأشهر) فى الأمرين و هما: وقوعه (٦) بتعليقه (٧) بغير الأم من المحارم النسبىات. و محرمات (٨) الرضاع مطلقا (٩).

و مستند عموم الحكم فى الأول (١٠)

(١) و هذه هى الألفاظ الداله على تمييزها.

(٢) مثل منى و عندى و لدى و معى و هذه هى الألفاظ الداله على اختلاف الصلّه.

(٣) كقوله: أنت كظهر أمى.

(٤) كالجدّه و العمه و الخاله و بنت الأخ و بنت الأخت.

(٥) لو وصلية.

(٦) أى الأمران.

(٧) وقوع الظهار.

(٨) أى و وقوعه بتعليقه بمحرمات الرضاع.

(٩) حتى الأم.

(١٠) أى فى وقوع الظهار بتعليقه بغير الأم من المحارم النسبىات، هذا و اعلم أن المشهور على الوقوع لصحيح زراره (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الظهار، فقال: هو من كل ذى محرم من أمّ أو أخت أو عمه أو خاله، و لا يكون الظهار فى يمين) (١)، و صحيح جميل (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يقول لامرأته: أنت علىّ كظهر عمته أو خالته، قال: هو الظهار) ٢ و مرسل يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث الظهار (قال عليه السّلام: و كذلك إذا هو قال: كبعض المحارم فقد لزمته الكفاره) ٣.

و عن الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس أنه لا يقع بغير الأم عملا بظاهر قوله تعالى:

الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ، إِنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَمَدْنَهُمْ (٢)، و صحيح سيف التمار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يقول لامرأته: أنت علىّ كظهر أختى أو عمتى أو خالتي، قال: إنما ذكر الله الأمهات، و إن هذا لحرام) (٣).

و أورد عليهم الشارح فى المسالك: (بأن تخصيص الأم فى الآيه لا ينفى غيرها، كما

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الظهار حديث ١ و ٢ و ٤.

٢- (٤) سورة المجادلة، الآية: ٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الظهار حديث ٣.

مع أن ظاهر الآيه، و سبب الحكم (١) تعلقه (٢) بالأم صحيحتا (٣) زواره، و جميل عن الباقر و الصادق عليهما الصلاه و السلام الدالتان عليه (٤) صريحا، و لا شاهد (٥) للتخصيص بالأم النسبيه فى قوله تعالى: ما هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ ، لأنه (٦) لا ينفى غير الأم (٧)، و نحن نثبت غيرها (٨) بالأخبار الصحيحه، لا بالآيه و لا فى صحيحه (٩) سيف التمار عن الصادق عليه السلام قال: قلت له الرجل يقول لامرأته: أنت على كظهر أختى، أو عمتى، أو خالتي قال: فقال: «إنما ذكر الله تعالى الأمهات و إن هذا لحرام»، لأن (١٠) عدم ذكره (١١) لغيرهن (١٢)

لا يدل على ثبوته، و نحن نثبت بالأخبار الصحيحه، لا بالآيه، و عدم ذكر غير الأمهات المحتج به فى روايه سيف لا يدل على نفيه أيضا، مع أنه أجاب بالتحريم و لعل السائل استفاد مقصوده منه، إذ ليس فى السؤال ما يدل على موضع حاجته انتهى. و الأولى الرد بأن صحيح سيف لا يمكن معارضه الصحيحين المتقدمين المؤيدين بالشهره بل بدعوى الإجماع.

(١) أى سبب حكم الظهار هو قول أوس بن الصامت لزوجته: أنت على كظهر أمى كما تقدم فى صحيح حمران و خبر أبان المتقدمين (١).

(٢) أى تعلق الظهار بالأم فقط.

(٣) خبر لقوله (و مستند الحكم).

(٤) على عموم حكم الظهار بغير الأم.

(٥) رد للدليل الأول الذى تمسك به المخالف.

(٦) أى قوله تعالى.

(٧) أى لا ينفى الظهار عن غير الأم، لأن الآيه تثبت الظهار بالأم، و إثبات الشىء لا يعنى نفيه عما عداه.

(٨) غير الأم.

(٩) عطف على قوله تعالى، و المعنى و لا شاهد للتخصيص بالأم النسبيه فى صحيحه سيف.

(١٠) تعليل لعدم الشاهد فيها للتخصيص.

(١١) أى عدم ذكر الله فى الصحيح المتقدم.

(١٢) أى لغير الأمهات.

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الظهار حديث ٢ و ١.

لا يدل على الاختصاص (١)، و لا- يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة (٢)، أو الخطاب (٣)، لأنه عليه السّلام أجاب بالتحريم، و لعل السائل استفاد مقصوده منه إذ ليس في السؤال ما يدل على موضع حاجته.

و مستند عمومه (٤) في الثاني (٥) قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من (١) أى اختصاص الظهر بالأمهات فقط.

(٢) أى وقت الامتثال.

(٣) أى وقت صدوره، و الفرق بينهما واضح على أنه قد حرر في محله من علم الأصول، هذا و اعلم أن الشارح قد حمل قوله عليه السّلام في صحيح سيف (و إن هذا لحرام) على أن المذكور في الآيه من الظهر المتعلق بالأمهات حرام، و لكن حكم الظهر غير مختص بهن.

و عليه يأتى إشكال عليه بأن السائل قد سأل عن حكم الظهر المتعلق بغير الأمهات فلو كان جواب المعصوم عليه السّلام عن الظهر بالأمهات مع السكوت عن غيرهن للزم منه تأخير الجواب عن وقت الحاجة أو الخطاب و هو قبيح.

و رده الشارح بأن قوله عليه السّلام (إن هذا لحرام) جواب بالتحريم و إن كان مختصا بالأمهات إلا أن السائل قد يفهم مقصوده منه، و مقصوده هو حكم الظهر في غير الأمهات خصوصا أنه ليس في السؤال ما يدل على حاجته و أنها تحقيق حرمه زوجته بهذه الأقوال، إذ لعل حاجته تحقيق حرمه نفس هذه الأقوال و إن لم يكن مبتلى بها.

و فيه أنه ظاهر في عدم حرمه الظهر بغير الأمهات، لأنه استشهد بذكر الله بالأمهات فقط في مقام الجواب عن سؤال الظهر بغيرهن، و عليه فالأولى في مقام الرد أنه لا يصلح لمعارضه ما تقدم على العموم.

(٤) أى عموم حكم الظهر.

(٥) أى شمول الظهر للمحرمات الرضاعيه كما هو المشهور لصحيح زواره المتقدم عن أبي جعفر عليه السّلام (عن الظهر فقال: هو من كل ذى محرم من أم أو أخت أو عمه أو خاله) (١) مع ضميمه النبوى (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (٢).

و عن الشيخ في الخلاف و ابن إدريس العدم، لأن حرمه الظهر ناشئه من التشبيه بالنسب و لا يلزم من كون التشبيه بالنسب سببا في تحريم الظهر أن يكون التشبيه بالرضاع سببا في التحريم، إذ النبوى ما يحرم بنفس النسب يحرم بنفس الرضاع، و ليس فيه دلالة على

ص: ١٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الظهر حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

النسب»، و قول الباقر عليه السّلام في صحيحه زراره: «هو من كل ذى محرم من أم، أو أخت، أو عمه، أو خاله» الحديث، و كل (١) من ألفاظ العموم يشمل المحرمه رضاعا (٢). و من في الخبر (٣) تعليه مثلها في قوله تعالى: مِمَّا خَطِيئَاتِهِمْ أُغْرِقُوا فَأُدْخِلُوا ناراً (٤)، و قوله (٥) و يغضى من مهابته، أو بمعنى الباء مثلها في قوله تعالى: يَنْظُرُونَ مِنْ طَرْفٍ خَفِيٍّ (٦). و التقدير يحرم لأجل (٧) الرضاع، أو بسببه (٨) ما يحرم لأجل النسب، أو بسببه، و التحريم في الظهار بسبب النسب ثابت في الجملة اجماعا فيثبت بسبب الرضاع كذلك (٩)

أن ما يحرم بالتشبيه بالنسب يحرم بالتشبيه بالرضاع.

و ردّ بأن لفظ (من) في النبوى (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) إما أن تكون تعليه كما في قوله تعالى: مِمَّا خَطِيئَاتِهِمْ أُغْرِقُوا (١)، و إما أن تكون بمعنى الباء كما في قوله تعالى: يَنْظُرُونَ مِنْ طَرْفٍ خَفِيٍّ (٢)، و على كلا التقديرين مضمونه أن ما يحرم لأجل النسب أو بسببه يحرم لأجل الرضاع أو بسببه، و كلاهما مفيد للمطلوب هنا، لأنه على كليهما يكون التشبيه بالرضاع كالتشبيه بالنسب سببا في التحريم.

(١) أى و لفظ (كل) الوارد في صحيح زراره المتقدم.

(٢) و فيه أنه منصرف إلى خصوص النسبى كما عليه صاحب الجواهر و جماعه، و يؤيده قوله تعالى:

مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ، إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ (٣) و هو ظاهر في خصوص النسبى.

(٣) أى النبوى.

(٤) سورة نوح، الآية: ٢٥.

(٥) أى و قول الشاعر، و هو الفرزدق في مدح الإمام زين العابدين عليه السّلام و البيت هو:

يغضى حياء و يغضى من مهابته فما يكلم إلا حين يتسم

(٦) سورة الشورى، الآية: ٤٢.

(٧) بناء على أن (من) تعليه.

(٨) بناء على أن (من) بمعنى الباء.

(٩) أى في الجملة.

١- (١) سورة نوح، الآية: ٢٥.

٢- (٢) سورة الشورى، الآية: ٤٢.

٣- (٣) سورة المجادلة، الآية: ٢.

و حينئذ (١) فيندفع ما قيل: من أن الظهار سببه (٢) التشبيه بالنسب، لا- نفس النسب، فلا يلزم من كون التشبيه بالنسب سببا في التحريم كون التشبيه بالرضاع سببا فيه (٣)، لما (٤) قد عرفت من الملازمه (٥)، و يمكن أن ينبه بالأشهر (٦) على ثالث (٧) و هو اختصاص التشبيه (٨) بمن ذكر، و هو (٩) محرمات النسب و الرضاع، دون غيرهن، لتخرج المحرمات مؤيدا بالمصاهرة (١٠) فقد قيل: بوقوعه (١١) بالتشبيه (١) أى و حين ثبوت تحريم الظهار بسبب الرضاع للملازمه.

(٢) أى سبب تحريمه.

(٣) فى التحريم.

(٤) تعليل للاندفاع.

(٥) بين النسب و الرضاع.

(٦) أى و يكن أن يتبّه المصنف بقوله (و لو من الرضاع على الأشهر).

(٧) أى قول ثالث.

(٨) أى اختصاص التشبيه المحرّم.

(٩) أى من ذكر.

(١٠) المشهور على عدم وقوع الظهار لو شبّهها بالمحرّمه بالمصاهرة تحريما مؤيدا كأّم الزوجه و بنت زوجته المدخول بها، و بزوجه أبيه أو بزوجه ابنه للاستصحاب بعد كون الأدله من الكتاب و السنه على اختصاص حكم الظهار بالمحرّم من النسب و الرضاع فقط.

و عن العلامه فى المختلف الوقوع، لأنّ المحرّمه بالمصاهرة كالمحرّمه بالنسب و الرضاع فى أن التشبيه بكل منهما منكر و زور بعد حرمة و طء كل منهما، فيحرم عليه و طئ المشبّهه بواحد منهن، و وافقه عليه ولده فخر المحققين فى شرح الإيضاح، و فيه أنه تحريم الظهار بسبب التشبيه بالمحرّم عليه مؤيدا عله مستنبطه و ليست منصوصه، فهو عين القياس المحرم.

و لذا قال الشارح فى المسالك: (نعم يمكن الاحتجاج له بصحيحه زراره السابقه عن الباقر عليه السّلام، و فيها قال: هو من كل ذى محرم، فتدخل المحرمات بالمصاهرة مؤيدا فى العموم، و لا يتنافيه قوله بعد ذلك فى الروايه: أما أختا أو عمه أو خاله، لأنّ تعداد الثلاثه للمثال لا للحصر، للإجماع على عدم انحصار ذى المحرم فى الثلاثه، و التمثيل بذى المحرم النسبى لا يفيد الحصر فيه، و فى هذا القول) انتهى.

و فيه ما قد عرفته من انصرافه إلى المحرم النسبى فقط.

(١١) أى بوقوع الظهار.

بهن (١)، للاشتراك في العله، و هي (٢) التحريم المؤبد، و لعموم قوله عليه السّلام من كل ذى محرم، و لا ينافية قوله عليه السّلام بعد ذلك «من أم، أو أخت أو عمه»، لأن ذكرهن للمثال، لا للحصر إذ المحرم النسبى أيضا غير منحصر فيهن. و لم يقل أحد باختصاص الحكم (٣) بالثلاثة (٤)، لكن المشهور عدم وقوعه (٥) متعلقا بهن (٦).

(و لا اعتبار بغير لفظ الظهر) من أجزاء البدن كقوله: أنت على كبطن أمى، أو يدها، أو رجلها، أو فرجها (٧)، لأصالة الإباحه، و عدم التحريم بشىء من (١) بالمحرم بالمصاهره مؤبدا.

(٢) أى العله.

(٣) من حرمة الظهار.

(٤) من الأم و الأخت و العمه.

(٥) أى وقوع الظهار.

(٦) بالمحرمات بالمصاهره.

(٧) أو شعرها أو غير ذلك من أجزائها بلا فرق بين ما يتوقف حياتها عليه أو لا يتوقف، و لا بين ما حلته الحياه من الأجزاء و غيره كما عليه المرتضى و المتأخرون، لأصالة الإباحه، و لأن الظهار مشتق من الظهر و صدق المشتق يستدعى صدق المشتق منه، و لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام فى حديث أنه سأله كيف الظهار فقال: (يقول الرجل لامرأته و هي طاهر من غير جماع: أنت على حرام مثل ظهر أمى، و هو يريد بذلك الظهار) (١) و صحيح جميل المتقدم (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يقول لامرأته: أنت على كظهر عمته أو خالته، قال: هو الظهار) (٢) و هما مشعران بالحصر.

و عن الشيخ فى الخلاف و الصدوق فى المقنع و القاضى ابن البراج و ابن حمزه الوقوع لخبر سدير عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: الرجل يقول لامرأته: أنت على كظهر أمى أو ككفها أو كبطنها أو كرجلها، قال: ما عنى به إن أراد به الظهار فهو الظهار) (٣)، و مرسل يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل قال لامرأته:

أنت على كظهر أمى أو كيدها أو كبطنها أو كفرجها أو كنفها أو ككعبها، أ يكون ذلك

ص: ١٨٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الظهار حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الظهار حديث ٢.

الأقوال، إلا ما أخرجه الدليل، و لدلاله الآيه (١)، و الروايه (٢) على الظهر (٣)، و لأنه (٤) مشتق منه (٥) فلا يصدق بدونه (٦).

و قيل: يقع بجميع ذلك (٧) استنادا إلى روايه ضعيفه، و لو علقه (٨) بما يشمل الظهر كالبدن و الجسم (٩) فالوجهان (١٠)، و أولى بالوقوع (١١) (و لا- التشبيه) الظهار؟ و هل يلزمه فيه ما يلزم المظاهر؟ قال: المظاهر إذا ظاهر من امرأته فقال: هي عليه كظهر أمه أو كيدها أو كرجلها أو كشعرها أو كشيء منها ينوي بذلك التحريم فقد لزمه الكفاره في كل قليل منها أو كثير (١).
(١)

و هي صريحه في عدم الاختصاص فتقدم على ما يفيد الحصر إشعارا، و ردّ بأن الثاني مرسل و بأن الأول ضعيف السند لاشتماله على سهل بن زياد و هو ضعيف غال و على غياث بن إبراهيم و هو متبري، و على محمد بن سليمان و هو ضعيف أو مشترك بينه و بين الثقه، و على أبيه و حاله كحال ابنه، و حال سدير أقرب إلى الضعف كما في المسالك.

(١) و هي قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٢).

(٢) و هي صحيحتا زراره و جميل المتقدمتان.

(٣) أما دلالة الروايه فلاشتمالها على قوله: أنت عليّ كظهر أمي، و أما دلالة الآيه على أن سبب نزولها إنما هو في أوس بن الصامت القائل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمي على ما في صحيح حمران المتقدم فراجع.

(٤) أي الظهار.

(٥) من الظهر.

(٦) أي فلا يصدق المشتق بدون صدق المشتق منه.

(٧) من أجزاء البدن.

(٨) أي علق الظهار.

(٩) كأن يقول: هي عليّ كبدن أمي أو كجسمي أمي.

(١٠) من الوقوع و عدمه.

(١١) أي و ما يشمل الظهر أولى بالوقوع من غير الظهر، لأن ما يشمل الظهر يدل عليه بالفحوى، و وجهه بعيد، لأن الدال على الوقوع هو خبر سدير و مرسل يونس المتقدمات و هما يدلان على الوقوع بغير لفظ الظهر من غير اعتبار أولويه لواحد منها، خصوصا أن

١- (١) المصدر السابق حديث ١.

٢- (٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.

بالأب (١) و إن عين ظهره،(أو الأجنبيه (٢) و إن شاركا (٣) فى التحريم،(أو أخت (٤) الزوجه)، لأنه تحريمها غير مؤبد، و يفهم من تخصيصها بالذكر من بين المحرمات بالمصاهره الميل إلى التحريم بهن (٥) و إلا (٦) لكان التمثيل بمن حرم منهن مؤبدا أولى (٧).

(أو مظاهرتها منه (٨)، لأصالة عدم التحريم فى ذلك كله، و كون التحريم حكما شرعيا يقف على مورده

فى أنه لا يقع إلا منجزا

(و لا يقع إلا منجزا (٩) غير معلق على شرط، و لا القائل بالعدم يشترط صدق المشتق منه عند صدق المشتق، و من الواضح عدم صدق الظهر و لو عتبر بما يشمله كالبدن و الجسم.

(١) لا- يقع الظهر لو قال: كظهر أبى أو أختى أو عمى، بلا خلاف فيه، لأصالة الإباحه إلا ما خرج بالدليل و هذا ليس منه، و لأن الرجل ليس محلا للاستمتاع و لا فى معرض الاستحلال.

خلافًا لبعض العامه حيث حكم بوقوع الظهر بالتشبيه بمحارم الرجال قياسا على محارم النساء.

(٢) فلا يقع الظهر لو قال: أنت على كظهر فلانه و هى أجنبيه عنه، بلا خلاف فيه، لأصالة الإباحه إلا ما خرج بالدليل و هذا ليس منه.

(٣) كل من الأب و الأجنبيه شارك الأم فى التحريم.

(٤) فلو شَبَّهها بأخت الزوجه مما يحرم فى حال لا مطلقا فهى محرمة جمعا فحكمها حكم الأجنبيه فى جميع الأحكام لأن تحريمها يزول بفراق الأخت بلا- خلاف فيه و كذا لو شَبَّهها بعمه الزوجه أو خالتها فهى تحريم على وجه مخصوص لكن حكمها حكم الأجنبيه.

(٥) بالمحرمات بالمصاهره.

(٦) أى و إن لم يكن المصنف مائلا إلى التحريم.

(٧) أى أولى من ذكر من حرم منهن جمعا.

(٨) فلا- عبره بمصاهره الزوجه للزوج بأن تقول: أنت على كظهر أبى أو أمى، لأن الظهر من أحكام الرجال كالطلاق بلا خلاف فيه.

(٩) فلا يصح تعليق الظهر على شرط أو صفه، كما عليه السيد و بنو زهره و إدريس و البراج و سعيد، لمنافاه التعليق لإنشاء العقد و الإيقاع، و لمرسل ابن فضال عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يكون الظهر إلا على موضع الطلاق) (١) كما فى روايه الفقيه و فى روايه الكافى: (إلا على

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ٣.

مثل موضع الطلاق)، و من المعلوم عدم وقوع الطلاق معلقا بل يعتبر فيه التنجيز.

و لخبر القاسم بن محمد الزيات (قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني ظاهرت من امرأتي، فقال: كيف قلت؟ قال: قلت أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا، فقال لي: لا شيء عليك و لا تعد) (١)، و مرسل ابن بكير عن رجل (قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني قلت لامرأتي: أنت عليّ كظهر أمي إن خرجت من باب الحجره فخرجت، فقال: ليس عليك شيء).

فقلت: إني أقوى على أن أكفر، فقال: ليس عليك شيء، فقلت: إني أقوى على أن أكفر رقبه و رقبتين، فقال: ليس عليك شيء قويت أو لم تقو) ٢.

و ردّ بأنها ضعيفه السند إما للإرسال و إما لضعف أو مجهوليه راويها، على أن مرسل ابن فضال حيث حكم بكون الظهار لا يقع إلا- على مثل موقع الطلاق ظاهر في اعتبار شرائط الطلاق من كون المرأة في غير طهر المواقعه مع شاهدين عدلين، و هي لا تصلح لمعارضه الأخبار الداله على وقوع الظهار معلقا و هي: صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (الظهار ظهاران فأحدهما أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي ثم يسكت فذلك الذي يكفر، فإذا قال: أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا، ففعل و حنث فعليه الكفاره حين يحنث) (٢) و صحيح ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (الظهار ضربان:

أحدهما فيه الكفاره قبل المواقعه و الآخر بعده، فالذي يكفر قبل المواقعه الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي و لا يقول: إن فعلت بك كذا و كذا، و الذي يكفر بعد المواقعه الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي إن قربتك) ٤ و مثله مضمرة الآخر ٥، و خبره الثالث (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا قال الرجل لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي لزمه الظهار، قال لها دخلت أو لم تدخل، خرجت أو لم تخرجي، أو لم يقل لها شيئا فقد لزمه الظهار) ٦.

هذا و قد عرفت في بحث الطلاق الفرق بين الصفه و الشرط و إن اشتركا في أصل التعليق، حيث إن المراد من الصفه ما يعلم تحققها قطعا، و المراد من الشرط ما لا- يعلم تحققه فقد يقع و قد لا يقع، هذا و اعلم أن الماتن في شرح الإرشاد و اللمعه و الشارح في المسالك و الروضه جعلوا القول بالجواز مختصا بما إذا علّقه على الشرط دون الصفه،

ص: ١٩١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الظهار حديث ٤ و ٣.

٢- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الظهار حديث ٧ و ١ و ٨ و ١٢.

صفه كقدوم زيد (١)، و طلوع الشمس (٢) كما لا يقع الطلاق معلقا إجماعا، و إنما كان مثله لقول (٣) الصادق عليه السلام «لا يكون الظهار إلا- على مثل موقع الطلاق»، و لروايه القاسم بن محمد قال: قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام، إني ظاهرت من امرأتي فقال: «كيف قلت» قال: قلت أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا.

فقال: «لا شيء عليك و لا تعد»، و مثله روى ابن بكير عن أبي الحسن عليه السلام.

(و قيل) و القائل الشيخ و جماعه: (يصح تعليقه على الشرط) و هو ما يجوز وقوعه في الحال و عدمه كدخول الدار، (لا على الصفه) و هي ما لا يقع في الحال قطعا، بل في المستقبل (٤) كإنقضاء الشهر، (و هو قوى) لصحيحه حريز عن الصادق عليه السلام قال: «الظهار ظهاران فأحدهما أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي ثم يسكت فذلك الذي يكفر قبل أن يواقع، فإذا قال أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا ففعل (٥) و جبت عليه الكفاره حين يحدث» و قريب منها صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام، فخرج الشرط (٦) عن المنع بهما (٧) و بقى غيره (٨) على أصل المنع.

و أما أخبار المنع من التعليق مطلقا (٩) فضعيفه جدا، لا تعارض الصحيح مع إمكان حملها (١٠)

و تبعهما عليه سيد الرياض، و قال في الجواهر: (و احتمال الفرق بين الشرط و الصفه في غايه البعد بل يمكن القطع بفساده) انتهى.

(١) مثال للشرط.

(٢) مثال للصفه.

(٣) أي و إنما كان الظهار مثل الطلاق.

(٤) أي بل يقع قطعا في المستقبل.

(٥) و في الخبر (و حث).

(٦) و كذا الصفه، إذ لا فرق بينهما من ناحيه التعليق.

(٧) أي بالصحيحين المذكورين.

(٨) و هو الصفه.

(٩) سواء كان التعليق على الشرط أم على الصفه.

(١٠) حمل أخبار المنع.

على اختلال بعض الشروط غير الصيغه كسماع الشاهدين فإنه (١) لو لم يكن ظاهرا (٢) لوجب (٣)، جمعا بينهما (٤) لو اعتبرت (٥).

فى جواز توقيته بمده

(١) و الأقرب صحه توقيته بمده) كأن يقول: أنت على كظهر أمى إلى شهر أو سنه مثلا (٦)، (١) أى الحمل المذكور.
(٢) و هو كذلك غير ظاهر.

(٣) أى لوجب الحمل على قاعده الجمع مهما أمكن أولى من الطرح، و فيه: أنه فى الجمع العرفى لا التبرعى، و مقامنا من الثانى.

(٤) أى بين ما دل على المنع مطلقا و بين ما دل على جواز التعليق.

(٥) أى اعتبرت أخبار المنع، لأن الجمع فرع التعارض، و التعارض فرع تكافؤ الأدله، و مع ضعف أحد الطرفين فلا يصلح لمعارضه الطرف الآخر.

(٦) لو قيد الظهر بمده معينه كيوم أو شهر أو إلى شهر أو سنه كأن يقول: أنت على كظهر أمى شهرا أو يوما أو سنه أو إلى شهر أو سنه فقد اختلف فيه الأصحاب على أقوال:

الأول: عدم الصحه كما عن الشيخ فى المبسوط و ابن البراج و الحلّى لأنه لم يؤيد التحريم، فأشبهه ما إذا شَبَّهها بامرأه لا تحرم عليه على التأييد، و لصحيح سعيد الأعرج عن موسى بن جعفر عليه السّلام (فى رجل ظاهر امرأته يوما، قال عليه السّلام: ليس عليه شىء) (١)، و فى هذا الاستدلال نظر أما الأول فهو وجه اعتبارى لا يصلح مستندا للحكم الشرعى، و أما الخبر فأكثر النسخ على إبدال (يوما) بلفظ (فوفى) و يكون الخبر (عن رجل ظاهر امرأته فوفى، قال عليه السّلام: ليس عليه شىء).

و اختلاف النسخ مانع عن الاستدلال به على المدعى، مع أنه لو كانت النسخه (يوما) لما كان لازمه عدم الصحه مطلقا، لأن الظهر بمجرد لا يوجب شيئا عليه، و إنما تجب الكفاره بالعود قبل انقضاء المده، و لما كانت المده قصيره فإذا صبر حتى مضى الوقت فليس عليه شىء.

القول الثانى: الصحه كما عن ابن الجنيد و إليه مال العلامه فى المختلف و استجوده الشارح فى المسالك، لأن الظهر المقيد بوقت معين منكر من القول و زور كالظهار المطلق، و لعموم قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٢) فهو يشمل الظهار

ص: ١٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الظهار حديث ١٠.

٢- (٢) سورة المجادله، الآية: ٣.

المؤقت كما يشمل الظهر المطلق، وكذلك عموم الأخبار كصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (عن الظهر فقال: هو من كل ذي محرم من أم أو أخت أو عمه أو خاله)^(١)، ولخصوص خبر سلمه بن صخر قال: (كنت رجلاً أصيب من النساء ما لا يصيب غيري، فلما دخل رمضان خفت أن أصيها فيتتابع بي حتى أصبح، فتظاهرت منها حتى ينسلخ رمضان، فبينما هي تخدمني ذات ليلة إذا انكشف شيء منها فما لبثت أن نزوت عليها، فلما أصبحت أتيت قومي فذكرت ذلك لهم و سألتهم أن يمشوا معي إلى النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم فقالوا: لا والله، فأتيت النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم فذكرت له ذلك.

فقال: اعتق رقبه، فقلت: والذي بعثك بالحق نبيا، ما أملك رقبه غيرها، وضربت يدي على صفحة رقبتي، فقال: صم شهرين، فقلت: هل أصبت ما أصبت إلا من الصيام، فقال: أطعم ستين مسكينا، فقلت: والذي بعثك بالحق نبيا وحشين^(٢)، ما لنا من طعام، فقال: اذهب إلى صدقه بنى زريق فليدفع إليك وسقا من تمر، فأطعم ستين مسكينا، وكل أنت و عيالك الباقي.

قال: فرجعت إلى قمي فقلت: ما وجدت عندكم إلا الضيق و سوء الرأي، و وجدت عند رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم السعة و حسن الخلق، و قد أمر لي بصدقتكم^(٣).

و فيه أن هذا الخبر الأخير ليس من مرويات الأصحاب بل هو من طرق العامة كما اعترف بذلك غير واحد منهم صاحب الجواهر، و عموم الآيه و الروايات لا- يشمل الظهر المقيّد، لأن المنصرف من الظهر هو الظهر المطلق خصوصا بعد أن كان الظهر في الجاهلية للحرمة مؤبدا و لم يشرعه الشارع بل جعله من المحرمات و جعله لا يفيد الحرمة المؤبده بل يوجب الكفاره، و عليه فالمراد من الظهر حينئذ هو خصوص المطلق فقط كما كان عليه الكفار في الجاهلية، و منه تعرف أن المطلق هو الموصوف بالزور و المنكر لا المقيّد.

القول الثالث: التفصيل فإن زادت المده عن مده التربص على تقدير المرافعه وقع و إلا فلا، و مده التربص من حين الترافع و عدم الطلاق هو ثلاثه أشهر، و إليه مال الشارح في

ص: ١٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الظهر حديث ١.

٢- (٢) بفتح الواو و كسر الحاء و فتح الشين، الوحش الجائع من الناس و غيرهم لخلوه من الطعام كما في لسان العرب ج ٦ ص ٣٦٩.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من كتاب الظهر حديث ٤.

لعموم الآيات (١)، و الروايات، و لأن الظهار كاليمين القابله للاقتران بالمده (٢)، و للأصل (٣)، و لحديث سلمه بن قيس بن صخر أنه ظاهر من امرأته إلى سلخ رمضان و اقره النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ وَ أمره بالتكفير للمواقعه قبله (٤)، و اقراره حجه كفعله و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ.

و قيل: لا يقع مطلقا (٥)، لأن الله تعالى علق حلّ الوطى في كل المظاهرين بالتكفير (٦)، و لو وقع (٧) مؤقتا أفضى إلى الحلّ (٨) المسالك و قواه العلامه في المختلف، و دليله أن الظهار يلزمه التبرص من الزوجه مده ثلاثه أشهر من حين الترافع و عدم الطلاق، و هو يدل بالاقضاء على أن مدته تزيد عن ذلك، و إلا لو قصرت مدته عن الثلاثه أشهر فينتفى الحكم بالتبرص، و انتفاء الحكم بالتبرص دال على انتفاء الظهار من باب دلالة انتفاء اللازم على انتفاء الملزوم.

و فيه: أن المرافعه حكم من أحكام الظهار و هى غير لازمه فجاز أن لا ترافعه فتححتاج إلى معرفه حكم الظهار على هذا التقدير، و جاز أن لا يعلمها بإيقاعه و لكنه يريد معرفه حكم الظهار على هذا التقدير، مع أن الحكم بتبرصها فى هذه المده على تقدير المرافعه محمول على ما إذا كان مؤبدا أو مؤقتا بزياده عنها، فإذا قصرت كان حكمه تحريم العود إلى أن يكفر من غير أن يتوقف على المرافعه كما فى المسالك.

(١) و فيه: أن التمسك بالعموم يصح لو كان يطلق على الموقت اسم الظهار لغه و شرعا، مع أنك قد عرفت اختصاص الظهار بالمؤبد فقط.

(٢) و فيه أن الظهار حقيقته شرعيه، و قياسها على اليمين ليس فى محله.

(٣) و هو أصاله عدم اشتراط التأيد، و فيه أنه لا معنى للأصل بعد كون الثابت من الظهار هو المؤبد فقط.

(٤) أى قبل انسلاخ رمضان.

(٥) أى سواء كان توقيته بثلاثه أشهر أم لا، فهو إطلاق بالنسبه إلى التفصيل الآتى.

(٦) أى إذا أراد المظاهر العود إلى وطى زوجته فعليه الكفاره، لقوله تعالى: **وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (١)**.

(٧) أى الظهار.

(٨) أى حل الوطى.

ص: ١٩٥

بغيره (١)، و اللازم (٢) كالملزوم (٣) فى البطلان.

و ربما فرّق بين المدّة الزائده على ثلاثه أشهر، و غيرها (٤)، لعدم المطالبه بالوطء قبلها (٥)، و هى (٦) من لوازم وقوعه (٧)، و هو (٨) غير كاف فى تخصيص العموم (٩).

فى شروط جريان الصيغه

(و لا بد من حضور عدلين (١٠) يسمعان الصيغه كالطلاق، فلو ظاهر و لم يسمعه الشاهدان وقع لاغيا، و كونها (١١) طاهرا من الحيض، و النفاس) مع (١) أى بغير التكفير، لأنه بانتهاء المدّة ارتفع الظهار و جاز له الوطء من دون كفاره حينئذ.

(٢) و هو الإفضاء إلى الحل بغير التكفير.

(٣) و هو الظهار الموقت.

(٤) أى و غير الزائده على ثلاثه أشهر فيصح الظهار فى الأول دون الثانى.

(٥) أى قبل ثلاثه أشهر لأنها مدّة التربص.

(٦) أى مدّة التربص ثلاثه أشهر من حين الترافع و عدم الطلاق.

(٧) أى وقوع الظهار، فلو كان معلقا على الأقل من ثلاثه أشهر فلا يجوز لها المطالبه بانتفاء التربص، و بانتفاء التربص يستكشف انتفاء الظهار حينئذ.

(٨) أى ما ذكر من الدليل على التفصيل المذكور.

(٩) أى عموم الآيه و الروايات، لأن المرافعه غير لازمه فجاز أن لا ترافعه، على أن المرافعه مختصه بما إذا كان الظهار مؤبدا أو مؤقتا بزياده عن الثلاثه أشهر على تفصيل قد تقدم.

(١٠) شروع فى الشرائط، و هى تاره فى وقوع الظهار و أخرى فى المظاهر و ثالثه فى المظاهره.

أما فى وقوع الظهار فلا إشكال و لا خلاف فى أن شرطه سماع شاهدين عدلين على نحو الطلاق لصحيح حمران عن أبى جعفر عليه السّلام (لا يكون ظهار فى يمين و لا فى إضرار و لا فى غضب، و لا يكون ظهار إلا فى طهر من غير جماع بشهاده شاهدين مسلمين) (١)، و مرسل ابن الفضال عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق) ٢.

(١١) شروع فى شرائط المظاهره فيشترط فيها أن تكون طاهرا طهرا لم يواقعها فيه إذا كان زوجها حاضرا و كان مثلها يحيض بلا إشكال و لا خلاف للأخبار

منها: مرسل ابن الفضال المتقدم (لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق) (٢)،

١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ٣ و ١ و ٢.

حضور الزوج، أو حكمه (١)، و عدم الحبل كالطلاق، و كان عليه (٢) أن ينبه عليه، و لعله أهمله لظهور أن هذه (٣) شرائط الطلاق (و أن لا يكون قد قربها في ذلك الطهر) مع حضوره (٤) أيضا (٥) كما سبق، فلو غاب و ظن انتقالها منه إلى غيره وقع منه مطلقا (٦) (و أن يكون (٧) المظاهر كاملا) بالبلوغ، و العقل (قاصدا) فلا يقع ظهار و صحيح حمران المتقدم (و لا يكون ظهار إلا في طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين) (١)، و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (في حديث أنه سأله كيف الظهار؟ فقال: يقول الرجل لامرأته و هي طاهر من غير جماع: أنت علي حرام مثل ظهر أمي، و هو يريد بذلك الظهار) (٢).

و منها يعرف ما إذا كان زوجها غائبا و هو قادر على استعلام حالها فحكمه حكم الزوج الحاضر، و منها يعرف حكم ما لو كان غائبا و هو غير قادر على معرفه حالها أو ما لو كان حاضرا و كانت يائسه أو صغيره أو حبلية فيصح الظهار من دون هذا الشرط بلا خلاف فيه - كما في الجواهر - و لا إشكال.

(١) و هو ما لو كان غائبا و هو قادر على استعلام حالها.

(٢) على عدم الحبل أو على حضور الزوج و ما في حكمه.

(٣) أي شرائط الظهار.

(٤) أي حضور الزوج أو ما في حكمه.

(٥) أي أن هذا القيد من حضور الزوج كما هو قيد في كونها طاهرا هو قيد في عدم مواقعه كما سبق في كتاب الطلاق.

(٦) صادف الحيض أو لا، كما حرر في كتاب الطلاق.

(٧) شروع في شرائط المظاهر، هذا و لا - خلافا و لا إشكال في أنه يعتبر فيه البلوغ و العقل و القصد و الاختيار كما يعتبر في المطلق، لمرسل ابن فضال عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق) و لخصوص موثق عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق و لا ظهار إلا ما أريد به الظهار) (٣)، و خير عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الظهار الواجب فقال: الذي يريد به الرجل الظهار بعينه) و عليه فلا يصح ظهار الطفل و لا المجنون و لا المكره و لا فاقد القصد

ص: ١٩٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الظهار حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الظهار حديث ٢.

الصبى، و المجنون، و فاقد القصد بالإكراه و السكر، و الإغماء، و الغضب إن اتفق (١).

فى أنه يصح من الكافر

(و يصح من الكافر) على أصح القولين (٢)، للأصل (٣)، و العموم، و عدم المانع، إذ (٤) ليس (٥) عباده يمتنع وقوعها منه (٦)، و منعه الشيخ، لأنه (٧) لا يقر بالسكر أو الإغماء أو الغضب و لذا ورد فى صحيح حمران المتقدم عن أبى جعفر عليه السلام (لا يكون ظهار فى يمين و لا فى إضرار و لا فى غضب) (١) و منه تعرف ضعف ما عن بعض العامه من عدم اعتبار القصد.

(١) أى اتفق الغضب الذى فقد معه القصد.

(٢) كما عليه الأكثر لعموم قوله تعالى: **وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٢)**، و غيره من عمومات السنه.

و منعه الشيخ فى المبسوط و الخلاف و ابن الجنيدي و القاضي ابن البراج استنادا إلى أن من يصح ظهاره تصح الكفاره منه لقوله تعالى: **وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ (٣)** و الكافر لا تصح منه الكفاره، لأنها عباده تفتقر إلى النيه، و النيه متعذره منه بسبب الكفر، و لأن الظهار يفيد تحريما يصح إزالته بالكفاره كما هو المقرر فى شرعنا و الكافر لا يعتقد بشرعنا حتى يكون الظهار موجبا للتحريم عنده.

و رد بمنع عدم صحه الكفاره من الكافر، بل صحتها متوقفه على شرط و هو الإسلام و هو قادر على تحصيله.

و أجب عن الثانى بأن الكافر مكلف بالفروع لإطلاق أدلتها أقر بالشرع أو لم يقرّ، و الظهار من قبيل السبب لترتب أحكامه الشامله للكافر، و عليه فإذا صدر منه الظهار ثبت فى حقه حكم الظهار و إن لم يقرّ به.

(٣) أى أصاله عدم اشتراط الإسلام فى صحه الظهار.

(٤) تفسير لعدم المانع من وقوع الظهار من الكافر.

(٥) أى ليس الظهار عباده.

(٦) من الكافر.

(٧) أى الكافر.

ص: ١٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ١.

٢- (٢) سورة المجادله، الآية: ٣.

٣- (٣) سورة المجادله، الآية: ٣.

بالشرع، و الظهار حكم شرعى، و لأنه لا تصح منه الكفاره لاشتراط نيه القربه فيها (١)، فيمتنع منه الفئه (٢)، و هى (٣) من لوازم وقوعه.

و يضعف بأنه (٤) من قبيل الأسباب (٥) و هى (٦) لا تتوقف على اعتقادها، و التمكن من التكفير متحقق بتقديمه (٧) الإسلام، لأنه قادر عليه، و لو لم يقدر على العبادات لامتنع تكليفه بها عندنا، و إنما تقع منه (٨) باطله لفقد شرط مقدور.

فى أن الأقرب صحته بملك اليمين

(و الأقرب صحته (٩) بملك اليمين (١٠)

(١) فى الكفاره لأنها عباده.

(٢) أى الرجوع إلى الزوجه، لأن الرجوع متوقف على الكفاره.

(٣) أى الفئه و الرجوع إلى الزوجه بعد التكفير من لوازم وقوع الظهار، و إذا انتفى اللازم انتفى الملزوم.

(٤) أى الظهار.

(٥) الموجه للأحكام من تحريم الزوجه و غير ذلك، و هذه الأحكام عامه تشمل الكافر سواء أقر بها أم لا.

(٦) أى الأسباب و المراد بها الأحكام المترتبه على الظهار.

(٧) أى تقديم الكافر.

(٨) أى و إنما تقع العبادات من الكافر بالمله لفقد الإسلام مع أنه شرط مقدور منه.

(٩) أى صحه الظهار.

(١٠) هل يقع الظهار بالموطوء بالملك فالمشهور بين المتأخرين على الوقوع لدخولها فى عموم قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (١) و الأمه من النساء كما دخلت فى عموم قوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (٢) و لذا حرمت أم الموطوء بالملك بالاتفاق و للأخبار

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سئل عن الظهار على الحره و الأمه، قال: نعم) (٣) و صحيحه الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الظهار من الحره و الأمه؟ قال: نعم) (٤)، و موثق إسحاق بن عمار (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يظاهر من جاريته فقال: الحره و الأمه فى ذا سواء) (٥)، و صحيح حفص عن أبى عبد الله

١- (١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

٢- (٢) سورة المجادلة، الآية: ٣٧.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الظهار حديث ٢ و ٥ و ١.

أو أبى الحسن عليهما السَّلام (فى رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن جميعا بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفارات)(١) و مثلها غيرها، و مقتضى هذه الأخبار عدم الفرق فى الأمه بين القن و المدبره و أم الولد، بل فى المبسوط (روى أصحابنا أن الظهار يقع بالأمه و المدبره و أم الولد)(٢) و عن ابن أبى عقيل و بنى حمزه و إدريس و البراج و المفيد و أبى الصلاح و سلَّار أنه لا يقع بالأمه، للأصل من عدم التحريم، و لمرسل ابن فضال عن أبى عبد الله عليه السَّلام (لا- يكون الظهار إلا- على مثل موضع الطلاق)(٣) و من المعلوم عدم وقوع الطلاق فى الأمه، و أيضا كان الظهار فى الجاهليه طلاقا كما تقدم و الطلاق لا يقع بالأمه، و لخصوص خبر حمزه بن حمران عن أبى عبد الله عليه السَّلام (عن رجل جعل جاريته عليه كظهر أمه، قال: يأتيها و ليس عليه شيء)(٤)، هذا مع ضميمة أن النساء ظاهره فى الزوجه و الأمه غير زوجة فلا تكون الأمه مشموله لآيه الظهار خصوصا أن سبب نزولها إنما كان فى زوجة أوس بن الصامت و هى زوجة حره.

و فيه: أما الأصل فهو مقطوع بالأخبار الصحيحه الداله على الوقوع، لأن الأصل يتم مع عدم وجود دليل يخرج عنه، و أما مرسل ابن فضال فهو محمول على شرائط الزوجه المظاهر منها و المطلقه، و ليس محمول على كل ما هو شرط فى الطلاق يكون شرطا فى الظهار، و لو سلم أنه عام حتى للزوجه بشرط كونها حره فهو مخصص بالأخبار الصحيحه المتقدمه الداله على وقوع الظهار بالأمه.

و أما كون الظهار فى الجاهليه طلاقا و هو مختص بالحره فهو مناف لما نقل عنهم - كما فى المسالك - من أنهم كانوا يظاهرون من الأمه و يعتزل سيدها فراشها و أما خبر حمزه بن حمران الدال على عدم وقوع الظهار بالأمه فلا يصلح لمعارضه ما تقدم من الأخبار الصحيحه الداله على وقوع الظهار لضعف سنده و موافقته للعامه.

و أما كون النساء مختصا بالزوجه فلا يشمل الأمه و لا تندرج تحت آيه الظهار فيه منع اختصاص النساء بالزوجه، و لذا اندرجت الأمه تحت قوله تعالى: **وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ** (٥)

ص: ٢٠٠

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الطهار حديث ٣.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الطهار حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الطهار حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الطهار حديث ٦.

٥- (٥) سورة النساء، الآية: ٢٧.

و لو مدبره، أو أم ولد، لدخولها (١) فى عموم وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٢) كدخولها (٣) فى قوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (٤) فحرمت أم الموطوءه بالملك، و لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السّلام قال: و سألته عن الظهار على الحره و الأمه فقال: نعم. و هى (٥) تشمل الموطوءه بالملك، و الزوجيه.

و ذهب جماعه إلى عدم وقوعه (٦) على ما لا يقع عليه الطلاق (٧)، لأن المفهوم من النساء الزوجه (٨)، و لورود السبب (٩) فيها (١٠)، و لروايه حمزه بن حمران عن الصادق عليه السّلام فيمن يظاهر أمته، قال: «يأتيها و ليس عليه شيء»، و لأن الظهار كان فى الجاهليه طلاقا و هو (١١) لا يقع بها، و للأصل (١٢). و يضعف بمنع الحمل (١٣) على الزوجه، و قد سلف (١٤)، و السبب (١٥) لا يخصص، و قد حقق فى فحرمت أمه الموطوءه بالملك بالاتفاق.

و أما كون سبب نزول آيه الظهار هو زوجة أوس و هى حره ففيه أن المورد لا يخصص الوارد كما هو الواضح، إذ العبره بعموم اللفظ لا بخصوصيه المورد، و قد حرر فى محله.

(١) أى الأمه.

(٢) سورة المجادله، الآيه: ٢.

(٣) أى دخول الأمه.

(٤) سورة النساء، الآيه: ٢٧.

(٥) أى صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه.

(٦) أى وقوع الظهار.

(٧) و الطلاق لا يقع على الأمه فكذا الظهار.

(٨) و الأمه ليست بزوجه فلا تكون مشموله لآيه الظهار.

(٩) أى سبب نزول آيه الظهار.

(١٠) أى فى الزوجه، و هى زوجة أوس على ما تقدم سابقا.

(١١) أى الطلاق.

(١٢) أصاله عدم التحريم عند الشك فيه فيما لو ظاهر الأمه.

(١٣) أى حمل النساء.

(١٤) فى قول الشارح عند ما قال: (كدخولها فى قوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ .

(١٥) أى سبب نزول آيه الظهار لا يخصص الوارد.

ص: ٢٠١

الأصول، و الروايه (١) ضعيفه السند (٢)، و فعل الجاهليه لا حجه فيه، و قد نقل أنهم كانوا يظهرون من الأمه أيضا، و الأصل قد اندفع بالدليل (٣).

و هل يشترط كونها (٤) مدخولا بها (٥) قيل: لا، للأصل، و العموم.

فى اشتراط الدخول

(و المروى) صحيحا (اشتراط الدخول) روى محمد بن مسلم فى الصحيح عن أحدهما قال: «لا يكون ظهارة، و لا إيلاء حتى يدخل بها»، و فى صحيحه الفضل بن يسار أن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون ظهارة، و لا إيلاء حتى يدخل بها» و هذا (٦) هو الأصح، و هو (٧) مخصص للعموم بناء على أن خبر الواحد حجه و يخصص عموم الكتاب (و يكفى الدبر (٨)، لصدق الوطء به كالقبيل.

(١) أى خبر حمزه بن حمران.

(٢) لاشتمالها على ابن فضال و ابن بكير و هما فطحيان.

(٣) و هو عموم الآيه و جملة من الأخبار الصحيحه.

(٤) أى كون المرأه المظاهرة.

(٥) فقد ذهب المفيد و المرتضى و سلار و ابن إدريس و ابن زهره عدم اشتراط الدخول تمسكا بعموم الآيه وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (١)، و ذهب الشيخ و الصدوق و أكثر المتأخرين إلى اشتراط الدخول للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام (فى المرأه التى لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع عليها إيلاء و لا ظهارة) (٢)، و صحيح الفضيل بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مملك ظاهر من امرأته، قال: لا يلزم، ثم قال:

و قال لى: لا يكون ظهارة و لا إيلاء حتى يدخل بها) ٣.

و هذه الأخبار صالحه لتخصيص عموم الكتاب، نعم من عمل بالعموم هنا و هم أصحاب القول الأول فقد التزم بعدم حجه الخبر الواحد إما مطلقا و إما فى مقام تخصيص عموم الكتاب، و كلاهما ضعيف كما حرر فى الأصول، و منه تعرف ضعف التوقف كما هو ظاهر المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد.

(٦) أى اشتراط الدخول.

(٧) أى المروى.

(٨) فعلى القول باشتراط الدخول فيقع و لو كان الوطى دبرا كما تقدم البحث فيه في فصل

ص: ٢٠٢

١- (١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الظهار حديث ٢ و ١.

فى أنه يقع الظهار بالرتقاء و القرناء و المريضة

و يقع الظهار بالرتقاء (١) و القرناء (٢) و المريضة التى لا- توطأ (٣) كذا ذكره المصنف و جماعه، و هو (٤) يتم على عدم اشتراط الدخول (٥)، أما عليه (٦) فلا (٧)، لإطلاق النص (٨) باشتراطه (٩)، من غير فرق بين من يمكن ذلك (١٠) فى حقه بالنظر إليه (١١)، و إليها (١٢)، و غيره (١٣)، و لكن ذكر ذلك (١٤) من اشتراط الدخول المهر من كتاب النكاح و غيره، و على القول بالا-اشتراط فيتناول تقييد الظهار بالدخول للصغيره و إن حرم الدخول بها، إذا كانت مدخولا بها، و يتناول الكبيره و المجنونه و العاقله و الرتقاء على تقدير وطئها فى الدبر، لأن الصغر و الجنون و العيب لا مدخلية لها فى الأحكام الوضعيه بعد تحقق شرط الظهار الموجب للتحريم، و هو الدخول، و إن كان الدخول بنفسه محرما كوطى الصغيره.

هذا كله على القول بالا-اشتراط و أما على القول بالعدم فدخول الجميع فى حكم الظهار أوضح بعد ثبوت عنوان النساء على الجميع.

(١) و الرتق بالتحريك هو الفرج الملتحم الذى لا يمكن معه الجماع.

(٢) و القرن هو لحم أو عظم ينبت فى الفرج يمنع من الجماع.

(٣) أى لا توطأ حال الظهار مع تحقق الدخول قبل الظهار.

(٤) أى وقوع الظهار فى الرتق و القرناء و المريضة.

(٥) بعد صدق عنوان النساء عليهن.

(٦) أى على اشتراط الدخول.

(٧) أى لا- يتم ما ذكره المصنف و جماعه، بدعوى عدم إمكان وطء من ذكر، و فيه: ما قاله الآقا جمال: (يمكن أن يخصّ كلامهم على تقدير الاشتراط بما إذا كان صيرورتها رتقاء أو قرناء أو مريضة إنما وقعت بعد الدخول، و مثله القول فى الخصّ و المحبوب، و يمكن أيضا فى الرتقاء و القرناء وقوع الوطى دبرا، فصحه الظهار فيهما لا ينافى اشتراط الدخول أصلا لتعميهم فى الدخول كما صرح به المصنف) انتهى.

(٨) و هو صحيحا محمد بن مسلم و الفضيل بن يسار المتقدمان.

(٩) باشتراط الدخول.

(١٠) أى الدمول.

(١١) إلى الزوج.

(١٢) إلى الزوجه.

(١٣) أى و من لا يمكن الدخول فى حقه بالنظر إليه أو إليها.

(١٤) من وقوع الظهار بالرتقاء و أختيها.

ص: ٢٠٣

كالمصنف، و من توقف (١) كالعلاّمه و المحقق.

و يمكن أن يكون قول المصنف (٢) هنا (٣) من هذا القبيل (٤). و كيف كان (٥) فبناء الحكم (٦) على اشتراط الدخول غير واضح (٧)، و القول بأنه (٨) إنما يشترط حيث يمكن (٩) تحكّم (١٠)، و مثله (١١) حكمهم بوقوعه (١٢) من الخصى و المبوب حيث يمتنع الوطء منهما (١٣).

فى وجوب الكفاره بالعود

(و تجب الكفاره بالعود (١٤) (١) أى توقف فى حكم الاشتراط.

(٢) من وقوع الظهار بالرتقاء و أختيها.

(٣) مع أنه اشترط الدخول.

(٤) أى قبيل من ذكر وقوع الظهار بالرتقاء و أختيها مع أنه متوقف فى الاشتراط فيرد عليه ما يرد عليهم على ما تقدم.

هذا و قال الشارح: (و يمكن أن يكون قول المصنف) لأنه يمكن أن يقول المصنف على عدم الاشتراط و قد نسب الاشتراط إلى الروايه، و قد عرفت أنه على عدم اشتراط الدخول يصح القول بوقوع الظهار بالرتقاء و أختيها.

(٥) أى و كيف كان مراد المصنف.

(٦) من وقوع الظهار بالرتقاء و أختيها.

(٧) و فيه: أن وضوحه ظاهر إذ يمكن أن يكون الدخول قد تحقق قبل الرتق و القرن و المرض و يمكن أن يكون قد تحقق بالدبر.

(٨) بأن الدخول.

(٩) و أما فى الرتقاء و القرناء و المريضة فحيث لا يمكن كما هو المفروض من الشارح فلا يشترط.

(١٠) أى بلا دليل على هذا التخصيص.

(١١) أى و مثل حكمهم بوقوع الظهار فى الرتقاء و أختيها مع أنهم يشترطون الدخول أو هم متوقفون فى الحكم بالاشتراط.

(١٢) أى بوقوع الظهار.

(١٣) و يمتنع الوطء منهما حاله الظهار و عليه فيمكن تحقق الدخول منهما قبل الظهار، على أن الدخول غير ممتنع من الخصى كما هو الواضح و كذا المبوب إذ بقى له بمقدار الحشفه.

(١٤) لا خلاف ولا إشكال في عدم وجوب الكفاره بمجرد الظهار، بل إنما تجب بالعود لقوله

ص: ٢٠٤

تعالى: وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ (١).

و لكن اختلفوا فى معنى العود على أقوال ثلاثة:

الأول: إنه إرادته الوطء و هو المشهور بين الأصحاب، بل عن البيان و التبيان الاتفاق عليه للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها، قال: ليس عليه كفاره، قلت: إن أراد أن يمسه، قال: لا يمسه حتى يكفر) (٢)، و صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الظهار متى يقع على صاحبه الكفاره؟ قال: إذا أراد أن يواقع امرأته، قلت: فإن طلقها قبل أن يواقعها أ عليه كفاره؟ قال: لا سقطت عنه الكفاره) (٣)، و خبر أبي بصير (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفاره على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن يواقع، قلت: فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال:

عليه كفاره أخرى) (٣).

القول الثانى: أن العود هو إمساك على النكاح و إن قلّ زمانا، و هذا ما عليه ابن الجنيّد و المرتضى و بعض العامه، لأن صيغه الظهار تقتضى التحريم المؤبد، و التحريم المؤبد لا يكون إلا بالفرقه الحاصله بالطلاق، فلو لم يطلق عقيب الظهار فقد عاد فى قوله، بمعنى خالفه و نقضه، و لذا يقال: عاد فلان فى قوله أى خالفه و نقضه و يقال: عاد فلان فى هبته.

و بناء عليه لما جعل المولى الكفاره على العدد إلى ما قال من الظهار كما فى الآيه المتقدمه، فقد جعل الكفاره على ما لو خالف ما قاله من الظهار، و لا- يخالفه إلا- بإمساكها على النكاح لأن الظهار يقتضى التحريم الموجب للبينونه، و هى لا تحصل إلا بالطلاق، و الإمساك على النكاح يخالف الطلاق المذكور.

و يردّه النصوص المتقدمه حيث جعلت الكفاره على إرادته المسّ و المواقعه، و ليست على الإمساك على النكاح.

القول الثالث: ما عن بعض العامه من أن العود هو نفس الوطء، و يردّه قوله تعالى:

وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا، ذَلِكُمْ

ص: ٢٠٥

١- (١) سورة المجادله، الآيه: ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار حديث ٨ و ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار حديث ٦.

(و هي (١) أنث الضمير لتوسطه (٢) بين مذكر (٣) و مؤنث (٤)، أحدهما مفسر للآخر قاعده مطرده، أى المراد من العود (إرادته الوطء) لا بمعنى وجوبها (٥) مستقرا بإرادته (٦)، تُوعَظُونَ بِهِ وَ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (١) و هو دال على أن الكفاره على العود، و جعلها قبل أن يتماسا فدلّ على أن العود يتحقق قبل الوطء، و ما هو إلا إرادته الوطء.

(١) أى العود و قد أنث الضمير باعتبار الخبر، لأن الضمير إذا وقع بين المرجع المذكور و خبره المؤنث فمراعاة الخبر أولى كقوله تعالى: فَلَمَّا رَأَى الشَّمْسُ بَازِغَةً قَالَ: هَذَا رَبِّي (٢) و لم يقل: هذه ربي.

(٢) أى توسط الضمير.

(٣) و هو المرجع.

(٤) و هي الخبر.

(٥) أى وجوب الكفاره.

(٦) أى بإرادته الوطء، بحيث يكون وجوب الكفاره بعد إرادته الوطء مطلقا و غير معلق على شرط آخر، بل هو مشروط أيضا بالوطء بالفعل فهو شرط متأخر، و عليه لو أراد الوطء فلا يثبت وجوب الكفاره من حينه و جوبا مستقرا، بل تجب الكفاره بشرط الوطء المتأخر، بحيث لو فارقها بعد إرادته الوطء فلا كفاره حينئذ لانتهاء المشروط بانتفاء شرطه، و هذا ما عليه المشهور لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الظهران متى يقع على صاحبه الكفاره؟ قال: إذا أراد أن يواقع امرأته، قلت: فإن طلقها قبل أن يواقعها أ عليه كفاره؟ قال: لا سقطت عنه الكفاره) (٣)، و هو ظاهر فى كون الوطء شرطا متأخرا لوجوب الكفاره حين إرادته الوطء.

و عن العلامة فى التحرير أن وجوب الكفاره مستقر عند إرادته الوطء من دون توقفه على الوطء المتأخر، و هو المعبر عنه بالوجوب المستقر، و عليه فلو أراد الوطء وجبت الكفاره، و إن طلقها قبل الوطء، لأن الله تعالى رتب وجوب الكفاره على العود المفسر بإرادته الوطء لقوله تعالى: ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَخْرِيرُ رَقَبِهِ (٤)، و مقتضى الإطلاق

ص: ٢٠٦

١- (١) سورة المجادل، الآية: ٣.

٢- (٢) سورة الأنعام الآية: ٧٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهران حديث ٤.

٤- (٤) سورة المجادل، الآية: ٣.

بل (بمعنى تحريم وطئها حتى يكفّر) فلو عزم (١) و لم يفعل و لم يكفر، ثم بدا له فى ذلك (٢) فطلقها سقطت عنه الكفاره، و رجح فى التحرير استقرارها به (٣) محتجا بدلاله الآيه، و هى قوله تعالى: ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبِهِ (٤) عليه (٥).

و فى الدلاله (٦) عليه (٧) نظر، و إنما ظاهرها (٨) وجوبها (٩) بالعود قبل أن يتماسا، لا مطلقا (١٠)، و إنما يحرم الوطء عليه به (١١) لا عليها (١٢)، إلا- أن تكون معاونه له (١٣) على الاثم فيحرم (١٤) لذلك (١٥)، لا للظهار، فلو تشبهت عليه على وجه لا تحرم عليه، أو استدخلته و هو نائم لم يحرم عليها (١٦)، لثبوت الحل لها وجوب الكفاره عند إرادته الوطئ و إن لم يتحقق الوطئ. و فيه: أن التقييد نشأ من صحيح الحلبي المتقدم.

(١) على الوطء.

(٢) فى الوطء.

(٣) أى استقرار الكفاره بالعود من دون التوقف على الوطئ المتأخر.

(٤) سورة المجادله، الآيه: ٣.

(٥) أى على استقرار الكفاره بالعود، و هو متعلق بقول الشارح: (بدلاله الآيه).

(٦) أى دلاله الآيه.

(٧) على استقرار الكفاره بالعود.

(٨) أى ظاهر الآيه.

(٩) وجوب الكفاره.

(١٠) بحيث أن وجوبها غير مشروط بالوطء، بل ظاهرها قابل لتقييد هذا الوجوب بشرط الوطئ.

(١١) أى يحرم الوطئ على الزوج بسبب الظهار.

(١٢) أى على الزوجه، الأصل حليه الوطء لكل من الزوجين بعد ثبوت العقد بينهما إلا ما خرج بالدليل، و الدليل قد دل على حرمة الوطء على الزوج عند الظهار، فيبقى الوطء للزوجه حاللا على الأصل حينئذ.

(١٣) أى إلا أن تكون الزوجه معاونه للزوج على الوطء المحرم عليه.

(١٤) أى يحرم الوطء عليها.

(١٥) أى للإعانه على الإثم.

(١٦) أى لم يحرم الوطاء على الزوجه فى الصورتين لعدم تحقق المعاونه على الإثم بسبب عدم الإثم على الزوج فيهما.

ص: ٢٠٧

قبله (١) و الأصل (٢) بقاؤه، و يفهم من قوله (٣): بمعنى تحريم وطئها حتى يكفر، أن غير الوطء من ضروب الاستمتاع لا يحرم عليه (٤) و هو أحد القولين فى المسألة (١) قبل الظهار.

(٢) و هو الاستصحاب.

(٣) أى قول الماتن.

(٤) على الزوج، هذا و اعلم أن الوطئ محرم على الزوج المظاهر قبل التكفير، و لكن هل يحرم عليه قبل التكفير ما دون الوطئ كالقبلة و الملامسه و جميع الاستمتاع المحرمه على غير الزوج كما عن الشيخ و العلامة فى القواعد و جماعه.

أو لا يحرم عليه قبل التكفير إلا خصوص الوطئ كما عليه المشهور، و الاختلاف ناشئ من الاختلاف فى معنى المسيس فى قوله تعالى: فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (١).

فالمسيس حقيقه تلاقى الأبدان لغه و هو أعم من الوطئ، و الأصل عدم النقل و عدم الاشتراك و عليه فيحرم عليه جميع الاستمتاع قبل التكفير، و يؤيده أنه مقتضى التشبيه بالأم التى يحرم فيها غير الوطء من جميع ضروب الاستمتاع.

و ردّ دليلهم الأول إما بكون المسيس كناية مشهوره عن الوطئ كما عن الكركى، و إما بكون المسيس يطلق على الوطئ كما فى قوله تعالى: وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٢) و الأصل فى الإطلاق الحقيقه و أشكال على الجواب الثانى بأن المسيس لو كان للوطء فهو أيضا لمطلق تلاقى الأبدان و هذا ما يلزم منه النقل أو الاشتراك، فإن وضع للوطء بعد الإعراض عن معنى التلاقى فهو النقل، و بدون الإعراض فهو الاشتراك، بخلاف ما لو كان موضوعا لمطلق التلاقى، فاستعماله فى خصوص الوطء فى آيه المهر مجاز، لأنه استعمال للفظ فى بعض أفراده، و المجاز خير من النقل و الاشتراك، و وجه الخيريّه أن المجاز فيه وحده الوضع، و النقل و الاشتراك مستلزمان لتعدد الوضع، و الأصل عدم التعدد.

و من هنا ذهب الشارح إلى جواب ثالث و حاصله أن المسيس موضوع لمطلق التلاقى، و قد استعمل فى آيتى المهر و الظهار فى الوطئ من باب استعمال اللفظ فى بعض أفراده، و لكنه استعمال حقيقى.

لأن المعنى الموضوع له لفظ المسيس معنى عام، متواطئ له مصاديق كثيره فلو استعمل

ص: ٢٠٨

١- (١) سورة المجادله، الآيه: ٣.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٣٧.

لظاهر قوله تعالى: مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَّاسَا (١) إذ الظاهر منه (٢) الوطء كما في قوله تعالى: مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ (٣) و إن كان (٤) بحسب اللغه أعم منه (٥) حذرا من الاشتراك (٦)، و لا يرد استلزامه (٧) النقل، و الاشتراك خير منه (٨)، لأننا نجعله (٩) متواطئا على معنى يشترك فيه كثير، و هو (١٠) تلاقى الأبدان مطلقا (١١)، و إطلاقه (١٢) على الوطء استعمال اللفظ في بعض أفراده (١٣).

اللفظ في مصداق منها لكان استعمالا في عين ما وضع له.

و على كل فاستعمال المسيس في الوطى استعمالا حقيقيا كما تقدم أولى من الاستعمال المجازى، لأن المجاز بحاجه إلى قرينه و الأصل عدمها، و على كل فإذا ثبت استعمال لفظ المسيس في الوطى في آيه الظهار فيلزم عدم حرمة ما دون الوطى قبل التكفير، لأن التكفير قد علّق على الوطى فقط، و هذا كاشف عن حليه ما دونه من دون تكفير في البين.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالجواب عن دليلهم الثانى سيأتى.

(١)سوره المجادله، الآيه: ٣.

(٢)من المسيس.

(٣)سوره البقره، الآيه: ٢٣٧.

(٤)المسيس.

(٥)من الوطء.

(٦)فهو موضوع للتلاقي فقط و قد استعمل في الوطى من دون وضع ثان لئلا يلزم الاشتراك، إذ الأصل عدمه لعدم تعدد الوضع.

(٧)أى استلزام استعماله في الوطى للنقل، لأنه موضوع للتلاقي و لو استعمل في الوطى استعمالا حقيقيا للزم نقله من المعنى العام إلى الخاص.

(٨)من النقل باعتبار عدم الإعراض في الاشتراك بخلاف النقل فإنه مستلزم للإعراض، و الأصل عدمه.

(٩)أى المسيس.

(١٠)أى المعنى الذى يشترك فيه الكثير.

(١١)بجماع و غيره.

(١٢)أى إطلاق المسيس.

(١٣) أى فى بعض أفراد المعنى، باعتبار وجود المعنى العام فيه من دون ملاحظه خصوصيه الفرد فهو استعمال حقيقى من دون استلزام للنقل ولا للاشتراك.

ص: ٢٠٩

و هو (١) أولى منهما (٢)، و من المجاز (٣) أيضا، و منه (٤) يظهر جواب ما احتج به الشيخ على تحريم الجميع (٥) استنادا إلى إطلاق المسيس.

و أما الاستناد (٦) إلى تنزيلها (٧) منزله المحرمه مؤبدا فهو مصادره (٨).

هذا كله إذا كان الظهار مطلقا (٩)، أما لو كان مشروطا (١٠) لم يحرم حتى يقع الشرط (١١)، سواء كان الشرط الوطى أم غيره.

(١) أى استعمال اللفظ فى بعض أفراده استعمالا حقيقيا.

(٢) من النقل و الاشتراك، لاستلزامهما تعدد الوضع، بخلافه فإنه لا يستلزم التعدد، و الأصل عدم التعدد.

(٣) بناء على أن استعمال اللفظ فى بعض أفراده هو استعمال مجازى، فالاستعمال المذكور إذا كان حقيقيا أولى، لأن المجاز بحاجة إلى قرينه و الأصل عدمها.

(٤) أى و من كون المسيس قد أريد به الوطى فى آيه الظهار من باب استعمال اللفظ فى بعض أفراده استعمالا حقيقيا.

(٥) أى جميع ضروب الاستمتاع.

(٦) هذا عرض لدليلهم الثانى و حاصله أن تشبيه المرأه بالأمر التى حرم فيها جميع ضروب الاستمتاع يقتضى حرمه جميع ضروب الاستمتاع من المرأه.

(٧) أى تنزيل الزوجه.

(٨) و فيه: أن التشبيه كما اقتضى حرمه الوطى يقتضى حرمه باقى الاستمتاع، فالقول بأنه مصادره ليس فى محله، نعم هذا التشبيه بما هو لا يقتضى التحريم ما لم يأت الدليل الشرعى، و الدليل الشرعى هو الآيه و قد عرفت أنها لا تدل إلا على حرمه الوطى، فرجع دليلهم الثانى إلى الأول.

(٩) أى غير معلق على شرط أو صفه.

(١٠) بناء على صفه تعليقه على الشرط أو الصفه، و قد تقدم صفه تعليقه لوجود الأخبار الصحيحه عليه.

(١١) قد تقدم أنه إذا ظاهر زوجته حرم عليه الوطى حتى يكفر، هذا فى الظهار المطلق، و أما فى الظهار المشروط كما لو قال: أنت على كظهر أمى إن دخلت الدار أو كلمت زيدا، جاز الوطى ما لم يحصل الشرط، لأنه مع عدم الشرط ينتفى المشروط الذى هو الظهار، و مع انتفاء الظهار فلا حرمه.

نعم لو تحقق الشرط بأن دخلت الدار أو كلمت زيدا كما فى المثال المتقدم وقع الظهار

ثم إن كان هو (١) الوطء تحقق (٢) بالنزاع فتحرم المعاودة قبلها (٣)، و لا- تجب قبله (٤) و إن طالت مدته على أصح القولين حملا (٥) على المتعارف.

(و لو وطأ قبل التكفير عامدا) (٦) الموجب للتحريم سواء طال الزمان حتى تحقق الشرط أم قصر، و حينئذ فلو وطأ قبل حصول الشرط لم يكفر، و لو وقع الشرط وجبت الكفاره قبل الوطئ.

هذا كله من جهه و من جهه أخرى فلو كان الوطئ هو الشرط بأن قال: أنت عليّ كظهر أمي إن وطئتك، ثبت الظهار بعد فعله، كغيره من الشرائط، و بعد ثبوت الظهار تجب الكفاره قبل العود إلى الوطئ ثانيا.

و عن الشيخ فى النهايه و الصدوق أنه تجب الكفاره بنفس الوطئ الأول، لأن ابتداءه هو الشرط و استمراره و طئ ثان، و هو بعيد، ضروره أن الوطئ أم عرفى و هو صادق من حين الابتداء إلى حين النزاع، و الإطلاق فى الوطئ كشرط محمول على المتعارف، و المشروط إنما يقع بعد وقوع الشرط لا قبله أو فى أثناءه قبل تحققه، هذا بالإضافة إلى أن استدامه الأفعال ليست أفعالا مستقلة كاستمرار القيام و الجلوس مثلا.

نعم لو نزع قضيبه كاملا ثم عاد إلى الوطئ ثانيا و إن كان فى نفس الزمن فتجب الكفاره لصدق تعدد الوطء حينئذ.

(١) أى الشرط.

(٢) أى تحقق الشرط.

(٣) أى فتحرم المعاودة إلى الوطئ قبل الكفاره.

(٤) أى لا تجب الكفاره قبل النزاع و إن طالت مدته الوطئ الأول.

(٥) أى حملا للفظ الوطء الوارد شرطا على المتعارف.

(٦) قد تقدم أنه إذا ظاهر امرأته حرم عليه الوطئ حتى يكفر، فلو وطئ قبل الكفاره فالمشهور على تعدد الكفاره للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث: (قلت: إن أراد أن يمسه؟ قال: لا يمسه حتى يكفر، قلت: فإن فعل فعله شىء؟ قال: إي و الله إنه لا- ثم ظالم، قلت: عليه كفاره غير الأولى؟ قال: نعم يعتق أيضا رقبه) (١)، و صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفاره على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن يواقع، قلت: فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال: عليه كفاره أخرى) ٢، و خبر حسن

ص: ٢١١

حيث يتحقق التحريم (١) (فكفارتان) إحداها للوطء، و الأخرى للظهار، و هي (٢) الواجبه بالعزم (٣)، و لا شيء على الناسي، و فى الجاهل وجهان (٤)، من أنه (٥) عامد (٦). و عذره (٧) فى كثير من نظائره.

(و لو كرر الوطء) (٨) قبل التكفير عن الظهار و إن كان قد كفر عن الأول الصيقل عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل ظاهر من امرأته فلم يف، قال: عليه الكفاره من قبل أن يتماسا، قلت: فإنه آتاها قبل أن يكفر قال: بئس ما صنع، قلت:

عليه شيء؟ قال: أساء و ظلم، قلت: فيلزمه شيء؟ قال: رقبه أيضا) (١).

و عن الإسكافى عدم تعدد الكفاره لأخبار:

منها: خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثم غشيها قبل أن يكفر فإنما عليه كفاره واحده و يكف عنها حتى يكفر) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال: يستغفر الله و يمسك حتى يكفر) (٣)، و مثلها غيرها و قد حملها الشيخ على ما لو وقع منه جهلا أو نسيانا و يؤيده خبر الرفع رفع عن أمتى الخطأ و النسيان إلى قوله و ما لا يعلمون (٤).

(١) و ذلك بأن كان الظهار مطلقا أو قد تحقق شرطه إذا كان مشروطا.

(٢) أى الأخرى التى للظهار.

(٣) أى العزم على الوطى.

(٤) التفريق بين الناسي و الجاهل بعد شمول خبر الرفع لهما ليس فى محله.

(٥) دليل لوجوب الكفارتين.

(٦) أى عامد إلى الفعل و جاهل بحكمه، و هو مثل الناسي عامد للفعل ناسي للحكم.

(٧) أى عذر الجاهل بسبب جهله.

(٨) قد علمت أنه إذا وطئ قبل التكفير لزمه كفارتان، واحده للوطى و أخرى للظهار، فلو كرر الوطى قبل التكفير فتكرر كفاره الوطى دون كفاره الظهار، و إن كفر عن الوطى الأول كما هو المشهور لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (أنه قال: إذا واقع المره الثانيه قبل أن يكفر فعليه كفاره أخرى، ليس فى هذا اختلاف) (٥) فضلا عن أصاله عدم

ص: ٢١٢

١- (١) المصدر السابق حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الظهار حديث ٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس من كتاب الجهاد.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار حديث ١.

(تكررت الواحده) و هي التي وجبت للوطء، دون كفاره الظهر فيجب عليه ثلاث (١) للوطء الثاني (٢)، و أربع للثالث (٣) و هكذا، و يتحقق تكراره (٤) بالعوده بعد النزع التام، (و كفاره الظهر بحالها) لا تتكرر بتكرر الوطء.

في ما لو طلقها طلاقها بائنا

(و لو طلقها طلاقها بائنا (٥)، أو رجعيًا و انقضت العده حلت له من غير) تداخل المسببات، فيتعدد المسبب بتعدد السبب.

و عن ابن حمزه أنه إذا كفر عن الوطء ثم وطئ ثانيا قبل كفاره الظهر فعليه كفاره للوطء، و إلا لو لم يكفر عن الأول فلو كرر الوطء فلا يلزمه إلا- كفاره واحده، للوطء لأصالة تداخل المسببات، و هو اجتهاد في قبال النص المتقدم كما في الجواهر، و لأصالة عدم تداخل المسببات.

(١) أي ثلاث كفارات.

(٢) كفارتان للوطء و واحده للظهار.

(٣) ثلاث للوطء و واحده للظهار.

(٤) أي تكرار الوطء.

(٥) إذا ظاهرها ثم طلقها طلاقا رجعيًا ثم راجعها لم تحلّ له حتى يكفر، بلا خلاف فيه، لأنها حينئذ بحكم الزوجه.

و لو طلقها طلاقا بائنا أو رجعيًا فتركها حتى بانت منه ثم جدّد نكاحها ففي عود الظهار قولان، أحدهما للمشهور أنه لا يعود لأصالة البراءة، و لأن الموجب للكفاره هو العود بالعقد الأول، و قد انتفى، و إلى أنها تصير بالطلاق البائن أو بالخروج عن العده أجنبيه و الظهار كما لا يقع ابتداء بالأجنبيه لا يقع بها استدامه فلا محاله ينهدم الظهار، و لخصوص صحيح بريد بن معاويه (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها تطليقه؟ فقال عليه السّلام: إذا طلقها تطليقه فقد بطل الظهار و هدم الطلاق الظهار.

قلت: فله أن يراجعها؟ قال عليه السّلام: نعم هي امرأته فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسا.

قلت: فإن تركها حتى يخلو أجلها و تملك نفسها ثم تزوجها بعد هل يلزمه الظهار قبل أن يمسيها؟ قال عليه السّلام: لا قد بانت منه و ملكت نفسها (١). و هو مروى عن بريد بن معاويه كما في الفقيه، و مروى عن يزيد الكناسي كما في الكافي.

ص: ٢١٣

(تكفير)، لروايه بريد العجلي (١) وغيره، و لصيرورته (٢) بذلك (٣) كالأجنبي، و استباحه الوطء (٤) ليس بالعقد الذى لحقه التحريم، و روى أن ذلك (٥) لا يسقطها (٦)، و حملت (٧) على الاستحباب، و لو راجع فى الرجعية عاد التحريم (٨) قطعاً. و كذا (٩) لو ظاهر من أمه) هى زوجته (ثم اشتراها) من مولاها (١٠)، لاستباحتها حينئذ (١١) بالملك، و بطلان حكم العقد (١٢) كما بطل حكم السابق (١٣) فى السابق، و كذا يسقط حكم الظهار لو اشتراها غيره (١٤) و فسخ العقد (١٥)، ثم و عن سألار و أبى الصلاح الحلبي عود حكم الظهار و لو بالتزويج بعد العده البائنه، لخبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام (عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلك بشهر أو شهرين فتزوجت، ثم طلقها الذى تزوجها فراجعها الأول، هل عليه الكفاره للظهار الأول؟ قال: نعم عتق رقبه أو صيام أو صدقه) (١) و حمله الشيخ على التقيه لموافقته لمذهب بعض المخالفين، أو على الاستحباب كما عن الشارح.

(١) على ما فى الفقيه، و فى الكافى روايه يزيد الكناسى.

(٢) أى صيروره أى المظاهر.

(٣) فيما لو طلقها بائناً أو طلقها رجعيًا و خرجت من العده.

(٤) بعد العقد الجديد.

(٥) أى العقد الجديد.

(٦) أى لا يسقط الكفاره.

(٧) أى الروايه الداله على عدم سقوط الكفاره بذلك.

(٨) أى تحريم الظهار، و لا تجب الكفاره، إلا إذا أراد الوطى.

(٩) أى تسقط الكفاره.

(١٠) لو ظاهر من زوجته الأمه ثم اشتراها من مولاها، بطل العقد لما تقدم أن البضع لا يستباح بسببين، و حينئذ لو وطأها بالملك الجديد لا تجب الكفاره، و ظاهرهم عدم الاختلاف فيه، لأنه كما لو طلقها بعد الظهار و تزوجها بعد انقضاء العده.

(١١) أى حين الشراء.

(١٢) الذى لحقه الظهار هنا.

(١٣) أى حكم العقد السابق الذى لحقه الظهار فى الفرع السابق.

(١٤) غير الزوج.

(١٥) أى عقد النكاح الذى لحقه الظهار.

ص: ٢١٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار حديث ٩.

تزوجها المظاهر بعقد جديد (١).

فى تقديم الكفاره على المسيس

(و يجب تقديم الكفاره على المسيس) لقوله تعالى: مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا (٢) (و لو ماطل) بالعود (٣)، أو التكفير (٤) (رافعته (٥) إلى الحاكم فينظره ثلاثه أشهر) من حين المرافعه (حتى يكفّر و يفيء) أى يرجع عن الظهار مقدا للرجعه (٦) على الكفاره كما مر (أو يطلق و يجبره على ذلك (٧) بعدها) أى بعد المده (لو امتنع) فإن لم يختار أحدهما ضيق عليه (٨) فى المطعم و المشرب حتى يختار أحدهما، و لا يجبره على أحدهما عينا، و لا يطلق عنه (٩)، كما لا يعترضه (١٠) لو صبرت.

(١) فتزوجها من مولاها الثانى بعقد جديد فلا كفاره عليه، للأصل بعد كون الظهار قد لحق العقد الأول، و هذا عقد ثان.

(٢) سورة المجادله، الآيه: ٣.

(٣) أى بالعزم على الوطى الموجب للكفاره.

(٤) بحيث عزم على العود و لم يكفر، مع أن حل الوطى متوقف على الكفاره.

(٥) إذا صبرت الزوجه على ترك الزوج وطئها بعد المماطله المذكوره فلا اعتراض لأحد عليها، بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأن الحق لها و يجوز لها أن تصبر عليه.

و إن لم تصبر رفعت أمرها للحاكم، و الحاكم يخيّره بين العود و التكفير و بين الطلاق، و أنظره للتفكير فى ذلك ثلاثه أشهر من حين المرافعه، فإذا انقضت المده و لم يختار أحدهما حبسه و ضيق عليه فى المطعم و المشرب، بأن يمنعه عما زاد على سدّ الرمق حتى يختار أحدهما، و لا يجبره على الطلاق تعيينا و لا يطلق عنه، و لا على التكفير بخصوصه، و ظاهرهم الاتفاق عليه كما صرح بذلك غير واحد، و يؤيده خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته، قال: إن آتاها فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا، و إلا ترك ثلاثه أشهر فإن فاء و إلا أوقف حتى يسأل: لك حاجه فى امرأتك أو تطلقها، فإن فاء فليس عليه شىء و هى امرأته، و إن طلق واحده فهو أملك برجعتها) (١).

و ضعف سنده و قصور دلالته منجبران بعمل الأصحاب قاطبه.

(٦) أى لنيه الرجوع و هو العزم على الوطى، لأنه هو الموجب للكفاره على ما تقدم.

(٧) من الكفاره بعد الرجوع أو الطلاق.

(٨) بعد الحبس كما فى الجواهر.

(٩) أى و لا يطلق الحاكم عن الزوج الممتنع بعد المده المذكوره.

(١٠) أى لا يعترض الحاكم الزوج.

ص: ٢١٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب الظهار حديث ١.

كتاب الإيلاء

إشارة

ص: ٢١٧

فى معنى الإيلاء

و هو مصدر آلى يولى إذا حلف مطلقا (و) شرعا (هو الحلف على ترك وطء الزوجه الدائمه) المدخول بها قبلا (٢) أو مطلقا (أبدا (٣)، أو مطلقا) من غير تقييد بزمان،(أو زياده (٤) على أربعة أشهر، للإضرار بها) فهو (٥) جزئى من جزئيات (١) و هو لغه الحلف، و شرعا حلف الزوج على ترك وطء زوجته الدائمه المدخول بها قبلا مطلقا أو زياده عن أربعة أشهر، للإضرار بها، و عليه فليس له حقيقه شرعيه أو متشرعيه، بل معناه الشرعى من مصاديق معناه اللغوى، و إطلاق الإيلاء الذى هو الحلف على حلف الزوج إلى آخر ما ذكر هو من باب إطلاق الكلى على فرده.

و الأصل فيه قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (١) هذا و قد كان الإيلاء طلاقا فى الجاهليه كالظهار، و غير الشارع الأقدس حكمه و جعل له أحكاما و شرائط خاصه.

ثم إن هذا الإيلاء إن جمع شرائطه فهو إيلاء و إلا فهو يمين كما ذكره غير واحد بل أرسلوه إرسال المسلمات.

(٢) متعلق بالوطء المذكور، لا بالمدخول بها، و المعنى أنه حلف على ترك وطئها قبلا، أو مطلقا بمعنى قبلا و دبرا معا.

(٣) أى دائما بحيث عمم لكل زمن.

(٤) بحيث قيد الترك بما يزيد عن أربعة أشهر.

(٥) أى الإيلاء المبحوث عنه هنا.

ص: ٢١٩

الإيلاء الكلى، أطلق عليه (١). و الحلف فيه (٢) كالجنس يشمل الإيلاء الشرعى و غيره (٣)، و المراد (٤) الحلف بالله تعالى كما سيأتى.

و تقييده (٥) بترك وطء الزوجه يخرج اليمين على غيره (٦)، فإنه (٧) لا يلحقه أحكام الإيلاء الخاصه به (٨)، بل (٩) حكم مطلق اليمين، و إطلاق الزوجه يشمل الحره، و الأمه المسلمه، و الكافره (١٠)، و خرج بها (١١) الحلف على ترك وطء الأمه الموطوءه بالملك. و تقييدها (١٢) بالدائمه، و المتمتع بها فإن الحلف على ترك وطئها (١٣) لا يعدّ إيلاء، بل يمينا مطلقا فيتبع (١٤) الأولى فى الدين، أو الدنيا، فإن تساويا (١٥) انعقد يمينا يلزمه حكمه، و كذا (١٦) الحلف على ترك وطء الدائمه مده لا تزيد عن أربعة أشهر (١٧).

(١) أى أطلق الإيلاء الكلى على جزئى من جزئياته.

(٢) فى تعريف الإيلاء الشرعى.

(٣) لأنه يشمل كل حلف و يمين.

(٤) أى المراد من الإيلاء الشرعى، هو الحلف بالله تعالى لأنه يمين كما سمعت.

(٥) أى تقييد الحلف.

(٦) كالحلف على ترك الاستمتاع بها كالتقبيل و الملامسه و غيرهما.

(٧) فإن الحلف على ترك غير الوطى من استمتاع الزوجه.

(٨) بالإيلاء الشرعى.

(٩) أى بل يلحقه.

(١٠) لإطلاق الأدله كما سيأتى بيانه.

(١١) بالزوجه.

(١٢) أى تقييد الزوجه بالدائمه لإخراج المتمتع بها.

(١٣) الأمه و المتمتع بها.

(١٤) أى يتبع الحلف على ترك وطئ الأمه و المتمتع بها فى الانعقاد و عدمه ما هو الأولى فى الدين و الدنيا، فإن كان متعلق اليمين المذكور على خلاف الأولى فلا ينعقد، بخلاف ما لو كان مساويا أو هو أولى فينعقد اليمين فيه و يلزمه حكمه.

(١٥) أى متعلق اليمين مع عكسه.

(١٦) أى يتبع الأولى على ما هو المفصل سابقا.

(١٧) فإن كان متعلقه على خلاف الأولى لا ينعقد، و إلا ينعقد يمينا مطلقا و يلزمه حكمه.

ص: ٢٢٠

و زدنا فى التعريف قيد المدخول بها لما هو المشهور بين الأصحاب من هذا و اعلم أن الماتن لم يذكر شروط المولى منها، و قد ذكرها الشارح هنا فلا بد من التعرض لها بالتفصيل و هى:

يشترط فيها أن تكون منكوحه بالعقد، لا بالملك بلا خلاف فيه لعدم اندراج المملوكه الموطوءه بالملك فى قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (١) بدليل ذكر الطلاق فى ذيل الآيه، و لا طلاق فى الأمه و لخبر البنظى عن الرضا عليه السّلام (سألته عن الرجل يؤلى من أمته؟ فقال: لا: كيف يؤلى و ليس لها طلاق) (٢) و يشترط فيها أن تكون بالعقد الدائم كما هو المشهور لصحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا إيلاء على الرجل من المرأه التى يتمتع بها) (٣).

و عن المرتضى وقوع الإيلاء بالتمتع بها لعموم الآيه لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٤) ، و هو ضعيف بما سمعت و بقوله تعالى: وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (٥) بعد قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ٦ و لا - طلاق فى المتمتع بها فلا عموم فى الآيه حينئذ و يشترط أن تكون مدخولا بها بلا خلاف فيه كما فى كشف اللثام للأخبار:

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (فى غير المدخول بها قال: لا يقع عليها إيلاء و لاظهار) (٦) ، و خبر الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يقع الإيلاء إلا على امرأه قد دخل بها زوجها) (٧) و مثلها غيرها.

هذا و قد تقدم الخلاف فى اشتراط الدخول فى الظهار، و لم ينقل خلافا هنا قال الشارح فى المسالك: (و ربما قيل به أيضا هنا لكنه نادر) انتهى. هذا و بعد ما سمعت شيئا من أدله الإيلاء فهى مطلقه تشمل المسلمه و الكافره و تشمل الأمه و الحره إذا نكحت الأولى بالعقد لا بالملك، و تشمل الإيلاء الواقع من الزوج حرا كان أو عبدا.

هذا من جهه و من جهه أخرى لا ينعقد الإيلاء حتى يكون الحلف على ترك الوطى دائما أو مقرونا بما يزيد عن أربعة أشهر بلا خلاف فيه و لا إشكال، و لازمه أنه لو كان على

ص: ٢٢١

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٨ حديث ٢٣.

٤- (٤) سورة البقره، الآيه: ٢٢٦.

٥- ((٥ و ٦) سورة البقره، الآيتان: ٢٢٦-٢٢٧.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الظهار حديث ٢.

٧- (٨) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الإيلاء حديث ٢.

اشتراطه من غير نقل الخلاف فيه (١)، وقد اعترف المصنف في بعض تحقيقاته بعدم وقوفه على خلاف فيه، والأخبار الصحيحة مصرحه باشتراطه فيه (٢) و في الظهار، وقد تقدم بعضها (٣)، و قيد القبل، أو مطلقا احترازا عما لو حلف على ترك وطئها دبرا فإنه لا ينعقد ايلاء (٤) كما لا تحصل الفئه به (٥).

و اعلم أن كل موضع لا ينعقد ايلاء مع اجتماع شرائط اليمين يكون (٦) يمينا، و الفرق بين اليمين، و الايلاء مع اشتراكهما في أصل الحلف و الكفاره الخاصه. جواز مخالفه اليمين في الايلاء، بل وجوبها (٧) على وجه مع الكفاره، دون اليمين المطلقه (٨)، و عدم اشتراط انعقاده (٩) مع تعلقه بالمباح بأولويته (١٠) دينا، أو دنيا، أو تساوى (١١) طرفيه، بخلاف اليمين (١٢)، و اشتراطه (١٣) بالإضرار ترك الوطى أقل من ذلك فلا إيلاء لخبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (قلت له: رجل آلى أن لا يقرب امرأته ثلاثه أشهر، فقال: لا يكون إيلاء حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر) (١٤)،

(١) في الاشتراط.

(٢) أى فى اشتراط الدخول فى الإيلاء.

(٣) فى الظهار.

(٤) لأن حقها هو الوطى قبلا فى كل أربعة أشهر كما تقدم فى كتاب النكاح، فلو حلف ترك وطئها دبرا أصلا ينافى حقها و لا يكون إيلاء فى البين.

(٥) أى بالوطء دبرا، و المراد أنه لا تتحقق الفئه بالوطء دبرا بل لا بد من الوطى قبلا بعد وقوع الإيلاء كما سيأتى بيانه.

(٦) أى يكون الحلف على ترك الوطى مع عدم شرائط الإيلاء يمينا.

(٧) أى وجوب المخالفه على نحو التخيير بين مخالفه الإيلاء أو الطلاق.

(٨) فلا تجوز المخالفه.

(٩) أى انعقاد الإيلاء.

(١٠) متعلق بقوله (بانعقاده).

(١١) عطف على قوله (بأولويته).

(١٢) فإنه يشترط فى متعلقه التساوى أو الأولويه بحيث لا ينعقد إذا كان مورده مرجوحا.

(١٣) أى اشتراط الإيلاء.

بالزوجه (١) كما علم من تعريفه (٢) فلو حلف على ترك وطئها لمصلحتها كإصلاح لبنها، أو كونها مريضه كان يمينا، لا إيلاء، و اشتراطه (٣) بدوام عقد الزوجه، دون مطلق اليمين (٤)، و انحلال اليمين على ترك وطئها بالوطء (٥) دبرا مع الكفاره، دون الإيلاء إلى غير ذلك من الأحكام المختصة بالإيلاء المذكوره فى بابہ (٦).

فى ما ينعقد الإيلاء به

(و لا ينعقد الإيلاء) كمطلق اليمين (إلا باسم (٧) الله تعالى) المختص به أو (١) بلا خلاف فيه، فلو حلف لصالح اللبن أو لتدبير فى مرض لم يكن له حكم الإيلاء، بل كان يمينا، لخبر السكونى عن أبى عبد الله (أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال: يا أمير المؤمنين، إن امرأتى أرضعت غلاما، و إن قلت: و الله لا أقربك حتى تفضميه فقال:

ليس فى الإصلاح إيلاء) (١).

(٢) أى تعريف الإيلاء، بخلاف اليمين فلا يشترط فيه ذلك.

(٣) أى الإيلاء.

(٤) فلا يشترط فى انعقاد مطلق اليمين دوام العقد.

(٥) متعلق بقوله (و انحلال) و المعنى لو حلف على ترك وطئها مطلقا فإنه يحنث لو وطئها دبرا و عليه الكفاره بخلاف الإيلاء فلو حلف على ترك وطئها مطلقا فلا تتحقق الفئه بالوطء دبرا.

(٦) أى باب الإيلاء.

(٧) لا إشكال و لا خلاف أن الإيلاء لا ينعقد إلا باسم الله تعالى أو بأسمائه الخاصه به أو الغالبه عليه لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (لا- أرى للرجل أن يحلف إلا بالله تعالى) (٢) و صحيح على بن مهزيار عن أبى جعفر الثانى عليه السلام فى حديث: (و ليس لخلقه أن يقسموا إلا به عزّ و جلّ) ٣ و للنبوى (من كان حالفا فليحلف بالله أو فليصمت) (٣) و الإيلاء من أفراد مطلق اليمين، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (ليس لخلعه أن يقسموا إلا به) ٥ و لخصوص صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (أيما رجل آلى من امرأته، و الإيلاء أن يقول: و الله لا أجامعك كذا و كذا) (٤) الحديث.

و إذا تقرر ذلك فلا بد من التللف بالله تعالى أو باسمه و لا يكفى نيه الحلف، نعم لا

ص: ٢٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الإيمان حديث ٤ و ١ و ٣.

٣- (٤) سنن البيهقى ج ١ ص ٢٨.

٤-٦) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

الغالب كما سبق تحقيقه فى اليمين، لا بغيره (١) من الأسماء و إن كانت معظمه، لأنه (٢) حلف خاص، و قد قال صلى الله عليه و آله و سلم «و من كان حالفا فليحلف بالله تعالى، أو فليصمت» و لا تكفى نيته (٣)، بل يعتبر كونه (متلفظا به (٤) و لا يختص بلغه، بل ينعقد (بالعربيه و غيرها) لصدقه (٥) عرفا بأى لسان اتفق،(و لا بد فى المحلوف عليه) و هو (٦) الجماع فى القبل (من اللفظ الصريح) الدال عليه (٧)(كادخال الفرج فى الفرج)، أو تغييب الحشفه فيه (٨)،(أو اللفظه المختصه بذلك) لغه و عرفا و هى يشترط التلفظ بالعربيه لعدم الدليل على اعتبارها بل يقع الحلف بكل لسان لصدق الإيلاء و الحلف معه، و مما تقدم يظهر أنه لا ينعقد فيما لو كان الحلف بالكعبه أو النبى صلى الله عليه و آله و سلم أو أحد الأئمه عليهم السلام مما هو محترم.

(١) بغير الله تعالى.

(٢) أى الإيلاء، و هو تعليل لاشتراط الحلف بالله دون غيره.

(٣) أى نيه الحلف بالله.

(٤) باسم الجلاله.

(٥) أى لصدق الحلف.

(٦) أى المحلوف عليه.

(٧) أى على الجماع فى القبل هذا و اعلم أنه إذا كان متعلق الإيلاء صريحا فى الجماع فى القبل فهو، كإدخال الفرج فى الفرج، أو يأتى باللفظه المختصه بهذا الفعل عرفا.

و إذا كان متعلق الإيلاء غير صريح فى الجماع فى القبل كلفظى الجماع و الوطى، فإنهما موضوعان لغه لغيره، و يعبر بهما عنه عرفا، فإن قصد بهما الإيلاء وقع بلا خلاف و لا إشكال، كما لا خلاف و لا إشكال فى عدم وقوعه لو قصد بهما غيره، و فيه أن لفظى الجماع و الوطى من ألفاظ الجماع فى القبل عرفا، و إن كانا موضوعين لغيره لغه، و عليه فهما من الألفاظ الصريحه فيقع الإيلاء بهما من دون اشتراط قصد الإيلاء زياده عن قصد المعنى من لفظهما و يدل عليه صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: هو أن يقول الرجل لامرأته: و الله لا أجامعك كذا و كذا) (١) الخبر، و لم يذكر قصد الإيلاء زياده على التلفظ بلفظ الجماع.

(٨) فى فرج المرأه.

ص: ٢٢٤

مشهوره (١).

و لو تلفظ بالجماع، أو الوطء و أراد الإيلاء صح)، و إلا (٢) فلا، لاحتمالهما (٣) إرادته غيره (٤)، فإنهما وضعا لغيره (٥) و إنما كُتِبَ بهما عنه (٦) عدولا عما يستهجن إلى بعض لوازمه (٧) ثم اشتهر فيه (٨) عرفا فوقع به (٩) مع قصده.

و التحقيق أن القصد (١٠) معتبر في جميع الألفاظ و إن كانت صريحه، فلا- وجه لتخصيص اللفظين به (١١). و اشتراكهما أو إطلاقهما لغيره (١٢) لا يضر مع إطباق العرف على انصرفهما إليه (١٣). و قد روى أبو بصير في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الإيلاء ما هو؟ قال: «هو أن يقول الرجل لامرأته: و الله لا أجامعك كذا و كذا الحديث، و لم يقيد (١٤) بالقصد فإنه (١٥) معتبر مطلقا (١٦)، (١) و لكن في المسالك جعلها مختصه بذلك عرفا فقط، و هذا يناهض ما ذكره هنا أنها موضوعه لغيره و عرفا.

(٢) أى و إن لم يرد الإيلاء.

(٣) أى احتمال لفظي الجماع و الوطى، و هو تعليل لعدم صحه الإيلاء عند عدم قصده.

(٤) غير الإيلاء.

(٥) لغير الجماع فى القبل، فالوطى هو الجماع كما فى مجمع البحرين، و الجماع هو غشيان الرجل المرأة، و هو أعم من الوطى فى القبل.

(٦) عن الجماع فى القبل.

(٧) و هو الغشيان الذى هو لازم الوطى فى القبل.

(٨) أى ثم اشتهر لفظا الجماع و الوطى فى الجماع فى القبل.

(٩) أى فوق الإيلاء بلفظ الجماع و الوطى مع قصد الإيلاء.

(١٠) أى قصد المعنى.

(١١) بالقصد، و المراد من اللفظين هو الجماع و الوطى.

(١٢) أى غير الوطى فى القبل.

(١٣) إلى الوطى فى القبل.

(١٤) أى لم يقيد لفظ الجماع الوارد فى الخبر بالقصد.

(١٥) أى القصد.

(١٦) فى هذين اللفظين و فى غيرهما من الألفاظ الصريحه.

ص: ٢٢٥

بل أجاب به (١) في جواب «ما هو» (٢) المحمول (٣) على نفس الماهية، فيكون (٤) حقيقه (٥) الإيلاء، و دخول غيره (٦) من الألفاظ الصريحه حينئذ (٧) بطريق أولى فلا ينافيه (٨) خروجها (٩) عن الماهية المجاب بها.

نعم يستفاد منه (١٠) أنه لا يقع بمثل المباحه، و الملامسه و المباشره التي يعبر بها عنه (١١) كثيرا و إن قصده (١٢)، لاشتهار (١٣) اشتراكها (١٤)، خلافا لجماعه حيث حكموا بوقوعه بها (١٥).

(١) أى بلفظ الجماع.

(٢) الوارد فى سؤال السائل.

(٣) صفه لقوله: (ما هو) و قد أريد به لفظه.

(٤) أى يكون الجماع الذى أجاب به الإمام عليه السلام هو حقيقه الإيلاء.

(٥) خبر لقوله: (فيكون).

(٦) أى غير الجماع، هذا و هم و حاصله: أن الجواب عن حقيقه الإيلاء بالجماع فقط دليل على خروج غيره من الألفاظ الصريحه، مع أنها داله على حقيقه الإيلاء قطعاً، و جواب أن الاقتصار على لفظ الجماع فى مقام بيان حقيقه الإيلاء، لأن الصريح داخل من باب أولى فلا داعى لذكره.

(٧) حين كون الجواب عن حقيقه الإيلاء بلفظ الجماع فقط.

(٨) أى لا ينافى الدخول المذكور.

(٩) فاعل لقوله (فلا ينافيه) و المراد بالخروج هو الخروج عن الجواب و عدم ذكرها فى جواب الماهية المسئول عنها.

(١٠) من صحيح أبى بصير المتقدم، و الحاصل أنه يستفاد من صحيح أبى بصير عدم وقوع الإيلاء بالمباحه و المباشره و الملامسه و نحوها، لإتيانه فى الجواب بما يدل على الجماع فى القبل بلفظ صريح عرفاً، فلا يقع بغيره مما لا يدل عليه لا لغه و لا عرفاً و إن عبر بها عن الجماع قبلاً فى العرف كثيرا إلا أنه لم يصل إلى حد الانصراف، فلو وصل إلى هذا الحد لكان مثله مثل لفظ الجماع الدال على الإيلاء من دون قصد إلا قصد معناه فقط.

(١١) أى التى يعبر بهذه المذكورات عن الجماع قبلاً.

(١٢) أى قصد الجماع قبلاً فلا يقع الإيلاء بهذه المذكورات.

(١٣) تعليل لعدم وقوع الإيلاء بها و إن قصده.

(١٤) إذ هى مشتركه بين الجماع و غيره.

(١٥) أى بوقوع الإيلاء بهذه المذكورات مع قصد الجماع قبلا منها.

ص: ٢٢٦

نعم لو تحقق في العرف انصرافها (١)، أو بعضها إليه (٢) وقع به (٣).

ويمكن أن تكون فائده تقييده (٤) بالإرادة أنه (٥) لا يقع عليه (٦) ظاهرا بمجرد سماعه موقعا للصيغه بهما، بل يرجع إليه في قصده فإن اعترف بإرادته (٧) حكم عليه (٨) به، وإن ادعى عدمه (٩) قبل، بخلاف ما لو سمع منه الصيغه الصريحه فإنه لا يقبل منه دعوى عدم القصد، عملا بالظاهر من حال العاقل المختار، و أما فيما بينه وبين الله تعالى فيرجع إلى نيته.

(و لو كنى بقوله: لا جمع رأسى و رأسك مخدّه (١٠) واحده، أو لا ساقفتك) بمعنى لا جمعنى و إياك سقف (١١) و قصد الإيلاء) أى الحلف على ترك وطئها (١) أى انصراف هذه المذكورات فتكون كلفظ الجماع و الوطى.

(٢) إلى الجماع فى القبل.

(٣) أى وقع الإيلاء فى المنصرف إلى الجماع.

(٤) أى تقييد الماتن للجماع أو الوطى بالإرادة.

(٥) أى أن الإيلاء، و هو غير ما أراده أولا من التعليل بقول الشارح: لاحتمالها إرادته غيره حيث إنه يرد عليه ما تقدم سابقا.

هذا و الفائده هى أنه إذا تلفظ بلفظ الجماع أو الوطى فلا يحكم عليه بالإيلاء ظاهرا بمجرد السماع لنطقه بهما، بل يرجع إليه فى القصد فإن اعترف بإرادته الإيلاء حكم عليه به، و إن ادعى عدم القصد قبل بخلاف الصيغه الصريحه فإنها تدل ظاهرا على قصد الإيلاء فلا يقبل منه دعوى عدم القصد، لأن الفاعل المختار بحسب الظاهر أن يكون عنده قصد لمعنى اللفظ الذى تلفظ به فلو ادعى عدمه لا يقبل منه.

(٦) على من نطق بلفظ الجماع أو الوطى.

(٧) أى إرادته الإيلاء.

(٨) على المعترف.

(٩) أى عدم قصد الإيلاء.

(١٠) بكسر الميم سميت بذلك لأنها موضع الخدّ عند النوم.

(١١) و ضابطه أنه أتى بلفظ يصلح أن يكون كناية عن الجماع فى القبل فهل يقع به الإيلاء مع قصده أو لا؟ قولان، ذهب الشيخ فى الخلاف و الحلّى و العلامه إلى عدم الوقوع بل هو الأشهر لاحتمال هذه الألفاظ لغير الجماع فى القبل احتمالا ظاهرا فلا يزول بها حل الوطى المتحقق. و لأصالة الحل عند الشك فى ارتفاعه، و لأن الطلاق لا يقع بالكناية مع

(حكم الشيخ) و العلامه فى المختلف (بالوقوع)، لأنه (١) لفظ استعمل عرفا فيما نواه فيحمل عليه (٢) كغيره من الألفاظ، و لدلاله ظاهر الأخبار عليه حيث دلت (٣) على وقوعه (٤) بقوله: لأغیظنك، فهذه (٥) أولى، و فى حسنه (٦) بريد عن قصده فكذا الإيلاء.

و عن الشيخ فى المبسوط و استحسنه المحقق و ذهب إليه العلامه فى المختلف إلى الوقوع، لإطلاق أدله الإيلاء، و لأنه لفظ قد استعمل عرفا فيما نواه فيحمل عليه كغيره من الألفاظ، و للأخبار:

منها: صحيح بريد بن معاويه (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول فى الإيلاء: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته و لا يمسه و لا يجمع رأسه و رأسها فهو فى سعه ما لم تمض الأربعة أشهر، فإذا مضت أربعة أشهر وقف، فإما أن يفىء فيمسه و إما أن يعزم على الطلاق فيخلّى عنها) (١) و صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: هو أن يقول الرجل لامرأته: و الله لا أجامعك كذا و كذا، و يقول: و الله لأغیظنك فيتربص بها أربعة أشهر) (٢) الخبر.

و جمع الرأسين من كنيات الجماع و كذا الفيض و أشكل على الخبر الأول بأنه ليس بصريح فى وقوع الإيلاء بالكنايه لاحتمال كون الواو للجمع لا- للتخيير فيتعلق الإيلاء بالجميع، و هو مشتمل على المسّ و المقاربه، و يعبر عن الجماع بهما كثيرا عند العرف، هذا و القاعده هو كفايه كل لفظ يدل على المعنى المقصود و لو بالمجاز أو الكنايه ما لم يأت دليل دال على اشتراط صراحه الألفاظ و هو مفقود فى المقام.

(١) أى لأن المذكور من الكنيات.

(٢) على ما نواه.

(٣) الأخبار.

(٤) وقوع الإيلاء بالكنايه.

(٥) أى هذه الكنيات المذكوره فى المتن أولى بالدلاله، لشيوع التعبير بها عن الجماع عرفا بخلاف الكنايه الوارده فى الخبر فإنها غير شائعه فى مقام التعبير عن الجماع.

(٦) بل هى صحيحه لأن إبراهيم بن هاشم الوارد فى سندها من شيوخ الإجازة و هذا ما يغنى عن التوثيق.

ص: ٢٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

الصادق عليه السلام أنه قال: «إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته، ولا يمسه، ولا يجمع رأسه و رأسها فهو في سعه ما لم تمض الأربعة أشهر».

و الأشهر عدم الوقوع، لأصالة الحل (١)، و احتمال الألفاظ (٢) لغيره (٣) احتمالاً ظاهراً فلا يزول الحل المتحقق بالمحتمل (٤)، و الروايات ليست صريحة فيه (٥).

و يمكن كون الواو في الأخيره (٦) للجمع فيتعلق بالإيلاء بالجميع، و لا يلزم تعلقه بكل واحد (٧).

و اعلم أن اليمين في جميع هذه المواضع (٨) تقع (٩) على وفق ما قصده من مدلولاتها، لأن اليمين تتعين بالنيه حيث تقع الألفاظ محتمله، فإن قصد بقوله: لا جمع رأسى و رأسك مخده نومهما مجتمعين عليها انعقدت (١٠) كذلك (١١) حيث لا أولويه في خلافها (١٢)، و إن قصد به (١٣) (١) لأن كل شيء حلال حتى تعرف أنه حرام بعينه فتدعه.

(٢) و هي الكنايات.

(٣) لغير الجماع في القبل.

(٤) بل يستصحب المتيقن.

(٥) في الوقوع بالكنايه، أما الثانيه المذكوره في كلام الشارح فقد تقدم وجه عدم الظهور و أما الأولى فلم أجد من أشكل على ظهورها، و هي الموافقه لمقتضى قواعد اللغه من الاكتفاء بكل لفظ دال على المقصود و لو بالمجاز أو الكنايه.

(٦) في الروايه الثانيه.

(٧) حتى يتعلق بمحل النزاع.

(٨) التي لم يقع فيها إيلاء.

(٩) أى تنعقد على وفق ما قصده من هذه الألفاظ، و هذا ما أشرنا إليه سابقاً أنه في كل مورد لم يقع الإيلاء لفقد شرط من شروطه فإنه ينعقد يمينا.

(١٠) أى اليمين بدون إيلاء.

(١١) أى نومهما مجتمعين عليها.

(١٢) أى في خلاف اليمين، لأنه لو كان هناك أولويه في خلاف متعلقها لما انعقدت، لأنه يشترط في متعلق اليمين عدم المرجوحه.

(١٣) أى بقوله: لا جمع رأسى و رأسك مخده.

الجماع انعقد (١) كذلك (٢)، و كذا غيره (٣) من الألفاظ حيث لا يقع الإيلاء به (٤).

فى أنه لا بد من تجريده عن الشرط و الصفه و عدم كونه يمينا

و لا بد من تجريده (٥) عن الشرط و الصفه (٦) على أشهر القولين لأصاله عدم الوقوع فى غير المتفق عليه، و هو (٧) المجرد عنهما (٨).

و قال الشيخ فى المبسوط و العلامه فى المختلف: يقع معلقا عليهما، لعموم القرآن السالم عن المعارض. و السلامه (٩) عزيزه (١٠).

(و لا يقع (١١) لو جعله يمينا (١٢) كأن يقول: «إن فعلت كذا فوالله لا (١) أى اليمين بدون إيلاء.

(٢) على الجماع.

(٣) أى غير قوله السابق: لا جمع رأسى و رأسك مخده.

(٤) من ذلك الغير.

(٥) أى تجريد الإيلاء.

(٦) ذهب الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس و العلامه فى أحد قوليه و ابنا حمزه و زهره و يحيى بن سعيد إلى تجريد الإيلاء عن الشرط و الصفه، لأصاله عدم وقوعه لو علق، و احتج عليه الشيخ فى الخلاف بإجماع الغرغه مع أنه قال الشيخ فى المبسوط بوقوعه معلقا على الشرط و الصفه و قواه العلامه فى المختلف، لأن الإيلاء من مصاديق الحلف، و الحلف يقع معلقا، و لعموم قوله تعالى: **لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (١)**، و أما النصوص المتقدمه التى فسرت الإيلاء منجزا إنما سيقت لبيان صيغته بالنسبه إلى المحلوف به و المحلوف عليه، لا غير ذلك مما يشمل المفروض.

(٧) أى المتفق عليه.

(٨) عن الشرط و الصفه.

(٩) أى سلامه العموم عن مخصص له.

(١٠) أى نادره و لذا قيل: ما من عام إلا و قد خص و إذا ثبتت السلامه فهذا ما يقوى العمل بالعموم.

(١١) أى الإيلاء.

(١٢) بأن يحلف على ترك و طئها إن دخلت الدار من باب الزجر لها عن الدخول.

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٦.

جامعتك» قاصدا تحقيق الفعل (١) على تقدير المخالفه (٢) زجرا لها عما علقه عليه (٣)، و بهذا (٤) يمتاز (٥) عن الشرط مع اشتراكهما فى مطلق التعليق فإنه لا يريد من الشرط إلا مجرد التعليق (٦)، لا الالتزام فى المعلق عليه (٧).

و يتميزان (٨) إن قلت: لا فرق بينه و بين الإيلاء المعلق على الشرط و قد حكم الماتن سابقا بطلانه فلا معنى لإعادته.

قلت: الفرق واضح، فجعل الإيلاء يمينا ممنوع عندنا بالاتفاق بخلاف الإيلاء المعلق على الشرط فهو مختلف فيه، و جعل الإيلاء يمينا هو أن يعلقه على شرط بقصد الزجر عنه بخلاف تعليق الإيلاء على الشرط فلا يقصد من الشرط إلا مجرد وقوعه، فيكون الإيلاء مرادا عند وقوع الشرط من غير قصد الانزجار عنه، و لأن جعل الإيلاء يمينا يقتضى الالتزام بترك الشرط تحقيقا لمعنى الانزجار، بخلاف تعليق الإيلاء على الشرط فلا يقتضى الالتزام بتركه لعدم قصد الانزجار عنه، و لأن الشرط فى اليمين إما فعله و إما فعلها ليصح الزجر عنه بخلاف الشرط فى صورته تعليق الإيلاء عليه فهو أعم من فعلهما و فعل غيرهما، لأن المقصود منه هو مجرد الوقوع.

و عليه فهما متشاركان صورته فى التعليق مختلفان معنى و حكما بالوجوه الأربعة المتقدمه.

يبقى الدليل على عدم وقوع الإيلاء يمينا، لأنه معلق على الشرط و قد عرفت أن الإيلاء لا ينعقد مع التعليق و عليه فلا يقع إيلاء.

و لأن الإيلاء هو مجموع قوله: و الله لا- أجامعك، و اليمين لا يكون إلا بالله فقط، فلو جعل تمام الجزاء المعلق يمينا للزم جعل المجموع يمينا و هو باطل، و عليه فلا ينعقد الإيلاء المذكور يمينا بحسب هذا الدليل كما لا ينعقد إيلاء بحسب الدليل السابق.

(١) من ترك الجماع.

(٢) أى مخالفتها للشرط.

(٣) أى زجرا لها عن الشرط الذى علق الفعل عليه.

(٤) أى بالزجر عن الشرط.

(٥) أى اليمين.

(٦) أى تعليق الإيلاء على مجرد وقوعه.

(٧) المعلق عليه هو الشرط و لا يريد منه فى الإيلاء الالتزام بتركه من باب الزجر عنه كما فى اليمين.

(٨) أى الشرط فى الإيلاء المعلق، و اليمين المذكور.

أيضا بأن الشرط أعم من فعلهما (١)، و اليمين لا تكون متعلقه إلا بفعلها، أو فعله (٢).

و عدم وقوعه (٣) يمينا، بعد اعتبار تجريده (٤) عن الشرط (٥)، و اختصاص (٦) الحلف بالله تعالى واضح.

(أو حلف بالطلاق (٧) أو العتاق) بأن قال: إن وطأتك ففلانه - إحدى زوجاته - طالق أو عبده حر، لأنه (٨) يمين بغير الله تعالى.

في ما يشترط في المولى

(و يشترط في المولى الكمال بالبلوغ و العقل و الاختيار و القصد (٩) إلى مدلول لفظه، فلا يقع من الصبي و المجنون و المكره و الساهي و العايب به و نحوهم ممن لا يقصد الإيلاء (و يجوز (١٠) من العبد (١١) بدون إذن مولاه اتفاقا حره كانت زوجته (١) أي فعل الزوجين، فهو أعم منه و من فعل غيرهما لأن المقصود منه مجرد الوقوع.

(٢) ليصح الزجر عنه.

(٣) أي وقوع الإيلاء.

(٤) تجريد الإيلاء.

(٥) و هو الدليل على عدم وقوعه إيلاء.

(٦) هو الدليل على عدم وقوعه يمينا.

(٧) مذهب الأصحاب أن الإيلاء يختص باليمين بالله تعالى، لأنه من أفراد مطلق الحلف، و لا حلف إلا بالله، و عن بعض العامة أن الإيلاء لا يختص بالحلف بالله فلو حلف بالطلاق أو العتاق أو الصدقه فيقع الإيلاء، و هو ضعيف لما سمعت.

و مثال الأول كأن يقول: إن جامعتك فأنت أو فلانه من زوجاته طالق.

و مثال الثاني كأن يقول: إن جامعتك فعبدي حر.

و مثال الثالث كأن يقول: إن جامعتك فمالي صدقه.

هذا من جهه و من جهه أخرى فعبارته الماتن (أو حلف بالطلاق) أنه لو حلف بالطلاق على ترك وطئها و لم يحلف بالله فلا يقع الإيلاء كما لا يقع لو جعله يمينا.

(٨) أي الحلف بالطلاق أو العتاق.

(٩) لا خلاف و لا إشكال في اعتبار البلوغ و العقل و الاختيار و القصد في المولى لما تقدم من الأدله العامه الداله على اشتراطها

فى غيرہ من العقود و الإيقاعات.

(١٠) أى الإيلاء.

(١١) بلا إشكال و لا خلاف لعموم أدله الإيلاء، مع عدم حق المولى فى وطنه أو تركه.

ص: ٢٣٢

أم أمه، إذ لا حق لسيدته في وطئه لها (١)، بل له (٢) الامتناع منه (٣) و إن أمره (٤) به (و من (٥) الكافر (الذمي) لإمكان وقوعه منه (٦) حيث يقرّ بالله تعالى، و لا ينافيه (٧) وجوب الكفاره المتعذره منه (٨) حال كفره، لامكانها (٩) في الجمله (١٠) كما تقدم في الظهار، و كان ينبغي أن يكون فيه (١١) خلاف مثله (١٢) للاشتراك في العله (١٣)، لكن لم ينقل هنا (١٤)، و لا وجه للتقييد (١٥) بالذمي، بل الضابط الكافر (١) أي في وطئ العبد لزوجته.

(٢) للعبد.

(٣) من الوطء.

(٤) أي أمر المولى العبد بالوطء.

(٥) أي و يجوز الإيلاء من الذمي و غيره من الكفار المقرين بالله، فيصح الحلف بالله منهم، و امتناع صحه الكفاره - التي هي عباده - منهم ما داموا كفارا لا يقدح في صحه الإيلاء، لأن الشرط في صحه الكفاره مقدور عليه بتقديمهم الإسلام، هذا و قال في المسالك:

(و التقييد بالذمي من حيث اعترافه بالله تعالى، و ينبغي أن لا يكون على وجه الحصر فيه، بل الضابط وقوعه من الكافر المقرّ بالله تعالى ليتوجه حلف به) انتهى.

هذا من جهه و من جهه أخرى لم يخالف أحد هنا في وقوع الحلف من الكافر المقرّ بالله حتى من الشيخ، مع أنه خالف في وقوع الظهار منه باعتبار امتناع صحه الكفاره منه ما دام كافرا، و كان على الشيخ أن لا يخالف في الظهار بعد موافقته في الإيلاء لأن المقتضى في كليهما واحد.

(٦) أي لإمكان وقوع الإيلاء من الكافر الذمي.

(٧) أي لا ينافي جواز الإيلاء.

(٨) من الكافر الذمي، لأن الكفاره عباده متوقفه على النيه، و لا تتأتى النيه من الكافر.

(٩) أي إمكان الكفاره.

(١٠) بأن يسلم و يكفر.

(١١) في الإيلاء.

(١٢) أي مثل الظهار.

(١٣) و هي عدم صحه الكفاره من الكافر.

(١٤) لكن لم ينقل الخلاف هنا في الإيلاء.

(١٥) أى لتقييد الكافر.

ص: ٢٣٣

المقرّر بالله تعالى ليتمكن حلفه به (١).

فى أنه إذا تم الإيلاء فللزوجه المرافعه

(و إذا تم الإيلاء) بشرائطه (فللزوجه المرافعه (٢) إلى الحاكم (مع امتناعه عن) (١) بالله.

(٢) قد تقدم أنه يعتبر فى الإيلاء أن يكون على ترك الوطى أبدا أو مطلقا، أو مده تزيد عن أربعة أشهر لخبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (رجل آلى أن لا يقرب امرأته ثلاثه أشهر فقال: لا يكون إيلاء حتى يحلف أكثر من أربعة أشهر) (١).

و لو وقع الإيلاء فللزوجه مهله و هى أربعة أشهر بعد الانعقاد لا يطالب فيها بشىء و لكن إن وطئ فيها كفر و انحل الإيلاء و يشهد له صحيح بكير بن أعين و بريد بن معاويه عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام (إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول و لا حق فى الأربعة أشهر، و لا أثم عليه فى كفه عنها فى الأربعة أشهر، فإن مضت الأربعة أشهر قبل أن يمسه فسكتت و رضيت فهو فى حل و سعه، فإن رفعت أمرها، قيل له:

إما أن تفىء فتمسها و إما أن تطلق، و عزم الطلاق أن يخلى عنها فإذا حاضت و طهرت طلقها و هو أحق برجعها ما لم تمض ثلاثه قروء، فهذا الإيلاء الذى أنزله الله تعالى فى كتابه و سنه رسوله صلى الله عليه و آله و سلم) (٢).

و لو مضت المده فإن صبرت فلا كلام، لأن الحق لها و لها إسقاطه، و إلا رفعت أمرها للحاكم الشرعى ليفىء أو يطلق، فإن فاء بمعنى وطئها ينحل الإيلاء و عليه الكفاره كما عن المشهور و يشهد له خير منصور بن حازم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل آلى من امرأته فمرت أربعة أشهر قال: يوقف فإن عزم الطلاق بانت منه و عليها عده المطلقه، و إلا كفر عن يمينه و أمسكها) (٣) فما عن الشيخ فى المبسوط من عدم الكفاره ليس فى محله.

و إن طلق فقد خرج من حقها و يقع الطلاق رجعا إن لم يكن ما يقتضى البينونه، لأن الرجعى هو الأصل فى الطلاق و لصحيح بكير و بريد المتقدم.

و إن امتنع عن الأمرين بعد مرافعه الحاكم حبس و ضيق عليه فى المطعم و المشرب حتى يفىء أو يطلق بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (الإيلاء هو أن يحلف الرجل على امرأته أن

ص: ٢٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب الإيلاء حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الإيلاء حديث ٣.

(الوطء فينظره الحاكم أربعة أشهر (١) ثم يجبره بعدها على الفئه) و هي وطؤها قبلا و لو بمسماه (٢) بأن تغيب الحشفه و إن لم ينزل مع القدره (٣) أو إظهار العزم عليه (٤) أول أوقات الإمكان مع العجز (أو الطلاق) (٥) فإن فعل أحدهما و إن (٦) كان الطلاق رجعيا خرج من حقها (٧) و إن امتنع منهما (٨) ضيق عليه في المطعم و المشرب و لو بالحبس حتى يفعل أحدهما، و روى أن «أمير المؤمنين عليه السلام» كان يحبسه في حظيره من قصب و يعطيه ربع قوته حتى يطلق (و لا- يجبره) الحاكم (على أحدهما عينا (٩)

لا- يجامعها، فإن صبرت عليه فلها أن تصبر، و إن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد ذلك: إما أن ترجع إلى المناكحه و إما أن تطلق، فإن أبي حبسه أبدا(١) و خبر ابن هلال عن الرضا عليه السلام قال: (ذكر لنا أن أجل الإيلاء أربعة أشهر بعد ما يأتیان السلطان فإذا مضت الأربعة الأشهر فإن شاء أمسك و إن شاء طلق، و الإمساك مسيس) و خبر حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (المولى إذا أبى أن يطلق قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل له حظيره من قصب و يحبسه فيها و يمنعه من الطعام و الشراب حتى يطلق)(٢)، و خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (كان أمير المؤمنين إذا أبى المولى أن يطلق جعل له حظيره من قصب، و أعطاه ربع قوته حتى يطلق)(٣).

(١) من حين الإيلاء، لا من حين المرافعه، لأن الأربعة أشهر من حين الإيلاء حق له و ليس لها المطالبه كما تقدم. و سيأتى البحث فيه مفصلا.

(٢) بمسمى الوطئ.

(٣) أى القدره على الوطئ.

(٤) على الوطئ.

(٥) عطف على قول الماتن: (على الفئه).

(٦) وصلية.

(٧) و إن كان له حق الرجوع عليها، غايته إن رجع بالطلاق يرجع حكم الإيلاء كما سيأتى.

(٨) من الطلاق و الفئه.

(٩) الحكم مقطوع به فى كلام الأصحاب، لأن الشارع خيره بين الأمرين على ما فى

ص: ٢٣٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الإيلاء حديث ٦ و ٧.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

و لا يطلق عنه (١) بل يخيره بينهما.

فى ما لو آلى مده معينه

(و لو آلى مده معينه) تزيد عن الأربعة (و دافع) فلم يفعل أحد الأمرين (٢) (حتى انقضت) المده (سقط حكم الإيلاء (٣)، لانحلال اليمين بانقضاء مدته (٤)، و لم تلزمه الكفاره مع الوطء و إن اثم بالمدافعه (و لو اختلفا فى انقضاء المده) المضروبه (٥) قدّم قول مدعى البقاء مع يمينه، لأصالة عدم الانقضاء (و لو اختلفا فى زمان وقوع الإيلاء حلف من يدعى تأخره)، لأصالة عدم التقدم، و المدعى للانقضاء فى الأول (٦) هو الزوجه، لتطالبه بأحد الأمرين، و لا- يتوجه كونها (٧) منه (٨)، أما الثانى (٩) النصوص السابقه فلا يجبر إلا على ما وجب عليه شرعا.

(١) أى و لا- يطلق الحاكم عنه بلا خلاف فيه للنبوى (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (١)، و لفحوى النصوص السابقه الداله على حبسه و التضييق عليه حتى يفىء أو يطلق.

(٢) من الفئه و الطلاق.

(٣) و لا تلزمه الكفاره مع الوطى بعد انقضاء المده، لأن الكفاره تجب مع الحنث فى اليمين، و لا يتحقق الحنث إلا مع الوطى فى المده المعينه، و المفروض انقضاؤها و مع الانقضاء يسقط حكم اليمين، بلا فرق فى الحكم بين ما لو رافعه إلى الحاكم و ألزمه بأحد الأمرين أو لم ترافعه، لاشتراكهما فى المقتضى، نعم يأنم بالمرافعه على تقدير المطالبه من الزوجه.

(٤) أى مده الإيلاء.

(٥) لو اختلفا فى انقضاء المده المضروبه للتربص و هى أربه أشهر بأن ادعت المرأه انقضاءها لتلزمه بالفئه أو الطلاق، و ادعى هو بقاءها، فالقول قول من يدعى بقاءها، لأصالة عدم انقضائها، و لأن مرجع دعوى انقضائها إلى تقدم زمان الإيلاء و من يدعى البقاء يدعى تأخر زمان الإيلاء، و الأصل عدم التقدم.

و مثله ما لو اختلفا فى زمان إيقاع الإيلاء فالقول قول من يدعى تأخره لأصالة عدم التقدم.

(٦) فى النزاع فى الانقضاء.

(٧) أى كون الدعوى بالانقضاء.

(٨) من الزوج.

(٩) أى النزاع الثانى و هو النزاع فى زمن وقوع الإيلاء.

١- (١) كنز العمال ج ٥ ص ١٥٥ رقم الحديث ٣١٥١.

فيمكن وقوعها (١) من كل منهما، فتدعى هي تأخر زمانه (٢) إذا كان مقدرا بمدته لم تمض (٣) قبل المده المضروبه (٤) فترافعه ليلزم بأحدهما، و يدعى (٥) تقدمه (٦) على وجه تنقضى مدته (٧) قبل المده المضروبه (٨) ليسلم من الالزام بأحدهما، و قد يدعى تأخره (٩) على وجه لا تتم الأربعة المضروبه (١٠)، لثلا يلزم (١١) إذا جعلنا مبدأها (١٢) من حين الايلاء، و تدعى هي تقدمه (١٣) لتتم (١٤).

فى أنه يصح الايلاء من الخصى و المجهوب

(١) أى وقوع الدعوى بتقدم زمن وقوع الايلاء.

(٢) أى زمان وقوع الايلاء.

(٣) هذه المده التى قيد الايلاء بها.

(٤) أى المضروبه للتربص، بحيث حلف على ترك وطئها خمسه أشهر.

(٥) أى الزوج.

(٦) أى تقدم زمن وقوع الايلاء.

(٧) أى مده الايلاء.

(٨) وهذا كله مبنى على أن المده المضروبه للتربص من حين الترافع لا من حين الايلاء.

(٩) تأخر زمن وقوع الايلاء.

(١٠) إذا جعلناه مضروبه للتربص من حين الايلاء.

(١١) أى لثلا يلزم الزوج بأحد الأمرين من الفئه أو الطلاق.

(١٢) مبدأ المده المضروبه للتربص.

(١٣) تقدم زمن وقوع الايلاء.

(١٤) أى تتم دعواها فى إلزام الزوج بأحد الأمرين.

(١٥) لا إشكال و لا خلاف فى صحه الايلاء من الخصى الذى يولج و لا ينزل، لعموم أدله الايلاء، و كذا لا إشكال و لا خلاف فى صحه الايلاء من المجهوب الذى بقى من آله ما يتحقق به اسم الجماع للعموم أيضا.

و فى تحقق الايلاء من المجهوب الذى لم يبق من آله ما يتحقق به اسم الجماع خلاف، فعن الشيخ فى المبسوط و المحقق فى

الشرائع و العلامه فى التحرير و الإرشاد و التبصره الوقوع لعموم أدله الإيلاء، و عن الشارح فى المسالك و جماعه العدم لأن متعلق الإيلاء هو وطئ الزوجه و هو ممتنع فى مفروض مسألتنا، فيكون الحلف حلفا على الممتنع، و هو باطل، و لأنه يشترط فى الإيلاء الإضرار بالزوجه و هو غير متحقق فى المقام لأنه منفى بانتفاء موضوعه.

ص: ٢٣٧

الوطء إجماعاً، و لو لم يبق ذلك فكذلك (١) عند المصنف و جماعه، لعموم الآيات، و إطلاق الروايات.

و الأقوى عدم الوقوع، لأن متعلق اليمين (٢) ممتنع (٣) كما لو حلف أن لا يصعد إلى السماء، و لأن شرطه (٤) الاضرار بها، و هو (٥) غير متصور هنا (٦) و فئته (٧) على تقدير وقوعه منه (٨) (العزم على الوطء مظهراً له) أى للعزم عليه (معتذراً من عجزه)، و كذا فئه الصحيح (٩) (لو انقضت المده و له مانع من الوطء) عقلي كالمرض، أو شرعي كالحيض (١٠)، أو عادي كالتعب، و الجوع، و الشبع.

(١) أنه يصح الإيلاء منه.

(٢) أى الإيلاء من المجبوب غير القادر على الوطء.

(٣) فيكون الحلف على تركه عبثاً.

(٤) شرط الإيلاء.

(٥) أى الإضرار بالزوجه.

(٦) لانتفاء موضوعه.

(٧) أى فئه المجبوب الذى لا يمكنه الوطء.

(٨) على تقدير وقوع الإيلاء من المجبوب.

(٩) أى تكون فئته بالعزم على الوطء إذا كان الصحيح معذوراً فى ترك الوطء، هذا و اعلم أنه إذا انقضت مدته التريص و كان هناك مانع يمنع من الوطء فلا- يخلو إما أنه يكون المانع من جهتها كالحيض و المرض و الإحرام و النفاس و الاعتكاف و الصيام فليس لها المطالبه بالفئه بمعنى الوطء الفعلى بلا خلاف فيه لأنه معذور و الحال هذه و لا مضاره لها.

و لكن هل لها المطالبه بالفئه بمعنى العزم على الوطء فعن الشيخ المنع لأن الامتناع من جهتها و فيه: أن عدم قبول المحل كعدم قدره من الفاعل فكما يلزم العاجز عن الوطء بإظهار العزم كذلك يلزم هنا و لذا ذهب جماعه منهم المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك بأن لها المطالبه بفئه العاجز عن الوطء.

و أما أن يكون المانع من جهته كالمرض و الإحرام و الصوم ففئته بإظهار العزم على الوطء، لأن فئه القادر هو الوطء فى القبل و إن كان عاجزاً عن ذلك ففئته باللسان و هو أن يرجع عن الإيذاء و الإضرار بلا خلاف فيه.

(١٠) مانع من جهتها، و فى هذا رد على الشيخ حيث لم يوجب عليه الفئه باللسان فى خصوص هذا المورد.

في الكفاره

(و متى وطأ) المولى (لزمته الكفاره (١)، سواء كان في مده التربص (٢) أو قبلها لو جعلناها (٣) من حين المرافعه (أو بعدها (٤) لتحقق الحنث في الجميع، و هو (٥) في غير الأخير (٦) موضع وفاق، و نفاها فيه (٧) الشيخ في المبسوط، لأصالة البراءه، و أمره به (٨) المنافى للتحريم (٩) الموجب للكفاره، و الأصح أنه (١٠)

(١) إذا وطئ في مده التربص بناء على أنها من حين الإيلاء لزمته الكفاره بلا خلاف لقوله تعالى: فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ، أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ (١).

و لو وطئ بعد المده فكذلك كما هو الأكثر لإطلاق الآيه المتقدمه و لخبر منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل آلى من امرأته فمرت به أربعة أشهر قال عليه السّلام: يوقف فإن عزم الطلاق بانت منه و عليها عده المطلقه و إلا كفر عن يمينه و أمسكها) (٢)، و مرسل العياشى عن أبي عبد الله عليه السّلام (سئل إذا بانت المرأه من الرجل هل يخطبها من الخطأب؟ قال: يخطبها على تطليقتين و لا يقربها حتى يكفر يمينه) (٣).

و عن الشيخ في المبسوط أنه لا كفاره لأصالة البراءه بعد الشك أو الظن بخروج هذا الفرض كما دل على وجوب الكفاره عند الحنث، و لأنه يجب عليه الوطئ بعد المده فينحل اليمين لأنه يشترط في متعلقه أن لا يكون مرجوحا و عليه فلا كفاره مع الحنث، و فيه أنه لا- أصل مع عموم الأدله، و لأن الإيلاء يخالف مطلق اليمين بأحكام، و هذا منها، و هو كون متعلقه مرجوحا فينعقد إذا كان إيلاء و لا ينعقد إذا كان يميناً.

(٢) إن جعلناها من حين الإيلاء.

(٣) أى جعلنا مده التربص.

(٤) بعد مده التربص.

(٥) أى لزوم الكفاره.

(٦) الأخير هو ما بعد مده التربص.

(٧) في الأخير.

(٨) أى و أمر المولى بالوطء، و هو من باب إضافه المصدر لمفعوله.

(٩) أى تحريم الوطئ الناشئ من الحلف على تركه.

(١٠) أى أن الوطئ بعد مده التربص.

١- (١) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الإيلاء حديث ٣ و ٤.

كغيره، لما ذكر (١)، و لقوله تعالى: ذَلِكَ كَفَّارَةٌ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ (٢) و لم يفصّل، و لقول الصادق عليه السّلام فى من آلى من امرأته فمضت أربعة أشهر:

«يوقف فإن عزم الطلاق بانته منه، و إلا كفر يمينه و أمسكها».

فى أن مده الإيلاء من حين الترافع إلى الحاكم

(و مده الإيلاء من حين الترافع (٣) فى المشهور كالظهار، لأن ضرب المده إلى (١) من تحقق الحنث.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

(٣) المشهور بين الأصحاب أن مده التربص من حين المرافعة لا- من حين الإيلاء، لخبر العباس بن هلال عن الرضا عليه السّلام (ذكر لنا أن أجل الإيلاء أربعة أشهر بعد ما يأتیان السلطان، فإذا مضت الأربعة الأشهر فإن شاء أمسك و إن شاء طلق، و الإمساك الميسر) (١)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث: (فإن صبرت عليها فلها أن تصبر و إن رفعته إلى الحاكم أنظره أربعة أشهر ثم يقول له بعد ذلك: إما أن ترجع إلى المناكحة و إما أن تطلق) (٢)، و خبر البزنطى عن الرضا عليه السّلام (سأله صفوان و أنا حاضر عن الإيلاء فقال: إنما يوقف إذا قدمه إلى السلطان فيوقفه السلطان أربعة أشهر ثم يقول له: إما أن تطلق و إما أن تمسك) (٣)، و خبر أبى مريم (أنه سأله عن رجل آلى من امرأته قال: يوقف قبل الأربعة أشهر و بعدها) (٤).

مؤيدا بأن ضرب المده حكم شرعى باق على العدم الأصلي فيتوقف ثبوته على حكم الحاكم، و لأصالة عدم التسلط على الزوج بحبس أو غيره إلا مع تحقق سببه.

و من ابن أبى عقيل و ابن الجنيد و العلامة فى المختلف و ولده فى الإيضاح و الشارح فى المسالك و غيرهم أنها من حين الإيلاء لظاهر قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ (٣) حيث رتب التربص على الإيلاء فلا- يشترط غيره، و صحيح بريد بن معاوية (سمعت أبى عبد الله عليه السّلام يقول فى الإيلاء: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته و لا يمسيها و لا يجمع رأسه و رأسها فهو فى سعه ما لم تمض الأربعة أشهر، فإذا مضت أربعة أشهر وقف فإذا أن يفىء فيمسيها و إما أن يعزم على الطلاق) (٤)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (أَيُّمَا رَجُلٍ آلَى مِنْ امْرَأَتِهِ، وَ الْإِيْلَاءُ أَنْ يَقُولَ: وَ اللَّهُ لَا

ص: ٢٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الإيلاء حديث ٧.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الإيلاء حديث ٦ و ٥ و ٣.

٣- (٥) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

الحاكم (١) فلا يحكم بها قبلها (٢)، ولأنه (٣) حقها فيتوقف على مطالبتها، ولأصالة عدم التسلط على الزوج بحبس، وغيره (٤) قبل تحقق السبب (٥).

وقيل: من حين الإيلاء عملاً - بظاهر الآيه حيث رتب التبرص عليه (٦) من غير تعرض للمرافعه، وكذا الأخبار. وقد تقدم في الخبر السابق (٧) ما يدل عليه.

و في حسنه (٨) يريد عن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون إيلاء ما لم يمض أربعة أشهر، فإذا مضت وقف، فإما أن يفىء، وإما أن يعزم على الطلاق». فعلى هذا (٩) لو لم ترافعه حتى انقضت المده أمره (١٠) أجامعك كذا وكذا - إلى أن قال - فإنه يتبرص به أربعة أشهر ثم يؤخذ بعد الأربعة أشهر فيوقف (١١)، و صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: هو أن يقول الرجل لامرأته: والله لا أجامعك كذا وكذا - إلى أن قال - فيتبرص بها أربعة أشهر ثم يؤخذ فيوقف بعد الأربعة أشهر فإن فاء، وهو أن يصلح أهله فإن الله غفور رحيم، وإن لم يف جبر على أن يطلق) (١٢).

و الطائفة الأولى من الأخبار ضعيفه السند فلا تصلح لمعارضه هذه الأخبار الصحيحه مع أن توقف ضرب المده على حكم الحاكم بحاجه إلى دليل وهو منفى، وهذه الأخبار الصحيحه هي التي أخرجت ضرب المده من حكم العدم الأصلي إلى حين الإيلاء، وهذه الأخبار هي التي قطعت أصاله عدم التسلط على الزوج.

(١) لأن ضربه بالمده حكم شرعى متوقف على حكم الحاكم.

(٢) أى لا يحكم بالمده قبل المرافعه.

(٣) أى الوطى حق للزوجه.

(٤) من التضييق فى الطعام و الشراب.

(٥) ولا نجزم بتحقيق السبب إلا بانقضاء المده بعد المرافعه.

(٦) على الإيلاء.

(٧) وهو خبر منصور بن حازم الوارد فى ثبوت الكفاره بالوطء بعد مده التبرص.

(٨) بل هي صحيحه، وقد نقلها بالمعنى.

(٩) من كون مده التبرص من حين الإيلاء.

(١٠) أى أمر الحاكم الزوج.

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

فى ما يزول حكم الإيلاء به

(و يزول حكم الإيلاء بالطلاق البائن (٢)، لخروجها (٣) عن حكم الزوجيه. و الظاهر أن هذا الحكم (٤) ثابت و إن عقد عليها ثانيا فى العده (٥)، لأن العقد لم يرفع حكم الطلاق، بل أحدث نكاحا جديدا كما لو وقع (٦) بعد العده، بخلاف الرجعه فى الرجعى (٧) و لو كان الطلاق رجعيا خرج من حقها (٨)، (١) أى بلا مهله و انتظار.

(٢) اعلم أنه لو اختار المولى الطلاق صح و وقع رجعيا ما لم يكن ما يقتضى السينونه، لأن الرجعى هو الأصل فى الطلاق و لصحيح بريد عن أبى عبد الله عليه السلام (فإذا مضت الأربعة أشهر وقف فإما أن يفىء فيمسها و إما أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها حتى إذا حاضت و طهرت من محيضها طلقها تطليقه قبل أن يجامعها بشهاده عدلين، ثم هو أحق برجعته ما لم تمض الثلاثه أقرأ) (١) و هذا ما عليه الأكثر، و ربما قبل بوقوعه بائنا و لم يعرف المخالف بعينه و إن أرسله بعض كما فى الجواهر لصحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (المولى إذا وقف فلم يفىء طلق تطليقه بائنه) ٢ و مثله خبره الآخر ٣، و هى لا تصلح لمعارضه ما تقدم بعد إعراض الأصحاب عنها، و عليه فإن استمر على الطلاق حتى خرجت من العده فهو و إن رجع عاد الإيلاء لرجوع العقد الذى تعلق به الحلف، لأن الحلف تعلق بالزوجيه و هى ناشئه من العقد الأول فيدور الحلف مداره وجودا و عدما.

و لذا لو طلقها بائنا فيزول حكم الإيلاء لزوال العقد الذى تعلق به الحلف، فلو عقد عليها ثانيا فى أثناء العده البائنه أو عقد عليها بعد انقضاء العده الرجعيه فلا يعود حكم الإيلاء الثابت للعقد الأول بلا خلاف فى ذلك و لا إشكال.

(٣) أى المولى منها.

(٤) من زوال الإيلاء بالطلاق.

(٥) أى العده البائنه.

(٦) أى العقد الثانى.

(٧) فلا يسقط حكم الإيلاء لبقاء زوجيه الرجعيه، و لكن بالطلاق الرجعى خرج من حق وطئها.

(٨) بالنسبه لو طئها.

ص: ٢٤٢

لكن لا يزول حكم الايلاء إلا بانقضاء العده، فلو راجع فيها (١) بقى التحريم (٢).

و هل يلزم حينئذ (٣) بأحد الأمرين (٤) بناء على المده السابقه (٥) أم يضرب له (٦) مده ثانيه (٧)، ثم يوقف بعد انقضائها (٨)؟ وجهان. من بطلان (٩) حكم الطلاق (١٠)، و عود النكاح الأول بعينه (١١)، و من ثم جاز طلاقها (١٢) قبل الدخول و كان الطلاق رجعيا (١٣)، بناء على عود النكاح الأول، و أنها (١٤) فى حكم الزوجه، و من (١٥) سقوط الحكم عنه (١٦) بالطلاق فيفتقر (١٧) إلى حكم جديد (١٨)، استصحابا لما قد ثبت (١٩). و بهذا (٢٠) جزم فى التحرير.

(١) فى العده الرجعيه.

(٢) أى تحريم وطئها.

(٣) حين الطلاق الرجعى بعد مده التربص إلا أنه رجع إليها فى العده.

(٤) من الفئه أو الطلاق.

(٥) أى المده السابقه للتربص قبل الطلاق.

(٦) بعد الرجوع.

(٧) للتربص.

(٨) بعد انقضاء المده الثانيه.

(٩) دليل للاكتفاء بالمده السابقه.

(١٠) و قد بطل بالرجوع.

(١١) فتعود أحكامه و من جملتها احتساب المده السابقه.

(١٢) أى بعد الرجوع.

(١٣) و المعنى لو لا عود النكاح الأول لكان الطلاق الثانى قبل الدخول طلاقا بائنا، و مع أنه طلاق رجعى بالاتفاق باعتبار الدخول قبل الطلاق الأول و هذا كاشف عن عود النكاح الأول بالرجعه.

(١٤) دليل ثان للاكتفاء بالمده السابقه.

(١٥) دليل لضرب مده ثانيه.

(١٦) أى سقوط حكم التبرص عن المولى بسبب الطلاق.

(١٧) أى الإلزام بأحد الأمرين.

(١٨) من ضرب مده ثانية.

(١٩) من سقوط حكم التبرص الأول.

(٢٠) أى الاحتياج إلى ضرب مده ثانية.

ص: ٢٤٣

ثم إن طلق و في (١)، و إن راجع ضربت له مده أخرى (٢) و هكذا.

(و كذا يزول حكم الإيلاء بشراء الأمه ثم عتقها و تزوجها) بعده (٣)، لبطلان العقد الأول بشرائها، و تزويجها بعد العتق حكم جديد كتزويجها بعد الطلاق البائن، بل أبعد (٤).

و لا فرق (٥) بين تزويجها بعد العتق، و تزويجها به (٦) جاعلا له (٧) مهرا، لاتحاد العله (٨)، و هل يزول (٩) بمجرد شرائها من غير عتق؟ الظاهر ذلك (١٠)، لبطلان العقد بالشراء (١١)، و استباحتها حينئذ (١٢) بالملك. و هو (١٣) حكم جديد غير الأول (١٤)، (١) أي بعد ضرب المده الثانيه لو طلق المولى فقد و في بحكم الحاكم من إلزامه بأحد الأمرين.

(٢) و هي مده ثالثه و هكذا.

(٣) بعد العتق، إذا آلى الحر من زوجته التي هي أمه الغير، ثم اشتراها و أعتقها و تزوجها لم يرجع الإيلاء بلا- خلاف فيه و لا إشكال، لأن الإيلاء قد تعلق بالزوجه الآتية من السبب الأول، و إذا زال السبب الأول زال التحريم لزوال متعلقه، فلو عادت الزوجه بسبب ثان لا يعود الإيلاء لأصالة البراءة.

و لذا تعرف أن الحل هنا متوقف على مجرد الشراء، لأن الوطى بالملك سبب جديد غير التزويج الذي كان سببا سابقا فلا داعى للعتق و التزويج كما فرض في كلام الكثير من الفقهاء.

(٤) وجه البعد أن سبب الفراق هنا اثنان الشراء ثم العتق و في الطلاق واحد.

(٥) في زوال حكم الإيلاء.

(٦) بالعتق.

(٧) للعتق.

(٨) و هي أن الحل هنا بسبب جديد غير السبب الذي تعلق به الإيلاء.

(٩) حكم الإيلاء.

(١٠) أنه يزول.

(١١) إذ لا يستباح البضع بسبيين.

(١٢) أي حين الشراء.

(١٣) أي الملك.

(١٤) وهو العقد.

ص: ٢٤٤

و لكن الأصحاب فرضوا المسأله كما هنا (١).

نعم لو انعكس الفرض (٢) بأن كان الملى عبدا فاشترته الزوجه توقف حلها له (٣) على عتقه، و تزويجه ثانيا. و الظاهر بطلان الإيلاء هنا (٤) أيضا (٥) بالشراء و إن توقف حلها له على الأمرين (٦)، كما بطل (٧) بالطلاق البائن و إن لم يتزوجها.

و تظهر الفائدة (٨) فيما لو وطأها بعد ذلك (٩) بشبهه، أو حراما فإنه لا كفاره (١٠) إن ابطنناه (١١) بمجرد الملك (١٢) و الطلاق (١٣).

فى عدم تتكرر الكفاره بتكرر اليمين

(و لا تتكرر الكفاره بتكرر اليمين (١٤)، (١) من فرض العتق و التزويج بعد الشراء، مع أن الشراء كاف فى إزالة حكم الإيلاء.

(٢) بأن آلى العبد من زوجته الحره فلو اشترته و أعتقته و تزوج بها فيزول حكم الإيلاء، لأن الحل ثانيا بسبب جديد غير السبب الذى تعلق به الإيلاء.

بل زوال الإيلاء متوقف على الشراء، لأنه بالشراء زال العقد الأول الذى تعلق به التحريم كما يزول العقد الأول الذى تعلق به التحريم بالطلاق فى غيره، نعم لو اشترته و زال الإيلاء لا- يباح لها بالملك و لا بالعقد ما دام مملوكا لها بل لا بد من العتق و العقد حتى يباح لها حينئذ.

(٣) أى حل وطئها للمولى.

(٤) فيما لو آلى العبد من زوجته الحره.

(٥) كبطلان الإيلاء بالشراء فى الفرع السابق.

(٦) من العتق و التزويج.

(٧) أى الإيلاء.

(٨) فى بطلان حكم الإيلاء بالشراء، و لا تحل له حينئذ إلا بعد العتق و التزويج.

(٩) بعد بطلان حكم الإيلاء بالشراء و قبل العتق و التزويج.

(١٠) لزوال حكم الإيلاء بسبب زوال الزوجيه.

(١١) أى أبطلنا الإيلاء.

(١٢) فى صورته شراء الحره زوجها المولى.

(١٣) فى صوره الطلاق البائن و إن لم يتزوجها، نعم لو قلنا أنه لا يبطل الإيلاء إلا بالعتق بعد الشراء لزمته الكفاره.

(١٤) لا إشكال فى عدم تكرار الكفاره بتكرار اليمين إذا قصد التأكيد، أما إذا أطلق أو قصد التأسيس ففيه صورتان.

ص: ٢٤٥

سواء (قصد التأكيد (١) و هو تقوية الحكم السابق،(أو التأسيس) و هو احداث حكم آخر، أو أطلق (٢)(إلا مع تغاير الزمان (٣) أى زمان الإيلاء و هو الوقت المحلوف على ترك الوطء فيه، لا- زمان الصيغه، بأن يقول: و الله لا- وطأتك سته أشهر فإذا انقضت فو الله لا- وطأتك سنه، فيتعدد الإيلاء إن قلنا بوقوعه (٤) معلقا على الصفه. و حينئذ (٥) فلها المرافعه لكل منهما، فلو ماطل في الأول حتى انقضت مدته انحلّ و دخل الآخر و على ما اختاره المصنف سابقا من اشتراط تجريده عن الشرط و الصفه يبطل الثانى (٦)، و لا يتحقق تعدد الكفاره بتعدد (٧)، و لا يقع الاستثناء (٨) موقعه.

(و فى الظهار خلاف أقره التكرار (٩) بتكرر الصيغه سواء فُرق الظهار أم الأولى: أن يكون المحلوف عليه واحدا و زمانه واحدا و ظاهر الأصحاب أنه لا تتكرر الكفاره لصدق الإيلاء مع تعدد اليمين فيكفيه كفاره واحده و أشكل عليهم الشارح فى المسالك بأن كل واحد سبب مستقل فى إيجاب الكفاره و الأصل عدم التداخل.

الصوره الثانيه: أن يكون المحلوف عليه واحدا و هو ترك الوطى و الزمان متعددا كما لو قال: و الله لا جامعتك خمس أشهر فإذا انقضت فو الله لا جامعتك سنه، فقد أتى بيمينين، الأول منهما منجز و الثانى معلق على انقضاء الأول، و عليه فإن قلنا ببطلان الإيلاء المعلق اختص البحث بالأول، و إن قلنا بصحته فلها المطالبه بعد مضى أربعة أشهر بموجب الإيلاء الأول، و لها المطالبه بعد مضى أربعة أشهر من حلول الثانى، لأن كلا منهما إيلاء له حكمه.

(١) و هو تأكيد الأول بالثانى.

(٢) بأن لم يقصد التأكيد و لا التأسيس.

(٣) أى زمان المحلوف عليه لا زمان الصيغه.

(٤) أى الإيلاء.

(٥) أى حين تعدد الإيلاء.

(٦) لأنه معلق على انقضاء الأول بخلاف الأول فإنه منجز.

(٧) لعدم وقوع التعدد، باعتبار أن الثانى معلق و هو باطل على مبنى المصنف سواء تغاير زمن المحلوف عليه أم لا، و منه تعرف ضعف استثناء تغاير الزمان فى كلام الماتن.

(٨) و هو قول الماتن: (إلا مع تغاير الزمان).

(٩) لو ظاهر من زوجته مرارا و جب عليه بكل مره كفاره، سواء فُرق الظهار أم لا، و سواء عاد لما قال بعد كل ظهار أم لم يعد إلا بعد الأخير كما عليه الأكثر لأصالة تعدد المسبب

تابعه في مجلس واحد، و سواء قصد التأسيس أم لم يقصد ما لم يقصد التأكيد، لصحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات، أو أكثر فقال عليه السلام: «قال على عليه السلام: مكان كل مره كفاره» و غيرها من الأخبار.

و قال ابن الجنيد لا تتكرر إلا مع تغاير المشبهه بها (١)، أو تخلل التكفير، استنادا إلى خبر لا دلالة فيه على مطلوبه.

في إذا وطأ المؤلى ساهيا، أو مجنونا

(و إذا وطأ المؤلى ساهيا، أو مجنونا، أو لشبهه (٢) لم تلزمه كفاره، لعدم بتعدد السبب و للأخبار:

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر ما عليه؟ قال: عليه مكان كل مره كفاره) (١) و صحيحه الآخر عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر فقال: قال على عليه السلام: مكان كل مره كفاره) ٢ و صحيح الحلبي (سألته أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات، قال: يكفر ثلاث مرات) ٣ و خبر جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (فيمن ظاهر من امرأته خمس عشره مره قال: عليه خمس عشره كفاره) ٤، و هي مطلقه تشمل ما ذكرناه، و عن ابن الجنيد التفصيل بتعدد المشبه بها كالأم و الأخت فتتعدد الكفاره، و إذا اتحد و المشبه بها كالأم فتتحد الكفاره و إن فرق الظهار على مجلسين إلا أن يتخلل التكفير فتتعدد الكفاره لأنه مع تعدد المشبه بها تكون حرمتين قد انتهك كل واحده منهما فيجب لكل واحده كفاره و لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل ظاهر من امرأته أربع مرات في مجلس واحد قال: عليه كفاره واحده) (٢).

و ردّ بإمكان حمله على صورته التأكيد و لذا صرح أكثر من واحد بعدم تكرار الكفاره في هذه الصوره بل صرح الفخر في الإيضاح في أن محل الخلاف غير صورته التأكيد، و على كل فلا دلالة فيه على تفصيل ابن الجنيد.

(١) كالأم و الأخت و غيرها.

(٢) إذا وطأ المؤلى ساهيا أو مجنونا أو اشتبهت بغيرها من حلاله أو نحو ذلك من الأحوال

ص: ٢٤٧

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب الظهار حديث ٤ و ١ و ٢ و ٣.

٢- ((٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب الظهار حديث ٤.

الحنث (و بطل حكم الايلاء عند الشيخ)، لتحقق الإصابه (١)، و مخالفه مقتضى اليمين، كما يبطل لو وطأ متعمدا لذلك (٢)، و إن (٣) وجهت الكفاره (٤). و تبعه على هذا القول جماعه. و نسبة المصنف القول إليه (٥) يشعر بتمريضه.

و وجهه أصاله البقاء (٦)، و اغتفار الفعل بالأعذار (٧)، و كون الايلاء يمينا.

و هي (٨) فى النفى تقتضى الدوام، و النسيان و الجهل لم يدخلا تحت مقتضاها، لأن الغرض من البعث و الزجر فى اليمين إنما يكون عند ذكرها، و ذكر المحلوف عليه حتى يكون تركه (٩) لأجل اليمين (١٠). مع أنه (١١) فى قواعد استقرب انحلال اليمين مطلقا (١٢) بمخالفه مقتضاها نسيانا و جهلا و إكراها مع عدم الحنث (١٣)، التى لا يكون بها عامدا فلا إشكال فى عدم وجوب الكفاره، لأنه لا تقصير منه فيندرج تحت عموم من رفع عنه الخطأ و النسيان من الأمة.

و إنما الكلام فى انحلال اليمين فالشيخ حكم بالانحلال و بطلان الإيلاء و تبعه عليه جماعه منهم العلامة جازما من غير خلاف، و وجهه أنه قد أوجد المحلوف عليه و تحققت الإصابه إلا- أنه لم يؤاخذ من ناحيه تقصيره فكان كما لو خالف عمدا، و إن اختلفا فى وجوب الكفاره و عدمها.

و توقف فيه المحقق فى الشرائع و الماتن فى اللمعه لأن المراد من اليمين الالتزام بالمتعلق، و لا- يكون ذلك إلا حال التذكر، فليس الفرض حينئذ متعلقا لليمين حتى تنحل بفعله.

(١) و هي الوطى فى القبل مع أنه قد حلف على تركه.

(٢) أى لتحقق الإصابه و مخالفه مقتضى اليمين.

(٣) وصلية.

(٤) فى صوره العمد.

(٥) إلى الشيخ.

(٦) أى بقاء الإيلاء بالاستصحاب.

(٧) و كأنه لم يقع.

(٨) أى اليمين.

(٩) ترك المحلوف عليه.

(١٠) و ليس ذكر عند الجهل و النسيان.

(١١) أى الماتن.

(١٢) إِيْلَاءُ كَانَتْ أُمٌ غَيْرُهُ.

(١٣) أَيْ عَدَمُ الْحَنْثِ الْمَوْجِبِ لِلْكَفَّارَةِ.

ص: ٢٤٨

محتجا بأن المخالفة قد حصلت و هي (١) لا- تتكرر، و بحكم (٢) الأصحاب بيطلان-الإيلاء بالوطء ساهيا مع أنها (٣) يمين. فنسب الحكم المذكور (٤) هنا (٥) إلى الأصحاب، لا إلى الشيخ وحده (٦). و للتوقف وجه.

فى ما لو ترفع الذميان إلينا

(و لو ترفع الذميان إلينا) فى حكم الإيلاء (تخير الإمام (٧)، أو الحاكم) المترافع إليه (بين الحكم بينهم بما يحكم على المؤلى المسلم، و بين ردهم إلى أهل ملتهم) جمع الضمير للاسم المثنى (٨) تجوزا، أو بناء على وقوع الجمع عليه (٩) حقيقه (١) أى المخالفة.

(٢) أى و محتجا بحكم الأصحاب.

(٣) أى مع أن الإيلاء.

(٤) من الانحلال.

(٥) أى فى القواعد.

(٦) كما فى هذا الكتاب.

(٧) الذميان إذا ترفعا إلينا كان الحاكم بالخيار بين أن يحكم بينهما بمقتضى شرعنا لعموم أدله الإيلاء و هم مكلفون بالفروع، و لقوله تعالى: لِيَتَّخِذَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ (١)، و بين ردهما إلى أهل نحلتهما، لإقرارهم عليها كما هو المستفاد من الإعراض عنهم كما فى قوله تعالى: فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ (٢) و المراد بالإعراض عنهم ردهم إلى أحكامهم.

و عن بعض العامة أن الآيه منسوخه بقوله تعالى: وَ أَنْ أَحْكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ (٣)، و ليس له شاهد أو دليل مع أن النسخ على خلاف الأصل مع أن الإعراض عنهم من جملة الحكم بما أنزل الله تعالى.

نعم قد يقال - كما فى الجواهر - أن الإعراض عنهم غير الأمر لهما بالرجوع إلى أهل نحلتهما الذى هو من الباطل فلا يؤمر به، و إقرارهم على الشئ غير الأمر بالرجوع إليه.

(٨) أى جمع الضمير فى قوله: ردهم و ملتهم، مع أن المرجع اسم مثنى و هو الذميان.

(٩) على المثنى.

ص: ٢٤٩

١- (١) سورة النساء، الآيه: ١٠٥.

٢- (١) سورة المائدة، الآيه: ٤٢.

كما هو أحد القولين (١)

فى ما لو آلى ثم ارتد

(و لو آلى ثم ارتد (٢) عن مله (حسب عليه من المده) التى تضرب له (زمان الرده على الأقوى)، لتمكنه من الوطء بالرجوع عن الرده فلا تكون (٣) عذرا لانتفاء معناه (٤).

و قال الشيخ: لا يحتسب عليه مده الرده، لأن المنع بسبب الارتداد، لا بسبب الإيلاء، كما لا يحتسب مده الطلاق منها (٥) لو راجع و إن كان يمكنه (٦) المراجعة فى كل وقت (٧).

و أوجب بالفرق بينهما (٨) فإن المرتد إذا عاد إلى الإسلام تبين أن النكاح لم يرتفع (٩)، بخلاف الطلاق فإنه لا ينهدم بالرجعه (١٠) و إن (١١) عاد حكم النكاح السابق (١٢) كما سبق. و لهذا (١٣) لو راجع المطلقه تبقى معه على طلقين. و لو كان (١) من أن أقل الجمع اثنان.

(٢) لو آلى ثم ارتد عن غير فطره، لأنه لو كان مرتدا عن فطره فهو كالميت يبطل معه التربص، و على كل فقال الشيخ: لا يحتسب عليه مده الرده، لأن المنع بسبب الارتداد الذى هو فاسخ النكاح كالطلاق، و لم يكن المنع بسبب الإيلاء، فلا تحتسب مده الرده من مده الإيلاء المقتضيه لاستحقاق المطالبه بعدها، كما لا يحتسب زمان العده لو طلقها بعد الإيلاء.

و عن الأكثر الاحتساب لتمكنه من الوطى مع الرده بإزاله المنع فلا يكون عذرا، و يفارق العده بأن المرتد إذا عاد إلى الإسلام يتبين أن النكاح لم يفسخ، مع أن الطلاق الماضى مع لحوق الرجعه لا ينهدم و لذا ظهر أثره بتحريمها بالثلاث و إن رجع فى الأولين.

(٣) أى الرده.

(٤) و هو عدم التمكن من الوطى.

(٥) من مده التربص للإيلاء.

(٦) أى المطلق.

(٧) كما كان يمكنه الوطى عند الرده.

(٨) بين الرده و الطلاق.

(٩) فينهدم الارتداد.

(١٠) بل تبقى له أحكامه.

(١١) وصلية.

(١٢) ولكنه لا يهدم أحكام الطلاق.

(١٣) أى لعدم انهدام الطلاق.

ص: ٢٥٠

ارتداده عن فطره فهو بمنزله الموت يبطل معها (١) التبرص، و إنما أطلقه (٢)، لظهور حكم الارتدادين.

(١) مع الرده.

(٢) أى أطلق المصنف حكم الارتداد و لم يبين أنه لغير فطره.

ص: ٢٥١

كتاب اللعان

اشاره

ص: ٢٥٣

(كتاب اللعان) (١) مصدر لاعن يلاعن، وقد يستعمل جمعا للعن، و اللعن هو الطرد و الإبعاد من الخير و الرحمه، و شرعا مباهله بين الزوجين على وجه مخصوص، و سميت لعانا لاشتغالها على كلمه اللعن و خصت بهذه التسميه، لأن اللعن كلمه غريبه فى مقام الحجج من الشهادات و الأيمان، و الشىء يشتهر بما يقع فيه من الغريب، و على ذلك جرى معظم تسميات سور القرآن.

أو أن هذه المباهله سميت لعانا لأن كلا من الزوجين يبعد عن الآخر بها، إذ يحرم النكاح بينهما.

و الأصل فى اللعان قوله تعالى: **وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ، وَ الْخَامِسَهُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ، وَ الْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (١).**

و الأخبار.

منها: ما روته العامه عن ابن عباس من أنه لما نزلت **وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ (٢) الْآيَةَ** قال سعد بن معاذ: (يا رسول الله إني لأعلم أنها حق من عند الله تعالى شأنه، و لكن تعجبت أن لو وجدت لكاعا يفخذها لم يكن لى أن أهيجه و لا أحرّكه حتى آتى بأربعة شهداء، فو الله لا آتى بهم حتى يقضى حاجته، فما لبثوا حتى جاء هلال بن أميه فقال: يا رسول الله إني جئت أهلى عشاء فوجدت عندها رجلا يقال له: شريك بن سمحاء فرأيت بعينى و سمعت بأذنى، فكره النبى صلى الله عليه و آله و سلم ذلك فقال سعد: الآن يضرب

ص: ٢٥٥

١- (١) سورة النور، الآيات: ٦-٩.

٢- (٢) سورة النور، الآيه: ٤.

و هو لغه المباهله (١) المطلقه، أو فعال من اللعن (٢)، أو جمع له (٣) و هو (٤) الطرد و الابعاد من الخير، و الاسم (٥) اللعنه، و شرعا هو المباهله بين الزوجين في إزاله حد (٦)، أو نفى ولد بلفظ مخصوص عند الحاكم.

النبى هلال بن أميه و تبطل شهادته في المسلمين.

فقال هلال: و الله إنى لأرجو أن يجعل الله لى مخرجا فينما هم كذلك إذا نزل وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ فقال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: أبشر يا هلال، فقد جعل الله لك فرجا و مخرجا(١).

و روى أن المعرّض هو عاصم بن عدى الأنصارى قال: (جعلنى الله فداك إن وجد رجل مع امرأته فأخبر جلد ثمانين جلده و ردّت شهادته أبدا و فسق، و إن ضربه بالسيف قتل به، و إن سكت على غيظ إلى أن يجيء بأربعة شهداء فقد قضيت حاجته و مضى، اللهم افتح و فرّج و استقبله هلال بن أميه فأتيا إلى النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم فأخبر عاصم رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم، فكلم خوله زوجه هلال فقالت: لا- أدرى أ لغيره أدركته أم بخل بالطعام، و كان الرجل نزيلهم، فقال هلال: لقد رأيتها على بطنها فنزلت الآية، فلا عن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم بينهما(٢) الخبر.

و فى غوالى اللثالى (روى فى الحديث أن هلال بن أميه قذف زوجته بشريك بن السمحاء، فقال النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم: البينه و إلا حد فى ظهرك، فقال: يا رسول الله، يجد أحدنا مع امرأته رجلا يلتمس البينه، فجعل رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم يقول: البينه و إلا حد فى ظهرك، فقال: و الذى بعثك بالحق إننى لصادق، و سينزل الله ما يبرىء ظهري من الجلد، فنزل قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ(٣).

(١) من باهل يباهل أى التضرع إلى الله، ثم استعمل فى طلب اللعنه على الخصم.

(٢) فعلى الأول مصدر مزيد و على الثانى مصدر مجرد.

(٣) للعن.

(٤) أى اللعن.

(٥) أى اسم المصدر.

(٦) و هو حد القذف، لأن الرمي بالزنا قذف.

ص: ٢٥٦

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٤.

٢- (٢) تفسير الرازى ج ٦ ص ٣٤٢ طبع عام ١٣٠٧.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من کتاب العان حدیث ٤.

الأول رمى الزوجه المحصنه بالزنا

(و له (١) سببان: أحدهما رمى الزوجه المحصنه (٢) بفتح الصاد و كسرهما (المدخول بها) دخولا يوجب تمام المهر، و سيأتى الخلاف فى اشتراطه (٣) (بالزنا قبلا، أو دبرا (٤) مع دعوى المشاهده) للزنا (٥)، (١) أى للعان.

(٢) أحصنت - بالضم - المرأة أى عفت فهى محصنه بالكسر، و أحصنها زوجها فهى محصنه بالفتح، و المراد بها العفيفه غير المشهوره بالزنا، و إلا فالمشهوره بالزنا سيأتى أن عليه التقرير و لا لعان و لا حد.

(٣) أى اشتراط الدخول.

(٤) اللعان له سببان و الأول منهما هو: رمى الزوجه المحصنه بالزنا و لو دبرا على المشهور، و يشهد به عموم الآيه المتقدمه وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ (١)، و الأخبار الآتى بعضها.

و عن الصدوق فى الفقيه و الهدايه و ظاهر المقنع أنه لا-لعان إلا- بالسبب الثانى، و هو نفى الولد لخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (لا يكون اللعان إلا بنفى ولد و قال: إذا قذف الرجل بامرأته لا عنها) (٢)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته، و لا يكون اللعان إلا بنفى الولد) (٣).

و هما قاصران سندا و عددا عن معارضه ما تقدم مع تضمن ذيل خبر محمد بن مسلم على ما هو صريح فى مختار المشهور أما لو رمى الأجنبيه بالزنا فلا لعان، لاختصاصه بالزوجه كما هو مفاد الآيه المتقدمه، و يثبت عليه حد القذف.

(٥) لا يترتب اللعان بالقذف إلا مع ادعائه المشاهده، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (أنه قال فى الرجل يقذف امرأته: يجلد ثم يخلى بينهما و لا يلاعنها حتى يقول: إنه قد رأى بين رجليها من يفجر بها) (٣)، و صحيح محمد بن مسلم (سألته عن الرجل يفترى على امرأته قال: يجلد ثم يخلى بينهما و لا يلاعنها حتى يقول: أشهد أنى رأيتك تفعلين كذا و كذا) (٥)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول: رأيت بين رجليها رجلا يزنى بها) (٥).

ص: ٢٥٧

١- (١) سورة النور، الآيه: ٦.

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

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

و سلامتها من الصمم و الخرس (١)، و لو انتفى أحد الشرائط ثبت الحد (٢) من غير لعان، إلا مع عدم الاحصان (٣) فالتعزير كما سيأتي.

(و المطلقة رجعيه زوجه) (٤) بخلاف البائن.

و شمل إطلاق رميها (٥) ما إذا ادعى وقوعه (٦) زمن الزوجيه و قبله (٧)، و هو فى الأول موضع وفاق، و فى الثانى (٨) (١) قد تقدم فى كتاب النكاح فى بحث أسباب التحريم أن قذف الزوجه الخرساء أو الصماء يوجب التحريم بلا لعان.
(٢) أى حد القذف.

(٣) أى عدم إحصان الزوجه بأن تكون مشهوره بالزنا.

(٤) إذا قذف المطلقة رجعيًا كان له اللعان كما كان له الإيلاء و الظهار، لأنها بحكم الزوجه، بلا فرق أن يكون القذف بملاحظه زمن الزوجيه أو زمن العده.

نعم ليس له اللعان لو قذف المطلقه بائنا، بل يثبت بالقذف الحد، سواء قذفها بلحاظ زمن الزوجيه أو زمن العده، لأنها أجنبيه حيث لا خلاف فيه بيننا، خلافا لبعض العامه حيث أثبت اللعان لو قذفها بلحاظ زمن الزوجيه، و هو ضعيف لما عرفت أن العبره فى زمن القذف و هى أجنبيه فى هذا الزمن، نعم لو نفى الولد بعد الطلاق البائن فله اللعان كما سيأتى تفصيله فيما بعد إن شاء الله تعالى.

(٥) أى رمى الزوجه بالزنا كما هو وارد فى التعريف.

(٦) أى وقوع الزنا.

(٧) و لكن الادعاء فى زمن الزوجيه.

(٨) ما لو قذفها زمن الزوجيه بالزنا قبل الزواج فحد القذف ثابت بالاتفاق و لكن هل له إسقاطه باللعان، قال الشيخ فى الخلاف: ليس له اللعان باعتبار حاله الزنا فيبقى عموم قوله تعالى: **وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (١)**.

و قال الشيخ فى المبسوط و المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك أنه له الإسقاط باللعان باعتبار حاله القذف، فيصدق أنه قذف زوجته فيندرج تحت عموم قوله تعالى:

وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ (٢) الْآيَةَ.

١- (١) سورة النور، الآية: ٤.

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٤.

قولان: أجودهما ذلك (١) اعتبارا بحال القذف.

(و قيل) و القائل الشيخ و المحقق و العلامه و جماعه:(و) يشترط زياده على ما تقدم (عدم البيه (٢) (١) من ثبوت اللعان له بالقذف.

(٢) اختلف الأصحاب فى أن اللعان هل هو مشروط بعدم البيه من قبل الزوج على الزنا أم لا.

فذهب الشيخ فى الخلاف و العلامه فى المختلف و التحرير إلى عدم الاشتراط و قواه الشارح فى المسالك، بل يجوز له اللعان و لو كان عنده بيه، لأصالة عدم الاشتراط، و لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم لا عن بين عويمر و زوجته و لم يسألها البيه فلو كان عدمها شرطاً لسأل، كما فى خبر النعمانى مسنداً عن على عليه السلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لما رجع من غزوه تبوك قام إليه عويمر بن الحارث فقال: إن امرأتى زنت بشريك بن السمحاط فأعرض عنه، فأعاد إليه القول فأعرض عنه، فأعاد عليه ثالثه فقام و دخل فنزل اللعان.

فخرج إليه و قال: اتنتى بأهلك فقد أنزل الله فيكما قرآنا فمضى فاتاه بأهله و أتى معها قومها فوافوا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و هو يصلى العصر، فلما فرغ أقبل عليهما و قال لهما: تقدا إلى المنبر فلا عنا، فتقدم عويمر إلى المنبر فتلا عليهما رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم آيه اللعان، فشهد بالله أربع شهاداتٍ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَ الْخَامِسَهُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ، ثم شهدت بالله أربع شهاداتٍ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فيما رماها به فقال لها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: العنى نفسك الخامسة، فشهدت و قالت فى الخامسة: أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فيما رماها به.

فقال لهما رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: اذهبا فلن يحل لك و لن تحلى له أبدا، فقال عويمر: يا رسول الله فالذى أعطيتها، فقال: إن كنت صادقاً فهو لها بما استحلتت من فرجها، و إن كنت كاذباً فهو أبعد لك منه(١).

و عن المشهور اشتراط اللعان بعدم البيه لاشتراط عدم الشهود فى الآيه و الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ (٢) ، و لخبر الغوالى (أن هلال بن أميه قذف زوجته بشريك بن السمحاء فقال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: البيه و إلا حد فى ظهرك، فقال: يا رسول الله، يجد أحدنا مع امرأته رجلاً يلتمس البيه، فجعل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عليه و آله و سلم

ص: ٢٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللعان حديث ٩.

٢- (٢) سورة النور، الآيه: ٦.

على الزنا على وجه يثبت (١) بها، فلو كان له بينه لم يشرع اللعان، لاشتراطه (٢) في الآيه بعدم الشهداء، والمشروط عدم عند عدم شرطه، ولأن اللعان حجه ضعيفه، لأنه (٣) إما شهاده لنفسه، أو يمين فلا يعمل به مع الحجه القويه و هي البينه، ولأن حدّ الزنا مبنى على التخفيف (٤)، يقول: البينه و إلا- حد في ظهر ك فقال: و الذى بعثك بالحق إننى لصادق، و سينزل الله ما يرى ظهري من الجلد، فنزل قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ [\(١\)](#)، و هو ظاهر فى اشتراط عدم البينه و لأنه إذا نكل عن اللعان يحدّ فيلزم حينئذ الحد مع وجود البينه و هذا ما لا يمكن الالتزام به، ولأن اللعان حجه ضعيفه لأنه إما شهاده لنفسه أو يمين فلا يعمل به مع الحجه القويه التى هى البينه و مع هذه الأدله لا تجرى أصاله عدم الاشتراط، و عدم سؤال النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم لعويمر و زوجته البينه لاحتمال علمه صَلَّى الله عليه و آله و سلم بعدم البينه.

و أوجب عن الآيه بضعف مفهوم الوصف، و جواز بنائه على الأ-غلب، و أوجب عن قصه هلال بأنها واقعه مخصوصه لا- تفيد انحصار الحكم بمضمونها، بل قد طالبه النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم بالبينه لعدم الخلاف فى أنه لا يندفع حد القذف إلا بالبينه عند عدم تشريع اللعان، و أوجب عن دليلهم الثالث بأنه يحدّ إذا نكل عن اللعان إذا لم يمكنه رفع الحد بالبينه كما لو أقامها ابتداء بعد القذف، و أوجب عن دليلهم الرابع بعدم التسليم بكون اللعان حجه ضعيفه و إن كانت شهاده لنفسه بعد ثبوتها بالنص كما ثبتت البينه بالنص.

و الأقوى أن اللعان على خلاف الأصل من ناحيه إسقاطه الحدّ فيقتصر فيه على المتيقن، و هو اشتراطه بعدم البينه بعد كون الآيه مؤيدا له.

(١) أى يثبت الزنا بالبينه.

(٢) أى اشتراط اللعان.

(٣) أى اللعان.

(٤) علق الشارح كما فى الطبعة الحجرية بقوله: (المراد أن من جمله بناء الحدود على التخفيف أنها لا تثبت بيمين المدعى و لا يتوجه بها على المنكر يمين، فلو ثبت اللعان هنا مع إمكان البينه، و هو - أى اللعان - فى معنى اليمين لثبت الحد عليها بلعانه، و هو فى معنى ثبوته عليها بيمينه).

و بناء الحد على التخفيف ينافى ذلك، فلا يشرع مع إمكان إقامته بالبينه، فإنه - أى الحد - مما يثبت بها مطلقا، و لا ينافى فى ذلك ثبوته - أى الحد - باليمين فى اللعان حيث

ص: ٢٤٠

فناسب نفى اليمين فيه (١)، و نسبه (٢) إلى القول يؤذن بتوقفه فيه.

و وجهه (٣) أصاله عدم الاشتراط (٤)، و الحكم فى الآيه وقع مقيدا بالوصف و هو (٥) لا يدل على نفيه عما عداه (٦)، و جاز خروجه (٧) مخرج الأغلّب، و قد روى أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم لا- عن (٨) بين عويمر العجلانى، و زوجته و لم يسألهما عن البيئه (و المعنى بالمحصنه العفيفه (٩) عن وطء محرّم لا- يصادف ملكا (١٠) و إن اشتمل (١١) على عقد، لا ما صادفه (١٢) و إن حرم (١٣) كوقت الحيض، و الا-حرام، و الظهر (١٤) فلا- تخرج به (١٥) عن الاحصان، و كذا وطء الشبهه (١٦)، و مقدمات الوطء مطلقا (١٧) يشرع، لأن ذلك ثبت بالإجماع، فبقى المختلف فيه معرضا للشبهه المذكوره) انتهى كلامه زيد فى علو مقامه.

(١) فى الحد، و اللعان يمين فيناسبه عدم ثبوت الحد باللعان مع وجود البيئه، نعم مع عدم وجودها محل اتفاق.

(٢) أى نسبه المصنف عدم البيئه إلى القيل.

(٣) أى وجه التوقف.

(٤) أى عدم اشتراط فقد البيئه.

(٥) أى التقييد بالوصف.

(٦) و هذا نفى لمفهوم الوصف.

(٧) أى خروج الوصف المذكور.

(٨) أى أوقع اللعان بينهما.

(٩) أى غير المشهوره بالزنا، و إلا فالمشهوره به سيأتى حكمها.

(١٠) أى لا يصادف الوطء ملكا، و إلا لو صادف لكان حلالا، إذ يستباح البضع بالملك.

(١١) أى الملك.

(١٢) أى صادف الوطء الملك.

(١٣) أى حرم الوطء.

(١٤) مبنى على صحه ظهار السيد لأمته.

(١٥) أى بالوطء المصادف للملك و إن حرم.

(١٦) فلا تخرج به عن الإحصان.

(١٧) سواء كانت شبهه أم عمداً، لأن المدار في اللعان على الزنا بمعنى الوطء قبلاً أو دبراً.

ص: ٢٦١

فلو رمى المشهوره بالزنا) و لو مره (١) (فلا- حدّ و لا- لعان) بل يعزّر، (و لا يجوز القذف إلا مع المعاينه للزنا (٢) كالميل فى المكحله) ليترتب عليه (٣) اللعان إذ هو (٤) شهاده، أو فى معناها (لا- بالشياع، أو غلبه الظن) بالفعل فإن ذلك (٥) لا يجوز الاعتماد عليه فى ثبوت الزنا.

هذا إذا لم يشترط فى الشياع حصول العلم بالخبر فإنه (٦) حينئذ (٧) يكون كالبينه (٨)، و هى (٩) لا تجوز القذف أيضا، أما لو اشترطنا فيه (١٠) العلم لم يبعد الجواز به (١١)، لأنه (١٢) حينئذ (١٣) كالمشاهده (١٤).

(١) بأن زنت مره فاشتهرت بها فرماها بهذا الزنا لا بغيره، فلا حد و لا لعان، لأن اللعان إنما شرع صونا لعرضها من الانتهاك، و عرض المشهوره منتهك، و ظاهرهم التسالم عليه.

(٢) قد تقدم الدليل على اشتراط المشاهده فى اللعان.

(٣) على القذف.

(٤) أى اللعان.

(٥) من الشياع أو غلبه الظن.

(٦) أى فإن الشياع.

(٧) أى حين عدم اشتراط العلم فيه.

(٨) من ناحيه حصول الظن من كل منهما.

(٩) أى البينه.

(١٠) فى الشياع.

(١١) أى لم يبعد جواز القذف بالشياع المفيد للعلم.

(١٢) أى الشياع.

(١٣) حين إفادته العلم.

(١٤) هذا و اعلم أنه قد تقدم اشتراط المشاهده فى اللعان و مع ذلك وقع الخلاف بينهم فى أن المعتبر هو المشاهده بالعين بحيث يسقط اللعان بقذف الأعمى لتعذر المشاهده منه كما هو المشهور و يقتضيه النصوص السابقه الداله على اشتراط المشاهده.

أو أن المعتبر هو العلم و إن لم يدع المشاهده و معه يثبت اللعان بقذف الأعمى كما نفى عنه البعد فى المسالك باعتبار أن

اشترط المشاهده محمول على من يمكن ذلك في حقه، أو على جعل المشاهده كناية عن العلم، و هو ضعيف لأنه على خلاف ظاهر النصوص، و عليه فينحصر لعان الأعمى بنفى الولد فقط.

ص: ٢٤٢

(الثاني (١): إنكار من ولد على فراشه بالشرائط السابقة) المعتبره في الحاق الولد به، و هي (٢) وضعه لسته أشهر فصاعدا من حين وطئه، و لم يتجاوز حملها أقصى مدته، و كونها موطوءه بالعقد الدائم (و إن سكت حال الولاده) و لم ينفه (على الأقوى) (٣)، (١) أى السبب الثاني للعان و هو إنكار الولد، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (لا يكون اللعان إلا بنفى ولد) (١)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (و لا يكون اللعان إلا بنفى الولد) ٢.

هذا و قد تقدم في كتاب النكاح شروط إلحاق الولد، و أنها ثلاثه: موطوءه بالعقد الدائم و أن تأتي به لسته أشهر فصاعدا ما لم يتجاوز أقصى مده الحمل، فلو أتت به مع عدم إمكان كونه منه لفقد شرط من شروط الإلحاق فيجب عليه النفي حذرا من لحوق من ليس منه بسكوته بلا خلاف فيه و لكنه ينتفى عنه بلا لعان.

و لو أتت به مع إمكان كونه منه لإحراز شروط الإلحاق فالولد له لقاعده (الولد للفراش و للعاهر الحجر)، و لا يجوز له نفيه عنه للنبوى (أيما رجل جحد ولده و هو ينظر إليه احتجب الله منه و فضحه على رءوس الأولين و الآخرين) (٢)، و صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (كفر بالله من تبرأ من نسب و إن دق) (٣) نعم مع علمه بانتفائه منه يجب نفيه عنه و لا- ينتفى إلا باللعان بلا خلاف في ذلك كله.

(٢) أى الشرائط المعتبره في الإلحاق.

(٣) إذا أتت امرأته بولد مع شرائط الإلحاق فإن أقر بالولد لزمه و ليس له أن ينفيه بعد، بل لا ينتفى لو نفاه بلا خلاف فيه لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن أمير المؤمنين عليهم السلام (إذا أقر الرجل بالولد ساعه لم ينف عنه أبدا) (٤).

و إن سكت و لم ينكر الولد مع ارتفاع الأعدار فعن المشهور أنه ليس له إنكاره بعد ذلك إلا- أن يؤخر بما جرت العاده به كالسعى إلى الحاكم، لأن حق النفي على الفور، لأنه خيار ثبت لدفع الضرر فيقتصر به على مقدار ما تندفع الضروره بالفوريه كخيار العيب و الغبن.

ص: ٢٦٣

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

٢- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب اللعان حديث ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٠٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

لأن السكوت أعم من الاعتراف به فلا يدل عليه (١).

و قال الشيخ (٢): ليس له إنكاره حينئذ (٣) لحكم الشارع بإلحاقه به (٤) بمجرد الولاده العارى عن النفى، إذ اللحق لا يحتاج إلى غير الفراش فيمتنع أن يزيل إنكاره حكم الشارع (٥)، ولأدائه (٦) إلى عدم استقرار الأنساب.

و فيه أن حكم الشارع باللاحق مبنى على أصاله عدم النفى (٧). أو على الظاهر (٨) و قد ظهر خلافه (٩)، و لو لم يمكنه النفى حاله الولاده إما لعدم قدرته عليه (١٠) لمرض، أو حبس، أو اشتغال بحفظ ماله من حرق أو غرق، أو لص و لم يمكنه الاشهاد (١١)، و نحو ذلك، أو لعدم علمه بأن له النفى لقرب عهده بالإسلام، أو بعده عن الأحكام فلا إشكال فى قبوله (١٢) عند زوال المانع، و لو ادعى عدم العلم به (١٣) قبل مع إمكانه (١٤) و عن المحقق و الفاضل و الشارح فى المسالك أن له إنكاره، و أن حق النفى على التراخى لأصاله عدم اشتراط الفوريه، و لوجود مقتضى اللعان من نفى الولد مع عدم المانع، إذ لا يتوهم المانع إلا السكوت و هو أعم من الاعتراف و الإقرار به، فلا يدل عليه.

(١) إذ لا دلالة للعام على الخاص.

(٢) قال فى المبسوط و هو قول المشهور.

(٣) حين السكوت حال الولاده.

(٤) لقاعده الفراش من غير احتياج إلى اعتراف الزوج.

(٥) من إلحاق الولد به.

(٦) ولأداء الإنكار بعد السكوت.

(٧) أصاله عدم نفى الولد عن ولد على فراشه، و هذا الحكم بالإلحاق لا يجرى حينئذ مع النفى كما هو مفروض مسألتنا.

(٨) من حال الزوجه أنها لا تزنى.

(٩) أى خلاف ظاهر الزوجه عند ما نفى الزوج الولد عنه.

(١٠) على النفى.

(١١) أى الاشهاد على النفى قال فى المسالك: (و هل يجب عليه الإشهاد على النفى وجهان).

(١٢) أى قبول نفى الولد.

(١٣) أى بأن له النفى.

(١٤) أى إمكان عدم العلم.

ص: ٢٦٤

فى حقه (١)، و إنما يجوز له نفيه باللعان على أى وجه كان (ما لم يسبق الاعتراف منه (٢) به (٣) صريحا، أو فحوى) فالأول ظاهر و الثانى أن يجيب المبشر بما يدل على الرضا به و الاعتراف (مثل أن يقال له: بارك الله لك فى هذا الولد فيؤمن (٤)، أو يقول: إن شاء الله، بخلاف) قوله فى الجواب: (بارك الله فيك و شبهه) كأحسن الله إليك و رزقك الله مثله، فإنه لا يقتضى الإقرار (٥)، لاحتماله غيره (٦) احتمالا ظاهرا.

(و لو قذفها بالزنا و نفى الولد و أقام بينه) بزناها (سقط الحدّ (٧)

(١) بأن كان حديث الإسلام أو ناشيا فى بادية بعيدة عن أهل الشرع.

(٢) من النافى.

(٣) بالولد، بحيث لو اعترف به أولا فلا يقبل نفيه فيما بعد و قد تقدم البحث فيه، نعم الاعتراف به قد يكون صريحا و هو واضح و قد يكون بالفحوى مثل أن يبشّر به فيجيب بما يقتضى الرضا كأن يقال له: بارك الله فى مولودك فيقول: آمين أو إن شاء الله تعالى.

أما لو أجاب بما لا يتضمن إقرارا بأن قال مجيبا: بارك الله لك أو أحسن الله إليك لم يكن إقرارا، و لم يبطل حقه من النفى، لأنه قصد مكافأة الدعاء بالدعاء.

و عن بعض العامة أنه إقرار و ضعفه ظاهر واضح.

(٤) من التأمين و هو قول آمين.

(٥) خلافا لبعض العامة.

(٦) غير الإقرار و هو مكافأة الدعاء بالدعاء.

(٧) لو جمع بين سببى اللعان بأن قذف امرأته و نفى الولد و أقام بينه على ما قذفها به سقط الحد عنه بلا خلاف و لا إشكال، لأن حد القذف متوقف على القذف مع عدم البيّنة، كما هو مفاد قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً (١)، و مع البيّنة فلا حد. و لكن لا ينتفى الولد عنه إلا باللعان، لأن زنا الزوجة لا ينتفى الولد عن الفراش، بعد حكم الشارع بأنه للفراش و للعاهر الحجر، فإن لا عن انتفى الولد.

و كذا لو لم تكن عنده بينه و لاعتن لكلا السببين سقط الحد و انتفى الولد، و لو لا عن لأحدهما خاصة ترتب عليه حكمه و بقى الآخر.

عنه لأجل (١) القذف بالبينه (٢) (و لم ينتف عنه الولد إلا باللعان)، لأنه (٣) لا-حق بالفراش و إن زنت أمه كما مر (٤)، و لو لم يقم بينه كان له اللعان للأمرين (٥) معا، و هل يكتفى بلعان واحد أم يتعدد. و جهان من أنه (٦) كالشهادة أو اليمين و هما (٧) كافيان على ما سبق عليهما من الدعوى. و من (٨) تعدد السبب الموجب لتعدد المسبب إلا ما أخرجه الدليل (٩).

فى ما يشترط فى الملاعن

(١) و لا بد من كون الملاعن كاملا بالبلوغ و العقل (١٠)، و لا يشترط العدالة (١١) و لا الحرية (١٢)، (١) تعليل لثبوت الحد.

(٢) تعليل لسقوط الحد، و الباء للسببيه.

(٣) أى الولد.

(٤) من أن الولد للفراش و للعاهر الحجر.

(٥) من القذف و نفى الولد.

(٦) أى من أن اللعان و هذا دليل على عدم التعدد.

(٧) أى الشهادة و اليمين كافتان على ما سبق عليهما من الدعاوى و إن تعددت.

(٨) دليل التعدد.

(٩) و لا دليل فى البين.

(١٠) لا-إشكال و لا خلاف فى اعتبار البلوغ و العقل فى الملاعن، فلا يصح لعان الصبى و المجنون، لسلب عبارتهما شرعا بعد كون اللعان شهادة أو يمينا، و هما ليسا من أهل الشهادة و اليمين، و لا يترتب على قذف الصبى و المجنون حد حتى يسقط باللعان.

(١١) فيصح لعان الفاسق بلا إشكال و لا خلاف لعموم أدلته.

(١٢) فالمشهور على جواز لعان المملوك لإطلاق أدلته، و خصوص صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن المرأة الحره يقذفها زوجها و هو مملوك قال عليه السلام: يلاعنها، و عن الحر تحته أمه فقذفها قال: يلاعنها) (١)، و صحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الحر بينه و بين المملوكه لعان؟ فقال: نعم و بين المملوك و الحره و بين العبد و الأمه و بين المسلم و اليهوديه و النصرانيه و لا يتوارثان، و لا يتوارث الحر و المملوكه) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سئل عن عبد قذف امرأته قال: يتلاعنان

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

و لا انتفاء الحد عن قذف (١)، و لا الإسلام (٢)، بل يلاعن (و لو كان كافرا)، أو كما يتلاعن الأحرار(١).

و عن المفيد اشتراط الحرية مطلقا و عن الحلبي اشتراط الحرية في اللعان للقذف، لأن اللعان شهادة و لذا قال الله تعالى: فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ (٢) و العبد ليس من أهلها، و لخبر الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام (أربع ليس بينهم لعان، ليس بين الحر و المملوكه و لا بين الحره و المملوك و لا بين المسلم و اليهوديه و النصرانيه لعان) (٣)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام قال:

ليس بين خمس من النساء و أزواجهن ملاءعنه: اليهوديه تكون تحت المسلم فيقذفها و النصرانيه، و الأمه تكون تحت الحر فيقذفها، و الحره تكون تحت العبد فيقذفها، و المجلود في الفريه، لأن الله يقول: و لا تقبلوا لهم شهاده أبدا، و الخرساء ليس بينها و بين زوجها لعان، إنما اللعان باللسان) ٤.

و هذان الخبران لا يصلحان سندا لمعارضه ما تقدم، و هما موافقان للعامه، و اللعان أقرب إلى اليمين منه إلى الشهاده، و لذا ورد في مرسل ابن أسلم الجبلي عن الرضا عليه السلام (و إنما صارت شهاده الزوج أربع شهادات بالله لمكان أربعه شهداء، مكان كل شاهد يمين) (٤).

(١) ففي خبر السكوني المتقدم نفى اللعان عن المجلود في الغربه، و فيه: إنه ضعيف السند قد أعرض عنه الأصحاب.

(٢) المشهور على جواز لعان الكافر لإطلاق أدلته، و يتصور لعانه فيما إذا كان الزوجان كافرين فترافعا إلينا، أو كانا كافرين فأسلمت الزوجه و أتت بولد يلحقه شرعا فأنكره، و عن الإسكافي اشتراط الإسلام مطلقا و عن الحلبي اشتراطه في اللعان للقذف، لأن اللعان شهاده و الشهاده لا تصح من الكافر، و يرد أن اللعان يمين كما تقدم في الخبر و يؤيده قوله تعالى: أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ (٥) و هو ظاهر باليمين لافتقاره إلى ذكر اسم الله جل و علا، و اليمين تصح من المسلم و الكافر، و يؤيده أن اللعان يصح من الفاسق مع أنه لا تصح شهادته قطعا.

ص: ٢٦٧

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

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٦.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان حديث ١٣ و ١٢.

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

٥- (٦) سورة النور، الآية: ٦.

مملوكا، أو فاسقا، لعموم الآيه، و دلالة الروايات عليه (١).

وقيل: لا- يلاعن الكافر، ولا المملوك بناء على أنه (٢) شهادات كما يظهر من قوله تعالى: فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ (٣) و هما (٤) ليسا من أهلها (٥)، و هو (٦) ممنوع لجواز كونه (٧) أيمانا، لافتقاره إلى ذكر اسم الله تعالى، و اليمين يستوى فيه العدل و الفاسق، و الحر و العبد، و المسلم و الكافر، و الذكر و الأنثى و ما ذكره (٨) معارض بوقوعه (٩) من الفاسق إجماعا (و يصح لعان الأخرس بالإشارة المعقوله (١٠) إن أمكن معرفته اللعان) كما يصح منه (١١) إقامة الشهاده، و الأيمان، و الإقرار، و غيرها من الأحكام، و لعموم الآيه.

وقيل: بالمنع، و الفرق (١٢) لأنه (١٣) مشروط بالألفاظ الخاصه دون الإقرار و الشهاده فإنهما (١٤) (١) على لعان الكافر و المملوك و الفاسق، و قد عرفت أن الروايات قد وردت في المملوك فقط.

(٢) أى أن اللعان.

(٣)سوره النور، الآيه: ٦.

(٤)أى الكافر و المملوك.

(٥)من أهل الشهاده.

(٦)أى كون اللعان شهاده.

(٧)كون اللعان.

(٨)من كون اللعان شهاده و هى لا تصح من الكافر و المملوك.

(٩)بوقوع اللعان.

(١٠)أى الإشارة المعقوله التى يفهم منها القذف و معانى الشهادات الخمس، فيصح لعانه إذا كانت له إشاره معقوله كما يصح بيعه و نكاحه و طلاقه و غيرها.

و عن ابن إدريس المنع نظرا إلى تعذر العلم بالإشاره، و فيه: إن المفروض العلم بمدلول إشارته و أن إشارته مفهمه، و إلا فلو لم تكن مفهمه فلا يصح قذفه و لا لعانه و لا سائر تصرفاته لتعذر الوقوف على مراده بلا خلاف فى الثانى قطعا.

(١١)من الأخرس.

(١٢)أى الفرق بين لعانه و بين غيره من الشهاده و الأيمان و الإقرار و غيرها.

(١٣)أى اللعان.

(١٤) أى فإن الإقرار و الشهاده.

ص: ٢٤٨

يقعان بأى عبارته اتفقت، ولأصله عدم ثبوته (١) إلا مع تيقنه و هو (٢) منتف هنا.

و أوجب بأن الألفاظ الخاصه إنما تعتبر مع الإمكان، و إشارته قائمه مقامها (٣) كما قامت فى الطلاق و غيره (٤) من الأحكام المعبره بالألفاظ الخاصه.

نعم استبعاد فهمه له (٥) موجه، لكنه غير مانع، لأن الحكم (٦) مبنى عليه (٧).

فى أنه يجب على ذى الفراش نفى الولد إذا عرف اختلال شروط الالحاق

(و يجب) على ذى الفراش مطلقا (٨) (نفى الولد) المولود على فراشه (إذا عرف اختلال شروط الالحاق (٩) فيلاعن وجوبا، لأنه لا ينتفى بدونه (١٠) (و يحرم) عليه نفيه (بدونه) أى بدون علمه باختلال شروط الالحاق (و إن ظن انتفائه عنه (١١) بزنا (١) أى أصله عدم ثبوت اللعان.

(٢) أى اليقين بثبوته.

(٣) أى مقام الألفاظ الخاصه.

(٤) كالزواج.

(٥) أى استبعاد فهم الأخرس للعان مما له وجه.

(٦) من صحه لعان الأخرس.

(٧) أى على فهم الأخرس للعان.

(٨) سواء علم بزنا أمه أم لا، و سواء وافق صفاته صفات المولود أم لا.

(٩) قد تقدم أنه يجب نفيه مع عدم تحقق شرائط الإلحاق بلا خلاف فيه حذرا من لحوق من ليس منه بسبب سكوته، و أنه ينتفى من غير لعان.

أما إذا تحققت شروط الإلحاق ظاهرا و لكن ظهر للزوج خاصه عدم التحقق فيما لو أتت به لسته أشهد فصاعدا من حين التزويج و لكن لم يطأها الزوج فيما بينه و بين الله فيجب عليه حينئذ نفيه حذرا من لحوق من ليس منه، و عليه اللعان لأن الولد للفراش لو لا اللعان حينئذ.

(١٠) بدون اللعان.

(١١) قد تقدم أنه لو أتت به مع إمكان كونه منه لإحراز شرائط الإلحاق فالولد له لقاعده (الولد للفراش و للعاهر الحجر) و لا يجوز له نفيه عنه مع عدم العلم باختلال شروط الإلحاق للنسب (أئما رجل جحد ولده و هو ينظر إليه احتجب الله منه و فضحه

على رءوس الأولين و الآخرين)(1)، و صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (كفر بالله من

ص: ٢٦٩

١- (١) مستدرك الوسائل الباب - ٩ - من كتاب اللعان حديث ٥.

أمه، أو غيره (١) (أو خالفت صفاته صفاته (٢)، لأن ذلك لا مدخل له في الإلحاق، و الخالق على كل شيء قدير، و الحكم مبني على الظاهر و يلحق الولد بالفراش دون غيره (٣)، و لو لم يجد من (٤) علم انتفاء من (٥) يلاعن بينهما لم يفده نفيه مطلقا (٦).
و في جواز التصريح به (٧) نظر، لانتفاء (٨) الفائده. مع التعريض (٩) بالقذف إن لم يحصل التصريح.

في ما يعتبر في الملاءنه

(و يعتبر في الملاءنه الكمال (١٠)، و السلامه (١١) من الصمم و الخرس) فلو قذف الصغيره فلا لعان، بل يحدّ (١٢) تبرا من نسب و إن دقّ (١).

و لا- فرق في الحكم بأن الولد له و يحرم عليه نفيه مع عدم العلم باختلال الشروط سواء ظن بزناها أو ظن بوطئها شبهه أو كان الولد مخالفا له في الخلق و الخلق، بل حتى لو كان الولد مشابها لما أتهمها به، لأن الولد للفراش.
(١) كما لو ظن بوطئها شبهه.

(٢) أي خالفت صفات الولد صفات الزوج.

(٣) و المراد بالغير هنا العاهر.

(٤) المراد به الزوج الذي علم انتفاء اللحاق به لاختلال شروط الإلحاق عنده.

(٥) المراد الحاكم الذي يلاعن عنده.

(٦) لا في التصريح و لا في التلويح و التعريض.

(٧) بالنفي.

(٨) تعليل لعدم جواز التصريح بالنفي.

(٩) أي مع كون هذا التصريح بنفي الولد تعريضا بالقذف إن لم يحصل التصريح بالقذف، مع أن التصريح بالقذف مفسده على الزوج لأنه موجب لحد القذف عليه و لا يمكن دفعه عنه باللعان لعدم وجود الحاكم.

(١٠) بالبلوغ و العقل بلا خلاف و لا إشكال فلا يصح لعان الصبيه و المجنونه لسلب عبارتهما شرعا.

(١١) تقدم في كتاب النكاح و سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى.

(١٢) حد القذف لعموم الدليل و الذين يزعمون المخصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدوهم

١- (١) الوسائل الباب - ١٠٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

إن كانت في محل الوطء (١) كبت الثماني، وإلا (٢) عَزَّرَ خاصه للِسَبِّ المتيقن كذبه (٣) و لو قذف المجنونه بزنا اضافه إلى حاله الجنون عَزَّرَ (٤)، أو حاله الصحه فالحد (٥)، و له إسقاطه (٦) باللعان بعد افاقتها، و كذا لو نفى ولدها (٧) و لو قذف الصماء و الخرساء حرمتا عليه أبدا و لا لعان (٨)، ثَمَانِينَ جَلْدَةً (١).

(١) أي إن كان يمكن وطؤها و إن كان محرما.

(٢) و إن لم يمكن وطؤها.

(٣) لأنه لا يمكن وطؤها.

(٤) لعدم احتمال زناها حينئذ، إذ الزنا متوقف على القصد و هو منفي في حقها.

(٥) أي حد القذف لعموم دليله المتقدم.

(٦) أي و للزوج إسقاط الحد.

(٧) أي ولد المجنونه فله اللعان بعد إفاقتها لنفي الولد.

(٨) لو قذف زوجته الصماء و الخرساء فلا لعان و لكن تحرم عليه مؤبدا بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح أبي بصير (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا و هي خرساء صماء لا تسمع ما قال، قال عليه السلام: إن كان لها بنيه فشهدت عند الإمام جلد الحد و فرق بينها و بينه ثم لا تحلّ له أبدا، و إن لم يكن لها بينه فهي حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها منه) (٢)، و صحيح الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل قذف امرأته و هي خرساء، قال: يفرّق بينهما) ٣، و خبر محمد بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة الخرساء كيف يلاعنها زوجها. قال: يفرّق بينهما و لا تحلّ له أبدا) ٤، و قد رواه الشيخ في التهذيب (في المرأة الخرساء يقذفها زوجها) ٥ الخ...

و من صحيح أبي بصير تعرف أن الحد ثابت عليه بقذفها و هذا ما يقتضيه إطلاق الآية وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً (٣).

و صحيح أبي بصير تضمن (و هي خرساء صماء)، و هو دال على اعتبار الأمرين معا لعدم العطف فيها و بهذا عبر جماعه، إلا أن هذا تبعا للكافي، و في التهذيب على ما في

ص: ٢٧١

١- (١) سورة النور، الآية: ٤.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب اللعان حديث ٢ و ١ و ٤ و ملحقه.

و فى لعانها (١) لئفى الولد و جهان (٢). من (٣) عدم النص (٤) فى رجع إلى الأصل (٥).

و مساواته (٦) للقذف فى الحكم، و الأوجه الأول (٧)، لعموم النص (٨). و منع المساواه (٩) مطلقا (١٠)، و قد تقدم البحث فى ذلك (١١).

(و الدوام) فلا يقع (١٢) المسالك (و هى خرساء أو صماء) و هو دالّ على اعتبار أحد الأمرين و هو مذهب الأكثر، بل ادعى الإجماع فى الغنيه و السرائر على الاكتفاء بأحدهما، و يؤيد الاكتفاء بأحدهما تعلق الحكم بالخرساء فقط فى صحيح الحلبي و محمد بن مسلم و خبر محمد بن مروان المتقدمين.

(١) أى لعان الصماء و الخرساء.

(٢) اعلم أن النصوص المتقدمه داله على تحريمها و عدم لعانها بالقذف، و أما نفى الولد، فمسكوت عنه.

(٣) دليل لوقوع اللعان فى نفى ولد الصماء و الخرساء.

(٤) إذ النص المتقدم الدال على عدم اللعان مختص بالقذف.

(٥) و الأصل يقتضى اللعان بنفى الولد سواء كانت الزوجه صماء أو خرساء أو غيرهما، غايته يكون لعانها بالإشاره المفهمه كلعان الأخرس.

(٦) دليل لعدم وقوع اللعان فى نفى ولد الصماء و الخرساء، و المعنى أنه نفى الولد مساو للقذف فى الحكم فى غير الصماء و الخرساء، فمساويه فى الحكم فيها، فالقذف فى الصماء يوجب التحريم بلا لعان فكذا نفى الولد.

(٧) من وقوع اللعان فى نفى ولد الصماء و الخرساء، و يكون لعانها بالإشاره المفهمه.

(٨) أى لعموم دليل اللعان بالنسبه إلى كل زوجه خرج منه القذف بالزنا للخرساء و الصماء، و يبقى نفى ولدهما تحت العموم.

(٩) بين القذف و نفى الولد.

(١٠) أى من كل وجه.

(١١) أى فى منع المساواه، و تقدم فى كتاب النكاح فى المسأله العاشره من فصل المحرمات.

(١٢) أى اللعان، هذا و اعلم أنه لا لعان فى المتعه لئفى الولد على المشهور لصحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يلاعن الرجل المرأه التى يتمتع بها) (١)، و صحيح ابن سنان عنه عليه السلام (لا يلاعن الحر الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها) (٢) و مثلها غيرها.

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

بالمتمتع بها، لأن ولدها ينتفى بنفيه (١) من غير لعان (إلا أن يكون اللعان لنفى الحد) بسبب القذف فيثبت (٢)، لعدم المانع (٣)، مع عموم النص (٤)، وهذا (٥) جزم من المصنف بعد التردد، لأنه (٦) فيما سلف (٧) نسب الحكم به (٨) إلى قول (٩).

و قد تقدم (١٠) أن الأقوى عدم ثبوت اللعان بالمتمتع بها مطلقا (١١) و أن المخصص للآيه (١٢) صحيحه محمد بن سنان عن الصادق عليه السلام.

فما عن ابن سعيد فى جامعه من وقوع اللعان بالمتمتع بها لنفى الولد ليس فى محله، و ما تقدم من الأخبار حجه عليه هذا من جهه و من جهه أخرى فالمشهور على عدم لعان المتمتع بها مع القذف لنفس الأخبار المتقدمه لأنها نافية للعان مطلقا، و عن الشيخ المفيد و السيد وقوعه بها للقذف لعموم قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (١) و فيه: إنه قد ثبت فى محله جواز تخصيص الكتاب بالخبر الواحد، و ما تقدم من الأخبار يصلح لتخصيص عموم القرآن.

(١) بنفى الزوج.

(٢) أى اللعان.

(٣) من ثبوت اللعان.

(٤) أى عموم آيه اللعان.

(٥) أى التصريح بثبوت اللعان لنفى الحد فى المتمتع بها.

(٦) أى المصنف.

(٧) فى كتاب النكاح فى فصل عقد المتعه.

(٨) باللعان للقذف.

(٩) فى فصل المتعه قال الماتن: (و لا يقع بها طلاق و لا إيلاء و لا لعان إلا فى القذف بالزنا) انتهى، و لم ينسب ثبوت اللعان بالقذف إلى قول، نعم الشارح قال عقبيه: على قول المرتضى و المفيد، إلا أن يكون هذا جزءا من اللعنه لا من الروضه.

(١٠) فى فصل المتعه من كتاب النكاح.

(١١) فى القذف و نفى الولد.

(١٢) أى آيه اللعان.

(و فى اشتراط الدخول) بالزوجه فى لعانها (قولان) (١)

(١) المشهور على اعتبار الدخول للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بأهله) (١)، و مرسل ابن أبى عمير عن بعض أصحابه (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يقذف امرأته قبل أن يدخل بها، قال: يضرب الحد و يلى بينه و بينها) ٢، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (لا تكون الملاعنه و لا الإيلاء إلا بعد الدخول) (٢)، و خبر محمد بن مضارب عن أبى عبد الله عليه السلام (من قذف امرأته قبل أن يدخل بها جلد الحد و هى امرأته) ٤، و خبره الآخر (قلت لأبى عبد الله عليه السلام ما تقول فى رجل لا عن امرأته قبل أن يدخل بها قال: لا يكون ملاعنا إلا بعد أن يدخل بها يضرب حدا و هى امرأته و يكون قاذفا) ٥.

و عن بعضهم و هو المفيد و العامه فى القواعد عدم اشتراط الدخول فى اللعان لعموم أدلته، و فيه: إن ما تقدم صالح لتقيده.

و عن ابن إدريس ثبوت اللعان بالقذف بلا- دخول دون نفى الولد بحمل ما دل على اشتراط الدخول على اللعان إذا كان لنى الولد، و ما دل على عدم الدخول كعموم آيه اللعان بحمله على اللعان إذا كان بسبب القذف، و به جمع بين القولين المتقدمين.

و فيه: إن جملة من الأخبار المتقدمه الداله على اشتراط الدخول و ارده فى القذف فكيف تحمل على عدم الدخول فى القذف، و أما الجمع بين القولين ليس فى محله لأن العلامه قد صرح بعدم الدخول فى اللعان فى قبال القول بالتفصيل فالنزاع معنوى لا لفظى.

هذا و الشارح فى المسالك و الروضه هنا جعل النزاع بين الأصحاب هنا فى اللعان بسبب القذف، و أما بالنسبه لنى الولد فلا بد من اشتراط الدخول إذ مع عدم الدخول لا يتحقق شرط الإلحاق فلا بدّ من نفيه و ينتفى الولد بدون لعان لعدم تحقق شرائط الإلحاق، و ينافيه ما هو المحكى عن المفيد و العلامه فى القواعد من ثبوت اللعان بنفى الولد مع عدم الدخول كما فى الرياض، و لذا قال: (و ربما أنكر هذا القول - أى عدم الدخول فى اللعان بنفى الولد - جماعه مستبعدين ذلك عن قائله إن وجد، و هو كما ترى، لأنه صريح القواعد حيث جعله فيه مقابلا للقول بالتفصيل، و يحكى عن المفيد فى شرح الشرائع للمفلح الصيمرى، و نقل حكايته قولاً عن الحلّى، و أما الاستبعاد فهو فى غير محله لما عرفت) انتهى.

ص: ٢٧٤

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

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللعان حديث ٥ و ٤ و ٨.

مأخذهما عموم (١) الآية، فإن أزواجهم فيها (٢) جمع مضاف فيعمّ (٣) المدخول بها، وغيرها، و تخصيصها (٤) بروايه محمد بن مضارب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

ما تقول في رجل لا عن امرأته قبل أن يدخل بها. قال: «لا يكون ملاءنا حتى يدخل بها يضرب حدا و هي امرأته» و المستند إليه (٥) ضعيف، أو متوقف فيه (٦)، فالتخصيص غير متحقق، و لكن يشكل ثبوته (٧) مطلقا (٨)، لأن ولد غير المدخول بها لا يلحق بالزوج (٩) فكيف يتوقف نفيه على اللعان. نعم يتم ذلك (١٠) في القذف بالزنا.

فالتفصيل كما ذهب إليه ابن إدريس حسن، لكنه (١١) حمل اختلاف الأصحاب عليه (١٢). و هو (١٣) صلح من غير تراضى الخصمين، لأن النزاع (١) دليل عدم اشتراط الدخول.

(٢) في الآية حيث قال تعالى: وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ (١).

(٣) لأن الجمع المضاف من صيغ العموم.

(٤) أى تخصيص الآية و هو دليل اشتراط الدخول.

(٥) و هو محمد بن مضارب.

(٦) و لكنه منجبر بعمل الأصحاب و مؤيده بغيرها من الأخبار المتقدمه، و بعضها معتبر كمرسل ابن أبي عمير فإنه صحيح بالنسبه إليه، و مراسيله كمسانيده إذ لا يروى إلا عن ثقه على ما قيل.

(٧) ثبوت اللعان من غير دخول تبعا لعموم الآية.

(٨) لنفى الولد أو للقذف.

(٩) لعدم تحقق شرائط الإلحاق، إذ من شرائطها الدخول بالدائم.

(١٠) من ثبوت اللعان غير المدخول تبعا لعموم الآية.

(١١) أى ابن إدريس.

(١٢) على التفصيل المذكور.

(١٣) أى حمل كلام الأصحاب المتنازعين على التفصيل يقتضى عدم النزاع المعنوى بينهم، و إنما نزاع لفظى، إذ مراد من اشترط الدخول خصوص اللعان بالولد و مراد من لم يشترط اللعان بالقذف، و لكن أطلقوا لفظا.

معنوى، لا لفظى بين الفريقيين، بل النزاع لا يتحقق إلا فى القذف، للاجماع (١) على انتفاء الولد عند عدم اجتماع شروط اللحق
بغير (٢) لعان، وإن كان كلامهم هنا (٣) مطلقا (٤).

فى ثبوت اللعان بين الحر والمملوكه

(و يثبت) اللعان (بين الحر و) زوجته (المملوكه (٥) لنفى الولد أو) نفى (١) هذا وقد عرفت مخالفه المفيد و العلامه فى القواعد
حيث لم يشترطوا الدخول فى اللعان و لو كان لنفى الولد كما عن سيد الرياض.

(٢) متعلق بقوله (على انتفاء الولد).

(٣) فى اشتراط الدخول و عدمه.

(٤) يشمل اللعان لنفى الولد و للقذف.

(٥) قد تقدم أنه يصح لعان المملوك لزوجته الحره لإطلاق أدلته و الأخبار، و خالف المفيد فاشترط الحره مطلقا و الحلى قد
اشترط الحره فى اللعان للقذف لخبرين لا يصلحان لمعارضه ما تقدم.

و أما لو انعكس الفرض بأن كان الزوج حرا و زوجته مملوكه فالمشهور على صحه لعانها لعموم آيه اللعان و الَّذِينَ يَزْمُونَ
أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا - أَنْفُسُهُمْ (١) ، و لخصوص صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن المرأه
الحره يقذفها زوجها و هو مملوك قال: يلاعنها، و عن الحر تحته أمه فيقذفها قال: يلاعنها) (٢) و صحيح جميل بن دراج عن أبى
عبد الله عليه السلام (سألته عن الحر بينه و بين المملوكه لعان؟ فقال: نعم، و بين المملوك و الحره و بين العبد و الأمه و بين
المسلم و اليهوديه و النصرانيه) (٣)، و صحيح محمد بن مسلم (سألته أبا جعفر عليه السلام عن الحر يلاعن المملوكه؟ قال: نعم إذا
كان مولاه الذى زوجها إياه) (٤)، و مثلها غيرها.

و عن المفيد و سألار المنع لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يلاعن الحر الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها) (٥)،
و خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (سألته عن رجل مسلم تحته يهوديه أو نصرانيه أو أمه ينفى ولدها و قذفها، هل عليه
لعان؟ قال:

لا) (٦)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام قال: ليس بين خمس من النساء و أزواجهن ملاحنه -
إلى أن قال - و الأمه تكون تحت الحر فيقذفها) (٧)، و خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (أربع ليس
بينهم لعان، ليس بين

ص: ٢٧٤

١- (١) سورة النور، الآية: ٤.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان حديث ١ و ٢ و ٥ و ٤ و ١١ و ١٢.

(التعزير) بقذفها، للعموم (١)، و صحیحه محمد بن مسلم عن الباقر علیه السلام قال:

سألته عن الحر يلعن المملوكه قال: «نعم إذا كان مولاهما الذى زوجها إياه لاعنها»، و غيرها.

وقيل: لا لعان بينهما مطلقا (٢) استنادا إلى أخبار دلت على نفيه بين الحر و المملوكه، و حملها (٣) على كونها (٤) مملوكه للقاذف (٥) طريق الجمع بينها (٦)، و بين ما ذكرناه من وقوعه (٧) بالزوجه المملوكه صريحا.

و فصل ابن إدريس هنا غير جيد فأثبتته (٨) مع نفى الولد، دون القذف، نظرا إلى عدم الحد به (٩) الحر و المملوكه (١٠) الحديث و لكنها قاصره عن المعارضه عددا و سندا فلا بأس بحملها على الموطوءه بملك اليمين أو على التقيه أو على ما إذا تزوجها بغير إذن مولاهما، و منه تعرف ضعف الجمع بين الأخبار على التفصيل الآتى كما عن فخر المحققين.

و عن ابن إدريس التفصيل بثبوت لعان المملوكه بنفى الولد دون القذف، و هو المحكى عن الشيخ فى الاستبصار و ابن حمزه فى المراسم بدعوى أن قذف المملوكه لا يوجب الحد فلا داعى لنفيه باللعان بخلاف نفى ولدها فلا ينتفى إلا باللعان إذا كانت زوجته و قد تمت شروط الإلحاق.

و فيه: ان آيه اللعان لم تقيد اللعان لسقوط الحد، و عليه فجاز أن يكون اللعان لإسقاط التعزير كما كان لإسقاط الحد بعد عموم لفظ الآيه.

(١) أى عموم الآيه.

(٢) لنفى الولد أو للقذف.

(٣) أى هذه الأخبار النافيه.

(٤) أى كون المملوكه.

(٥) و لا لعان بين المولى و أمته بالاتفاق، إذ يشترط فى اللعان العقد الدائم.

(٦) بين الأخبار النافيه.

(٧) من وقوع اللعان.

(٨) أى أثبت لعان المملوكه.

(٩) بالقذف.

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان حديث ١٣.

لها (١). و لكن دفع التعزير به (٢) كاف، مضافا إلى ما دل عليه (٣) مطلقا (٤). و وافقه عليه (٥) فخر المحققين محتجا بأنه (٦) جامع بين الأخبار (٧)، و الجمع بينهما بما ذكرناه (٨) أولى (٩) و لا يلحق ولد المملوكه بمالكها إلا بالاقرار به (١٠) على أشهر (١) للمملوكه.

(٢) باللعان.

(٣) على اللعان.

(٤) لنفى الحد أو لنفى التعزير كما فى عموم الآيه.

(٥) على التفصيل.

(٦) بأن التفصيل.

(٧) بين الأخبار النافيه و الأخبار المثبتة.

(٨) من حمل الأخبار النافيه على مملوكه القاذف.

(٩) وجه الأولويه أن بعض الأخبار المثبتة أثبتت اللعان فى صورته القذف كما فى صحيح الحلبي المتقدم فكيف يمكن القول أن عدم لعان المملوكه فى القذف هو طريق الجمع بين الأخبار.

(١٠) الأمه لا- تصير فراشا بالملك و إن خلت به و خلى بها بلا خلاف فيه بخلاف النكاح الذى يلحق الولد به بمجرد إمكان تولده منه، لأن مقصود النكاح هو الاستمتاع و الولد، و ملك اليمين قد يقصد به ذلك و قد يقصد به التجاره و الاستخدام، و إذا كان المقصود فى النكاح ذلك اكتفى فيه بمجرد الإمكان، و لكن هل تصير الأمه فراشا بالوطء، فيه قولان، ذهب الشيخ فى المبسوط و المحقق و العلامه و سائر المتأخرين إلى أن الأمه لا تصير فراشا بالوطء لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (أن رجلا- من الأنصار أتى أبا عبد الله عليه السلام فقال: إني ابتليت بأمر عظيم، إن لى جاريه كنت أطأها فوطئتها يوما و خرجت فى حاجه لى بعد ما اغتسلت معها و نسيت نفقه لى فرجعت إلى المنزل لآخذها فوجدت غلاما لى على بطنها، فعددت لها من يومى ذلك تسعه أشهر فولدت جاريه.

فقال لى: لا- ينبغى لك أن تقربها و لا- تبيعها و لكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيا، ثم أوص عند موتك من مالك حتى يجعل الله عزّ و جلّ لها مخرجا) (١) و مثلها غيرها.

و عن الشيخ فى ظاهر الاستبصار و ابن سعيد فى الجامع و الشارح فى المسالك أنها تصير فراشا بالوطء لأخبار:

١- (١) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

القولين، و الروائتين (و لو (١) اعترف بوطئها (٢)، و لو نفاه انتفى بغير لعان) إجماعاً (٣)، و إنما الخلاف في أنه (٤) هل يلحق به (٥) بمجرد إمكان كونه منه و إن لم منها: خبر سعيد بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع على جارية له تذهب و تجيء و قد عزل عنها و لم يكن منه إليها شيء، ما تقول في الولد؟ قال: أرى أن لا يباع هذا يا سعيد، قال: و سألت أبا الحسن عليه السلام فقال: أ تتهمها؟ فقلت: أما تهمة ظاهره فلا، قال: أ يتهمها أهلكت؟ قلت: أما شيء ظاهره فلا، قال: فكيف تستطيع أن لا يلزمه الولد) (١) و خبره الآخر (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية يطيف بها و هي تخرج فتعلق، قال: يتهمها الرجل أو يتهمها أهله؟ قال: أما ظاهره فلا قال: إذا لزمه الولد) (٢) فعلى قول الأول من عدم فراشيه الأمه بالوطء فلا يلحق الولد بالسيد الواطئ و إن وطأ إلا مع الإقرار بالولد لأن الأصل عدم انتسابه إليه بدون الإقرار.

و على القول الثاني من فراشيه الأمه بالوطء فلا يلحق الولد بالسيد الواطئ إلا مع ثبوت وطئه لها إما بإقراره بالوطء و إما بالبينة على ذلك بخلاف ولد الزوجه التي هي فراش للزوج بمجرد العقد فالحاق ولدها يكفي فيه إمكان الوطء، و الفرق بينهما أن فراشيه الزوجيه متحققه بالعقد مع إمكان وصول الزوج إليها فكان الاعتبار على إمكان الوطء بخلاف فراشيه الأمه فإنها لا تتحقق إلا بالوطء فيعتبر ثبوت الوطء في إلحاق الولد، و الوطء من الأمور الخفيه فيعتبر إقرار السيد به إن لم تتفق البينه و هي نادره في هذه المقامات.

هذا من جهه و من جهه ثانيه إن ولد الزوجه إذا كان محكوماً به للزوج ظاهراً لا ينتفى عنه إذا نفاه إلا باللعان، بخلاف ولد الأمه فينتفى بغير لعان و لذا خص اللعان بالزوجين في قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ ٢.

(١) وصلية.

(٢) بناء على عدم فراشيه الأمه بالوطء كما هو القول الأول المتقدم، لأن الأصل عدم انتسابه إليه بدون الإقرار.

(٣) قيد لعدم اللعان لو نفاه.

(٤) أن الولد.

(٥) بالمالك.

ص: ٢٧٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب نكاح العيب و الإماء حديث ٥ و ٢.

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٦.

يقرّ به (١)، أم لا بدّ من العلم بوطنه، وإمكان لحوقه به (٢)، أو اقراره به (٣). فعلى ما اختاره المصنف والأكثر، لا يلحق به إلا باقراره، أو وطنه (٤) وإمكان لحوقه به، و على القول الآخر (٥) لا ينتفى إلا بنفيه، أو العلم بانتفائه عنه.

و يظهر من العبارة (٦) و غيرها من عباره المحقق و العلامة: أنه (٧) لا- يلحق به إلا- باقراره، فلو سكت و لم ينفه و لم يقرّ به لم يلحق (٨) به و جعلوا ذلك (٩) فائده عدم كون الأمه فراشا بالوطء.

و الذى حققه جماعه (١٠) (١) لا معنى لهذا التشقيق بعد ما عرفت الإجماع على عدم فراشيه الأمه بالملك و بعد ما عرفت أن الخلاف بينهم فى تحقق الفراشيه بالوطء و عدمها، إلا- أن يكون مراد الشارح من الخلاف هو الإشكال، فيكون كلامه إنما الخلاف.. أى إنما الأشكال فى أنه هل يلحق به بمجرد إمكان تولده منه كما فى ولد الزوجه أو لا، و على كل فلا- معنى للإشكال أيضا بعد الإجماع على عدم فراشيه الأمه بالملك.

(٢) كما هو مذهب الشيخ فى الاستبصار و ابن سعيد و هو مبنى على فراشيه الأمه بالوطء.

(٣) كما هو مذهب الأكثر و هو مبنى على عدم فراشيه الأمه بالوطء.

(٤) التردد باعتبار المذهبيين، فالإقرار على مذهب الأكثر و الوطء على المذهب الآخر، و هذان المذهبان مشتركان فى أنه لا يلحق بمجرد الإمكان، و لذا جمعهما فى عباره واحده مقابلا للاحتمال الأول.

(٥) هو ليس بقول بعد إجماعهم على عدم فراشيه الأمه بالملك، بل هو احتمال بلحوق الولد به بمجرد الإمكان كولد الزوجه، و لازمه أنه لا ينتفى عنه إلا بنفيه أو مع العلم بانتفائه عنه.

(٦) عباره الماتن.

(٧) أى ولد المملوكه.

(٨) و إن و طء بناء على عدم فراشيه الأمه بالوطء.

(٩) عدم الإلحاق به مع الوطء إلا بالإقرار.

(١٠) و هو فخر المحققين فى إيضاحه على شرح قواعد العلامه، قال الشارح فى المسالك: (و قال فخر الدين فى شرحه: إن معنى كونها ليست فراشا أنه لا يلحق ولدها به إلا بإقراره أو بوطنها وإمكان لحوقه به، و كأن حاول بذلك الجمع بين حكم الأصحاب بكونها ليست فراشا مطلقا و بين حكمهم فى باب إلحاق الأولاد بلحوق ولد الأمه بالمولى الواطئ و أنه يلزمه الإقرار به حيث

أنه يلحق به باقراره (١)، أو العلم بوطنه (٢)، وإمكان لحوقه به، وإن لم يقَرَّ به وجعلوا الفرق بين الفِراش وغيره: إن الفِراش (٣) يلحق به الولد وإن لم يعلم وطؤه، مع إمكانه (٤) إلا مع النفي (٥) و اللعان، وغيره (٦) من الأمه و المتمتع بها يلحق به الولد إلا مع النفي (٧)، و حملوا (٨) عدم لحوقه إلا بالاقرار على اللحق اللازم، لأنه بدون الاقرار ينتفى بنفيه من غير لعان، ولو أقر به استقر و لم يكن له نفيه بعده (٩) وهذا هو الظاهر.

وقد سبق في أحكام الأولاد ما يتبّه عليه، و لولا هذا المعنى (١٠) لنا في ما ذكره هنا (١١) ما (١٢)، حكموا به فيما سبق من لحوقه به بشرطه (١٣)

القول في كيفية اللعان و أحكامه

إشاره

(القول في كيفية اللعان و أحكامه)

في وجوب كونه عند الحاكم

(يجب كونه (١٤) يمكن كون منه، و أنه لو وطأها غيره ألحق به دون تغير من غير تقييد بإقراره به، فجعل مستند ذلك الوطى الواقع من المولى، و أقامه مقام الإقرار به من غير أن يعلم بكونه واطئا) انتهى.

(١) بناء على عدم فراشيه الأمه بالوطء .

(٢) تنزيلا للوطء منزله الإقرار بالولد.

(٣) كما في الزوجه الدائمه.

(٤) أى إمكان لحوق الولد به.

(٥) نفي الولد.

(٦) غير الفِراش.

(٧) و لو نفاه ينتفى بغير لعان.

(٨) بناء على عدم الفِراش فى الأمه القاضى بكون الولد منه إلا مع النفي فيعارض مع ما قالوه هنا أن الأمه غير فراش بالوطء و لا يلحق الولد به إلا مع الإقرار، و لرفع هذا التعارض يحمل كلامهم الثانى بعدم اللحق إلا بالإقرار على عدم اللحق اللازم بمعنى لو نفاه ينتفى بغير لعان، أما لو أقر به فلا يسمع نفيه فيما بعد.

(٩) بعد الإقرار.

- (١٠) من أن عدم اللقوق به إلا بالإقرار المحمول على عدم اللقوق اللازم إلا بالإقرار.
- (١١) من أن ولد المملوكه لا يلحق بمالكها إلا بإقراره بناء على عدم فراشيه الأمه بالوطء.
- (١٢) فى محل نصب مفعول به لقوله (لنافى).
- (١٣) من لقوق ولد المملوكه بمالكها بشرط إمكان كونه منه من غير اعتبار الإقرار به.
- (١٤) كون اللعان.

(عند الحاكم (١) و هو هنا الإمام عليه السّلام (أو من نصبه) للحكم (٢)، أو اللعان بخصوصه (و يجوز التحكيم فيه) من الزوجين (للعالم المجتهد) و إن كان الإمام و من نصبه موجودين، كما يجوز التحكيم فى غيره (٣) من الأحكام (٤).

(١) لا يصح اللعان إلا عند الحاكم أو منصوبه لذلك، بلا خلاف فيه لأنه قد ادعى الشيخ فى المبسوط الإجماع عليه، لأن اللعان شهاده أو يمين و لا يسجل بهما إلا الحاكم، و لأن الحد يقيمه الحاكم فلذا ما يدرؤه، و للأخبار.

منها: صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (عن الملاعن و الملاعنه كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة) (١) الخبير، و صحيح البنزطى سأل الرضا عليه السّلام (كيف الملاعنه؟ فقال: يقعد الإمام و يجعل ظهره إلى القبلة، و يجعل الرجل عن يمينه و المرأه عن يساره) ٢ الخبير، و مثلهما غيرها.

و المراد بالحاكم هو الإمام المعصوم عليه السّلام، و المراد بمنصوبه من نصبه للحكم عموما أو لخصوص اللعان، نعم يشترط فى منصوبه للعان ما يشترط فى غيره ممن نصبه الإمام للحكم بين الناس من الاجتهاد، لأن اللعان من ضروب الحكم، لأنه مفتقر إلى سماع الشهاده أو اليمين مع الحكم بالحد أو رفعه مع الحكم بنفى الولد و غير ذلك، هذا كله فى حال الحضور، و أما فى حال الغيبه فممنصوبه هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى لأنه ممنصوب من قبل الإمام عليه السّلام على العموم كما تقدم فى كتاب القضاء، فيتولى اللعان كما يتولى غيره من شئون القضاء و لا يتوقف على رضا المتلاعنين.

(٢) عموما.

(٣) غير اللعان.

(٤) قد عرفت أن اللعان لا- يصح إلا- عند المعصوم عليه السّلام أو نائبه العام أو الخاص، و عليه ففى حال الحضور هل يجوز للزوجين تحكيم مجتهد جامع للشرائط و لكن لم ينصبه المعصوم عليه السّلام أو لا.

فعن الشيخ فى الخلاف و لعان المبسوط أنه يصح، لأنه جامع للشرائط، و عن الشيخ فى قضاء المبسوط أنه لا يصح، لأن الحكم هنا لا- يختص بالزوجين المتراضيين، بل يتعلق بالولد أيضا، فلا- يؤثر رضاهما فى حقه إلا- أن يكون بالغاً و يرضى بحكمه خصوصا، و يشترط رضاهما بالحكم بعد الحكم أيضا حتى يصير نافذا. هذا كله من جهه و من جهه أخرى فقد عبر المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد عنه بالرجل العامى، و قال فى

ص: ٢٨٢

و ربما أطلق بعض الأصحاب على المحكم هنا كونه عاميا نظرا (١) إلى أنه غير منصوب بخصوصه، فعاميته إضافيه (٢)، لا أن المسألة (٣) خلافه (٤)، بل الاجماع على اشتراط اجتهاد الحاكم مطلقا (٥)، نعم منع بعض الأصحاب من التحكيم هنا (٦) لأن أحكام اللعان لا تختص بالمتلاعنين فإن نفي الولد يتعلق بحقه (٧)، و من ثم لو تصادقا (٨) على نفيه لم ينتف بدون اللعان، خصوصا عند من يشترط تراضيهما بحكمه (٩) بعده (١٠).

و الأشهر الأول (١١).

هذا (١٢) كله فى حال حضور الإمام عليه السلام، لما تقدم فى باب القضاء: من أن قاضى التحكيم لا يتحقق إلا مع حضوره، أما مع غيبته فيتولى ذلك الفقيه المجتهد، لأنه (١٣) منصوب من قبل الإمام عموما (١٤)

المسالك: (و المراد بالرجل العامى الذى يترضى به الزوجان الفقيه المجتهد حال حضور الإمام لكنه غير منصوب من قبله، و سماه عاميا بالإضافة إلى المنصوب فإنه خاص بالنسبة إليه) انتهى.

(١) عله للإطلاق المذكور.

(٢) بالنسبة إلى المنصوب فإنه خاص.

(٣) أى مسأله تحكيم رجل برضا الزوجين.

(٤) أى خلافه فى اجتهاد المحكم و عدمه.

(٥) سواء كان منصوبا أم لا.

(٦) فى اللعان.

(٧) بحق الولد، فلا يؤثر رضاهما فى نفيه.

(٨) أى الزوجان.

(٩) بحكم قاضى التحكيم.

(١٠) بعد الحكم.

(١١) و هو صحه التحكيم و لزومه حكمه من غير رضا الولد و عدم اشتراط رضاهما بالحكم بعده.

(١٢) من جواز التحكيم و عدمه.

(١٣) أى الفقيه المجتهد.

(١٤) وقد تقدم الدليل في كتاب القضاء.

ص: ٢٨٣

كما يتولى غيره (١) من الأحكام ولا يتوقف على تراضيهما (٢) بعده (٣) بحكمه لاختصاص ذلك (٤) على القول به (٥) بقاضى التحكيم (٦).

و الأقوى عدم اعتباره (٧) مطلقا (٨).

فى شهاده الرجل

و إذا حضرا بين يدى الحاكم فليهدأ (٩) الرجل بعد تلقين الحاكم له الشهاده (فيشهد الرجل (١٠) أربع مرات بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به) متلفظا بما (١) غير اللعان.

(٢) تراضى الزوجين.

(٣) بعد اللعان.

(٤) من اشتراط تراضيهما بعده.

(٥) بالتراضى بعده.

(٦) و هو مختص بحال الحضور.

(٧) أى عدم اعتبار التراضى بحكم قاضى التحكيم هنا و فى غيره من أفراد القضاء.

(٨) فى اللعان و غيره.

(٩) كما سيأتى بيان دليله.

(١٠) صورته اللعان أن يشهد الرجل بالله أربع مرات أنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا أو فى أن الولد ليس من مائه فيقول: أشهد بالله أنى لمن الصادقين فى ذلك، ثم يقول فى الخامسة: عليه لعنه الله إن كان من الكاذبين فيما رماها من الزنا أو نفى الولد.

و تقول المرأة أربع مرات أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا، ثم تقول فى الخامسة: إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا، و لا تحتاج إلى ذكر الولد، لأن لعانها لا يؤثر فيه و لكن لو تعرضت له لم يضر فتقول: و هذا الولد ولده ليستوى اللعان و يتقابل بلا- خلاف فى ذلك كله و يدل عليه الكتاب العزيز و هو قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَ الْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَ الْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (١).

و الأخبار.

ص: ٢٨٤

١- (١) سورة النور، الآيتان: ٦-٩.

رمى به فيقول له (١): قل أشهد بالله أنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، فيتبعه فيه (٢)، لأن (٣) اللعان يمين فلا يعتدّ بها قبل استحلاف الحاكم و إن كان فيها (٤) شائبه الشهاده، أو شهاده (٥) فهى لا تؤدى إلا بإذنه (٦) أيضا، و إن (٧) نفى الولد زاد (٨) منها: خبر ابن الحجاج قال: (إن عباد البصرى سأل أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأه فقال: إن رجلا من المسلمين أتى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال:

يا رسول الله أ رأيت لو أن رجلا دخل منزله فرأى مع امرأته رجلا يجامعها ما كان يصنع؟ فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فانصرف الرجل و كان الرجل هو الذى ابتلى بذلك من امرأته، فنزل الوحي من عند الله عزّ و جلّ بالحكم فيها، فأرسل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إلى ذلك الرجل فدعاه فقال: أنت الذى رأيت مع امرأتك رجلا؟ فقال: نعم، فقال له:

انطلق فائتنى بامرأتك فإن الله عزّ و جلّ قد أنزل الحكم فيك و فيها، فأحضرها زوجها فوقفها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و قال للزوج: اشهد أربع شهادات بالله إنك لمن الصادقين فيما رميتها به فشهد ثم قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أمسك و وعظه ثم قال: اتق الله فإن لعنه الله شديده ثم قال: اشهد الخامسة أن لعنه الله عليك إن كنت من الكاذبين، قال: فشهد فأمر به فنحى.

ثم قال للمرأه: اشهدى أربع شهادات بالله إن زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به فشهدت ثم قال لها: أمسكى فوعظها ثم قال لها: اتقى الله فإن غضب الله شديد ثم قال لها:

اشهدى الخامسة أن غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك به فشهدت ففرّق بينهما و قال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبدا بعد ما تلاعنتما(١).

(١) أى فيقول الحاكم للرجل.

(٢) أى فيتبع الرجل الحاكم فيما قال.

(٣) تعليل لكون لعان الرجل بعد تلقين الحاكم.

(٤) فى اليمين.

(٥) أو لأن اللعان شهاده.

(٦) بإذن الحاكم.

(٧) شرطيه.

(٨) أى زاد الرجل فى شهاداته.

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

«و أن هذا الولد من زنا و ليس منى» كذا عبر فى التحرير، و زاد (١) أنه (٢) لو اقتصر على أحدهما (٣) لم يجز، و يشكل فيما لو كان اللعان لنفى الولد خاصة من غير قذف فإنه لا يلزم إسناده (٤) إلى الزنا (٥)، لجواز الشبهه فينبغى أن يكتفى بقوله: إنه لمن الصادقين فى نفي الولد المعين (ثم يقول) بعد شهادته أربعاً: كذلك (٦) (أن لعنه الله عليه) جاعلاً المجرور بعلى ياء المتكلم (٧) (إن كان من الكاذبين) فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد كما ذكر فى الشهادات.

فى شهادة المرأة

(ثم تشهد المرأة) بعد فراغه من الشهادة و اللعنه (أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به) فنقول: اشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا (ثم تقول: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين) فيه (٨) مقتصره على ذلك (٩) فيهما (١٠).

فى أنه لا بد من التلفظ بالشهادة

(و لا بد من التلفظ بالشهادة على الوجه المذكور (١١) (١) أى العلامه فى التحرير.

(٢) أى الرجل.

(٣) من كون الولد من الزنا أو أنه ليس منه.

(٤) إسناد الولد.

(٥) و لذا عدّ الأصحاب نفي الولد سبياً مستقلاً عن القذف.

(٦) أى متابعا قول الحاكم.

(٧) أى يأتى الملاءن بدل قول الحاكم عليه: بلفظ (على).

(٨) فيما رماها به.

(٩) أى على ما ذكرنا من الرمي بالزنا.

(١٠) فى الشهادة و اللعان و لا تحتاج إلى إثبات الولد لأن إثبات الولد لا يؤثر فى لعانها، نعم لو قالت: و هذا الولد ولده ليستوى اللعان فلا بأس.

(١١) هذا و اللعان مشتمل على واجب و مندوب، أما الواجب فخمسه أمور: الأمر الأول:

التلفظ بالشهادة و اللعن على الوجه المذكور بلا خلاف فيه، لأن الأصل عدم ترتيب أثر اللعان على غير موضع النص، و عليه فلو أبدل صيغه الشهادة بغيرها كقوله: شهدت بالله أو أنا شاهد، أو أحلف بالله أو أقسم، و كذا لو بدّل لفظ الجلاله كقوله: أشهد

بالرحمن أو الخالق و نحوها، و كذا لو بدّل كلمه الصدق و الكذب الوارده فى اللعان بمرادفها، أو حذف لام التأكيد كقوله: إني
من الصادقين أو حذف حرف الجر فقال: إني لبعض

ص: ٢٨٦

فلو أبدلها (١) بمعناها كأقسم، أو احلف، أو شهدت، أو أبدل الجلاله بغيرها من أسمائه تعالى أو أبدل اللعن، و الغضب، و الصدق، و الكذب بمرادفها (٢)، أو حذف لام التأكيد (٣)، أو علقه (٤) على غير «من» كقوله إني لصادق، و نحو ذلك من التعبيرات لم يصح.

فى وجوب كونهما قائمين

(و أن يكون الرجل قائما (٥) عند إيراده الشهاده و اللعن و إن كانت المرأه حينئذ (٦) جالسه،(و كذا) تكون (المرأه) قائمه عند إيرادها الشهاده و الغضب و إن الصادقين، أو أبدل اللعن بالإبعاد أو الطرد، و أبدل لفظ الغضب بالسخط.

فلا يصح فى الجميع لأنه خلاف المنقول شرعا، و منه تعرف ضعف ما عن بعض العامه من جواز تغيير لفظ (أشهد) بما يفيدها، و جواز إبدال اللعن بالغضب و بالعكس.

(١) أى أبدل الشهاده.

(٢) مرادف اللعن الإبعاد و الطرد، و مرادف الغضب السخط و مرادف الصدق موافقه الواقع و مرادف الكذب مخالفه الواقع.

(٣) من شهادته إني لمن الصادقين.

(٤) علق اللعان.

(٥) الأمر الثانى الواجب فى اللعان قيام كل منهما عند إيراده الشهاده و اللعن، كما عليه الشيخ فى المبسوط و المحقق فى الشرائع و ابن إدريس فى سرائره و الصدوق فى ظاهر المقنع لمرسل الفقيه (و فى خبر آخر ثم يقوم الرجل فيحلف أربع مرات بالله أنه لمن الصادقين - إلى أن قال - ثم تقوم المرأه فتحلف أربع مرات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به) (١)، و لما روته العامه عن فعل النبى صلى الله عليه و آله و سلم (أنه أمر عويمرا بالقيام فلما تمت شهادته أمر امرأته بالقيام) (٢).

و عن الأكثر و منهم الشيخ فى النهايه و المفيد أنهما يكونان قائمين بين يدي الحاكم عند تلفظ كل منهما، لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الملاعن و الملاعنه كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة يقيمهما بين يديه مستقبل القبلة بحدائنه، و يبدأ بالرجل ثم المرأه) (٣).

(٦) حين إيراد الرجل الشهاده و اللعن.

ص: ٢٨٧

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

٢- (٢) الدر المنثور ج ٥ ص ٢٣.

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

كان الرجل حينئذ جالسا.

(و قيل: يكونان معاقئين في الإيرادين).

و منشأ القولين اختلاف الروايات، و أشهرها و أصحها ما دلّ على الثاني.

في تقدم الرجل و كون اللفظ عربيا

(و أن يتقدم الرجل أولا (١) فلو تقدمت المرأة لم يصح عملا بالمنقول من فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، و ظاهر الآيه، و لأن لعانها لإسقاط الحد الذي وجب عليها بلعان الزوج (و أن يميز الزوجه من غيرها تمييزا يمنع المشاركة (٢) إمّا بأن يذكر اسمها و يرفع نسبها بما يميزها، أو يصفها بما يميزها عن غيرها، أو يشير إليها إن كانت حاضره.

(و أن يكون الايراد) بجميع ما ذكر (باللفظ العربي الصحيح (٣) إلا مع (١) الأمر الثالث الواجب في اللعان أن يبدأ الرجل أولا بالشهادة ثم باللعن على الترتيب المذكور ثم المرأة مقدّمة للشهادة على الغضب، فلو بدأت المرأة باللعان فلا شيء و كان لاغيا لأنه على خلاف الثابت من آيه اللعان و من فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ كما في الأخبار المتقدمه، و لأن لعانها لإسقاط الحد عنها كما هو مقتضى قوله تعالى: وَ يَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ (١)، و الحد قد ثبت بلعان الزوج فلا بد من تقديم لعانه على لعانها، فما عن بعض العامه من جواز التقديم ليس في محله، كما أنه ليس في محله ما عن بعض آخر منهم من جواز تقديم اللعن على الشهاده، كل ذلك لأنه خلاف المنقول شرعا.

(٢) الأمر الرابع الواجب في اللعان أن يعينها بما يزيل الاحتمال، كذكر اسمها أو اسم أبيها مع صفاتها المميزه لها عن غيرها، أو يشير إليها مع حضورها، لأن اللعان منها فلا بد من تعيينها، و كذا يجب عليها تعيين الرجل بما سمعت.

(٣) الأمر الخامس الواجب في اللعان أن يكون النطق باللفظ العربي، لأن النص ورد به فلا عدول عنه عند القدره، نعم يجوز العدول عند عدم القدره، غايته يأتي بالممكن له باللفظ العربي و إلا لا عن بأي لسان شاء لحصول الفرض من الشهاده و اللعن.

ثم إن كان الحاكم يحسن تلك اللغه فلا حاجه إلى المترجم و إلا افتقر إلى اثنين، و لا يكفي الواحد لأنها شهاده، و لا يحتاج إلى الأزيد من اثنين لأنها شهاده على اللفظ و عن بعض

ص: ٢٨٨

(التعذر) فيجتزى بمقدورهما (١) منه (٢)، فإن تعذر تلفظهما بالعربية أصلاً أجزأ غيرها من اللغات من غير ترجيح (فيفتقر الحاكم إلى مترجمين عدلين) يلقيان عليهما الصيغه بما يحسنانه من اللغة (إن لم يعرف) الحاكم (تلك اللغة)، وإلا باشرها بنفسه ولا يكفى أقل من عدلين حيث يفتقر إلى الترجمة، ولا يحتاج إلى الأزيد.

في أنه تجب البدأ من الرجل بالشهادة، ثم اللعن

(و تجب البدأ) من الرجل (بالشهادة، ثم اللعن) كما ذكر (و في المرأه بالشهادة ثم الغضب (٣) و كما يجب الترتيب المذكور تجب الموالاه بين كلمتهما، فلو تراخى بما يعدّ فصلاً، أو تكلم بخلاله بغيره بطل (٤).

في ما يستحب

(و يستحب (٥) أن يجلس الحاكم مستدبراً القبلة) ليكون وجههما إليها.

(و أن يقف الرجل عن يمينه، و المرأه عن يمين الرجل و أن يحضر) من الناس العامه أنه لا بد من أربع شهود لأنها شهاده على الزنا، و ضعفه ظاهر إذ هي شهاده على تلفظه باللعان و كذا تلفظها.

(١) مقدور الزوجين.

(٢) من اللعان بالعربية.

(٣) قد تقدم بحث هذا الترتيب مع دليله.

(٤) لأنه على خلاف المنقول، فيقتصر في اللعان على المنقول شرعاً الذي هو بدون فصل و خال عن غيره.

(٥) شروع في مستحبات اللعان و سننه و هي أمور:

الأول: أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة ليكون وجهه إليهما كجلوسه لغيره من مواضع الحكم، و الثاني من سنته أن يكون الرجل عن يمينه و المرأه مع وليدها عن يمين الرجل لما رواه البزنطي عن الرضا عليه السلام فقال له: (أصلحك الله كيف الملاعنه؟ قال: يقعد الإمام و يجعل ظهره إلى القبلة و يجعل الرجل عن يمينه، و المرأه و الصبي عن يساره) (١)، و صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الملاعن و الملاعنه كيف يصنعان؟ قال:

يجلس الإمام مستدبر القبلة يقيمهما بين يديه مستقبل القبلة بحدائنه، و يبدأ بالرجل ثم المرأه) ٢.

ص: ٢٨٩

(من يستمع اللعان) (١) و لو أربعه عدد شهود الزنا (و أن يعظه الحاكم قبل كلمه اللعنه (٢) و يخوفه الله تعالى و يقول له: إن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، و يقرأ عليه إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا الْآيَةَ (٣)، و أن لعنه لنفسه يوجب اللعنه إن كان كاذبا و نحو ذلك (و يعظها قبل كلمه الغضب) بنحو ذلك (٤).

(و أن يغلظ بالقول (٥) (١) الثالث من السنن أن يحضر جماعه من أعيان البلد و صلحائه، فإن ذلك أعظم للأمر، و ليعرف الناس ما يجرى عليهما من التفريق المؤبد أو حكم القذف أو ثبوت الزنا، و لما روى (من أنه حضر اللعان على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم جماعه من الصحابه منهم ابن عباس و ابن عمرو و ابن سهل بن سعد) (١)، و أقل ما تتأدى الوظيفه بأربعه نفر، لأن الزنا يثبت بهذا العدد فيحضرون لإثباته و قال فى الجواهر: (و إن كان لم أقف له على دليل إلا أن الأمر سهل فى المندوبات و الآداب و الوظائف) انتهى.

(٢) و من السنن أن يعظ الحاكم الرجل و يخوفه بعد الشهادات و قبل ذكر اللعن، و كذا المرأة قبل ذكر الغضب، و تخويفهما بأن يذكر أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، ففى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (أن عباد البصرى سأل أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة فقال: إن رجلا من المسلمين أتى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم - إلى أن قال - و قال للزوج: أشهد أربع شهادات بالله أنك لمن الصادقين فيما رميتها به فشهد ثم قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أمسك و وعظه ثم قال: اتق الله فإن لعنه الله شديده ثم قال:

أشهد الخامسة أن لعنه الله عليك إن كنت من الكاذبين فشهد فأمر به فنتحى ثم قال للمرأة: اشهدى أربع شهادات بالله إن زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به فشهدت ثم قال لها: أمسكى فوعظها ثم قال لها: اتقى الله فإن غضب الله شديد ثم قال لها: اشهدى الخامسة أن غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك به فشهدت) (٢).

(٣) سورة آل عمران، الآية: ٧٧.

(٤) بنحو ما وعظ الرجل.

(٥) تغليظ اللعان بالقول و المكان و الزمان جائز بالمعنى الأخص، و صرح بعضهم كما فى المسالك باستحباب التغليظ، و استظهر الشارح فى المسالك استحباب التغليظ بالمكان

ص: ٢٩٠

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٤ و ٣٩٩.

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

و هو (١) تكرار الشهادات أربع مرات (٢)، و هو (٣) واجب. لكنه أطلق الاستحباب نظرا إلى التغليظ بمجموع الأمور الثلاثة (٤) من حيث هو مجموع، و بما قررناه (٥) صرح في التحرير.

و أما حملة (٦) على زياده لفظ في الشهاده، أو الغضب على نحو ما يذكر في اليمين المطلقه (٧)، كأشهد بالله الغالب الطالب المهلك، و نحو ذلك، فإنه (٨) و إن كان ممكنا أو نصّ عليه، إلا أنه يشكل باخلاله (٩) بالموالاه المعبره في اللفظ المنصوص (١٠) مع عدم الإذن في تخلل المذكور (١١) بالخصوص (١٢).

(و المكان (١٣) و الزمان، و أما التغليظ بالقول فإن فسر بأنه تكرار الشهادات أربع مرات كما فسر به العلامه في التحرير فلا ريب في وجوبه بل هو ركن في اللعان، و إن فسر التغليظ بالقول بذكر ما يناسب من أسماء الله تعالى المؤذنه بالانتقام فهو مستحب كما ثبت استحبابه في يمين الدعاوى.

و أما التغليظ بالمكان و الزمان فسيأتي.

(١)التغليظ بالقول.

(٢)كما عن العلامه في التحرير.

(٣)تكرار الشهادات.

(٤)بالقول و المكان و الزمان.

(٥)من أن الاستحباب بلحاظ المجموع.

(٦)أى حمل التغليظ بالقول.

(٧)و هي يمين الدعاوى فيذكر فيها ما يناسب من أسماء الله بالانتقام.

(٨)أى التغليظ بالقول المفسر بالزياده من أسماء الله الداله على الانتقام.

(٩)أى بإخلال التغليظ المفسر بالزياده من أسماء الله تعالى.

(١٠)و هو لفظ اللعان.

(١١)من الزياده بأسماء الله الداله على الانتقام.

(١٢)و العجب من الشارح حيث حكم هنا بالإخلال و هو القائل في المسالك: (و لا يخلّ بالموالاه لأنه من متعلقاته) انتهى.

(١٣)المراد بالتغليظ بالمكان أن يجرى اللعان في أشرف المواضع في البلد، كبين الركن و المقام إن كانوا في مكه و هو المسمى

بالحطيم، و في الروضه و هي ما بين قبر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وَ منبره إن كان في المدينه، و في المسجد الأقصى عند الصخره إن كانوا في بيت المقدس، و في

ص: ٢٩١

بان يلاعن (١) بينهما فى موضع شريف (كبين الركن) الذى فيه الحجر الأسود، (و المقام) مقام إبراهيم على نبينا و آله و عليه السلام و هو المسمى بالحطيم (بمكه، و فى الروضه) و هى ما بين القبر الشريف و المنبر (بالمدينه، و تحت الصخره فى المسجد الأقصى، و فى المساجد بالأمصار) غير ما ذكر (٢) عند المنبر (أو المشاهد الشريفه) للأئمه و الأنبياء عليهما لسلام ان اتفق (٣)، و لو كانت المرأه حائضا فباب المسجد (٤) فيخرج الحاكم إليها، أو يعث نائبا (٥)، أو كانا ذميين فبيعه أو كنيسه (٦) أو مجوسيين فييت نار، لا بيت صنم لوثنى إذ لا حرمه له، و اعتقادهم غير مرعى (٧).

المسجد الجامع عند المنبر إن كانوا فى سائر البلدان، و فى المشاهد المشرفه إن كانوا فى بلادها.

(١) أى الحاكم.

(٢) من مكه و المدينه و بيت المقدس.

(٣) أى اتفق وجود المشاهد المشرفه.

(٤) يجوز اللعان فى المساجد و الجوامع إذا لم تكن المرأه حائضا، و إلا فمع حيضها فالأنسب أن يكون لعانها عند باب المسجد لأنها أنسب بالتغليظ.

(٥) فيستوفى منها الشهاده و لا يشترط فيه الاجتهاد، لأنه ليس هو الحاكم.

(٦) لو كان الزوجان من أهل الذمه فالتغليظ عليهم فى المكان بأن يكون لعانها فى المواضع التى يعظمونها كالكنيسه للنصارى و البيعه لليهود، و قال فى المسالك: (و هل يلاعن بين المجوس فى بيت النار وجهان، من أنه ليس له حرمه و شرف بخلاف البيعه و الكنيسه، و من أن المقصود تعظيم الواقعه و زجر الكاذب عن القذف، و اليمين فى الموضع الذى يعظمه الحالف أغلظ، و يجوز أن يراعى اعتقادهم بشبهه الكتاب كما روى فى قبول الجزيه، و أما بيت الأصنام فلا عبره به فى لعان الوثنيين مطلقا، لأنه لا أصل له فى الحرمه عند الله تعالى بخلاف السابق، و اعتقادهم غير مراعى بمجرده فيلاعن بينهم فى مجلس الحكم) انتهى، نعم توقف بعض الشافعيه فى بيت الصنم لمكان التعظيم عندهم.

(٧) هذا و لم يذكر الشهيدان التغليظ بالزمان، و هو إيقاعه فى وقت شريف كيوم الجمع، و بعد العصر منه بالخصوص فإن اليمين الكاذبه حينئذ أغلظ عقوبه، و قد فسر بما بعد العصر قوله تعالى: تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ (١) كما فى الخبر (٢).

ص: ٢٩٢

١- (١) سورة المائده، الآيه: ١٠٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من كتاب الوصايا حديث ٦.

في أنه إذا لعن الرجل سقط عنه الحد ووجب على المرأة

(و إذا لا عن الرجل سقط عنه الحد (١) ووجب على المرأة (٢)، لأن لعانه حجه كالبينه (فإذا أقرت بالزنا، أو) لم تقر و لكن (نكلت) عن اللعان (وجب عليها) الحد (و إن لا عنت سقط عنها).

(و يتعلق بلعانهما) معا (أحكام أربعة) في الجملة (٣)، لا- في كل لعان (٤) (سقوط الحدين عنهما (٥)، و زوال الفراش (٦) و هذان ثابتان في كل لعان (٧) (و نفى الولد عن الرجل)، لا عن المرأة إن كان اللعان لنيفه (٨) (و التحريم المؤبد (٩) و هو (١) أي سقط عنه حد القذف بلا خلاف و لا إشكال، نعم لا يتعين اللعان على الزوج بعد القذف بل إذا امتنع حد كالأجنبي إذا قذف و لم يقم البينه، و عن أبي حنيفة أن قذف الزوج لا- يوجب الحد و لكن يوجب اللعان، و مع امتناعه يحبس حتى يلاعن، و حينئذ فاللعان عقوبه حده دون الحد، و ضعفه ظاهر.

(٢) أي و بلعان الرجل يثبت حد الزنا على المرأة، لأن لعانه بمنزله إقامة البينه، و يسقط هذا الحد لعانها كما هو ظاهر قوله تعالى: وَ يَذْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ (١)، بلا- خلاف في ذلك و لا إشكال و عن أبي حنيفة أن المرأة لا تحد بلعانه بل تحبس حتى تلاعن، و هو مناف لظاهر الآيه المتقدمه.

(٣) في المجموع.

(٤) إذ اللعان تاره لنفى حد القذف و أخرى لنفى الولد، فكل منهما مختص بحكمه.

(٥) عن الزوجين، فيسقط حد القذف عن الرجل و حد الزنا عن المرأة كما تقدم.

(٦) أي الخروج عن الزوجيه فتبطل الزوجيه و التوارث.

(٧) سواء كان للقذف أم لنفى الولد.

(٨) لنفى الولد بحيث إن الولد بعد اللعان لا يدعى لأبيه، و لكن لا يرمى بأنه ابن زنا، ففي خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة يلاعنها زوجها و يفرق بينهما إلى من ينسب ولدها؟ قال: إلى أمه) (٢).

(٩) أي تحرم عليه أبدا ففي خبر ابن الحجاج المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام المتضمن لوقوع اللعان بين رجل و زوجته في عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و أنه قال لهما بعد لعانهما: (لا تجتمعا بنكاح أبدا بعد ما تلاعتما) (٣)، نعم عن بعض العامة أنه لو أكذب نفسه كان له أن يجدد نكاحها، و عن

ص: ٢٩٣

١- (١) سورة النور، الآيه: ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب اللعان حديث ٢.

ثابت مطلقا (١) كالأولين (٢)، و لا- ينتفى عنه (٣) الحد إلا بمجموع لعانه (٤)، و كذا المرأه، و لا تثبت الأحكام أجمع (٥) إلا بمجموع لعانهما.

فى ما لو أكذب نفسه فى أثناء اللعان أو بعده

(و) على هذا (لو أكذب نفسه فى أثناء اللعان (٦) و جب عليه حد القذف) و لم يثبت شىء من الأحكام (٧)، (و) لو أكذب نفسه (بعد لعانه) و قبل لعانهما ففى بعض آخر منهم القول ببقائهما على الزوجيه، و الأخبار المتقدمه حجه عليهم.

نعم قيل برّد هذه الأحكام الأربعة إلى ثلاثه، لأن زوال الفراش يدخل فى التحريم المؤبد، و هو قول ضعيف لأن التحريم المؤبد قد يجمع الفراش كما فى المفوضه، هذا من جهه و من جهه أخرى فالفرقه تحصل ظاهرا و باطنا سواء كان الزوج صادقا أم الزوجه بعد لعانهما خلافا لأبى حنيفه فحكم بعدم حصول الفرقة باطنا مع صدقها و هو ظاهر الضعف لمخالفته للأخبار المتقدمه.

(١) فى اللعانين، و المعنى أن التحريم المؤبد ثابت سواء كان اللعان للقذف أم لنفى الولد.

(٢) من سقوط الحد عنهما و زوال الفراش فإنهما ثابتان لكل لعان.

(٣) عن الرجل.

(٤) من الشهادات و اللعن.

(٥) و هى الأحكام الأربعة المتقدمه.

(٦) أو نكل عن اللعان أو نكل عن جزء منه و لو كلمه ثبت عليه الحد، و لكن لا تثبت الأحكام الأربعة المتقدمه، لأنها مترتبه على إتمام اللعانين، و بدونه لا يثبت شىء منها، و يشهد له صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن الرجل يقذف امرأته؟ قال عليه السّلام: يلاعنها ثم يفرّق بينهما فلا تحلّ له أبدا، فإن أقرّ على نفسه قبل الملاعنه جلد حدا و هى امرأته) (١) و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (عن رجل لا عن امرأته فحلف أربع شهادات بالله ثم نكل فى الخامسة؟ فقال عليه السّلام: إن نكل عن الخامسة فهى امرأته و جلد، و إن نكلت المرأه عن ذلك إذا كان اليمين عليها فعليها مثل ذلك) ٢ و مثلها غيرها و كذا الحكم لو أكذبت المرأه نفسها فى أثناء اللعان أو نكلت عنه أو عن جزء منه ثبت عليها الحد و لا تثبت الأحكام الأربعة المتقدمه.

ثم إن الحد هنا هو الرجم لأنها محصنه و لكن بشرط أن يكون اللعان لقذفها بالزنا، أما لو نفى الولد و لم يقذفها و جوّز الرجل كون الولد لشبهه لم يلزم عليها الحد، لعدم موجبه.

(٧) أى الأحكام الأربعة المتقدمه.

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

وجوب الحد عليه (قولان) (١) منشؤهما. من سقوط (٢) الحد عنه بلعانه، و لم يتجدد منه (٣) قذف بعده (٤)، فلا وجه لوجوبه (٥) و من أنه (٦) قد أكد القذف السابق (٧) باللعان، لتكراره (٨) (١) إذا كذب الرجل نفسه بعد لعانه أو بعد لعانها فقد ذهب الشيخ فى النهايه و التهذيب و المحقق فى الشرائع و العلامه فى أحد قوليهِ إلى سقوط الحد عنه لخبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل لا عن امرأته و هى حبلى ثم ادعى ولدها بعد ما ولدت و زعم أنه منه قال: يردّ إليه الولد و لا يجلد لأنه قد مضى التلاعن) (١)، و صحيحه الآخر (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لا عن امرأته و هى حبلى قد استبان حملها و أنكر ما فى بطنها، فلما وضعت ادّعاها و أقربه و زعم أنه منه فقال: يردّ إليه ولده و يرثه و لا يجلد، لأن اللعان قد مضى) ٢، و يؤيده أن الحد قد سقط بلعانه، و لم يوجد سبب آخر للحدّ إلا تكذيبه نفسه و هو تنزيه لها فلا موجب للحد حينئذ.

و عن الشيخ فى المبسوط و المفيد فى المقنعه و العلامه فى القواعد و الشارح فى المسالك عدم السقوط لخبر محمد بن فضيل عن أبي الحسن عليه السلام (سألته عن رجل لا- عن امرأته و انتفى من ولدها ثم أكذب نفسه هل يردّ عليه ولده؟ فقال: إذا أكذب نفسه جلد الحدّ، و ردّ عليه ابنه و لا ترجع إليه امرأته أبدا) ٣ مؤيدا أنه باللعان أكد القذف لتكراره، و مؤيدا أيضا بأن الحد قد ثبت عليه بالقذف قبل اللعان فيستصحب إلى أن يعلم المزيل و لا يعلم زواله بلعان ظهر كذبه، لأن النصوص السابقه الداله على سقوط الحد باللعان، إنما هى داله على سقوطه باللعان الذى هو صادق فيه أو مع اشتباه الحال لا مع كذبه كما هو مفروض فى المقام.

و بعد هذا كله فلا بد من ترجيح القول الأول لصحة سند بعض رواياته، و هو صحيح الحلبي المتقدم.

(٢) دليل لعدم وجوب الحد على الرجل فيما لو أكذب نفسه بعد لعانه.

(٣) من الرجل.

(٤) بعد اللعان.

(٥) أى لوجوب الحد.

(٦) دليل لوجوب الحد على الرجل فيما لو أكذب نفسه بعد لعانه.

(٧) أى السابق على اللعان.

(٨) أى لتكرار الرجل القذف فى اللعان.

ص: ٢٩٥

إياه فيه، و السقوط (١) إنما يكون مع علم صدقه (٢)، أو اشتباه حاله، و اعترافه بكذبه (٣) ينفيهما (٤)، فيكون لعانه قذفا محضا فكيف يكون مسقطا.

(و كذا) القولان (٥) لو اكذب نفسه (بعد لعانها (٦) لعين ما ذكر في الجانبين (٧)).

و الأقوى ثبوته (٨) فيهما (٩) لما ذكر (١٠)، و لروايه محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام أنه سأله عن رجل لا عن امرأته و انتفى من ولدها ثم اكذب نفسه هل يرد عليه ولده. قال: «إذا اكذب نفسه جلد الحد و ردّ عليه ابنه، و لا ترجع إليه امرأته أبدا» لكن لو كان رجوعه (١١) بعد لعانها (١٢) (١) أي سقوط الحد.

(٢) أي صدق الرجل في لعانه.

(٣) بكذب اللعان.

(٤) أي ينفي الصدق و اشتباه الحال.

(٥) من سقوط الحد و عدم سقوطه.

(٦) لعان الزوجين.

(٧) أي جانبي السقوط و عدمه في الفرع المتقدم.

(٨) ثبوت الحد.

(٩) في الفرعين السابقين فيما لو أكذب نفسه بعد لعانه أو بعد لعانها.

(١٠) أي لما ذكر سابقا من دليل عدم السقوط.

(١١) أي تكذيب نفسه و رجوعه عن القذف.

(١٢) هذا و اعلم أن الأحكام الأربعة المتقدمه من سقوط الحدين و زوال الفراش و التحريم المؤبد و نفي الولد لا تثبت إلا بعد لعانها فلو أكذب نفسه بعد لعانه فلا يثبت شيء منها، غاية أن قذفه موجب للحد فهل لعانه الذي أكذب نفسه فيه موجب للسقوط أو لا و قد تقدم الكلام فيه.

و على فرض تحقق لعانها فتثبت الأحكام الأربعة المتقدمه و لكن لو أكذب نفسه بعد لعانها، فهل يعود الحد أو لا قد تقدم الكلام فيه، و لكن لا- يعود الفراش و لا- يرتفع التحريم بلا خلاف و لا إشكال، و قد ورد ما يدل عليه في ذيل خبر محمد بن فضيل، و لكن بعد ما أكذب نفسه بعد لعانها فقد اعترف بالولد فيؤخذ بمقتضى إقراره، و لكن فيما عليه لا فيما له، لإقراره أولا بالانتفاء منه، فلذا يرثه الولد و لا يرثه الأب و لا من

لا يعود الحل (١)، للرواية (٢)، و للحكم بالتحريم شرعا (٣)، و اعترافه لا يصلح لإزالته (و لا يرث (٤) الولد) لما ذكر (٥) (و إن ورثه الولد)، لأن (٦) اعترافه (٧) اقرار فى حق نفسه بإرثه منه (٨)، و دعوى ولادته (٩) قد انتفت شرعا (١٠) فيثبت اقراره على نفسه و لا- تثبت دعواه على غيره (١١)، و كذا لا- يرث الولد أقرباء الأب و لا يرثونه إلا مع تصديقهم على نسبه فى قول، لأن الإقرار (١٢) لا يتعدى المقر.

(و لو اكذبت) المرأة (نفسها بعد لعانها (١٣) فكذلك) لا- يعود الفراش و لا- يتقرب بالأب و ترثه الأم و من يتقرب بها على ما حرر فى كتاب الإرث.

(١) أى لا يعود الفراش، و لا ترجع امرأته إليه.

(٢) أى روايه محمد بن الفضيل.

(٣) بعد لعانها فيستصحب إلى أن يثبت المزيل، و تكذيبه نفسه ليس مزيلا لعدم الدليل عليه.

(٤) أى لا يرث الرجل الولد.

(٥) للحكم بعدم إرثه من الولد شرعا بعد لعانها فيستصحب.

(٦) تعليل لإرث الولد منه.

(٧) أى اعتراف الرجل بالولد بعد لعانها.

(٨) أى يارث الولد منه، فيؤخذ بمقتضى إقرار فيما هو عليه، لا فيما هو له.

(٩) أى و دعوى الرجل ولاده الولد منه.

(١٠) بعد لعانها.

(١١) بأن الولد منه حتى يرث الرجل ولده.

(١٢) تعليل لعدم إرث الولد من أقارب الرجل.

(١٣) لما كان لعانها بعد لعانه فلو أكذبت نفسها بعد لعانها فهي أكذبت نفسها بعد لعانها، فلا ترتفع الأحكام الأربعة المتقدمه التى ثبتت بعد لعانها، هذا و لا يجب عليها الحد حينئذ بدعوى أن تكذيب نفسها إقرار بالزنا، لأن حد الزنا لا يثبت على المقر إلا أن يقرب به أربع مرات بلا خلاف فى ذلك.

نعم لو أقرت به أربع مرات بعد لعانها فهل يثبت الحد كما هو الأشهر لعموم ما دل على وجوب الحد على من أقرّ أربعاً و هو مكلف حرّ مختار، أو لا يثبت الحد كما هو قول الشيخ فى النهايه و ابن إدريس و ابن سعيد، لأنها أقرت بزنا سقط حده باللعان

لقوله تعالى: وَ يَذْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ (١) و مقتضى إطلاقه عدم عود الحد و إن أقرت بموجه بعد ذلك أربع مرات.

ص: ٢٩٧

١- (١) سورة النور، الآية: ٨.

يزول التحريم (و لا حد عليها) بمجرد اكذابها نفسها، لأنه (١) اقرار بالزنا و هو (٢) لا يثبت (إلا أن تقر أربعاً) كما سيأتي إن شاء الله تعالى، فإذا أقرت أربعاً حدت (على خلاف) في ذلك (٣) منشؤه ما ذكرناه، من أن الاقرار (٤) بالزنا أربعاً من الكامل الحر المختار يثبت حده (٥). و من (٦) سقوطه (٧) بلعانهما لقوله تعالى:

وَ يَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ الْآيَةَ فَلَإِ يَعُودُ (٨) (و لو قذفها) الزوج (برجل) معين (وجب عليه (٩) حدان) أحدهما لها. و الآخر للرجل، لأنه (١٠) قذف لاثنين (و له (١١) إسقاط حدها باللعان)، دون حد الرجل.

(و لو أقام بينه) بذلك (١٢) (سقط الحدان) كما يسقط حد كل قذف بإقامه (١) أى إكذابها نفسها.

(٢) أى الإقرار بالزنا مره لا يثبت الحد.

(٣) فى الحد عند إقرارها أربعاً.

(٤) دليل لثبوت الحد بإقرارها أربعاً.

(٥) أى حد الزنا.

(٦) دليل لعدم ثبوت الحد بإقرارها أربعاً.

(٧) أى سقوط حد الزنا.

(٨) أى فلا يعود حد الزنا و لو أقرت به أربعاً بعد ذلك للإطلاق.

(٩) على الزوج، هذا و اعلم أنه إذا قذف امرأته برجل على وجه قد نسبهما إلى الزنا بأن قال:

زنىت بفلان، كان عليه حدان لأنه قذف لهما، و لكن له إسقاط حد الزوجه باللعان و لا يسقط حد الرجل، بلا فرق بين أن يذكر الرجل فى شهادات اللعان و عدمه، بأن قال:

أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان، و عدمه لأن اللعان بالنسبه إلى إسقاط حد القذف المختص بالزوجه فيبقى حكم قذف الرجل باقياً على أصله من الثبوت خلافاً لبعض العامه حيث أسقط حد الرجل مع ذكره فى لعان الزوج لزوجته، بدعوى أن اللعان حجه فى ذلك الزنا فى طرف المرأه فكذا فى طرف الرجل، لأن الواقعه واحده، و ضعفه ظاهر مما تقدم، نعم لو أقام بينه سقط الحدان معاً، لأن البينه حجه مطلقاً بخلاف اللعان فإنه حجه لإسقاط حد القذف بالنسبه للزوج فقط.

(١٠) أى قذفها برجل معين.

(١١) للزوج.

(١٢) بزناها برجل معين.

البينه بالفعل المقذوف به، و كذا يسقط الحد لو عفى مستحقه (١)، أو صدق (٢) على الفعل، لكن إن كانت هي المصدقه (٣)، و هناك نسب لم ينتف بتصديقها (٤)، لأنه (٥) اقرار في حق الغير (٦).

و هل له (٧) أن يلاعن لنفيه (٨) قولان. من (٩) عموم ثبوتة (١٠) لنفى الولد، و كونه (١١) غير متصور هنا (١٢)، إذ لا يمكن للزوجه أن تشهد بالله إنه لمن الكاذبين بعد تصديقها إياه (١٣). نعم لو صادفته على أصل الزنا، دون كون الولد منه (١٤) توجه اللعان منها (١٥)، (١) أى مستحق الحد كما حرر في باب الحدود.

(٢) أى صدق المقذوف.

(٣) إذا قذفها فأقرت قبل اللعان لزمها الحد إن أقرت أربعا، و لا حد على الزوج لتصديقها، و لكن لو كان هناك نسب لم ينتف إلا- باللعان، و يجوز للزوج أن يلاعن لنفيه، لأن تصادق الزوجين على الزنا لا ينفى النسب، إذ النسب ثابت بالفراش و هى فراش للزوج، و هذا ما ذهب إليه الشيخ فى المبسوط.

و عن المحقق و العلامة فى القواعد التردد فى اللعان لنفى الولد، لأن اللعان هنا غير مقصور، لأن الزوجه لا يمكنها أن تقول: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فى نفى الولد عنه مع تصديقها لزوجها على أنها زنت و أن الولد من الزنا، فإن ذلك هو مفروض المسألة.

نعم يتجه اللعان على تصديقها له على الزنا دون تولد الولد منه.

(٤) أى تصديق الزوجه فيما ادعاه الزوج من الزنا.

(٥) أى تصديقها على زناها القاضى فى نفى الولد عن الزوج.

(٦) أى فى حق الولد.

(٧) للزوج.

(٨) نفى الولد بعد تصديقها على أنها زنت، و أن الولد من الزنا.

(٩) دليل لجواز لعان الزوج على نفى الولد.

(١٠) ثبوت اللعان.

(١١) أى كون اللعان و هو دليل على عدم جواز لعان الزوج لنفيه.

(١٢) فى صورته تصديقها على أنها زنت و أن الولد من الزنا.

(١٣) أى بعد تصديقها للزوج فيما قذفها به من أن الولد ليس منه لأنها قد زنت برجل معين.

(١٤) من الزنا.

(١٥) من الزوجه.

ص: ٢٩٩

لإمكان شهادتها بكذبه (١) في نفيه و إن ثبت زناها.

لو قذفها فماتت قبل اللعان

و لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان (٢)، (١) أى بكذب الزوج في نفي الولد عنه، فيكون فائده لعانها مجرد تكذيبه في نفيه.

(٢) قد تقدم أنه بلعانه يسقط حد القذف منه و يثبت حد الزنا عليها، و تقدم أنه بلعانهما يسقط الحدان و ينفي الولد عن الرجل و يزول الفراش و يثبت التحريم المؤبد.

و عليه فلو ماتت قبل لعانه لم يسقط حد القذف عنه، و عليه الحد للوارث بناء على أن حد القذف يورث لعموم أدله الإرث، من غير احتياج إلى لعان الوارث، و لكن لعان الرجل لا ينفي الميراث لبقاء علقه الزواج بينهما فيرثها بعد لعانه، و لا ينتفى الولد عنه، لأن زوال الفراش و نفي الولد مترتان على التلاعن من الجانبين، و هو لم يحصل بسبب موتها.

و عن الشيخ في النهاية و القاضى ابن البراج و ابن حمزه أنه إذا قام رجل من أهلها فلا عنه أيضا سقط الحد عن الرجل و سقط إرثه لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (في رجل قذف امرأته و هى فى قريه من القرى، فقال السلطان: ما لى بهذا علم، عليكم بالكوفه، فجاءت إلى القاضى لتلاعن فماتت قبل أن يتلاعنا فقالوا هؤلاء لا ميراث لك، فقال أبو عبد الله عليه السلام إن قام رجل من أهلها مقامها فلا عنه فلا ميراث له، و إن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها) (١) و خبر عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عن على عليهم السلام (في رجل قذف امرأته ثم خرج فجاء و قد توفيت قال: يخير واحده من اثنتين، يقال له: إن شئت ألزمت نفسك الذنب فيقام عليك الحد و معطى الميراث، و إن شئت أقررت فلا عنت أدنى قربتها إليها و لا ميراث لك) (٢) و الخبران ضعيفان، الأول بالإرسال و الثانى برجال الزيدية فى سنده مع عدم الجابر لهما، مع أن الأصل أن لا- يقوم غير الزوجه مقامها فى اللعان، و لأن الأصل فى الميراث ثبوته بالموت فلا يزول بلعان الرجل وحده، بالإضافة إلى أن لعان الوارث متعذر غالبا، لتعذر القطع من الوارث على نفي فعل غيره، مع عدم كفايه لعانه على نفي العلم إذ يشترط اللعان على نفي الفعل فضلا عن أن الاجتزاء بأى وارث كان مع التعدد ترجيح بلا مرجح.

نعم بعض ما تقدم من الأدله ضعيف، لأنه يمكن اطلاع الوارث على عدم فعل الغير حيث يكون الفعل محصورا بأن يدعى عليها أنها زنت فى ساعه كذا بفلان، و قد كان

ص: ٣٠٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب اللعان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب اللعان حديث ٢.

لتعذره (١) بموتها (و ورثها (٢)، لبقاء الزوجيه (و عليه الحد للوارث) بسبب القذف، لعدم تقدم مسقطه (٣) (و له (٤) أن يلاعن لسقوطه) و إن لم يكن بحضور الوارث، لأنه (٥) إما شهادات، أو أيمان. و كلاهما لا- يتوقف على حياة المشهود عليه، و المحلوف لأجله، و لعموم (٦) الآيه و قد تقدم: إن لعانه يسقط عنه الحد، و يوجب الحد عليها، و لعانها يوجب الأحكام الأربعة فإذا انتفى الثاني (٧) بموتها بقى الأول (٨) خاصه فيسقط الحد (٩) (و لا- ينتفى الارث بلعانه بعد الموت) كما لا تنتفى الزوجيه بلعانه قبله (١٠) (إلا- على روايه أبي بصير) عن الصادق عليه السّلام قال: «إن قام رجل من أهلها فلا عنه فلا ميراث له، و إن أبى أحد منهم فله الميراث»، و مثله روى عمرو بن خالد عن زيد عن آبائه عليه السّلام، و بمضمونها عمل جماعه.

و الروايتان مع إرسال الأولى، و ضعف سند الثانيه مخالفتان للأصل من حيث (١١) إن اللعان شرّح بين الزوجين فلا يتعدى، و إن لعان الوارث متعذر، لأنه (١٢) الوارث ملازما لها أو للمنسوب إليه فى تلك الساعه على وجه يعلم انتفاء الفعل، كما فى نظائره من الشهادات على النفى المحصور، و بأن المعتبر لعان واحد من طرف الزوجه فيكتفى بلعان واحد من الوارث، و مع التعدد يتخيّر الوارث إن بذل الجميع أو يقرع بينهم مع التشاح، و مع كل هذا فهى تصلح مؤيدا.

(١) أى اللعان.

(٢) أى الزوج.

(٣) أى مسقط حد القذف.

(٤) للزوج.

(٥) أى اللعان.

(٦) دليل ثان على جواز اللعان و إن لم يكن بحضور الوارث.

(٧) و هو لعانها.

(٨) و هو لعانه.

(٩) أى يسقط حد القذف بسبب لعانه.

(١٠) قبل الموت.

(١١) بيان للأصل و مفاده أن الأصل عدم قيام غير الزوجه مقامها فى اللعان.

(١٢) لأن الوارث.

إن أريد مجرد حضوره (١) فليس بلعان حقيقى، و أن اريد ايقاع الصنغ المعهوده من الزوجه فبعيد، لتعذر (٢) القطع من الوارث على نفى فعل غيره غالبا، و ايقاعه (٣) على نفى العلم تغيير للصوره المنقوله (٤) شرعا، و لأن (٥) الارث قد استقر بالموت فلا وجه لإسقاط اللعان المتجدد له (٦).

فى ما لو كان الزوج أحد الأربعة الشهود بالزنا

(و لو كان الزوج أحد الأربعة) الشهود بالزنا (فالأقرب حدها (٧) لأن شهاده (١) بدون تلفظه بالشهادات و الغضب.

(٢) وجه الاستبصار.

(٣) أى إيقاع اللعان من الوارث.

(٤) أى تغيير لصوره اللعان المنقوله شرعا، إذا المنقول هو لعانها على نفى الفعل المنسوب إليها.

(٥) أى و الأصل يقتضى أن الإرث.

(٦) للإرث.

(٧) لو شهد أربعة على المرأة بالزنا، أحدهم الزوج ففى ثبوت حد الزنا عليها بشهادتهم قولان، فعن الأكثر أنها تحدد، و حدها هنا الرجم لأنها محصنه لخبر إبراهيم بن نعيم عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن أربعة شهدوا على امرأه بالزنا، أحدهم زوجها، قال: تجوز شهادتهم) (١).

و يؤيده قوله تعالى فى آيه اللعان وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ (٢)، و هو مشعر بأن نفسه شاهد أيضا لو حصل معه تمام العدد.

و عن الصدوق و ابن البراج و جماعه أنها لا تحدد، بل يحدّ الشهود. الثلاثة و يلاعن الزوج لخبر زراره عن أحدهما عليهما السّلام (فى أربعة شهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوجها، قال:

يلاعن الزوج و يجلّم الآخرون) (٣)، و يؤيده قوله تعالى: لَوْ لَا جَاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ (٤) بناء على رجوع الضمير فى (جاءوا) إلى القاذفين و منهم الزوج، و لذا لا يقال: جاء الإنسان بنفسه، فلا بدّ من أربعة شهود غير الزوج القاذف.

و الشيخ و جماعه حملوا الخبر الثانى على اختلال بعض شرائط قبول شهادتهم، و هو ليس

ص: ٣٠٢

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

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب اللعان حديث ٢.

٤- (٤) سورة النور، الآية: ١٣.

الزوج مقبوله على زوجته (إن لم تختل الشرائط) المعتبره فى الشهاده (١) (بخلاف ما إذا سبق الزوج بالقذف) فإن شهادته ترد لذلك (٢)، و هو (٣) من جمله اختلال الشرائط، (أو اختلّ غيره (٤) من الشرائط) كاختلاف كلامهم فى الشهاده، أو أدائهم الشهاده مختلفى المجلس، أو عداوه أحدهم لها، أو فسقه، أو غير ذلك (فإنها (٥) حينئذ (٦) لا تحدّ)، لعدم اجتماع شرائط ثبوت الزنا (و يلاعن الزوج) لإسقاط الحد عنه بالقذف، (و إلا) يلاعن (حدّ)، و يحد باقى الشهود للفريه.

و اعلم أن الأخبار، و كلام الأصحاب اختلف فى هذه المسأله فروى إبراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السّلام جواز شهاده الأربعة الذين أحدهم الزوج، و لا معنى للجواز هنا (٧) إلا الصّحه التى يترتب عليها (٨) أثرها، و هو (٩) حد المرأة، و عمل قولاً آخر بل هو عين القول الأول ضروره عدم الخلاف فى عدم السماع مع اختلال الشرائط.

نعم عن السرائر و الوسيله و الجامع الجمع بين الخبرين المتقدمين بأنه إذا سبق الزوج بالقذف فلا بد من أربعة شهداء غيره، لأنه بالقذف ترد شهادته و لذا قال تعالى:

و الَّذِينَ يَزُمُونَ الْمَحْضِينَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (١) ، بل الآيه صريحه أنه مع قذفه لا بد من شهاده أربعة ليس الزوج واحدا منهم و أما إذا لم يسبق الزوج بالقذف فيكفى ثلاثه غيره و يكون الزوج رابعا و عليه يحمل خبر قبول شهادتهم.

(١) أى فى قبولها.

(٢) للقذف.

(٣) قذف الزوج لزوجته.

(٤) غير قذف الزوج.

(٥) أى الزوجه.

(٦) حين اختلال الشرائط.

(٧) أى فى الشهاده.

(٨) على شهاده الأربعة.

(٩) الأثر.

ص: ٣٠٣

بها جماعه (١)، و يؤيدها قوله تعالى: وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَإِنْ ظَاهَرَهَا (٢) أَنَّهُ (٣) إِذَا كَانَ غَيْرَهُ (٤) فَلَا لِعَانَ، و قوله تعالى وَ اللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَهُ مِنْكُمْ (٥) فَإِنْ الظَّاهِرُ كَوْنَ الْخَطَابِ لِلْحَاكِمِ، لِأَنَّهُ (٦) الْمَرْجِعُ فِي الشَّهَادَةِ فِيشْمَلُ (٧) الزَّوْجَ وَ غَيْرَهُ (٨)، وَ رَوَى زُرَّارَهُ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي أَرْبَعَةٍ شَهِدُوا عَلَى امْرَأَةٍ بِالزَّوْنِ أَحَدَهُمْ زَوْجَهَا قَالَ: «يَلَاغِنِ وَ يَجْلُدُ الْآخَرُونَ» وَ عَمِلَ بِهَا الصَّدُوقُ وَ جَمَاعَةٌ، وَ يُؤَيِّدُهَا قَوْلُهُ تَعَالَى: لَوْ لَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ (٩).

و المختار القبول (١٠)،

و يمكن الجمع بين الروايتين مع تسليم أسنادهما بحمل الثانيه (١١) على اختلال شرائط الشهاده كسبق الزوج بالقذف، أو غيره كما نبه عليه المصنف بقوله: إن لم تختل الشرائط، و أما تعليلها (١٢) بكون الزوج خصما لها فلا تقبل شهادته عليها، فهو (١٣) في حيز المنع.

(١) بل هو الأكثر.

(٢) أى الآيه.

(٣) أى الزوج.

(٤) أى إذا كان غيره متمما للعدد.

(٥) سورة النساء، الآيه: ١٥.

(٦) أى الحاكم.

(٧) أى ظاهر الآيه.

(٨) بخلاف ما لو كان الخطاب للأزواج فلا بد من أربعة ليس هو منهم.

(٩) سورة النور، الآيه: ١٣، و هى ظاهره فى لآبديه الأربعة من غير الزوج.

(١٠) قبول شهادتهم و إن كان الزوج واحدا عنهم.

(١١) و هى روايه زراره الداله على رد شهادتهم.

(١٢) أى تعليل روايه زراره الداله على رد شهادتهم، لعدم قبول شهاده الزوج فى حقها، لأنه خصم لها حين شهادته عليها، و شهاده الخصم غير مقبوله على خصمه هذا و التعليل من ابن البراج ليس فى محله، لأنه لا بد أن يكون خصما لها قبل شهادته لا بسبب شهادته.

(١٣) أى التعليل.

ص: ٣٠٤

كتاب العتق

اشاره

ص: ٣٠٥

فى معنى العتق و ثوابه

و هو لغه الخلوص، و منه (٢) سميت جياذ الخيل عتاقا (٣)، و البيت الشريف عتيقا (٤). و شرعا (٥) خلوص المملوك الآدمى، أو بعضه من الرق، و بالنسبه (٦) إلى (١) العتق - بالكسر على ما قيل - هو الحريه، و بالفتح مصدر كالإعتاق، و يقال: عتق العبد أى خرج عن الرق فهو عتيق، و قال الشارح هنا و فى المسالك تبعا للفاضل فى التحرير بأنه لغه هو الخلوص، و منه سمى البيت الشريف عتيقا لخلوصه من أيدي الجبابره، و الخيل الجياذ عتاقا، و شرعا خلوص المملوك الآدمى أو بعضه من الرق بالنسبه إلى مطلق العتق، و بالنسبه إلى المباشره - التى هى مقصود الكتاب - تخلص الآدمى أو بعضه من الرق منجزا بصيغه مخصوصه.

و علق صاحب الجواهر عليه بأنه لم يجد المعنى المزبور فيما حضره من كتب اللغه المتقدمه عليهما، بل نقل عن الصحاح أن وصف البيت بالعتيق لقدمه، و الخيل بالعتاق لوجودتها و أن من معانى العتق الحريه، و لذا فسّر العتق بالحريه الفاضل المقداد فى التنقيح.

(٢) أى و من الخلوص.

(٣) من الهجنه.

(٤) لخلوصه من أيدي الجبابره، أو لتخلصه من الطوفان.

(٥) أى و العتق شرعا هو خلوص المملوك الآدمى أو بعضه من الرق، سواء كان خلوصه قهريا كما لو نكل به مولاه أو ملكه أحد أبنائه، أو كان اختياريا كما لو باشر مولاه عتقه بالصيغه المخصوصه، و هذا بالنسبه إلى مطلق العتق.

(٦) عطف على المعنى الشرعى للعتق، غير أن المتقدم بالنسبه لمطلق العتق، و هذا بالنسبه

عتق المباشره المقصود بالذات من الكتاب (١) تخلص المملوك الآدمى، أو بعضه من الرق منجزا (٢) بصيغه مخصوصه. (و فيه أجر عظيم (٣) قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (٤): «من لمباشره العتق من المولى، و هو من باب عطف الخاص على العام، و المباشره المذكوره هي مقصود كتاب العتق.

(١) أى كتاب العتق.

(٢) أى فعلا.

(٣) اتفق المسلمون على فضل العتق خصوصا فى يوم عرفه و عشيتها، ففى خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (يستحب للرجل أن يتقرب إلى الله عشيه عرفه و يوم عرفه بالعتق و الصدقه) (١)، و فى خبر زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن أمير المؤمنين عليه السّلام أعتق ألف مملوك من كدّ يده) (٢)، و فى خبر إبراهيم بن أبى البلاد عن أبيه رفعه قال:

(قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من أعتق مؤمنا أعتق الله بكل عضو منه عضوا من النار، فإن كانت أنثى أعتق الله بكل عضوين منها عضوا منه من النار، لأن المرأة بنصف الرجل) (٣)، و فى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من أعتق مسلما أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه عضوا من النار) (٤)، و فى صحيح حفص البخترى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يعتق المملوك قال: يعتق الله عزّ و جلّ بكل عضو منه عضوا من النار) (٥).

ففى بعضها قد ذكر المملوك، و فى آخر المسلم و فى ثالث المؤمن، و من الممكن الجمع بينها فيكون الجزء المذكور و هو الفكاك من النار مترتبا على عتق المؤمن.

و هذا لا يقلل من استحباب مطلق العتق لقوله تعالى: فَكَرَبِهِ (٦)، و لأنه قد جعله الله كفاره لقتل المؤمن و لغيره، و لما فيه من تخليص الآدمى المعصوم الدم من ضرر الرق، و لما فيه من تملك الرق منافعه و تكميل أحكامه.

(٤) كما فى مرفوع ابن أبى البلاد المتقدم.

ص: ٣٠٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب العتق حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من كتاب العتق حديث ٦.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب العتق حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من كتاب العتق حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ١ - من كتاب العتق حديث ١.
- ٦- (٦) سورة البلد، الآية: ١٣.

أعتق مؤمنا أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو عضوا له من النار فإن كان أنثى أعتق الله العزيز الجبار بكل عضوين منها عضوا من النار لأن المرأة نصف الرجل». وقال صلى الله عليه وآله وسلم (١): «من أعتق رقبة مؤمنة كانت فداءه من النار»، ولما فيه من تخليص الآدمي من ضرر الرق و تملكه منافعه، و تكمل أحكامه.

و يحصل العتق باختيار سببه (٢)، و غيره (٣).

فالأول (٤) بالصيغة (٥) المنجزة (٦)، و التدبير، و الكتابه، و الاستيلاد، و شراء الذكر أحد (٧) العمودين، أو المحارم (٨) من النساء، و الأنثى (٩) أحد العمودين، و إسلام المملوك في دار الحرب قبل مولاه (١٠) مع خروجه منها (١١) قبله، و تنكيل المولى به (١٢).

هذا إذا كان المعتق ذكرا، و أما لو كان أنثى فالظاهر من العله المذكوره أنه يعتق من النار العضو في قبال العضو، و يؤيده مرسل محمد بن جمهور عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (أن فاطمه بنت أسد قالت لرسول الله صلى الله عليه وآله و سلم يوما: إني أريد أن أعتق جاريتي هذه، فقال لها: إن فعلت أعتق الله بكل عضو منها عضوا منك من النار) (١).

(١) كما في خبر غوالي اللثالي (٢).

(٢) أى سبب العتق.

(٣) أى غير الاختيار.

(٤) و هو حصول العتق باختيار سببه.

(٥) و هو عتق المباشره.

(٦) أى غير المعلقه.

(٧) من أبويه و أبنائه.

(٨) عطف على أحد العمودين، و المعنى و شراء الذكر المحارم من النساء كالأخت و العمه و الخاله.

(٩) عطف على الذكر، و المعنى و شراء الأنثى أحد العمودين.

(١٠) أى قبل إسلام مولاه.

(١١) أى مع خروج المملوك من دار الحرب قبل خروج مولاه.

(١٢) كقطع المولى أنف عبده أو أذنه، و سيأتي كل فى بابه.

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

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من كتاب العتق حديث ١٣.

و الثاني (١) بالجذام، و العمى، و الإقعاد، و موت المورث (٢)، و كون أحد الأبوين حرا إلا أن يشترط رقه (٣) على الخلاف. و هذه الأسباب، منها تامه فى العتق، كالاتاق بالصيغه، و شراء القريب، و التنكيل، و الجذام و الإقعاد.

و منها ناقصه تتوقف على أمر آخر، كالاتيلاذ (٤) لتوقفه (٥) على موت المولى و أمور آخر، و الكتابه لتوقفها على أداء المال، و التدبير لتوقفه على موت المولى، و نفوذه (٦) من ثلث ماله، و موت (٧) المورث، لتوقفه (٨) على دفع القيمه إلى مالكه، و غيره مما يفصل فى محله إن شاء الله تعالى.

فى صيغه العتق

و يفتقر الأول (٩) إلى صيغه مخصوصه،(و عبارته الصريحه التحرير (١٠) مثل) (١)و هو حصول العتق بغير اختيار سببه.

(٢)أى موت مورث العبد فينتق جبرا كما سيجىء.

(٣)أى رق الولد، و قد تقدم فى كتاب نكاح العبيد و الإماء.

(٤)فهو لا يوجب عتق الأمه ما لم ينضم إليه موت المولى، و بقاء ولدها حيا.

(٥)أى توقف الاستيلاذ المؤثر فى العتق.

(٦)أى نفوذ تدبير المولى.

(٧)عطف على التدبير و الكتابه و الاستيلاذ.

(٨)أى توقف موت المورث المؤثر فى عتق الوارث.

(٩)و هو العتق بالصيغه المنجزه، هذا و اعلم أنه لا بد لوقوع العتق من صيغه تدل عليه كغيره من الأحكام المتوقف وقوعها على الصيغ الخاصه.

(١٠)قد اتفق الأصحاب - كما فى المسالك - على وقوع العتق بصيغه التحرير، كأن يقول:

أنت أو هو أو فلان حر، و قد استعمل لفظ التحرير فى العتق صراحه فى قوله تعالى:

وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبِهِ مُؤْمِنَةٌ (١).

و اتفقوا أيضا على عدم وقوع العتق بالكنايه المحتمله له و لغيره، و إن قصد العتق بها، كقوله: فككت رقتك أو أنت سائبه أو لا سبيل لى عليك و نحو ذلك ضروره كون المدار على ما ثبت من النصوص فى إنشاء العتق، و لم يثبت فيها ما يدل على كفايه الكنايه فضلا عن اشتراط اللفظ الصريح فى العتق، لأنه إيقاع لازم، و الكنايه غير صريحه، و منه

١- (١) سورة النساء، الآية: ٩٢.

(أنت) مثلاً أو هَذَا، أو فِلان (حر). و وقوعه بلفظ التحرير موضع وفاق، و صراحته فيه (١) واضحه. قال الله تعالى: وَ مَنْ قَتَلَ
مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ (و فى قوله: أنت عتيق، أو معتق خلاف) منشؤه الشك فى كونه (٢) مرادفاً للتحرير، فيدل عليه (٣)
صريحا أو كناية (٤) عنه فلا يقع به.

(و الأقرب وقوعه) به (٥)، لغبه استعماله فيه (٦) فى اللغة، و الحديث (٧)، و العرف. و قد تقدم بعضه (٨)، و اتفق الأصحاب
على صحته (٩) فى قول السيد لأتمته: اعتقتك و تزوجتك (١٠) الخ.

تعرف ضعف ما عن العامه من كفايه الكنايه.

نعم اختلفوا فى لفظ الإعتاق كقوله: اعتقتك و منشؤه ورود لفظ الإعتاق فى بعض النصوص الواردة فى العتق كما تقدم فى
كتاب النكاح فيمن قال لأتمته: أعتقتك و تزوجتك (١)، و ما ورد (لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى) (٢) و ما ورد (لا عتق إلا
ما طلب به وجه الله عزّ و جلّ) (٣)، و لأن الإعتاق دال على العتق لغه و عرفاً و شرعاً فضلاً عن استعماله الكثير فى ذلك و لازمه
القطع بوقوعه به، لأن الإعتاق صريح فيه، و منه تعرف ضعف التردد عن المحقق فى الشرائع بدعوى احتمال كونه كناية عن
العتق.

(١) أى و صراحه التحرير فى العتق.

(٢) كون الإعتاق.

(٣) أى فيدل الإعتاق على العتق صريحا و لازمه وقوعه به.

(٤) عطف على قوله (مرادفاً) و المعنى و الشك فى كون الإعتاق كناية عن العتق، فلا يقع به.

(٥) أى و الأقرب وقوع العتق بالإعتاق.

(٦) أى لغبه استعمال الإعتاق فى العتق.

(٧) كالخبر المتقدم (لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى) (٣).

(٨) أى قد تقدم بعض استعمال الإعتاق فى العتق فى نكاح العيب و الإمام.

(٩) أى صحه العتق بالإعتاق.

(١٠) و جعلت مهرك عتقتك.

- ١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب العتق حديث ١ و ٢.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب العتق حديث ١.

(و لا- عبره بغير ذلك (١) من الألفاظ) التي لم توضع له (٢) شرعا (صريحا كان) في إزاله الرق (مثل أزلت عنك الرق، أو فككت رقتك، أو كناية عنه (٣) تحتمل غير العتق (مثل أنت) بفتح التاء (سائبه (٤)، أو لا ملك لي عليك، أو لا سلطان، أو لا سبيل، أو أنت مولاي (٥)، و يدخل في غير ذلك (٦) ما دل على الاعتاق بلفظ الماضي (٧) الذى يقع به (٨) غيره (٩) كأعتقتك. بل الصريح (١٠) محضا كحررتك.

و ظاهرهم عدم وقوعه (١١) بهما (١٢) (١) أى بغير التحرير و الإعتاق، هذا و اعلم أن المعتبر فى إنشاء العتق كون اللفظ صريحا فيه و قد ورد النص فيه، فلو كان صريحا و لم يرد فيه نص، مثل أزلت عنك الرق، أو ورد فيه نص و لم يكن صريحا كقوله فككت رقتك، فلا- يقع العتق بهما، أما الأول فلأن أسباب العتق توقيفيه لأنه عباده أو شبههما لاشتراط قصد التقرب فيه، و ما كان عباده يكون توقيفيا فيقتصر فيها على المنصوص، و أما الثانى فلأن العتق لازم فيقتصر فيه على اللفظ الصريح، و إن استعمل فى العتق فى النصوص كما هو المفروض، إلا أن الاستعمال أعم من الحقيقة.

(٢) للعتق.

(٣) و المعنى أو كان اللفظ كناية عن العتق.

(٤) قال ابن الأثير فى نهايته: (قد تكرر فى الحديث ذكر السائبه و السوائب، كان الرجل إذا أعتق عبدا يقال: هو سائبه فلا عقل بينهما و لا ميراث) انتهى.

(٥) المولى يأتى بمعنى السيد و يأتى بمعنى المعتق.

(٦) المراد من (غير ذلك) ما ورد فى عباره الماتن سابقا: (و لا عبره بغير ذلك من الألفاظ)، و قد عرفت أن المراد من غير ذلك هو غير التحرير و الإعتاق الصريحين و الواردين شرعا.

(٧) و هو قوله: أعتقتك.

(٨) بلفظ الماضي.

(٩) غير العتق كالبيع و النكاح.

(١٠) أى ما دل على العتق صراحة و هو التحرير، فماضيه و هو: حررتك داخل فى غير ذلك من عباره الماتن.

(١١) عدم وقوع العتق.

(١٢) بماضى الإعتاق و ماضى التحرير، هذا و قد عرفت أن المدار على المنصوص مع الصراحة فى صيغه العتق، و عرفت أن التحرير و الإعتاق صريحان، إلا أن المنصوص منهما هو

و لعله لبعده الماضى عن الإنشاء، و قيامه مقامه (١) فى العقود على وجه النقل خلاف الأصل فيقتصر فيه (٢) على محله (٣)، مع احتمال الوقوع به (٤) هنا (٥)، لظهوره فيه (٦).

(و كذا لا عبره بالنداء مثل يا حر (٧)، و يا عتيق، و يا معتق (و إن قصد التحرير بذلك (٨) المذكور من اللفظ غير المنقول شرعا (٩)، و منه (١٠) الكنايه (١١)، و النداء (١٢) (أنت حر و أعتقتك) فقط فلا بد من الاقتصار على هاتين الصيغتين، و لا يصح إنشاء العتق بغيرهما و إن كان مشتقا من التحرير أو الإعتاق.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالعجب من الشارح حيث استظهر اتفاقهم على عدم وقوع العتق بماضى الإعتاق مع أنه قد صرح سابقا باتفاق الأصحاب على صحه العتق به فى قول السيد لأتمه: أعتقتك و تزوجتك و من جهه ثالثه تعرف عدم وقوع العتق بقوله:

أنت عتيق أو معتق لأنه غير منصوص، فما استقر به الماتن و تبعه عليه الشارح سابقا ليس فى محله.

(١) أى و قيام الماضى مقام الإنشاء.

(٢) فى هذا القيام.

(٣) و محله العقود دون الإيقاع و العتق إيقاع.

(٤) بلفظ الماضى.

(٥) فى العتق.

(٦) أى لظهور ماضى الإعتاق و التحرير فى العتق.

(٧) إذا قال لعبده يا حرّ، و قد قصد النداء و باسمه الموضوع قبل ذلك، أو أحدث له ذلك الاسم و ناداه به لم يعتق قطعا، لعدم قصد الإنشاء، و إن قصد التحرير و العتق، فلا يقع العتق لأنه بغير الصيغه المعهوده شرعا، و عن بعض العامه الوقوع، لأن حرف الإشاره إلى المملوك غير معتبر بخصوصه و إنما الغرض تميّزه و هو حاصل و لو بحرف النداء، و صيغه التحرير حاصله بقوله: حرّ أو ما فى معناه، و لا أقل من كونه كنايه و العتق يقع بها، و مما تقدم تعرف ضعفه.

(٨) أى بالنداء.

(٩) إذ المذكور موضوع للنداء و لم ينقل شرعا إلى الإنشاء.

(١٠) أى و من اللفظ غير المنقول شرعا إلى الإنشاء.

(١١) مثل يا عتيق إن قصد به الإنشاء.

(١٢) مثل يا عتيق إن قصد به النداء.

ص: ٣١٣

(كله) اقتصارا في الحكم بالحرية على موضع (١) اليقين، و لبعء النداء عن الإنشاء (٢).

و ربما اءتمل الوقوع به (٣) من ءء إن ءرف الإءاره (٤) إلى المملوك لم يعءبره الشارع بءصوءه، و إنما الاءءبار بالءءرير، و الاءءاق (٥) و اسءعمال يا بمعنى أنت، أو فلان مع القصد (٦) ءائز.

و يءعف بأن ءايه ذلك (٧) أن يكون كءايه، لا صرءءا فلا يقع به (٨)، و لا يءرء الملك المءلوم عن أصله (٩).

و ءء لا يكون اللفظ مؤءرا شرءا في الءكم (١٠) لا- يءفعه ضم القصد (١١) إليه (١٢). و ءبه (١٣) بالءايه على ءلاف من اءءفى بءير الصرء (١٤) إذا انضم إلى ءيه (١٥) من العامه

و يقوى الإشكال لو كان اسمها ءره فءال: أنت ءره و شك في قصده (١٦)، (١) و موضعه ما لو كان اللفظ صرءا و منصوبا.

(٢) أي لبعء النداء عن إنشاء ءره.

(٣) أي وقوع العءق بالءاء.

(٤) و هو (يا).

(٥) و هما ءاصلان عند قول: يا ءر و يا عءق.

(٦) أي قصد العءق و ءءرير.

(٧) أي ءايه النداء مع قصد ءءرير.

(٨) أي فلا يقع العءق بالءاء.

(٩) و الملك المءلوم هو العبد المملوك لءيده فببقي على المملوكه عند الشك في ءءق ءءرير بالكنايه.

(١٠) في العءق و ءءرير.

(١١) أي قصد ءءرير.

(١٢) إلى اللفظ ءير المؤءر شرءا.

(١٣) أي ءبه المائء بالءايه و هي قوله (و إن قصد ءءرير بذلك).

(١٤) من الكءايه و النداء.

(١٥) أي نيه ءءرير.

(١٦) لو كان اسمها حره فقال مولاها: أنت حره، فإن قصد الإخبار لم تنعتق قطعاً لعدم قصد

ص: ٣١٤

لمطابقه (١) اللفظ للمتفق على التحرير به (٢)، و احتمال (٣) الإخبار بالاسم.

و الأقوى عدم الوقوع (٤)، نعم لو صرح بقصد الإنشاء صح (٥)، كما أنه لو صرح بقصد الأخبار قبل (٦) و لم يعتق.

في اعتبار التعيين

(و في اعتبار التعيين) للمعتق (نظر) (٧) منشؤه: النظر إلى عموم الأدله الداله التحرير، و إن قصد الإنشاء صح قطعاً، لأنه لفظ صريح و منصوص.

و إن جهل الأمران رجع في قوله إلى نيته، لأن اللفظ مشترك بين معنيين فيرجع إليه في صرفه إلى أحدهما كما في كل مشترك، و يقبل قوله في ذلك.

و إن لم يمكن الاستعلام فيه عن نيته لموت و نحوه لم يحكم بالحرية قطعاً لعدم اليقين بقصد الإنشاء فتبقى على أصاله الرق، و مع ذلك تردد المحقق في الشرائع لأن اللفظ صريح في إنشاء العتق و الصريح لا يحتاج إلى الإخبار عن القصد، و فيه أن احتمال الأخبار مساو لاحتمال الإنشاء فلا غلبه لأحدهما على الآخر حتى يحمل اللفظ عليه عند عدم القرينه الخارجيه.

(١) وجه وقوع العتق بهذا اللفظ عند الشك في القصد.

(٢) و المتفق على التحرير به هو: أنت حر أو حره.

(٣) وجه عدم وقوع العتق بهذا اللفظ عند الشك في القصد.

(٤) أى عدم وقوع العتق بهذا اللفظ عند الشك في القصد.

(٥) أى صح العتق.

(٦) أى قبل قوله.

(٧) ذهب الأ-كثر إلى عدم اشتراط تعيين المعتق، لإطلاق أدله العتق، و عن الشهيد في الدروس التوقف، و عن الفخر الجزم باشتراط التعيين لعدم صلاحيه تعلق الحكم المعين بالمبهم و لذا كان الحكم المعين لا بد له من محل معين، و هو ممنوع، لأن الإبهام واقع في الشرع كثيرا، و في موردنا ففي خبر محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون له المملوك فيوصى بعتق ثلثهم فقال: كان على عليه السلام يسهم بينهم) (١)، و في خبر محمد بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إن أبي ترك ستين مملوكا و أوصى بعتق ثلثهم فأقرعت بينهم فأخرجت عشرين فأعتقتهم) ٢ و مثلها غيرها فإخراج قدر الثلث بالقرعه دليل على جواز إبهام المعتق و عدم اشتراط تعيينه.

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

على وقوعه (١) بالصيغة الخاصة، و أصاله (٢) عدم التعيين، و عدم (٣) مانعيه الابهام فى العتق شرعا من حيث وقع (٤) لمريض أعتق عبدا يزيدون عن ثلث ماله و لم يجز الورثه (٥)، و الالتفات (٦) إلى أن العتق أمر معين فلا بد له من محل معين.

و قد تقدّم مثله فى الطلاق المصنف رَجَح فى شرح الإرشاد الوقوع (٧)، و هنا توقف. و له (٨) وجه إن لم يترجح اعتباره (٩)، فإن لم يعتبر التعيين فقال: أحد عبيدى حر صحّ، و عتّن من شاء (١٠).

و فى وجوب الإنفاق عليهم (١١) قبله (١٢)، و المنع من استخدام أحدهم، و بيعه و جهان. من (١٣) ثبوت النفقه قبل العتق (١٤) و حيث جاز وقوع العتق مبهما فالمرجع إليه فى التعيين، كما لو قال: أحد عبيدى حر صح و رجع فى تعيينه إلى مولاه على المشهور، و قيل يرجع إلى القرعه، لأنها لكل أمر مشكل، و هو ضعيف إذ لا معين هنا فى نفس الأمر حتى يستخرج بالقرعه، لأن مورد القرعه ما كان معينا واقعا مشتبها ظاهرا.

(١) وقوع العتق.

(٢) دليل ثان على عدم التعيين، و المراد منه أصاله عدم اشتراط التعيين عند الشك فى الاشتراط.

(٣) دليل ثالث على عدم اعتبار التعيين.

(٤) أى الإبهام.

(٥) فلم يجيز و الزائد فى الثلث، فيعتق من العبيد بقدر ثلث التركة، و يكون العتق حينئذ متعلقا بالمبهم لا بالمعّين.

(٦) دليل اشتراط التعيين.

(٧) أى وقوع العتق على المبهم.

(٨) أى للتوقف.

(٩) أى اعتبار وقوع العتق على المبهم، و قد عرفت قوه الاعتبار.

(١٠) و فى هذا رد على من ذهب إلى التعيين بالقرعه.

(١١) على العبيد اللذين تحرر أحدهم.

(١٢) قبل التعيين.

(١٣) دليل لوجوب الإنفاق عليهم.

(١٤) أى قبل عتق أحدهم المبهم.

و لم يتحقق (١) بالنسبه إلى كل واحد فيستصحب، و اشتباه (٢) الحر منهم بالرق مع انحصارهم فيحرم استخدامهم و بيعهم (٣)، و من استلزام (٤) ذلك الانفاق على الحر بسبب الملك (٥)، و المنع (٦) من استعمال المملوك.

و الأقوى الأول (٧)، و احتمال المصنف استخراج المعتق بالقرعه (٨)، و قطع بها (٩) لو مات قبل التعيين.

و يشكل كل منهما (١٠) بأن القرعه لاستخراج ما هو معين في نفسه غير متعين ظاهراً، لا لتحصيل التعيين (١١).

فالأقوى الرجوع إليه فيه (١٢)، أو إلى وارثه بعده (١٣)، و لو عدل المعين عن (١) أى العتق.

(٢) دليل لمنع استخدامهم و بيعهم.

(٣) كما هو الأصل فى الشبهه المحصوره.

(٤) دليل لعدم وجوب الإنفاق عليهم.

(٥) أى بسبب الإنفاق على الملك، فلا يجب الإنفاق على الملك حتى لا يلزم بالإنفاق على الحر.

(٦) عطف على الإنفاق، و المعنى و من استلزام منع استخدام الجميع المنع من استخدام المملوك، و التالى باطل فالمقدم مثله فى البطلان.

(٧) من وجوب النفقه على الجميع و من منع استخدامهم و بيعهم.

(٨) و لا يرجع إلى المعتق فى التعيين، و قد عرفت ضعفه.

(٩) أى و قطع المصنف بالقرعه لو مات المعتق قبل التعيين، و إليه ذهب الشيخ، لأن الوارث غير مطلع على قصد المورث فلا يمكنه التعيين فيتعين الرجوع إلى القرعه.

و أشكال الشارح فى المسالك بأن تعيين المورث مجرد اشتهاى لا يفتقر إلى شىء آخر بعد صحه العتق مبهما، و الوارث قائم مقامه، و ليس هناك معتق معين فى نفس الأمر حتى يشتهه على الوارث تعيينه و يشتهه عليه مقصود المورث.

(١٠) من الاحتمال و القطع.

(١١) و إجراء القرعه هنا لتحصيل التعيين واقعا.

(١٢) و المعنى فالأقوى الرجوع إلى المعتق فى التعيين.

(١٣) أى بعد موت المعتق.

من عيَّنه لم يقبل (١)، و لم يعتق الثاني، إذ لم يبق للعتق محل، بخلاف ما لو اعتق معينا و اشتبه (٢)، ثم عدل فإنهما يعتقان.

فى ما يعتبر فى المعتق

و يشترط بلوغ المولى (٣) المعتق، و اختياره و رشده (٤)، و قصده إلى العتق، و التقرب به (٥) إلى الله تعالى، لأنه عباده، و لقولهم عليه السَّلام: «لا عتق إلا ما أريد (١) أى لم يقبل عدوله لعدم بقاء موضوع العتق بعد تعيينه السابق، و لازمه بقاء من عدل إليه على أصل الرقيه بعد فرض لغويه التعيين اللاحق.

(٢) أى لو أعتق معينا فى نفسه ثم نسيه أرجى حتى يتذكر، لأن المعين هنا معين فى نفس الأمر بخلاف السابق، فإن ادعى أنه قد ذكره عمل بقوله و تعين من عيَّنه للعتق، فلو عدل إلى غيره بعد ذلك، فلا يقبل منه هذا العدول، لأنه إنكار بعد إقرار للغير بحق الحرية هذا بالنسبة للمعدول عنه، و أما بالنسبة للمعدول إليه فيعتق أيضا مؤاخذه له بإقراره المتأخر.

(٣) يعتبر فى المعتق البلوغ على الأكثر لسلب عبارته الصبى، و خالف الشيخ فجوز عتق الصبى و صدقته إذا بلغ عشرة لما رواه نفس الشيخ فى التهذيب عن موسى بن بكر عن زراره عن أبى جعفر عليه السَّلام (إذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز له من ماله ما أعتق و تصدق على وجه المعروف فإنه جائز) (١)، و فى سندها موسى بن بكر و هو واقفى غير ثقه، و ابن فضال و هو فطحى و إن كان ثقه، مع أن نفس الشيخ فى كتاب الوصايا من التهذيب أوقفها على زراره فى موضع و أسندها إلى الباقر عليه السَّلام فى آخر، فلا تصلح لمعارضه ما دل على سلب عبارته الصبى إلا أن تحمل على أن ابن العشر قد يبلغ بغير السن كما لو خرج منه منى و هذا أولى من اطراح الروايه، و يعتبر فى المعتق العقل أيضا بالاتفاق لسلب عبارته المجنون، و يعتبر القصد و الاختيار لعدم العبره بالساهى و بالمكره، لما تقدم فى غيره من الأبواب، و يعتبر فى المعتق أيضا عدم الحجر بسفه أو فلس أو مرض فيما لو زاد عن الثلث، لأنه ممنوع من التصرف لتعلق حق الغير حينئذ بالعبد المملوك.

(٤) أى غير سفيه.

(٥) بالعتق و اشتراط التقرب إلى الله محل اتفاق للأخبار.

منها: صحيح حماد و جماعه عن أبى عبد الله عليه السَّلام (لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى) (٢)، و خبر على بن أبى حمزه عن أبى عبد الله عليه السَّلام (لا عتق إلا ما طلب به وجه

ص: ٣١٨

١- (١) الوسائل الباب - ٥٦ - من كتاب العتق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب العتق حديث ١.

به وجه الله تعالى» (و كونه غير محجور عليه بفلس، أو مرض فيما زاد على الثلث) فلا يقع من الصبي (١) وإن بلغ عشرا، ولا من المجنون (٢) المطبق، ولا غيره في غير وقت كماله، ولا المكره (٣)، ولا السفیه (٤)، ولا الناسی (٥)، والغافل و السكران، ولا من غير المتقرب به إلى الله تعالى، سواء قصد الرياء أم لم يقصد شيئا، ولا من المفلس بعد الحجر عليه. أما قبله (٦) فيجوز (٧) وإن استوعب دينه ماله، ولا من المريض إذا استغرق دينه تركته، أو زاد المعتق عن ثلث ماله بعد الدين إن كان (٨)، إلا مع إجازة الغرماء (٩) و الورثة (١٠).

و في الاكتفاء بإجازة الغرماء في الصورة الأولى (١١) وجهان، من أن (١٢) المنع من العتق لحقهم، و من (١٣) اختصاص الوارث بعين التركة.

و الأقوى التوقف (١٤) الله عزّ و جلّ (١٥)، و خبر عبد الأعلى عن أبي عبد الله عليه السلام (لا طلاق إلا على كتاب الله و لا عتق إلا لوجه الله) (١٦).

(١) لا اعتبار البلوغ.

(٢) لا اعتبار العقل.

(٣) لا اعتبار الاختيار.

(٤) لا اعتبار الرشد.

(٥) هذا و ما بعده لا اعتبار القصد.

(٦) أي قبل الحجر.

(٧) لأن دين الغرماء متعلق بالذمه فقط و لم ينتقل إلى المال.

(٨) أي الدين.

(٩) فيما لو استوعب دين المريض تركته.

(١٠) فيما لو زاد المعتق عن ثلث ماله.

(١١) و هو ما لو استوعب دين المريض تركته.

(١٢) دليل للاكتفاء بإجازة الغرماء.

(١٣) دليل لعدم الاكتفاء.

(١٤) أى توقف نفوذ العتق.

ص: ٣١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب العتق حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الإيمان حديث ٩.

على إجازته الجميع (١).

فى صحه مباشره الكافر

(و الأقرب صحه مباشره الكافر) للعتق (٢)، لإطلاق الأدله (٣)، أو عمومها (٤)، و لأن العتق (٥) (١) من الغرماء الورثه و هذا إذا كان المعتق أزيد من ثلث ماله و إلا فلا معنى لإجازته الورثه.

(٢) للأصحاب فى إسلام المعتق - بالكسر - أقوال:

الأول: ما ذهب إليه الشيخ فى الخلاف و المبسوط من عدم اشتراط إسلام المعتق مطلقا، لأن العتق فك ملك و تصرف مالى و نفع للغير، و الكافر أهل لذلك، بل ملكه أضعف من ملك المسلم ففكه أسهل، و لأن الخبر المتقدم (لا عتق إلا ما أريد به وجه الله) (١) محمول على نفي الكمال لا على نفي الصحه، و لذا وقع الاتفاق على بطلان عباده الكافر المحضه، دون عتقه و صدقته و نحوهما من التصرفات المالىه المشتمله على العباده ترجيحاً لجانب المالىه على العباده.

القول الثانى: اشتراط الإسلام، و إليه ذهب المحقق و ابن إدريس و العلامه فى أكثر كتبه، لأن العتق مشروط بنيه القربه لصحيح هشام بن سالم المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى) ٢، و نيه القربه متعذره من الكافر، و لذا أجمعوا على بطلان عبادته المشروطه بالنيه، و لأن العباده ملزومه للثواب حيث تقع صحيحه، و لا ثواب إلا بدخول الجنه حتى يثاب فيها، و دخول الجنه ممتنع فى حق الكافر، و الأصل فى الخبر أن يحمل على نفي الحقيقه لمقام (اللا-) النافيه للجنس، و حملة على نفي الكمال لأنه أقرب المجازات إنما يتم بعد كون المعنى الحقيقى غير مراد، و لا دليل على عدم إرادته.

القول الثالث: ما اشتهر بين المتأخرين من التفصيل بين كون كفره بجحد الألوهيه أصلا فلا يصح العتق منه لتعذر قصد القربه منه، و بين كون كفره بجحد الرسول أو فريضه مع إقراره بالله تعالى كالكتابى فيصح العتق منه، لإمكان تأتى قصد القربه منه، و الخبر المتقدم لا يدل على أزيد من الإقرار بالله حتى يصح قصد التقرب منه، و لا يدل على ترتب الثواب فى صحه العتق.

(٣) أى أدله العتق.

(٤) الفرق بين العموم و الإطلاق هو: أن المراد من العموم جميع الأفراد بطريق الاستغراق وضعاً، و المراد من الإطلاق فرد واحد لا على نحو التعيين ببركه مقدمات الحكمه.

(٥) دليل ثان على صحه عتق الكافر.

ص: ٣٢٠

إزاله ملك (١)، و ملك (٢) الكافر أضعف من ملك المسلم فهو أولى بقبول الزوال، و اشتراطه (٣) بنيه القربه لا ينافيه (٤)، لأن ظاهر الخير السالف أن المراد منها (٥) إرادته وجه الله تعالى، سواء حصل الثواب أم لم يحصل.

و هذا القدر ممكن ممن يقرّ بالله تعالى (٦). نعم لو كان الكفر بجحد الالهيه مطلقا (٧) توجه إليه (٨) المنع (٩)، و كونه (١٠) عباده مطلقا (١١) ممنوع، بل هو عباده خاصه يغلب فيها (١٢) فك الملك فلا يمتنع (١٣) من الكافر مطلقا (١٤).

و قيل: لا- يقع من الكافر مطلقا (١٥) نظرا إلى أنه (١٦) عباده تتوقف على القربه، و أن المعتبر (١٧) من القربه ترتب أثرها من الثواب، لا مطلق طلبها (١٨) كما ينه عليه (١٩) (١) و الكافر أهل للتصرف في ماله.

(٢) دليل ثالث.

(٣) أى اشتراط العتق.

(٤) لا ينافى العتق من الكافر.

(٥) من نيه القربه.

(٦) هذا دليل من فصل، مع أن الشارح فى مقام الاستدلال على صحة العتق من الكافر مطلقا.

(٧) من كل الجهات.

(٨) إلى الجاحد.

(٩) المنع من صحة العتق.

(١٠) و كون العتق.

(١١) أى محضه.

(١٢) فى هذه العباده الخاصه.

(١٣) أى العتق.

(١٤) أى أصلا.

(١٥) سواء كان جاحدا بالألوهيه أم بالرساله، أم ببعض الضروريات.

(١٦) أى العتق.

(١٧) تتمه للدليل.

(١٨) أى طلب القربه.

(١٩) على أن المعتبر من القربه ترتب أثرها من الثواب.

ص: ٣٢١

حكمهم ببطان صلاته، و صومه، لتعذر القربه منه، فإن القدر المتعذر هو هذا المعنى (١)، لا ما ادعوه أولاً (٢)، ولأن (٣) العتق شرعاً ملزوم للولاء (٤) ولا يثبت ولاء الكافر على المسلم (٥)، لأنه (٦)، سبيل منفي عنه (٧)، و انتفاء اللازم (٨) يستلزم انتفاء الملزوم (٩):

و في الأول (١٠) ما مرّ (١١).

و في الثاني (١٢) أن الكفر مانع من الارث كالقتل (١٣)، كما هو مانع في النسب.

(١) و هو ترتب أثرها من الثواب في حق الكافر حيث إنه ممنوع من دخول الجنة، و لا ثواب إلا بدخولها.

(٢) و هو إرادته وجه الله تعالى سواء حصل الثواب أم لم يحصل.

(٣) دليل ثان على عدم صحه العتق من مطلق الكافر.

(٤) أى ولاء العتق، فيرث الكافر من أعتقه عند موته على تقدير عدم وجود القرب النسبى.

(٥) و هذا يتم بناء على كون المعتق مسلماً مع أن المدعى أعم.

(٦) أى الولاء المذكور.

(٧) عن المسلم كما فى قوله تعالى: وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (١).

(٨) من نفى الولاء.

(٩) و هو نفى العتق.

(١٠) أى الدليل الأول على عدم صحه العتق من مطلق الكافر، لأن المعتبر من القربه ترتب أثرها من الثواب.

(١١) من كون المراد من القربه هو طلب وجه الله تعالى سواء حصل الثواب أم لم يحصل.

(١٢) أى فى الدليل الثانى من كون العتق من مطلق الكافر مستلزماً لثبوت ولاء الكافر على المسلم، و هو منفى شرعاً.

(١٣) و حاصله منع الملازمه بين صحه العتق من مطلق الكافر و بين ثبوت ولاء الكافر على المسلم، و هو منفى شرعاً، و وجه المنع أن الكفر مانع عن الإرث فى الولاء كما هو مانع عن الإرث فى النسب، و مثله مثل القتل فى الموانع، و عليه فلا ملازمه لوجود المانع لا لعدم المقتضى.

و الحق أن اتفاهم على بطلان عبادته (١) من الصلاة، و نحوها (٢)، و اختلافهم فى عتقه، و صدقته، و وقفه (٣) عند من يعتبر نيه القربه فيه (٤) يدل على أن لهذا النوع (٥) من التصرف المالى حكما ناقصا (٦) عن مطلق العبادات من حيث المالى، و كون (٧) الغرض منها (٨) نفع الغير فجانب المالى فيها أغلب من جانب العباده، فمن ثم وقع الخلاف فيها (٩)، دون غيرها من العبادات، و القول بصحه عتقه (١٠) متجه مع تحقق قصده إلى القربه (١١) و إن لم يحصل لازمها (١٢).

(و كونه) بالجر عطفًا على مباشره الكافر أى و الأقرب صحه كون الكافر (محلا) للعتق بأن (١٣) يكون العبد المعتق كافرا، لكن بالنذر (١٤) لا غيره) بأن ينذر (١) أى عباده الكافر.

(٢) كالصيام و الحج التى تكون عباده محضه.

(٣) مما هو مشتمل على جانب المالى.

(٤) فى الوقف.

(٥) من أنواع العبادات.

(٦) و هو صحته من الكافر إن تحقق منه قصد القربه و إن لم يترتب عليها أثرها من الثواب.

(٧) عطف على المالى.

(٨) من العباده المالىه كالوقف و الصدقه و العتق.

(٩) فى العباده المالىه.

(١٠) أى عتق الكافر.

(١١) و ذلك عند عدم جوده بالألوهيه.

(١٢) أى لازم القربه، و هو الثواب، و عدم حصوله لاقتناع دخول الكافر الجنه، و عدم حصول الثواب خارج عن الشرط المعتبر فى صحه العتق، إذ المعتبر قصد القربه لا تحقق الثواب.

(١٣) تفسير كون الكافر محلا للعتق.

(١٤) ذهب الأ-كثر إلى اشتراط إسلام المملوك المعتق لقوله تعالى: و لا- تيمّموا الخبيث منه تُنفقون (١) و عتق الكافر إنفاق للخبيث فى سبيل الله، و هو منهى عنه و النهى يقتضى الفساد، و لعدم كون محلا- للتعرب إلى الله تعالى، و التقرب شرط فى صحه العتق، و لخبر سيف بن عميره (سألت أبا عبد الله عليه السلام أ يجوز للمسلم أن يعتق مشركا؟ قال: لا) (٢).

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٦٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق حديث ٥.

عتق مملوك بعينه و هو كافر، أما المنع من عتقه (١) مطلقا (٢) فلأنه (٣) خبيث و عتقه انفاق له (٤) و عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط و ابن سعيد فى الجامع عدم الاشتراط و أنه يصح عتق الكافر مطلقا لخبر الحسن بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام (أن عليا عليه السلام أعتق عبدا له نصرانيا فأسلم حين أعتقه)(١).

و عن الشيخ فى النهايه و الاستبصار أنه يصح عتق الكافر مطلقا مع النذر لا مع عدمه جمعا بين الخبرين السابقين بحمل فعل أمير المؤمنين عليه السلام عند ما أعتق النصرانى على أنه قد نذر عتقه لئلا ينافى النهى عن عتقه مطلقا كما فى خبر سيف.

و فى الأخير ضعف ظاهر إذ الجمع تبرعى لا شاهد له من الأخبار أو العرف، على أن النذر مشروط برجحان متعلقه المنذور قبل النذر، و المفروض أنه منهى عنه قبل النذر فلا رجحان، و معه لا ينعقد النذر حتى يحمل الخبر عليه.

و فى الأول ضعف ظاهر أيضا، لأن النهى عن الإنفاق الخبيث لا يستلزم تحريم عتق الكافر، لأن الخبيث هو الردىء من المال و الإنفاق هو الإعطاء إلى الفقير و أين هذا من عتق الكافر، لأن العتق فك ملك فى سبيل الله و فك الملك و إن كان إنفاقا إلا أنه إنفاق من حيث ماله الكافر لا من حيث اعتقاده الخبيث، و ربما كانت ماله خيرا من ماله العبد المسلم، فالكافر من حيث ماله ليس بخبيث، و لو سلم أن النهى عن إنفاق الخبيث فى سبيل الله يشمل عتق الكافر فالنهي المذكور مختص بالصدقه الواجبه لا المستحبه، للإجماع و لجواز الصدقه المستحبه بالرديء من المال و الجيد.

و أما كونه ليس محلا للتقرب إلى الله تعالى فمردود لتوقع إسلامه بعد العتق، و هو أمر محبوب عند الله فيصح التقرب حينئذ.

نعم خير سيف الناهى عن عتق المشرك معارض بخبر ابن صالح الدال على الجواز، و كلاهما ضعيف السند إلا أن خبر سيف مجبور بعمل الأصحاب فلا بد من العمل فيه، و منه تعرف ضعف القول الثانى.

(١) من عتق الكافر.

(٢) و إن كان مندورا.

(٣) أى الكافر.

(٤) للخبيث.

ص: ٣٢٤

فى سبيل الله؁ و قد نهى الله تعالى عنه (١) بقوله: وَ لَا تَيَمَّمُوا (٢) الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ (٣)؁ و لاشتراط القربه فيه (٤) كما مر؁ و لا قربه فى الكافر؁ و لروايه سيف بن عميره عن الصادق عليه السلام قال: سألته أ يجوز للمسلم أن يعتق مملوكا مشركا؟ قال: «لا».

و أما جوازه (٥) بالنذر فللجمع بين ذلك (٦)؁ و بين ما روى «أن عليا عليه السلام أعتق عبدا نصرانيا فأسلم حين أعتقه» بحمله (٧) على النذر.

و الأولى (٨) على عدمه (٩).

و فيهما (١٠) معا نظر؁ لأن (١١) ظاهر الآيه؁ و قول المفسرين أن الخبيث هو الردىء من المال يعطى الفقير. و ربما كانت الماليه فى الكافر خيرا من العبد المسلم؁ و الانفاق لماليته؁ لا لمعتقده الخبيث؁ و مع ذلك فالنهي (١٢) مخصوص بالصدقه الواجبه؁ لعدم تحريم الصدقه المندوبه بما قلّ و ردأ حتى بشقّ تمره اجماعا.

و القربه (١٣) يمكن تحققها فى عتق المولى (١٤) الكافر المقر بالله تعالى الموافق (١٥) (١) عن إنفاق الخبيث فى سبيل الله.

(٢) أى لا تقصدوا.

(٣) سوره البقره؁ الآيه: ٢٦٧.

(٤) فى العتق.

(٥) جواز عتق الكافر.

(٦) بين ما دل على المنع من عتقه.

(٧) بحمل ما روى من فعل أمير المؤمنين عليه السلام.

(٨) و هى روايه سيف بن عميره.

(٩) أى عدم النذر.

(١٠) أى فى القولين السابقين.

(١١) شروع فى رد دليل المنع؁ و هذا رد للدليل الأول.

(١٢) أى النهى فى الآيه المتقدمه.

(١٣) رد للدليل الثانى من أدله المنع.

(١٤) من باب إضافة المصدر إلى فاعله كما هو واضح.

(١٥) مفعول به لقوله (في عتق المولى).

ص: ٣٢٥

له (١) فى الاعتقاد، فإنه يقصد به (٢) وجه الله تعالى كما مر و إن لم يحصل الثواب، و فى المسلم (٣) إذا ظن القربه بالإحسان إليه (٤)، و فك رقبته من الرق، و ترغيبه فى الإسلام كما روى من فعل على عليه الصلاة و السلام، و خبر (٥) سيف مع ضعف سنده (٦) أخص من المدعى (٧)، و لا ضروره (٨) للجمع حينئذ (٩) بما لا يدل عليه اللفظ (١٠) أصلا، فالقول بالصحة مطلقا (١١) مع تحقق القربه (١٢) متجه، و هو (١٣) مختار المصنف فى الشرح (١٤).

فى بطلان عتق الفضولى

(و لا يقف العتق على إجازة المالك) لو وقع من غيره (١٥)، (بل يبطل عتق) (١) للمولى.

(٢) أى فإن المولى يقصد بعتق موافقه فى الاعتقاد.

(٣) أى و فى عتق المسلم للكافر يحصل قصد التقرب إلى الله بما إذا ظن المولى المسلم أن الإحسان إلى الكافر قربه إلى الله، من حيث أن فك رقبته من الرق ترغيب له فى الإسلام.

(٤) إلى الكافر عند عتقه.

(٥) رد للدليل الثالث من أدله المنع.

(٦) لأنه مشتمل على ابن أبى حمزه البطائنى، و هو واقفى خبيث.

(٧) إذ هو وارد فى المشرك و المدعى المنع من عتق مطلق الكافر.

(٨) شروع فى رد دليل الجواز المشروط بالنذر.

(٩) أى حين ضعف سند الخبر الدال على المنع مع أنه أخص من المدعى.

(١٠) و هو لفظ الخبرين، فيكون جمعا تبرعيا.

(١١) و إن لم يكن مندورا كما هو مقتضى خبر الحسن بن صالح المتقدم، و فيه أنه ضعيف السند أيضا مع كون خبر سيف المتقدم منجبرا بعمل الأصحاب.

(١٢) فى عتق المملوك الكافر، و إلا فلا يصح العتق.

(١٣) أى القول بالصحة مطلقا.

(١٤) أى شرح الإرشاد.

(١٥) أى لو وقع العتق من غير المالك، هذا و اعلم أنه لو أعتق غير المالك لم ينفذ عتقه و إن أجازة المالك على المشهور كما

فِي الْمَسَالِكِ، وَقَدْ نَفَى الْخِلَافَ فِيهِ فِي كَشْفِ اللَّثَامِ وَالرِّيَاضِ، لِخَيْرِ مَسْمُوعِ بْنِ سَيَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ (قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لَا عَتَقَ إِلَّا بَعْدَ مَلِكٍ) (١)، وَهُوَ

ص: ٣٢٦

١- (١) الوسائل الباب - ٥ ضمن كتاب العتق حديث ٢.

(الفضولي) من رأس اجماعا، و لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا عتق إلا في ملك»، و وقوعه (١) من غيره بالسرايه خروج (٢) عن المتنازع و استثنائه (٣) إما منقطع، أو نظرا إلى مطلق الانعتاق، و لو علق غير المالك العتق بالملك لغى (٤)، دال على نفي الصحه، لأنه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقه المتعذره، و لخبر ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (من أعتق ما لا يملك فلا يجوز) (١) و ما عن ابن أبي ليلى من العامه نفوذ عتق الفضولي مع إجازة المالك و تقويم العبد عليه إن كان موسرا ضعيف بما سمعت.

(١) أى وقوع العتق من غير المالك بالسرايه، و الحاصل أن الشريك لو أعتق حصته من العبد لسرى العتق إلى حصه شريكه كما سيأتى، و هذه السرايه عتق من الشريك الأول، و هو عتق فى ملك الغير و هذا مناقض للخبر المتقدم (لا عتق إلا بعد ملك).

(٢) ردّ على الإشكال المتقدم، و الحاصل أن السرايه عتق قهرى، و الكلام فى العتق الاختيارى المباشرى فلا إشكال.

(٣) أى استثناء العتق القهرى الحاصل بالسرايه من تحت قاعده (لا عتق إلا بعد ملك) إما استثناء منقطع باعتبار أن المراد من العتق فى القاعده هو العتق الاختيارى المباشرى، و إما استثناء متصل باعتبار أن المراد من العتق فى القاعده هو مطلق الإعتاق الشامل للاختيارى و القهرى.

(٤) بحيث لو قال غير المالك للعبد: إن ملكتك فأنت حر، لم يعتق مع المالك، بلا خلاف فيه، لأنه فضولى من غير المالك فلا يقع، و لأنه تعليق للعتق على الشرط، و تعليقه مبطل له، لأن التعليق مناف للجزم فى إنشاء العتق و للمرسل فى الدعائم عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل يقول: إن اشتريت غلاما فهو حر لوجه الله، و إن اشتريت هذا الثوب فهو صدقه لوجه الله، و إن تزوجت فلانه فهى طالق فقال عليه السلام: ليس ذلك كله بشىء، إنما يعتق و يطلق و يتصدق بما يملك) (٢)، نعم يصح تعليق العتق على موت المولى و هو التدبير، و الأصحاب خصوه بمورده للنص و سيأتى البحث فيه، هذا من جهه و من جهه أخرى فالتعليق مبطل سواء كان على الشرط أو الصفه، و قد تقدم مرارا الفرق بينها و أن الشرط ما جاز وقوعه فى الحال و عدمه كمجىء زيد، و الصفه ما لا يحتمل وقوعها فى الحال و يتعين وقوعها فيما بعد كطلوع الشمس فى الغد إذا تقرر بطلان العتق لو علقه غير المالك على الملك فيستثنى منه ما لو جعله ندرا و ما فى معناه كقوله: لله على

ص: ٣٢٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب العتق حديث ٤.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - صمن كتاب العتق حديث ٧.

إلا أن يجعله (١) نذرا، أو ما فى معناه (٢)، كـلله علىّ اعتاقه إن ملكته، فيجب (٣) عند حصول الشرط و يفتقر إلى صيغه العتق (٤) و إن (٥) قال: لله علىّ أنه حر إن ملكته على الأقوى.

و ربما قيل: بالاكتفاء هنا (٦) بالصيغه الأولى (٧)، اكتفاء بالملك الضمنى كملك القريب آنا ثم يعتق

فى عدم جواز التعليق

(و لا- يجوز تعليقه (٨) على شرط (٩) كقوله: أنت حر إن إعتاقه إن ملكته، فيجب عتقه عند حصول الشرط لعموم الأمر بالوفاء بالنذر، و كذا اليمين و العهد.

نعم لا يعتق العبد بنفسه عند حصول الشرط، لأن العتق مشروط بانتقال العبد إلى ملك الناذر و لو آنا ما قبل العتق فيتعين عتقه بصيغه العتق حينئذ، و عن ابن حمزه و هو ظاهر الشهيد صيرورته حرا بدون صيغه العتق لو كان صيغه النذر: لله علىّ أنه حرّ إن ملكته و اشتراط انتقاله إلى ملك الناذر مسلم إلا أنه يكفى الملك الضمنى كملك القريب آنا ثم يعتق فيما لو ملك الذكر أحد العمودين أو المحارم من نسائه كأخته و عمته و خالته.

و أوجب أن الالتزام بالملك الضمنى لقيام الدليل على انعقاد القريب إذا تملكه قريبه فمقتضى الجمع بينه و بين ما دل على أنه (لا عتق إلا فى ملك) يقتضى الالتزام بوجود الملك الضمنى آنا ما ثم يعتق.

و أما فى المقام فلا دليل على انعاقه بهذه الصيغه كى يلتزم بالتقدير المذكور، و أدله النذر تقتضى وجوب الوفاء بالمنذور على شرائطه الشرعيه، و لا عتق إلا بصيغته فلا بد من الصيغه حينئذ، نعم لو كانت الصيغه: لله علىّ إعتاقه إن ملكته فلا بد من صيغه العتق بالاتفاق.

(١) ضمير الفاعل راجع إلى غير المالك، و ضمير المفعول راجع إلى عتق العبد إن ملكه.

(٢) من اليمين و العهد.

(٣) أى يجب العتق وفاء للنذر عند حصول شرطه من التملك.

(٤) و الافتقار متفق عليه هنا.

(٥) و صليه.

(٦) لو كانت صيغه النذر: لله علىّ أنه حر إن ملكته.

(٧) و هى صيغه النذر من دون حاجه إلى صيغه العتق.

(٨) أى تعليق العتق عند إنشائه.

(٩) أى شرط بالمعنى الأعم، فيعم الشرط و الصفه.

ص: ٣٢٨

فعلت كذا (١)، أو إذا طلعت الشمس (٢)، (إلا في التدبير فإنه) يجوز أن (يعلق بالموت) كما سيأتى (لا بغيره (٣)، و إلا (٤) في النذر (٥) حيث لا يفتقر إلى صيغته (٦) إن قلنا به.

(نعم لو نذر عتق عبده عند شرط (٧) (١) تمثيل للشرط.

(٢) تمثيل للصفه، و قد تقدم تحقيق معناهما.

(٣) أى لا يجوز التعليق فى التدبير بغير الموت، و سيأتى البحث فيه فى محله.

(٤) استثناء ثان من عدم جواز تعليق العتق على الشرط.

(٥) و هو النذر الذى لا يحتاج إلى صيغته العتق كما عن بعض على ما تقدم.

(٦) أى صيغته العتق.

(٧) الفرق بينه و بين ما تقدم، أن ما تقدم كان عن نذر عتق عبد الغير على تقدير تملكه، و هنا عن نذر عتق عبده عند حصول شرط سائغ هذا من جهة و من جهة أخرى فقد عرفت أنه لا يصح تعليق العتق على شرط أو صفه لأنه مناف للجزم و من جهة ثالثة قد حرر فى باب الإيمان و النذور مشروعيه التعليق فى النذر.

و عليه فلو نذر عتق عبده عند حصول شرط سائغ فلا- يخلو إما أن ينذر إعتاقه أو انعاقه، و الأول كما لو قال: لله على إعتاق عبدى إن فعل كذا و هو نذر السبب، و الثانى كما لو قال لله على أنه حر إن فعل كذا، و هو نذر النتيجة. و لا إشكال فى انعقاد النذر و صحته لعموم أدلته، و لا- إشكال فى الاحتياج إلى صيغته العتق فى الأول لأنه نذر بالعتق و لا عتق إلا بالصيغه، و إنما الكلام فى الاحتياج إلى صيغته العتق فى الثانى فظاهر المتن و الشرح أنه لا يحتاج إلى صيغته العتق بالخصوص بل تكفى صيغته النذر المعلقه على الشرط، و هذا استثناء من تعليق صيغته العتق على الشرط المحكوم ببطالها سابقا و فيه:

أولا: أنه ليس ذلك من العتق بالصيغه معلقا، بل هو العتق بالنذر الذى ثبت فيه مشروعيه التعليق، و البحث فى إنشاء العتق بصيغته معلقا.

و ثانيا: منع انعقاد النذر إذا تعلق بالآثار و النتائج التى أوقفها الشارع على صيغ خاصه كالنكاح و الطلاق و العتق، و كذا الكلام لو نذر كون المال لزيد، لأن تملكك الغير مالا بحاجه إلى سبب، و النذر بما هو نذر ليس من أسباب تملكك الغير، نعم النذر سبب فى وجوب الوفاء بالمنذور، و عليه فلا بد أن يكون النذر متعلقا بأسباب تملكك الغير.

و ثالثا: أنه لا- فرق بينه و بين ما تقدم من ناحيه نذر العتق المعلق فلو تم العتق هنا عند تحقق شرط النذر من دون احتياج إلى صيغته العتق ثم هناك، مع أنهما غير ملتزمين به هناك.

سائغ (١) على ما فصل (٢) (انعقد) النذر و انعتق مع وجود الشرط إن كانت الصيغه أنه (٣) إن كان كذا من الشروط السائغه فعبدى حر (٤). و وجب عتقه (٥) إن قال:

فله على أن اعتقه.

و المطابق للعباره (٦) الأول (٧)، لأنه (٨) العتق المعلق (٩)، لا الثانى (١٠) فإنه (١١) الاعتاق.

و مثله (١٢) القول فيما إذا نذر أن يكون ماله صدقه، أو لزيد (١٣) أو أن يتصدق به، أو يعطيه لزيد (١٤) فإنه (١٥) ينتقل عن ملكه بحصول الشرط فى الأول (١٦)، (١) أى غير مخالف للكتاب أو السنه، و هو الشرط المشروع.

(٢) أى على ما فصل قريبا فى صيغه النذر بحيث تاره تتعلق بالإعتاق و أخرى بالانعتاق.

(٣) أى الشأن و الواقع.

(٤) فالنذر قد تعلق بالانعتاق، و هو نذر النتيجة و الأثر.

(٥) عطف على قوله (و انعتق مع وجود الشرط)، و المعنى انعقد النذر و وجب عتقه عند وجود الشرط إن قال: فله على أن أعتقه، و يكون النذر قد تعلق بالإعتاق، و هو المسمى بنذر السبب.

(٦) أى عبارته المتن عند قوله: (نعم لو نذر عتق عبده عند شرط).

(٧) و هو نذر النتيجة.

(٨) أى الأول.

(٩) و الماتن يريد الاستثناء من عدم انعقاد العتق المعلق، و فيه: أن الأول قد عرفت أنه نذر معلق و ليس بعتق معلق بمعنى إنشاء العتق بصيغته معلقا.

(١٠) و هو نذر السبب.

(١١) فإن الثانى إعتاق و لا بد له من صيغه عند تحقق النذر، فلا تكون صيغه النذر كافيته فى عتقه حتى تكون استثناء من صيغ العتق المعلقه المحكوم ببطالانها.

(١٢) أى و مثل نذر عتق العبد عند شرط.

(١٣) أى ملكا لزيد، و هذان مثالان لنذر النتيجة.

(١٤) و هذان مثالان لنذر السبب.

(١٥) أى فإن المال المنذور.

(١٦) أى فى المثال الأول و هو ما لو نذر أن يكون ماله صدقه.

ص: ٣٣٠

و يصير ملكا لزيد قهريا (١)، بخلاف الأخير (٢)، فإنه (٣) لا يزول ملكه به (٤)، وإنما يجب أن يتصدق، أو يعطى زيدا (٥) فإن لم يفعل (٦) بقى على ملكه (٧) وإن حث.

و يتفرع على ذلك (٨) ابرأؤه (٩) منه قبل القبض (١٠) فيصح (١١) فى الأول (١٢)، دون الثانى (١٣).

فى ما لو شرط عليه فى صيغه العتق خدمته

(و لو شرط عليه (١٤) فى صيغه العتق (خدمته (١٥) (١) فى المثال الثانى و هو ما لو نذر أن يكون ماله ملكا لزيد، و كلاهما من أمثله نذر النتيجة.

(٢) و هو نذر السبب بكلا مثاليه.

(٣) أى الشأن و الواقع.

(٤) أى لا يزول ملك الناذر بسبب النذر.

(٥) لأنه نذر السبب، فلا بد من الإيتاء بالسبب المنذور عند تحقق النذر.

(٦) أى لم يفعل الناذر من التصديق أداء الإعطاء.

(٧) أى بقى المنذور على ملك الناذر.

(٨) على التفرقة بين نذر النتيجة و نذر السبب.

(٩) إبراء الناذر من الدفع، و هو من باب إضافة المصدر إلى مفعوله.

(١٠) و بعد حصول الشرط.

(١١) أى يصح إبراء الناذر من الدفع.

(١٢) و هو نذر النتيجة.

(١٣) أى نذر السبب، لأن المنذور له لا يملكه فى الثانى إلا بعد القبض، فلا يصح الإبراء منه قبل القبض، لأنه إسقاط ما لم يجب، هذا و قد عرفت الإشكال فى نذر النتيجة و منه تعرف الإشكال فيما قدمه الشارح هنا فلا نعيد.

(١٤) على العبد.

(١٥) إذا شرط على العبد أمرا سائغا فى نفس العتق صح العتق و الشرط، فيصح العتق لعموم أدلته، و يصح الشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و لخصوص أخبار.

منها: صحيح أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل قال: غلامى حر و عليه عماله كذا و كذا، قال: هو حر و عليه العماله) (٢)، و خير عبد الرحمن عن أبي عبد

ص: ٣٣١

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب العتق حديث ٢.

مدته مضبوطة (١) متصله بالعتق، أو منفصله، أو متفرقه مع الضبط (صح) الشرط و العتق، لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ولأن منافعه المتجدده و رقبته ملك للمولى فإذا أعتقه بالشرط فقد فك رقبته، و غير المشترط من المنافع، و أبقى (٢) المشترط على ملكه فيبقى استصحابا للملك، و وفاء بالشرط.

و هل يشترط قبول العبد الأقوى العدم، و هو (٣) ظاهر إطلاق العبارة (٤) لما ذكرناه (٥).

و وجه اشتراط قبوله (٦) أن الاعتاق يقتضى التحرير، و المنافع تابعه فلا يصح الله عليه السلام (أوصى أمير المؤمنين عليه السلام فقال: إن أبا نيزر و رباحا و جبيرا أعتقوا على أن يعملوا فى المال خمس سنين) (١) و مثلها غيرها.

هذا و يكون عتقا مع شرط لا عتقا معلقا على شرط هذا من جهة و من جهة أخرى لا فرق بين كون الشرط خدمه لمدته معينه أو مالا- معيناً أو غيرهما، و إنما الكلام فى اعتبار قبول المملوك و رضاه بالشرط و عدمه فظاهر الشرائع أنه لا يشترط القبول من المملوك لأن المشترط مالك له و مستحق لمنافعه و كسبه، و له الضريبه المقدوره من العبد فهى إيجاب مال من كسبه، فإذا شرط عليه خدمه أو مالا فقد فكّ ملكه عنه و عن منافعه و استثنى بعضها، فيبقى هذا البعض على ملك المولى استصحابا و وفاء بالشرط بالإضافة إلى إطلاق النصوص المتقدمه التى لم تشترط قبول العبد.

و قيل يشترط قبوله مطلقا - كما عن العلامة فى التحرير - لاقتضاء التحرير و العتق تبعيه المنافع فلا يصح اشتراط شىء منها إلا بقبول المملوك، و فصل ثالث و هو العلامة فى القواعد فشرط رضاه إن كان المشروط عليه مالا، و نفاه إن كان خدمه، و الفرق أن الخدمه مستحقه للمولى بالأصالة فشرطها كاستثناء بعض العبد عن النقل بخلاف شرط المال فإنه غير مملوك للمولى فلا بد من رضا العبد فى اشتراطه عليه و يدل عليه صحيح حريز و سيأتى التعرض له.

(١) لا بد من التعيين حتى لا يتجهل الشرط فيبطل للغرر.

(٢) أى المولى.

(٣) عدم اشتراط القبول.

(٤) عبارة الماتن لعدم ذكره القبول.

(٥) من كون العبد رقبه و منفعه ملكا للمولى فيجوز له فك رقبته و بعض منافعه دون البعض الآخر.

(٦) قبول العبد.

ص: ٣٣٢

شرط شيء منها (١)، إلا بقبوله.

و هل تجب على المولى نفقته (٢) في المده المشترطه قيل: نعم، لقطعه (٣) بها (٤) عن التكسب.

و يشكل بأنه لا يستلزم وجوب النفقه كالأجير (٥)، و الموصى بخدمته.

و المناسب للأصل (٦) ثبوتها من بيت المال، أو من الصدقات (٧) لأن أسباب النفقه مضبوطة شرعا و ليس هذا (٨) منها، و للأصل (٩)، و كما يصح اشتراط الخدمه يصح اشتراط شيء معين من المال، للعموم.

لكن الأقوى هنا (١٠) اشتراط قبوله (١١)، لأن المولى لا يملك إثبات مال في ذمه العبد، و لصحيحه (١٢) حريز عن الصادق عليه السلام.

(١) من المنافع.

(٢) نفقه العبد، وقع النزاع بينهم في أنه إذا شرط المولى عليه خدمه لمدته معينه بعد العتق فهل تجب نفقه العبد المعتق مدته الخدمه على المعتق كما عن ابن الجنيد لقطعه عن التكسب، أو لا- تجب كما عن غيره، لأن النفقه تابعه للملك و المفروض زواله، و حينئذ ينعق عليه من بيت المال أو يستثنى له تكسب مقدار قوته.

(٣) أى لقطع العبد.

(٤) بالخدمه المشترطه.

(٥) تمثيل للمنفي.

(٦) أى علق مدته الشرعيه من أنه من لا كسب له و هو غير قادر عليه فنفقته من بيت المال.

(٧) أى الصدقه الواجبه أعنى الزكاه.

(٨) أى اشتراط خدمته لمولاه.

(٩) أى أصل البراءه من عدم وجوب الإنفاق على المولى.

(١٠) فى اشتراط المال.

(١١) أى قبول العبد، و هذا هو التفصيل و قد تقدم.

(١٢) فقد رواها الكافى و الفقيه عن حريز عن أبى جعفر عليه السلام (عن رجل قال لمملوكه: أنت حر ولى مالك، قال: لا يبدأ بالحرية قبل المال فيقول له: لى مالك و أنت حر، إن يرضى المملوك فالمال للسيد) (١).

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب العتق حديث ٥.

و قيل: لا يشترط (١) كخدمته، لاستحقاقه (٢) عليه (٣) رقا السعى في الكسب كما يستحق الخدمه، فإذا شرط عليه مالا فقد استثنى من منافعه بعضها.

و ضعفه ظاهر (٤).

و حيث يشترط الخدمه لا- يتوقف انعقاده على استيفائها (٥) فإن وفى بها (٦)، فى (١) أى لا- يشترط قبول المملوك فى اشتراط المال.

(٢) أى استحقاق المولى.

(٣) على العبد حال كونه رقا.

(٤) لأن المولى لا- يستحق على العبد حال كونه رقا تحصيل المال، و إنما يستحق بذل العمل و إن لم يكسب بالإضافه إلى معارضته لصحيح حريز المتقدم.

(٥) لو شرط فى صيغته العتق خدمه زمان معين صح العتق و الشرط على ما تقدم، و ينعتق العبد بلا خلاف، فلو قضى العبد آبقا تلك المده و قد أخلّ بالخدمه لم يعد فى الرق بلا خلاف أيضا و لا إشكال، بل حتى لو أراد المولى إعادته فلا يعود استصحابا لحرته التى ثبتت بصيغته العتق.

ثم ليس للمالك و لا الورثه إلزامه بالخدمه فى مثلها من المده قطعا، لأن الزمان المعين للخدمه قد فات، و هى ليست مثليه، و لكن هل يثبت للمولى أو لورثته مطالبه المعتق بأجره مثل الخدمه فى تلك المده أو لا؟ فعن الشيخ فى النهايه و ابن الجنييد و جماعه العدم لصحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريته و شرط عليها أن تخدمه خمس سنين فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها؟ قال: لا) (١).

و عن المحقق و ابن إدريس و مشهور المتأخرين لزوم الأجره، لأن الخدمه فى زمن معين حق متقوم بالمال فيثبت على من فوّته قيمته، و هى أجره المثل، و الخبر الصحيح المتقدم لا- ينافيه، لأنه نفى استخدامها و نحن نقول به، لأن مده الخدمه المعينه قد فاتت، و هى ليست مثليه حتى تلزم بالخدمه فى مثلها، و إنما عليها أجره المثل، و الحاصل أن نفى الاستخدام كما فى الخبر لا يقتضى نفى الاجره الثابته لهم عوضا عما فات عليهم من الحق.

(٦) بالخدمه.

ص: ٣٣٤

وقتها و إلا استقرت أجره مثلها (١) في ذمته، لأنها (٢) مستحقة عليه و قد فاتت فيرجع إلى أجرتها، و لا فرق بين المعتق، و وارثه في ذلك (٣).

في ما لو شرط عوده في الرق

(و لو شرط (٤) عوده في الرق إن خالف شرطاً) شرطه عليه في صيغه العتق (فالأقرب بطلان العتق (٥)، لتضمن الشرط عود من تثبت حرية رقا و هو (٦) غير جائز (٧)، و لا يرد مثله في المكاتب المشروط (٨)، لأنه (٩) (١) أي مثل الخدمه في الزمن المعين.

(٢) أي الخدمه في الزمن المعين.

(٣) في أنه لا يستحق استخدامها بعد فوات زمن الخدمه، و إنما له أجره المثل.

(٤) أي شرط المولى عود العبد إلى الرق إن خالف شرطاً قد اشترطه عليه في صيغه العتق، فعن الشيخ في النهايه و القاضى و جماعه أعيده إلى الرق مع المخالفه عملاً بالشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و لموثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يعتق مملوكه و يزوجه ابنته و يشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق، قال: له شرطه) (٢).

و عن المحقق في نكت النهايه الحكم بشذوذ الروايه و ضعف سندها و منافاتها لأصول المذهب لأنه اشتراط لاسترقاق من تثبت حرية فيكون شرطاً غير سائغ و يتبعه بطلان العتق، لأن العتق قد قصد بناء على كونه مشروطاً، و إذا فسد الشرط فسد المشروط، و لذا حكم ببطلان الشرط و العتق و عن ابن إدريس بطلان الشرط دون العتق و تبعه عليه فخر المحققين، أما بطلان الشرط فلما تقدم، و أما صحه العتق فلبناء العتق على التغليب.

(٥) و الشرط معاً.

(٦) أي الشرط.

(٧) أي غير مشروع فيكون فاسداً و مفسداً فيبطل العتق.

(٨) حيث يعتقه مولاه بشرط أن يدفع مالا و يقول له: فإن عجزت فأنت رد في الرق، فهو عتق مشروط بشرط متضمن لعود من تثبت حرية رقا، و يجب أن يكون العتق باطلاً مع أنه صحيح بالاتفاق.

(٩) تعليل لعدم الورود، و الحاصل أن المكاتب المشروط لم يخرج عن الرقيه و إن تشبث بالحرية فلم يعد إلى الرقيه إذ لم يخرج عنها.

ص: ٣٣٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب العتق حديث ٣.

لم يخرج عن الرقيه و إن تشبث بالحريه بوجه (١) ضعيف، بخلاف المعتق بشرط (٢).

و قول (٣) السيد للمكاتب فأنت ردّ في الرق يريد (٤) به الرق المحض (٥)، لا- مطلق (٦) الرق. وقيل: يصح الشرط و يرجع بالاخلال (٧) للعموم (٨)، و روايه إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السّلام أنه سأله عن الرجل يعتق مملوكه، و يزوجه ابنته، و يشترط عليه إن أغارها (٩) أن يردّه في الرق. قال: «له شرطه». و طريق الروايه ضعيف (١٠) و متنها (١١) مناف للأصول، فالقول بالبطلان أقوى، و ذهب بعض الأصحاب إلى صحه العتق، و بطلان الشرط، لبنائه (١٢) على التغليب، و يضعف بعدم القصد إليه (١٣) (١) و هو تحرره على تقدير وفائه بتمام المال المشروط عليه.

(٢) فقد خرج عن الرقيه فاشترط عوده إليها فاسد، بخلاف اشتراط عود العبد الذي لم يخرج عن الرقيه إليها.

(٣) دفع وهم، أما الوهم أن المكاتب المشروط لو لم يخرج عن الرقيه فكيف جاز للسيد أن يقول له: أنت رد في الرق.

(٤) دفع الوهم و حاصله أن المكاتب لم يخرج عن الرقيه و معنى قول السيد لعبد: فإن عجزت فأنت رد في الرق المحض الذي ليس بكتابه، لا أن المراد فإن عجزت فأنت رد في مطلق الرق، لأن الرد إلى مطلق الرق فرع كونه حرا و قد عرفت عدم حريته. (٥) الذي ليس بكتابه.

(٦) و مطلق الرق مسبوق بالحريه و قد عرفت عدم حريته.

(٧) أي إخلال الشرط من قبل العبد و هذا الإخلال شرط في عوده إلى الرقيه، و هو شرط نافذ لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(٨) أي عموم (المؤمنون عند شروطهم) ٢.

(٩) أغار فلان أهله أي تزوج عليها.

(١٠) لاشتماله على إبراهيم بن هاشم، و هو لم يمدح و لم يذم، و قد تقدم مرارا أنه من شيوخ الإجازة، و هذا ما يغنى عن توثيقه.

(١١) لتضمنه عود الرق بعد الحريه.

(١٢) أي بناء العتق.

(١٣) إلى العتق.

ص: ٣٣٦

مجردا عن الشرط و هو (١) شرط الصحة كغيره (٢) من الشروط.

فى استحباب عتق المملوك المؤمن

(و يستحب عتق) المملوك (المؤمن) ذكرا كان أم أنثى (إذا أتى عليه) فى ملك المولى المندوب (٣) إلى عتقه (سبع سنين (٤)، لقول الصادق عليه السّلام «من كان مؤمنا فقد عتق بعد سبع سنين أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، و لا تحل خدمه من كان مؤمنا بعد سبع سنين». و هو محمول على تأكيد استحباب عتقه، للاجماع على أنه لا يعتق بدون الاعتاق (بل يستحب) العتق (مطلقا (٥) خصوصا للمؤمن، (و يكره عتق العاجز عن الاكتساب إلا أن يعينه) بالانفاق (٦) قال الرضا عليه السّلام: «من اعتق مملوكا لا حيله له فإن عليه أن يعوله حتى يستغنى عنه، و كذلك كان على عليه السّلام (١) أى القصد إلى العتق.

(٢) أى كغير القصد من شروط الصحة، و مع عدم القصد إلى العتق مجردا فلا بدّ من الحكم ببطلانه كبطلان الشرط.

(٣) أى الذى وجه إليه الأمر الندبى بالعتق، و هذا احتراز عن المولى غير البالغ و المجنون فلا يوجه إليه الأمر الندبى بعتق عبده.

(٤) لخبر محمد بن عبد الله بن زراره عن بعض آل أعين عن أبى عبد الله عليه السّلام (من كان مؤمنا فقد عتق بعد سبع سنين، أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، و لا تحلّ خدمه من كان مؤمنا بعد سبع سنين) (١).

و هو محمول على استحباب عتقه بعد هذه المدة للاتفاق على أنه لا يعتق بنفسه، فالخبر و إن كان مرسلا إلا أن دليل السنن يتأدى بذلك.

(٥) و إن لم تمض عليه سبع سنين فى خدمه مولا، و قد تقدم فى أول هذا الفصل ما يدل على استحباب مطلق العتق.

(٦) لخبر ابن محبوب (كتبت إلى أبى الحسن الرضا عليه السّلام: و سألته عن الرجل يعتق غلاما صغيرا أو شيخا كبيرا، أو من به زمانه و لا حيله له، فقال: من أعتق مملوكا لا حيله له فإن عليه أن يعوله حتى يستغنى عنه، و كذلك كان أمير المؤمنين عليه السّلام يفعل إذا عتق الصغار و من لا حيله له) (٢)، و صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن من أعتق النسمه؟ فقال: أعتق من أغنى نفسه) (٣).

ص: ٣٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من كتاب العتق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب العتق حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب العتق حديث ٣.

يفعل إذا اعتق الصغار، و من لا حيله» له (و) كذا يكره (عتق المخالف (١) للحق في الاعتقاد، للنهي عنه في الأخبار المحمول على الكراهه جمعا. قال الصادق عليه السّلام: ما أغنى الله عن عتق أحدكم تعتقون اليوم يكون علينا غدا، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا- عارفا»(و لا-) يكره عتق (المستضعف) الذي لا- يعرف الحق و لا- يعاند فيه، و لا- يوالى أحدا بعينه، لروايه الحلبي (٢) عن الصادق عليه السّلام قال:

قلت له: الرقبه تعتق من المستضعفين؟ قال: نعم.

السرايه فى العتق

(و من خواص العتق السرايه (٣) و هو انتعاق باقى المملوك إذا أعتق بعضه (١) الكراهه فى هذه الموارد كراهه عباده، بمعنى قله الثواب، لا- بمعنى أن فى تركه أجرا، كيف و قد عرفت أن أصل العتق راجح، هذا و النهى قد ورد فى خبر صباح المزنى عن ناجيه (قال: رأيت رجلا عند أبى عبد الله عليه السّلام فقال له: جعلت فداك، إنى أعتقت خادما، و هو ذا أطلب شراء خادم لى منذ سنين فما أقدر عليها؟ فقال: ما فعلت الخادم؟ فقال: حيّه، فقال: ردها فى مملكتها، ما أغنى الله عن عتق أحدكم تعتقون اليوم، و يكون علينا غدا، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفا)(١)، و النهى فيه محمول على الكراهه لخبر على بن أبى حمزه عن العبد الصالح عليه السّلام: (فيمن أوصى بعتق نسمة - إلى أن قال - فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصبا)(٢).

(٢) و هى صحيحه السند(٣).

(٣) فمن أعتق جزءا من عبده و لو يسيرا سرى العتق فيه كله، بلا- فرق فى المملوك بين الذكر و الأنثى، و بين كون بعضه غير المعتق مملوكا له أو لشريكه، و بلا فرق فى المعتق بين أن يكون مالكا لغيره أو لا، و هذا كله بشرط كون المعتق صحيحا جائز التصرف، و المعتق لا مانع من نفوذ العتق فيه، على المشهور فى ذلك كله للأخبار.

منها: خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن رجلا- أعتق بعض غلامه، فقال على عليه السّلام: هو حر كله ليس لله شريك)(٤)، و خبر طلحه بن زيد عن جعفر عن

ص: ٣٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦٤ - من كتاب العتق حديث ١.

بشروط (١) خاصه (فمن أعتق شقصا) بكسر الشين أى جزء (من عبده) أو أمته أبيه عليهما السلام (أن رجلا أعتق بعض غلامه، فقال: هو حر كله ليس لله شريك) (١) مضافا إلى الأخبار الداله على سرايه العتق إذا كان بعضه الآخر مملوكا للغير كالنوبى (إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال فقد عتق كله) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى جاريه كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، قال: إن كان موسرا كلف أن يضمن، فإن كان معسرا خدمت بالحصص) (٣) و عن السيد جمال الدين أحمد بن طاوس فى كتابه ملاذ علماء الإماميه الميل إلى عدم السرايه على معتق بعض مملوكه نظرا إلى ضعف سند النصوص المتقدمه مع معارضتها بأخبار آخر.

منها: خبر حمزه بن حمران عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن رجل أعتق نصف جاريه ثم قذفها بالزنا، فقال: أرى أن عليه خمسين جلده و يستغفر الله عزّ و جلّ - إلى أن قال - قلت: فتغطى رأسها منه حين أعتق نصفها؟ قال: نعم و تصلى و هى مختمره الرأس، و لا- تتزوج حتى تؤدى ما عليها أو يعتق النصف الآخر) (٤) و هو محمول على أنه لا- يملك منها أكثر من النصف و يحتمل أن تكون مكاتبه قد أدت نصف ما عليها بدلاله قوله: حتى تؤدى ما عليها.

و صحيح ابن سنان (سأل أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه عتقت ثلث خادمها عند موتها، أعلى أهلها أن يكاتبوها إن شاء و إن أبوا؟ قال عليه السلام: لا، و لكن لها من نفسها ثلثها و للوارث ثلثاها، يستخدمها بحساب الذى له منها، و يكون لها من نفسها بحساب الذى عتق منها) ٥، و هو محمول على ما إذا لم يملك غيرها، و خبر مالك بن عطيه عن أبي بصير (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، فقال: فيشترط عليها إن عجزت عن نجومها فإنها رد فى الرق) (٥) و هى محموله على المكاتبه و إن لم يكن لأنه خلاف ظاهرها فترد لأنها لا تصلح لمعارضه ما تقدم الدال على السرايه.

(١) و هى اختيار المولى و إيساره و عدم مرض الموت، و إلا فمع إعساره يستسعى العبد.

ص: ٣٣٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦٤ - من كتاب العتق حديث ٢.
- ٢- (٢) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٧.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٧.
- ٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٦٤ - من كتاب العتق حديث ٣ و ٧.
- ٥- (٦) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب المكاتبه حديث ١.

و إن قلَّ الجزء سرى العتق فيه أجمع و (عتق كله) و إن لم يملك سواه (١)، (إلا أن يكون) المعتق (مريضا و لم يبرأ) من مرضه الذى اعتق فيه، (و لم يخرج) المملوك (من الثلث) أى ثلث مال المعتق فلا يعتق حينئذ أجمع، بل ما يسعه الثلث (إلا مع الإجازة) من الوارث فيعتق أجمع إن أجازته، و إلا فيحسب ما أجازته.

هذا (٢) هو المشهور بين الأصحاب، و ربما كان إجماعا، و مستنده من الأخبار ضعيف، و من ثم (٣) ذهب السيد جمال الدين بن طاوس إلى عدم السرايه بعتق البعض مطلقا (٤)، استضعافا للدليل المخرج (٥) عن حكم الأصل (٦)، و لموافقته (٧) لمذهب العامه مع أنه (٨) قد روى (٩) حمزه بن حمران عن أحدهما عليه السلام قال: سألته عن الرجل أعتق نصف جاريته ثم قذفها بالزنا قال: فقال: «أرى أن عليه خمسين جلده و يستغفر ربه (١٠)» الحديث. و فى معناه خبران آخران (١١)، و حملها (١٢) الشيخ على أنه لا يملك نصفها الآخر مع إعساره (١٣).

(١) أى لم يكن للمعتق مال سوء المملوك المعتق.

(٢) أى السرايه.

(٣) أى و من ضعف أخبار السرايه، و فيه أن بعضها صحيح مؤيد بالكثير، و عمل المشهور.

(٤) و إن لم يكن المعتق مريضا، أو كان مريضا و قد وفى الثلث بقيمه العبد بتمامه.

(٥) و هو أخبار السرايه.

(٦) إذ الأصل عدم السرايه، و أصاله بقاء الملك.

(٧) أى موافقه السريان لمذهب العامه.

(٨) أن الشأن و الواقع.

(٩) أى بالإضافة إلى ضعف أخبار السرايه و موافقتها للعامه فهناك أخبار تدل على السرايه، و منها خبر حمزه بن حمران المتقدم.

(١٠) و وجه الاستدلال أنه لو سرى العتق إلى تمامها لكان قذفها كقذف الحره موجبا لثمانين جلده و لا معنى لحكم الإمام عليه السلام بالأنقص هذا من جهه و من جهه أخرى فلو أعتق نصفها كما هو المفروض لوجب عليه نصف الحدود هو أربعون مع أن الإمام عليه السلام قد حكم عليه بزياده عشره إلا أن يكون الزائد من جهه التعزير كما احتمله الشيخ فى التهذيب.

(١١) و هما صحيح ابن سنان، و خبر مالك بن عطيه عن أبى بصير المتقدمين.

(١٢) أى الأخبار الثلاثة.

(١٣) أى إعسار المعتق و عدم سعى الجاريه فى الباقي.

و لو كان له (١) فيه) أى فى المملوك الذى اعتق بعضه (شريك قوم عليه (٢) نصيبه (٣) (و عتق) اجمع (٤) (١) للمولى المعتق.

(٢) على المولى المعتق.

(٣) أى نصيب شريكه.

(٤) أى يسرى العتق إلى نصيب الشريك، هذا وقد عرفت أن المشهور على السرايه سواء كان غير المعتق من العبد مملوكا للغير أم لا، غايته إذا كان غير المعتق مملوكا للغير سرى العتق فى الجميع، و يقوم على المعتق نصيب شريكه إن كان موسرا، و عن الحلبي إطلاق وجوب السعى على العبد فى الفك، و لازمه عدم تضمين المولى المعتق نصيب شريكه.

و لو قصد الإضرار فكذا يضمن المولى المعتق نصيب شريكه إذا كان موسرا على الأكثر، و عن الشيخ و القاضي وجوب السعى على العبد فى الفك عند عدم قصد الإضرار و لو كان المعتق موسرا.

و عن الإسكافي فمع عدم قصد الإضرار تخيير الشريك بين إلزام المعتق قيمه نصيبه و بين إلزام العبد فى وجوب السعى فى فك نفسه.

و عليه فالأقوال ثلاثه فى صورته إيسار المولى المعتق، و منشأ الاختلاف اختلاف الروايات فقد استدلل للأول من تضمين المولى الموسر سواء قصد الإضرار أم لا بصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى جاريه كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، قال: إن كان موسرا كلف أن يضمن، و إن كان معسرا خدمت بالحصص) (١)، و النبوى (إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال فقد عتق كله) (٢).

و استدلل للثانى من تضمين المولى الموسر عند قصد الإضرار، و عند عدمه يضمن المعتق بل يسعى العبد فى فك رقبتة لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فقال: إن كان مضارا كلف أن يعتقه كله، و إلا استسعى العبد فى النصف الآخر) (٣)، و صحيح محمد بن مسلم (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل ورث غلاما، و له فيه شركاء فأعتق لوجه الله نصيبه فقال: إذا أعتق نصيبه مضاره و هو موسر ضمن للورثه، و إذا أعتق نصيبه لوجه الله كان الغلام قد أعتق

ص: ٣٤١

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٧.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٢.

(مع يساره) أى يسار المعتق بأن يملك حال العتق زياده عما يستثنى فى الدين من (١) داره، و خادمه و دابته، و ثيابه اللائقه (٢) بحاله كميّه (٣) و كيفيه (٤) و قوت يومه من حصه من أعتق - إلى أن قال - و إن أعتق الشريك مضارا و هو معسر فلا عتق له، لأنه أراد أن يفسد على القوم حصصهم(١).

و مقتضى صناعه حمل المطلق على المقيد أن النصوص داله على القول الثانى الذى ذهب إليه الشيخ و القاضى، إلا أن الشهره على خلافه، نعم ابن إدريس استشكل على هذا القول بأن قصد القربه شرط فى صحه العتق و المضاره تنافى القربه فكيف اجتماعا فى هذا القول، و يردّ أنه قد ورد اجتماعهما فى صحيح محمد بن مسلم و صحيح الحلبي المتقدمين فما يقال فى رفع الأشكال بالنسبه للأخبار يقال فى رفعه بالنسبه لقول الشيخ على أن المراد بالإضرار هو إفساد ملكك شريكه الملزوم للتقويم، و هو صريح النصوص السابقه، و هذا لا ينافى قصد القربه فى عتق نصيبه لله تعالى، و أما القول الثالث من التخيير فقد قال عنه فى الجواهر بأنه لا شاهد له، و أما لو كان المعتق معسرا فسيأتى البحث فيه تفسير ليسار المعتق، و ليس المراد من يساره أن يعدّ من الأغنياء عرفا بل المراد أن يكون مالكا لقيمه نصيب الشريك فاضلا عن قوته و قوت عياله الواجبى النفقه لظاهر النبوى المتقدم (إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال فقد عتق كله)(٢)، و هذا فى الحقيقه تفسير للموسر الوارد فى غير النبوى كصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى جاريه كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه قال: إن كان موسرا كلف أن يضمن)(٣).

بل ظاهر النبوى المتقدم أن يكون مالكا لقيمه نصيب الشريك فاضلا عن قوته و قوت عياله و مسكنه و داره و خادمه و دابته و ثيابه و كل ما هو محتاج إليه و من ضروراته كما يستثنى فى الدين، و إلا فلا يصدق عليه أنه صاحب مال، و عن ظاهر الشرائع عدم استثناء المسكن و الخادم و غيرهما، لأنه استثنى له قوت يومه له و لعياله فقط.

(١) متعلق بقوله: (عما يستثنى).

(٢) صفه لجميع ما ذكر.

(٣) بأن تكون الثياب واحدا أو اثنين أو ثلاثه.

(٤) بأن تكون الثياب من الحرير أو الكتان أو القطن أو غيرها.

ص: ٣٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ١٢.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٧.

له (١)، و لعياله ما (٢) يسع قيمه نصيب الشريك فتدفع إليه (٣) و يعتق.

و لو كان مديونا (٤) يستغرق دينه ماله (٥) الذى يصرف فيه، ففي كونه موسرا، أو معسرا قولان (٦) أو جههما الأول، لبقاء الملك (٧) معه (٨).

و هل تعتق حصه الشريك بعق المالك حصته (٩)، (١) للمعتق.

(٢) مفعول به لقوله: (بأن يملك حاله العتق).

(٣) أى إلى الشريك.

(٤) بعد استثناء ما ذكر.

(٥) أى المال الذى يصرف فى العتق.

(٦) الأول: أنه لا يمنع الدين المذكور السرايه، لأنه موسر كما هو ظاهر الشرائع، لأنه مالك لما فى يده من المال المساوى لدينه، و هو نافذ التصرف فيه، حتى لو اشترى بما يملك من المال عبدا فأعتقه نفذ، فكذلك ينفذ عتقه فى مفروض مسألتنا و يقوم عليه نصيب الشريك.

الثانى: منع الدين المذكور للسرايه، لأنه معسر كما عن القواعد، لأنه فقير شرعا و تحلّ له الزكاه.

(٧) أى ملك ما يوجد عنده من المال الذى يصرفه فى العتق، و مع بقاء هذا الملك فهو موسر.

(٨) مع الدين.

(٩) اختلف فى وقت انعقاد حصه الشريك مع اجتماع شروط السرايه، فعلى المشهور أنه وقت أداء قيمه إليه، لأن للأداء مدخله فى الانعقاد، و لذا لا يعتق مع الإعسار، و لصحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (من كان شريكا فى عبد أو أمه قليل أو كثير فأعتق حصته و لم يبعه فليشتره من صاحبه فيعتقه كله، و إن لم يكن له سعه من المال نظر قيمته يوم أعتق ثم يسعى العبد فى حساب ما بقى حتى يعتق) (١).

و المراد بشرائه منه أداء قيمته نصيبه لعدم اعتبار الشراء الحقيقى بالاتفاق، و عن ابن إدريس أنه ينعق وقت صيغه العتق، لأن ذلك هو مقتضى السرايه، و هو مقتضى الأخبار الداله عليها كالنبوى (إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال فقد عتق

ص: ٣٤٣

أو بأداء قيمتها إليه (١)، أو بالعتق مراعى بالأداء أقوال. و فى الأخبار ما يدل على الأولين (٢)، و الأخير (٣) طريق الجمع (٤).

و تظهر الفائدة (٥) فيما لو اعتق الشريك حصته قبل الأداء (٦) فيصح (٧) على الثانى (٨)، كله (١)، و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن رجلا أعتق بعض غلامه فقال على عليه السّلام: هو حر كله ليس لله شريك) (٢)، و لنصوص الإفساد.

منها: خبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن المملوك يكون بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه قال: إن ذلك فساد على أصحابه فلا يستطيعون بيعه و لا مؤاجرته، قال: يقوم قيمه فيجعل على الذى أعتقه عقوبه، و إنما جعل ذلك لما أفسده) (٣)، و خبر سماعه (سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه فقال: هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمه، و يضمن الثمن الذى أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه) (٤)، و الإفساد و إنما يحصل بالعتق و عن الشيخ فى المبسوط من أن أداء قيمه كاشف عن العتق بالصيغه، و إليه مال الشارح فى المسالك جمعاً بين الأخبار، و قد توقف العلامة فى كثير من كتبه و ولده و الشهيد فى شرح الإرشاد مع أنه رجح فى الدروس اعتبار الأداء.

(١) أى بأداء قيمه الحصه إلى الشريك.

(٢) أى القولين الأولين.

(٣) أى القول الأخير.

(٤) أى الجمع بين الأخبار.

(٥) أى فائده الأقوال الثلاثة.

(٦) أى أداء قيمه الحصه إليه.

(٧) أى عتق الشريك لحصته.

(٨) أى على القول الثانى من أن سريان العتق إلى حصه الشريك متوقف على أداء قيمتها إليه، و وجه صحه العتق ظاهر، لمصادفه عتقه لملكه فينفذ.

ص: ٣٤٤

١- (١) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٧.

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

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٩.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٥.

دون الأول (١)، و في اعتبار (٢) القيمة فعلى الأول (٣) يوم العتق، و على الثاني (٤) يوم الأداء.

و الظاهر أن الثالث (٥) كالأول (٦).

و فيما (٧) لو مات قبل الأداء فيموت (٨) حرا على الأول (٩)، و يرثه (١) أى القول الأول من أن سريان العتق إلى حصه الشريك متوقف على صيغته العتق، و على هذا القول لا يصح عتق الشريك لخصته، لأنه لم يبق للشريك حصه في العبد، فلم يصادف عتقه للملك حتى ينفذ.

(٢) أى و تظهر الفائده في اعتبار قيمه حصه الشريك، لأن القيمة مترتبة على وقت العتق بالفعل، فإن كان وقته من حين الصيغته فالمعتبر في القيمة يوم الصيغته، و إن كان وقته حين الأداء فالمعتبر في القيمة يوم الأداء، و إن كان العتق من حين الصيغته مراعى بالأداء كما هو القول الثالث فالمعتبر في القيمة يوم الصيغته.

هذا ما أسسه الشهيدان في الدروس و المسالك بالنسبة لاعتبار القيمة، و عن الأكثر أن المعتبر في القيمة وقت العتق حتى على القول بأن السريان من حين أداء القيمة، لأن وقت العتق هو وقت الحيلولة بين المالك و ملكه بمنعه من التصرف فيه، و يدل عليه صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن قوم ورثوا عبدا جميعا فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذى أعتق نصيبه منه؟ هل يؤخذ منه ما بقى؟ فقال: نعم يؤخذ بما بقى منه بقيمته يوم العتق) (١)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام في حديث (و إن لم يكن له سعه من مال نظر قيمته يوم اعتق) ٢.

(٣) أى القول الأول من أن السريان من حين الصيغته.

(٤) أى القول الثاني من أن السريان وقت أداء القيمة.

(٥) أى القول الثالث.

(٦) كالأول بحيث يعتبر في القيمة يوم العتق.

(٧) أى و تظهر الفائده فيما لو مات العبد قبل أداء حصه الشريك.

(٨) أى العبد.

(٩) أى على القول الأول لحصول السريان من حين الصيغته، و يجب على المعتق قيمه حصه شريكه.

ص: ٣٤٥

وارثه (١)، دون الثاني (٢) و يعتبر الأداء (٣) فى ظهور حرّيته (٤) على الثالث (٥).

و فيما (٦) لو وجب عليه (٧) حد قبله (٨) فكالحر (٩) على الأول، و المبعّض (١٠) على الثانى، و فى الحكم (١١) على الثالث (١٢) نظر (١٣).

و فيما (١٤) لو أيسر (١٥) المباشر (١٦) بعد العتق و قبل الأداء، فعلى الأول (١٧) لا (١) أى وارث العبد الذى صار حرا.

(٢) أى دون القول الثانى من حصول السريان وقت أداء قيمه، فلا يموت حرا، لعدم تحقق السريان، لأنه قد مات قبل الأداء، و عليه فلا يجب على المعتق ضمان قيمه حصه شريكه، و فى هذا الفرض لا يرث إلا سيده الذى هو الشريك.

(٣) أى أداء قيمه.

(٤) أى حرّيه العبد الذى مات قبل الأداء كما هو المفروض.

(٥) أى على القول الثالث، و يكون القول الثالث كالقول الثانى فى هذا الفرض بالنسبه للأحكام.

(٦) أى و تظهر فائده الأقوال الثلاثة.

(٧) على العبد.

(٨) قبل أداء قيمه حصه الشريك.

(٩) أى حكمه حكم الحر، بل هو حر على القول الأول من أن السريان من حين الصيغه.

(١٠) أى حكمه حكم المبعّض، بل هو مبعّض على القول الثانى من أن السريان من حين الأداء.

(١١) أى الحكم على العبد الذى وجب عليه حد قبل الأداء، من أنه حر أو مبعّض.

(١٢) أى على القول الثالث من أن السريان من حين العتق مراعى بالأداء.

(١٣) فيحكم بأنه مبعّض نظرا إلى أنه قبل الأداء لا سريان للعتق لاشتراط مراعاة الأداء فى السريان على القول الثالث، و يحكم بأنه حر نظرا إلى أنّ الحرّيه على القول الثالث ثابتة من حين العتق واقعا و الأداء كاشف عن ذلك ظاهرا.

(١٤) أى و تظهر فائده الأقوال الثلاثة.

(١٥) بعد إيسار.

(١٦) و هو المعتق الذى أعتق نصيبه من العبد المشترك.

(١٧) أى على القول الأول من أن السريان من حين العتق، فضمن قيمه حصه الشريك على العبد، لأن المعتق معسرا وقت السريان وإن أيسر فيما بعد.

ص: ٣٤٦

يجب عليه (١) الفك، و على الثاني (٢) يجب (٣)، و فى الثالث (٤) نظر (٥)، و الحاقه (٦) بالأول مطلقا (٧) حسن (٨).

(و سعى العبد فى باقى قيمته (٩) (١) على المباشر المعتق.

(٢) أى على القول الثانى من أن السريان متوقف على الأداء.

(٣) أى يجب على المباشر للعق الفك، و هو الذى يضمن قيمه حصه شريكه، لأنه موسر حال السريان.

(٤) أى فى القول الثالث من أن السريان من حين العتق مراعى بالأداء.

(٥) من أن المباشر للعق موسرا حال الأداء الذى هو شرط فى السريان على القول الثالث، فقيمه حصه الشريك على المعتق حينئذ، لأنه موسر.

و من أن المباشر للعق معسرا حال العتق، و المدار فى السريان فى القول الثالث على وقت العتق، و مراعاة الأداء شرط كاشف ظاهرا عن وقوع السريان من حين العتق واقعا، و هو الذى استحسنته الشارح هنا.

(٦) أى إلحاق القول الثالث بالقول الأول.

(٧) فى جميع الفروض.

(٨) لأن السريان يتم وقت العتق على القول الثالث، و إن كان مراعاة الأداء شرط، إلا أنه شرط كاشف عن وقوع السريان من حين الصيغه، و عليه فلا فرق بين القول الثالث و الأول فى الثمرات المترتبة.

(٩) قد تقدم الكلام فى تضمين المعتق إذا كان موسرا، و أما إذا كان معسرا فيسعى العبد فى فك ما بقى منه، و لازمه تضمين العبد لحصه الشريك سواء قصد المعتق الإضرار بشريكه أم لا - كما عن المشهور، لإطلاق النبوى (١) و صحيح الحلبي (٢) المتقدمين، و عن الشيخ و القاضى بطلان العتق مع إعسار المعتق و قصده الإضرار، و مع عدم قصد الإضرار يسعى العبد فى فك رقبته، أما بطلان العتق مع الإعسار و قصد الإضرار لصحيح محمد بن مسلم المتقدم فى حديث (و إن أعتق الشريك مضارا و هو معسر فلا عتق له) ٣، و أما سعى العبد فى فك رقبته مع الإعسار و عدم قصد الإضرار فللجمع بين الأخبار، و قد تقدمت فى بحث إيسار المولى.

ص: ٣٤٧

١- (١) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٧.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٧ و ١٢.

بجميع سعيه (١)، لا بنصيب الحريه خاصه (٢) مع إعساره (٣) عنه (٤) أجمع، فإذا أدى (٥) عتق كالمكاتب المطلق (٦)، و لو أيسر (٧) بالبعض (٨) سرى عليه (٩) بقدره (١٠) على الأقوى (١١) و سعى العبد فى الباقي.

و لا فرق فى عتق الشريك (١٢) بين وقوعه (١٣) للاضرار بالشريك، و عدمه (١٤) (١) أى بجميع كسبه.

(٢) فلا يقسم كسبه على نصيب الرقيه و نصيب الحريه، و يسعى بمقدار ما يثبت من نصيب الحريه فقط، بل يسعى فى جميع كسبه لإطلاق النصوص، و قد تقدمت فى مبحث إيسار المولى، و لخبر محمد بن على (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوك بين أناس فأعتق بعضهم نصيبه، قال: يقوم قيمه ثم يستسعى فيما بقى، ليس للآخر أن يستخدمه و لا يأخذ منه الضريبه) (١) و هو صريح فى أن تمام كسبه مما يجوز صرفه فى فكاه، لا بخصوص جزئه الحر.

(٣) أى إعسار المعتق.

(٤) عن باقى قيمته، و هو قيمه حصه شريكه.

(٥) أى العبد.

(٦) بحيث يتحرر منه بمقدار ما يدفع، إلى أن يتحرر الجميع عند دفع تمام قيمه حصه الشريك.

(٧) أى المعتق.

(٨) أى ببعض قيمه حصه الشريك.

(٩) على المعتق.

(١٠) أى بقدر ما أيسر.

(١١) لعموم النبوى (إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم) (٢)، و قيل لا يسرى عليه إلا إذا كان مالكا لقدر قيمته نصيب حصه شريكه أجمع، و قد جعل أحد القولين كما فى المسالك.

(١٢) أى فى السريان إلى عتق حصه الشريك.

(١٣) وقوع العتق.

(١٤) أى عدم الإضرار كما عليه المشهور.

ص: ٣٤٨

٢- (٢) غوالي اللآلى الجزء الرابع من الطبعة الحديثه ص ٥٨.

مع تحقق القربه المشترطه (١)، خلافا للشيخ (٢) حيث شرط فى السرايه مع اليسار قصد الاضرار، و ابطال العتق بالإعسار معه (٣) و حكم (٤) بسعى العبد مطلقا (٥) مع قصد القربه (٦)، استنادا إلى أخبار، تأويلها بما يدفع المنافاه بينها و بين ما دل على المشهور طريق الجمع (٧).

(و لو عجز العبد) عن السعى، أو امتنع منه (٨) و لم يمكن اجباره (٩)، أو مطلقا (١٠) (١) أى المشترطه فى العتق، و قد عرفت اجتماع القربه مع الإضرار و فى هذا تعريض بابن إدريس حيث استشكل على الاجتماع و قد تقدم.

(٢) و للقاضى.

(٣) مع قصد الإضرار.

(٤) أى الشيخ.

(٥) إذا كان المعتق موسرا أو معسرا.

(٦) و هو لا يتم إلا على القول بالسرايه، و عليه فالشيخ و القاضى حاكمان بالسرايه مع قصد القربه مطلقا و التضمنين على العبد، و مع قصد الإضرار فإن كان المعتق موسرا فالسرايه و التضمنين على المولى، و إن كان معسرا فيبطل العتق.

(٧) و فيه أنه قد عرفت أن ما دل على المشهور مطلق و طريق الجمع بينه و بين الأخبار المفيده دال على ما ذهب إليه الشيخ و القاضى.

(٨) من السعى.

(٩) إجبار العبد على السعى.

(١٠) سواء أمكن إجباره أم لا، هذا و اعلم أنه لا يجب على العبد السعى لفك رقبته من حصه الشريك، و نسبه فى الدروس إلى ظاهر الأصحاب، و عن فخر المحققين الجزم بكونه قهريا، للأمر بالسعى فى الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث: (إن كان مضارا كلف أن يعتقه كله، و إلا استسعى العبد فى النصف الآخر) (١)، و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام فى حديث: (و إن لم يكن له سعه من مال نظر قيمته يوم أعتق، ثم يسعى العبد فى حساب ما بقى حتى يعتق) ٢، و خبر محمد بن على عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث: (يقوم قيمه ثم يستسعى فيما بقى، ليس للآخر أن يستخدمه و لا يأخذ منه

ص: ٣٤٩

فى ظاهر كلامهم (فالمهاياہ (١) بالهمز (فى كسبه (٢) بمعنى أنهما (٣) يقتسمان الزمان بحسب ما يتفقان عليه، و يكون كسبه فى كل وقت لمن ظهر له بالقسمه (و تتناول) المهاياہ (المعتاد من الكسب) كالاتطاب (و النادر (٤) كالاتقاط.

و ربما قيل: لا يتناول النادر، لأنها (٥) معاوضه فلو تناولته (٦) الضريبه(١).

و لكن لا بد من حمل نصوص السعى على التخيير جمعا بينها و بين نصوص المهاياہ الآتية.

(١)الهيئه صورہ الشىء و حالته الظاهره، و تهايا القوم إذ جعلوا لكل واحد منهم هيئه معلومه، و المراد منها هنا النوبه، هذا و لو وقعت المهاياہ بين العبد و الشريك الذى هو مالک لبعضه، على قسمه الزمان بحسب ما يتفقان عليه فما يكسبه فى الزمن المختص له فكسبه له، و ما يكسبه فى الزمن المختص للشريك فكسبه للشريك صح ذلك بلا خلاف فيه لصحيح محمد بن مسلم (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل ورث غلاما و له فيه شركاء فأعتق لوجه الله نصيبه فقال: إذا أعتق نصيبه مضاره و هو موسر ضمن للورثه، و إذا أعتق لوجه الله كان الغلام قد أعتق من حصه من أعتق و يستعملونه على قدر ما أعتق منه له و لهم، فإن كان نصفه عمل لهم يوما و له يوما(٢) الحديث، و مرسل حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل أعتق غلاما بينه و بين صاحبه، قال: قد أفسد على صاحبه، فإن كان له أعطى نصف المال، و إن لم يكن له مال عومل الغلام يوما للغلام و يوما للمولى يستخدمه، و كذلك إذا كانوا شركاء)٣.

(٢)أى كسب العبد.

(٣)أى العبد و الشريك.

(٤)إذا وقعت المهاياہ تناولت المعتاد و النادر بلا خلاف فيه لإطلاق الأدله المتقدمه، و حينئذ فكل ما يكسبه العبد فى نوبته يختص به نادرا أو غيره، و ما يكسبه فى نوبه المولى فهو للمولى نادرا أو غيره، خلافا لبعض العامه فجعل النادر مشتركا بينهما، لأنه مجهول، و فيه منع لأن المنفعه فى المده المعلومه مضبوطه بالزمن على وجه يرفع الجهاله، و خصوصيات الكسب غير مقصوده و إلا لو اعتبرت لزم الجهل مطلقا.

(٥)أى المهاياہ.

(٦)أى تناولت النادر.

ص: ٣٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ١٠.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ١٢ و ١١.

لجهلت (١)، و المذهب خلافه، و الأدله عامه، و النفقه و الفطره عليهما (٢) بالنسبه (٣).

و لو ملك (٤) بجزئه الحر مالا كالارث (٥) و الوصيه لم يشاركه المولى فيه (٦) و إن اتفق (٧) فى نوبته (٨).

و لو امتنعا (٩)، أو أحدهما من المهايأه لم يجبر الممتنع (١٠)، و كان على المولى (١١) نصف أجره عمله (١٢) الذى يأمره (١٣) به (١٤)، و على المبعوض (١٥) نصف أجره ما يغصبه من المده و يفوته اختيارا.

و لو اختلفا فى قيمه (١٦) (١) أى المهايأه بسبب مجهوليه النادر حيث إنه مجهول الوجود و القدر.

(٢) على العبد و الشريك.

(٣) بنسبه ما أعتق من العبد و ما يملك الشريك، و هذا من جمله أحكام المبعوض.

(٤) أى العبد الذى تحرر بعضه.

(٥) فلو كان نصفه حرا و قد مات أبوه فنصف المال له بنسبه حريره و الباقي للطبقه الثانيه من الورثه و هكذا.

(٦) فى ما ملكه بجزئه الحر.

(٧) أى اتفق ملكه بجزئه الحر.

(٨) أى نوبه المولى.

(٩) أى العبد و الشريك.

(١٠) لعدم وجوب المهايأه كعدم وجوب السعى جمعا بين الأخبار على ما تقدم.

(١١) يعطيه للمبعوض.

(١٢) عمل العبد المبعوض.

(١٣) ضمير الفاعل راجع للمولى، و ضمير المفعول راجع للعبد المبعوض.

(١٤) بالعمل.

(١٥) يعطيه للمولى.

(١٦) أى فى صورته ضمان المعتق قيمه نصيب شريكه لو اختلف المعتق و شريكه فى قيمه العبد، و لا طريق لمعرفة لموت العبد و نحوه، فقال المعتق: قيمته مائه، فقال الشريك:

بل مائتان، فالقول قول المعتق مع يمينه، لأنه منكر للزيادة، ولأصله براءة ذمته من الزائد كما هو قول صاحب الجواهر و المحقق
و استحسنة الشارح في المسالك.

و قيل: القول قول الشريك مع يمينه، لأنه ينزع نصيبه من يده، و لا ينزع من يده إلا بما

ص: ٣٥١

(حلف الشريك، لأنه (١) ينتزع من يده (٢) فلا ينتزع إلا بما يقوله، لأصالة عدم استحقاق ملكه إلا بعوض يختاره، كما يحلف المشتري لو نازعه الشفيع فيها (٣)، للعله (٤)).

وقيل: يحلف المعتق، لأنه (٥) غارم (٦). وربما بنى (٧) الخلاف (٨) على عتقه (٩) بالأداء، أو الاعتاق فعلى الأول (١٠) الأولى (١١)، وعلى الثاني (١٢) الثاني (١٣)، وعليه المصنف فى الدروس، لكن قدّم (١٤) يرضيه، وهو قول فى المسأله وهو مختار الماتن فى اللمع. هذا وقد جعل الشهيد فى الدروس مبنى القولين على الخلاف السابق من أن السريان من حين صيغه العتق أو من حين أداء قيمه، فعلى الأول فيقدم قول المعتق لأنه غارم، وعلى الثانى يقدم قول الشريك لأن ملكه باق فلا ينتزع منه إلا بما يرضيه.

هذا و الحق أنه لا داعى لجعل النزاع هنا مبنيًا على النزاع المتقدم، بل لا بد من تقديم قول المعتق لأنه منكر سواء قلنا بأن السرايه من حين العتق أو من حين الأداء، ولذا المحقق فى الشرائع قدم قول المعتق لأنه منكر مع أنه حاكم بأن السرايه من حين حين الأداء، وعلى قول الشهيد فى الدروس يجب على المحقق أن يقدم قول الشريك.

(١) لأن العبد.

(٢) أى يد الشريك.

(٣) فى قيمه، كما لو باع أحد الشريكين حصته المشاعه و أراد الشريك الآخر أخذ المبتاع من المشتري بالشفعه، فقال المشتري: إن قيمته مائه، فقال الشفيع: خمسون، فيقدم قول المشتري مع يمينه، لأصالة عدم استحقاق ملكه إلا بعوض يختاره، لأنه ينزع من يده فلا بد من نزع بما يقوله.

(٤) أى لأصالة عدم استحقاق ملكه إلا بعوض يختاره.

(٥) أى المعتق.

(٦) أى دافع للقيمه و قد اعترف بما يقوله، و الزائد عنه منكر له فيقدم قوله لأنه منكر.

(٧) كما فى الدروس.

(٨) أى الخلاف فى تقديم قول أحدهما عند اختلافهما فى قيمه.

(٩) متعلق بقوله (بنى) و المراد على سريان عتق العبد إلى حصه الشريك.

(١٠) من أن السريان بالأداء.

(١١) أى تقديم قول الشريك، لأن العبد ما زال على ملكه، فلا ينزع منه إلا برضاه.

(١٢) من أن السريان من حين عتق الشريك الأول.

(١٣) أى تقديم قول المعتق، لأنه منكر للزيادة.

(١٤) أى المصنف فى الدروس.

ص: ٣٥٢

على الحلف (١) عرضه (٢) على المقومين مع الإمكان (٣).

و الأقوى تقديم قول المعتق، للأصل (٤)، و لأنه (٥) متلف (٦) فلا يقصر عن الغاصب المتلف (٧).

فى ما يحصل العتق به غير العتق

و قد يحصل العتق بالعمى (٨) أى عمى المملوك بحيث لا يبصر أصلا لقول (١) أى حلف أحدهما.

(٢) أى عرض العبد.

(٣) كما لو كان العبد حيا، أو قريب العهد من الموت، و هذا يخالف ما عليه المصنف هنا من الجزم بالحلف ابتداء.

(٤) أى أصاله براءه ذمته من الزائد فيكون منكرا للزيادة فيقدم قوله لأنه منكر.

(٥) أى المعتق.

(٦) بمعنى أنه أفسد على شريكه ملكه للعبد و لذا يضمن قيمه حصه شريكه.

(٧) فقول الغاصب مقدم لو اختلف مع المالك فى قيمه المغصوب بعد تلفه فكذا فى المعتق المتلف، لأن التلف متحقق فى كليهما.

(٨) شروع فى زوال الرق بالعوارض، و هى أمور، منها العمى و الجذام و الإقعاد، بلا خلاف فيها، للأخبار.

منها: صحيح حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا عمى المملوك فقد عتق) (١)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا عمى المملوك فلا رق عليه، و العبد إذا جذم فلا رق عليه) ٢، و خبر أبى البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا يجوز فى العتاق الأعمى و المقعد) ٣، و فى المختلف عن الإسكافى ابن الجنيد أنه قال: (و فى حديث أهل البيت أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: إذا عمى المملوك أو جذم فلا رق عليه، و عن أمير المؤمنين عليه السلام: إذا أصابه زمانه فى جوارحه و بدنه، و من نكل بمملوكه فهو حر لا سبيل عليه سائبه) (٢) و هو نص فى الإقعاد و الزمانه.

و هذا لا يقصر عن الخبر المرسل المنجبر بعمل الأصحاب، و معه تعرف ضعف ما قاله الشارح فى المسالك: (و أما الإقعاد فلم نقف له على شاهد، و المصنف فى النافع نسبه إلى الأصحاب مؤذنا بعدم وقوفه على دليله، و لكن لا يظهر فيه مخالف، حتى ابن إدريس

ص: ٣٥٣

الصادق عليه السّلام فى حسنه (١) حماد: «إذا عمى المملوك فقد أعتق» و روى السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: «إذا عمى المملوك فلا- رق عليه، و العبد إذا جدم فلا- رق عليه»، و فى معناهما أخبار كثيره (و الجذام (٢) و كأنه إجماع و من ثمّ (٣) لم ينكره ابن إدريس، و إلا فالمستند ضعيف (٤)، و ألحق به (٥) ابن حمزه البرص و لم يثبت (و الاقعاد) ذكره الأصحاب و لم نقف على مستنده (٦)، و فى النافع نسبه إلى الأصحاب مشعرا بتمريره، إن لم تكن (٧) إشاره إلى أنه (٨) إجماع، و كونه (٩) المستند.

(و إسلام المملوك فى دار الحرب سابقا على مولاه (١٠) خارجا (١١) منها (١٢) قبله (١٣) وافق عليه بشبهه أنه إجماع، و فى الحقيقه الحكمه فى اعتناق المملوك بهذه العوارض غير متحققه، لأن عجزه عن الاكتساب يناسبه استصحاب الرق لتجب نفقته على المولى، فليقتصر منه على محل الوفاق أو النص الصالح لإثبات الحكم) انتهى.

و عن ابن حمزه إلحاق البرص بالجذام، و لا دليل له كما اعترف بذلك الشارح فى المسالك و صاحب الجواهر.

(١) بل هى صحيحه لاشتمالها على إبراهيم بن هاشم الذى كان من شيوخ الإجازة، و هذا يغنى عن توثيقه.

(٢) عطف على العمى.

(٣) و من كون الحكم إجماعيا.

(٤) إذ الدال على حكم الجذام هو خبر السكونى، و هو عامى.

(٥) بالجذام.

(٦) و قد عرفت أن مستنده مرسل ابن الجنيّد كما هو المحكى عنه فى المختلف.

(٧) هذه النسبه.

(٨) أى حكم الإقعاد.

(٩) و كون الإجماع هو المستند فى الحكم المذكور.

(١٠) على إسلام مولاه.

(١١) حال للمملوك.

(١٢) من دار الحرب إلى دار الإسلام.

(١٣) قبل خروج مولاه.

على أصح القولين (١) للخبر، ولأن إسلام المملوك لا ينافي ملك الكافر له (٢)، غايته أنه يجبر على بيعه، وإنما يملك (٣) نفسه بالقهر لسيدته (٤)، ولا يتحقق (٥) ثم إلا بالخروج إلينا قبله (٦)، ولو أسلم العبد بعده (٧) لم يعتق وإن خرج إلينا قبله (٨)، ومتى ملك نفسه (٩) أمكن بعد ذلك (١٠) أن يسترق مولاه إذا قهره (١١) فتنعكس المولويه (و دفع (١٢) قيمه) المملوك (الوارث (١٣) إلى سيده ليعتق و يرث.

و يظهر من عبارته (١٤) (١) قيد لخروج المملوك من دار الحرب قبل خروج مولاه، وهذا ما ذهب إليه المشهور للخبر (أيما عبد خرج إلينا قبل مولاه فهو حر، و أيما عبد خرج إلينا بعد مولاه فهو عبد) (١)، و عن الشيخ في المبسوط و المحقق عدم اشتراط خروجه قبل خروج مولاه، و به صرح ابن إدريس لحصول الإسلام للمملوك قبل مولاه، و إسلامه مانع من ملك الكافر له، و هو ممنوع، لأن الإسلام لا يمنع إلا دوام الملك و لذا يجبر الكافر المالك على البيع و لا يمنع أصله.

(٢) للمملوك المسلم.

(٣) أي العبد المسلم.

(٤) أي قهرا عن سيده.

(٥) أي ملك العبد لنفسه قهرا.

(٦) قبل خروج السيد.

(٧) بعد إسلام مولاه.

(٨) قبل خروج مولاه، لأن الأصل عدم انعقاده إلا ما دل الدليل عليه، و قد دل على قبليه إسلام العبد و الخروج فيقتصر عليه، لأنه القدر المتيقن المخالف للأصل.

(٩) أي متى ملك العبد نفسه بالشرطين السابقين من إسلامه قبل إسلام مولاه و من خروجه إلينا قبل خروج مولاه.

(١٠) بعد ملكه لنفسه.

(١١) أي إذا غلبه في الحرب الناشبه بين المسلمين و الكفار.

(١٢) عطف على العمى و الجذام و الإقعاد و إسلام المملوك.

(١٣) فيما لو مات مورثه و لا وارث له إلا هذا المملوك، فتدفع من التركة قيمته لسيدته حتى يعتقه و يرث، و سيأتي البحث فيه في كتاب الإرث.

(١٤) أي عبارته الماتن.

١- (١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

انعتاقه (١) بمجرد دفع قيمه، حيث جعله (٢) سبب العتق، و كذا يظهر منها (٣) الاكتفاء فى عتقه بدفع قيمه من غير عقد (٤) و سيأتى فى الميراث أنه يشتري و يعتق، و يمكن أن يريد كون دفع قيمه من جمله أسباب العتق و إن توقف (٥) على أمر آخر (٦)، كسببه التدبير (٧)، و الكتابه (٨)، و الاستيلاء (٩).

و تنكىل المولى بعبده (١٠) فى المشهور. و به (١١) روايتان: إحداهما مرسله (١٢)، و فى سند الأخرى جهاله (١٣). و من ثم أنكره (١٤) ابن إدريس.

(١) انعتاق المملوك الوارث.

(٢) أى حيث جعل دفع قيمه.

(٣) من عباره الماتن.

(٤) من البيع و الشراء.

(٥) أى العتق.

(٦) من شراء و إجراء صيغه العتق.

(٧) فإن صيغه التدبير من جمله أسباب العتق لتوقف العتق على موت المولى أيضا.

(٨) فصيغه الكتابه من جمله أسباب العتق، لتوقفها على أداء المال أيضا.

(٩) فهو من جمله أسباب العتق لتوقف العتق على موت المولى أيضا.

(١٠) تنكىل المولى بعبده من أسباب العتق على المشهور للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السّلام (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فيمن نكّل بمملوكه أنه حر، لا سبيل له عليه، سائبه يذهب فيتولى إلى من أحب، فإذا ضمن حدثه فهو يرثه) (١) و مرسل جعفر بن محبوب عن أبى عبد الله عليه السّلام (كل عبد مثّل به فهو حر) ٢، و مرسل الصدوق: (و روى فى امرأه قطعت يدي وليدتها أنها حره لا سبيل لمولاتها عليها) ٣. و مع ذلك فقد خالف ابن إدريس اعتمادا على أصله من عدم العمل بخبر الواحد، و قد ثبت ضعفه فى محله.

(١١) أى بتنكىل المولى بعبده.

(١٢) و هى مرسله جعفر بن محبوب.

(١٣) و هى خبر أبى بصير فهو مشترك بين الثقة و الضعيف، و مع ذلك فقد وصفها فى المختلف بالصحة و تبعه على ذلك صاحب الجواهر.

(١٤) أى أنكر التنكيل.

ص: ٣٥٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٢ - من كتاب العتق حديث ٢ و ١ و ٣.

و أصل التنكيل: فعل الأمر الفطيع بالغير، يقال: نكّل به تنكيلا إذا جعله نكالا و عبره لغيره مثل أن يقطع أنفه، أو لسانه، أو أذنيه، أو شفتيه، و ليس فى كلام الأصحاب هنا (١) شىء محرّر، بل اقتصروا على مجرد اللفظ فيرجع فيه إلى العرف فما يعدّ تنكيلا عرفا يترتب عليه حكمه (٢) و الأمه فى ذلك (٣) كالعبد.

و مورد الروايه (٤) المملوك، فلو عبّر به (٥) المصنف كان أولى.

(و) قد يحصل العتق (بالمملك) فيما إذا ملك الذكر أحد العمودين (٦) أو إحدى المحرمات (٧) نسبا، أو رضاعا، و المرأه أحد العمودين (و قد سبق) تحقيقه فى كتاب البيع.

مسائل

إشاره

(و يلحق بذلك مسائل)

فى ما لو قيل لمن أعتق بعض عبده أعتقتهم؟

(لو قيل لمن أعتق بعض عبده: أ أعتقتهم؟) أى عبيدك بصيغه العموم من غير تخصيص بمن أعتقه (فقال: نعم. لم يعتق سوى من أعتقه (٨)، (١) فى معنى التنكيل.

(٢) و هو الاعتاق.

(٣) فى التنكيل.

(٤) و هى فى خبر أبى بصير المتقدم.

(٥) أى لو عبّر المصنف بالمملوك ليشمل الأمه و العبد لكان أولى.

(٦) من الآباء أو الأبناء.

(٧) كالأخت و العمه و الخاله.

(٨) الأصل فى هذه المسأله خير زرعه عن سماعه (قال: سألته عن رجل قال لثلاث ممالك له: أنتم أحرار و كان له أربعة، فقال له رجل من الناس: أعتقت ممالكك؟ قال: نعم، أ يجب العتق لأربعة حين أجملهم أو هو للثلاثه الذين أعتق؟ فقال: إنما يجب العتق لمن اعتق) (١).

فالخبر ظاهر فى انصراف جوابه إلى من باشر عتقهم خاصه، و بهذا أفتى الشيخ و جماعه، بل هو الموافق لنفس الأمر، لأن جوابه إقرار بالعتق، و الإقرار بالعتق ليس من الأسباب الموجبه لإنشاء العتق فى الحال، و إنما هو إخبار عما سبق، و عليه فلا ينعق منهم

١- (١) الوسائل الباب - ٥٨ - من كتاب العتق حديث ١.

لأن هذه الصيغة (١) لا تكفى فى العتق، وإنما حكم بعثت من أعتقه بالصيغة السابقة (٢).

هذا بحسب نفس الأمر (٣)، أما فى الظاهر (٤) فإن قوله: نعم عقيب الاستفهام عن عتق عبيده - الذى (٥) هو جمع مضاف مفيد للعموم عند المحققين - يفيد (٦) الإقرار بعثت جميع عبيده من أوقع عليه منهم (٧) صيغته (٨)، و غيره (٩) عملاً - بظاهر إقرار المسلم، فإن الإقرار (١٠) وإن كان إخباراً عما سبق لا يصدق (١١) إلا من كان قد أعتقهم سابقاً.

نعم اشترط العلامة فى القواعد أن يكون من أعتقهم سابقاً بحدّ الجمع، لأنه سئل عن عتق عبيده، و لفظ العبيد جمع مضاف يفيد العموم، فلا بد أن يكون المعتق جمعاً حتى يطابق اللفظ، و عليه فلا يسمع منه لو قال بعد ذلك: إنما أقررت بعثت الواحد أو الاثنين، لأنه تأويل لا يطابقه اللفظ.

و الشارح فى المسالك استشكل فى أصل الحكم، لأنه جوابه إقرار منه بالعتق الوارد فى السؤال، و الوارد فى السؤال عتق العبيد و هو جمع مضاف يفيد العموم فيكون إقراراً بعثت جميع عبيده لا خصوص من أعتقهم سابقاً.

و هو إشكال مردود، لأن الجواب إقرار منه بمن أعتقه سابقاً، و ليس إقراراً بعثت الجميع كما هو مقتضى الجمع المضاف الوارد فى السؤال، و لو كان الجواب إقراراً بمضمون السؤال، إلا أن مضمون السؤال محمول على من أعتقه سابقاً للانصراف.

(١) أى لفظ (نعم) الواقع فى جواب السؤال.

(٢) أى بصيغته العتق السابقه على السؤال و الجواب.

(٣) أى الواقع.

(٤) أى فى دلالة اللفظ.

(٥) أى الاستفهام عن عتق عبيده، و المراد به خصوص لفظ (العبيد) الوارد فى السؤال.

(٦) خبر لقوله (فإن قوله نعم).

(٧) من عبيده.

(٨) صيغته العتق.

(٩) و غير من أوقع عليه صيغته العتق.

(١٠) جواب عن سؤال مقدر، و السؤال هو: إن قوله نعم إقرار و لكنه إقرار بمضمون السؤال المحمول بل يكون إقراراً بما صدر منه.

(١١) صفه للإخبار.

مع مطابقته لأمر واقع فى الخارج سابق (١) عليه (٢)، إلا أنه (٣) لا- يشترط العلم بوقوع (٤) السبب الخارجى، بل يكفى إمكانه (٥)، و هو (٦) هنا حاصل، فيلزم الحكم عليه (٧) ظاهرا (٨) بعق الجميع (٩) لكل (١٠) من لم يعلم بفساد ذلك (١١).

و لكن الأصحاب اطلقوا القول بأنه لا- يعتق إلا- من أعتقه من غير فرق بين الظاهر (١٢)، و نفس الأمر (١٣) تبعا للرواية. و هى ضعيفه (١٤) مقطوعه (١٥)، و فيها (١٦) ما ذكر (١٧).

(١)صفه للأمر الواقع فى الخارج.

(٢)على الإقرار.

(٣)أن الشأن الواقع.

(٤)أى لا يشترط العلم بوقوع السبب الخارجى فى صحه الإقرار.

(٥)أى إمكان السبب الخارجى السابق على الإقرار.

(٦)أى إمكان السبب الخارجى.

(٧)على المجيب.

(٨)بحسب دلالة لفظ الإقرار الصادر منه.

(٩)جميع عبيده، لا خصوص من أعتقهم.

(١٠)متعلق بقوله: (فيلزم الحكم)، و المراد فكل شخص لم يعلم بفساد عتق الجميع عليه أن يحكم على المجيب بمقتضى إقراره أنه أعتق جميع عبيده.

(١١)أى عتق الجميع.

(١٢)بين دلالة لفظ الإقرار الصادر منه.

(١٣)أى الواقع.

(١٤)ضعيفه بسماعه لأنه واقفى.

(١٥)لأنه لم يذكر فيها المسئول، فلم يعلم أنه المعصوم أو لا.

(١٦)أى فى الرواية.

(١٧) أى ما ذكر من الإشكال الحاصل من الجمع المفيد للعموم بحسب ظاهر إقراره و هذا ما يفيد عتق الجميع لا- عتق من أعتقهم، نعم هذا الإشكال مبنى على الظاهر، و إلا- ففى نفس الواقع يحمل على خصوص من أعتقهم، لأن العتق بحاجة إلى صيغته، و الصيغه قد وردت عليهم لا على الجميع و فيه أنه لا معنى للتفريق بين الظاهر و نفس الأمر، بل يحمل الظاهر على نفس الأمر لأنه قرينه حاله، و لذا قلنا إن إقراره منصرف إلى خصوص من أعتقهم، و عليه فلا فرق بين الظاهر و نفس الأمر هنا.

و يقوى الاشكال (١) لو كان من أعتقه سابقا لا يبلغ الجمع (٢) فإن اقراره ينافيه (٣)، من حيث الجمع (٤) و العموم (٥)، بل هو (٦) فى الحقيقه جمع كثره لا- يطلق حقيقه إلا- على ما فوق العشره فكيف يحمل على الواحد بحسب مدلول اللفظ لو لم يكن اعتق غيره فى نفس الأمر.

نعم هذا (٧) يتم بحسب ما يعرفه المعتق و يدين به (٨)، لا- بحسب اقراره (٩)، لكن الأمر فى جمع الكثره سهل، لأن العرف لا يفرق بينه، و بين جمع القله (١٠)، و هو (١١) المحكم فى هذا الباب (١٢).

و اشترط بعضهم (١٣) فى المحكوم بعتقه ظاهرا (١٤) الكثره (١٥)، نظرا إلى مدلول لفظ الجمع (١٦)، فيلزم عتق ما يصدق عليه الجمع حقيقه (١٧)، و يكون (١٨) (١) أى الإشكال على الروايه و إطلاق الأصحاب.

(٢) كما لو كان واحدا أو اثنين.

(٣) أى ينافى الحكم بعتق من أعتقهم فقط.

(٤) فالإقرار بلفظ الجمع و من أعتقهم دونه.

(٥) فالإقرار يفيد العموم الاستغراقى القاضى بعتق الجميع، و من أعتقهم و لو كان جمعا فهو ليس بمستغرق لجميع عبيده.

(٦) أى إقراره، و المراد به لفظ العبيد الوارد فى السؤال الذى اعترف به.

(٧) أى الحكم بعتق من أعتقهم كما هو مورد الروايه و إطلاق الأصحاب.

(٨) أى بحسب الواقع.

(٩) أى لفظ إقراره الدال على جميع عبيده.

(١٠) الذى يطلق على ما دون العشره.

(١١) أى العرف.

(١٢) أى باب مداليل اللفظ.

(١٣) و هو العلامه فى القواعد.

(١٤) و هو من أعتقهم سابقا.

(١٥) أى ما يصدق عليه الكثره و هو ثلاثه فما فوق.

(١٦) و هو لفظ العيد الوارد فى السؤال.

(١٧) و أقله ثلاثة.

(١٨) أى الجمع المحكوم بعنقه.

ص: ٣٦٠

فى غير من أعتقه (١) كالمشبهه (٢)، و اعتذر لهم (٣) عما ذكرناه (٤) بأنه (٥) إذا أعتق ثلاثه من مماليكه يصدق عليه (٦) هؤلاء مماليكى حقيقه (٧) فإذا قيل له: أ أعتقت مماليكك؟ فقال: نعم. و هى (٨) تقتضى إعاده السؤال، و تقريره (٩) فيكون (١٠) اقرارا بعتق المماليك الذين انعتقوا دون غيرهم، لأصالة (١١) البراءه، و الاقرار إنما يحمل على المتيقن (١٢) لا على ما فيه احتمال (١٣).

و مما قرناه (١٤) يعلم فساد الاعتذار، للفرق بين قوله: اعتقت مماليكى (١٥) المقتضى للعموم (١٦)، و بين قوله لثلاثه: هؤلاء مماليكى، لأنه (١٧) (١) أى من أعتقه سابقا إذا كان أقل من ثلاثه.

(٢) و المعنى لو أعتق سابقا اثنين و قد أجاب بنعم بعد ما سئل بلفظ عتق عبيده، فيلزم عتق ثلاثه التزاما بمدلول لفظ الإقرار، فيعتق الاثنان من عبيده اللذين أعتقهما سابقا، و الثالث يعتق من بقيه عبيده و يعين كما يعين المشتبه الذى أعتق واقعا و لم يعلم شخصه، و تعيينه بالقرعه أو اختيار المعتق.

(٣) أى للأصحاب حيث حكموا بعتق من أعتقه سابقا مع أنه قد أقر بعتق جميع عبيده، و المعتذر هو فخر المحققين فى كتابه إيضاح الفوائد الذى هو شرح لكتاب القواعد لأبيه العلامة.

(٤) من ظهور الإقرار فى عتق الجميع فكيف يحمل على عتق من أعتقهم سابقا.

(٥) بأن المعتق.

(٦) أى على المعتق أن يقول: هؤلاء مماليكى، لأنه جمع منطبق على ثلاثه فالصدق حقيقى.

(٧) قيد للصدق.

(٨) أى كلمه (نعم).

(٩) أى الإقرار به.

(١٠) أى الجواب ب (نعم).

(١١) تعليل لحمل الإقرار على عتق المماليك الذين أعتقهم لأصالة البراءه من عتق غيرهم.

(١٢) و المتيقن هو عتق من أعتقهم.

(١٣) و الذى فيه احتمال العتق هو غير من أعتقهم.

(١٤) من إفاده السؤال للعموم القاضى بعتق الجميع بحسب دلالة اللفظ.

(١٥) و هو قد أقرّ به عند قوله (نعم).

(١٦) أى العموم الاستغراقى القاضى بعق الجميع.

(١٧) أى لأن قوله للثلاثة: هؤلاء ممالكى.

ص: ٣٦١

حينئذ (١) يفيد عموم المذكور (٢)، دون غيره (٣)، بخلاف المطلق (٤) فإنه (٥) يفيد (٦) في جميع من يملكه بطريق الحقيقة.

و هذا الاحتمال (٧) فيه (٨) من جهة مدلول اللفظ (٩)، فكيف يتخصص (١٠) بما لا دليل عليه ظاهرا (١١).

نعم لو كان الاقرار في محل الاضطرار كما لو مر بعاشر (١٢) فأخبر بعقدهم (١٣) ليسلم منه (١٤) اتجه القول بأنه لا يعتق إلا ما أعتقه عملا بقرينه الحال (١٥) في الاقرار. و به (١٦) وردت الرواية (١٧).

(١) أى حين تقيدهم بلفظ هؤلاء.

(٢) أى العموم المشار إليه بلفظ هؤلاء.

(٣) أى دون غير المشار إليه.

(٤) أى بخلاف العموم غير المقيد، فإنه يفيد العموم استغراقى القاضى بعق الجميع.

(٥) أى العموم المطلق غير المقيد بلفظ الإشارة.

(٦) أى يفيد العموم.

(٧) أى العموم الاستغراقى.

(٨) فى قول المعتق نعم إذا سئل عن عتق ممالئكه.

(٩) لأنه جمع مضاف يفيد العموم الاستغراقى.

(١٠) فيحمل على خصوص من أعتقهم سابقا.

(١١) و فيه أن المخصص هو انصراف السؤال إلى ما صدر منه من العتق.

(١٢) و هو من يأخذ العشور.

(١٣) أى بعق ممالئكه.

(١٤) من العاشر.

(١٥) و هى الاضطرار.

(١٦) أى بالعمل بقرينه الحال القاضيه بعق من أعتقه فقط، لا- عتق الجميع، و عليه فكذا فى موردنا فقرينه الحال هى القاضيه بانصراف السؤال إلى عتق من أعتقهم فقط، و العجب من الشارح كيف فُرق بينهما مع أنهما من واد واحد، بلا فرق بين عدم

الحكم بظاهر إقراره لوجود القرينه أو عدم حصول التحرير بلفظ الإقرار لوجود القرينه كما هو مورد الروايه الآتيه.

(١٧) و هي خبر الوليد بن هشام قال: (قدمت من مصر و معي رقيق فمررت بالعاشر فسألني فقلت: هم أحرار كلهم فقدمت المدينة، فدخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي

ص: ٣٦٢

(و لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين) أى ولدين فى بطن واحد.

واحدهما: توأم على فوعل (عتقا (١) معا إن ولدتهما دفعه واحده، لأن ما (٢) من صيغ العموم فيشملهما، و لو ولدتهما متعاقبين عتق الأول خاصه. و الشيخ لم يقيد (٣) بالدفعه تبعاً للروايه، و تبعه جماعه منهم المصنف هنا، و حملت (٤) على إرادته أول حمل (٥).

هذا إن ولدته (٦) حيا، و إلا (٧) عتق الثانى (٨)، لأن الميت لا يصلح للعتق و نذره صحيحا (٩) يدل على حياته التزاما.

للعاشر، فقال: ليس عليك شىء (١٠).

(١) لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين دفعه، كانا معا معتقين، بلا خلاف فيه لعموم لفظ (ما)، و لخبر الدعائم عن أبى عبد الله عليه السلام (من أعتق حملا لمملوكه له، أو قال لها: ما ولدت أو أول ولد تلدينه فهو حر فذلك جائز، فإن ولدت توأمين عتقا جميعا) (٢) و الخبر مطلق يشمل صورتى ولادتهما معا و متعاقبا، و كذا أطلق الحكم كل من الشيخ و القاضى و جماعه بل الأ-كثر على ما قيل، و العرف قاض على مجموع التوأمين أنهما أول ما ولدته و لو ولدتهما على التعاقب، نعم اللغه حاكمه بأن المولود الأول عند ولادتهما على التعاقب هو أول ما ولدته، إلا أن العرف هو المقدم فى باب مداليل اللفظ غير أن الشارح و جماعه قالوا إنه حسن لو صلحت الروايه لإثبات الحكم، مع أنها ضعيفه السند جدا، و لا بدّ من تحكيم العرف إلا أن المنذور هو أول مولود لا أول بطن، و عليه فيعتق الأول منهما لو ولدتهما متعاقبين، و يعتقا لو ولدتهما مجتمعين.

(٢) الوارده فى قوله (أول ما تلده).

(٣) أى لم يقيد الحكم بعتقهما معا.

(٤) أى الروايه.

(٥) بخلاف ما نحن فيه من نذر أول مولود، و لا يخفى الفرق بينهما.

(٦) أى الأول.

(٧) أى و إن لم تلد الأول حيا.

(٨) على احتمال كما فى الجواهر، لأن الظاهر تعلق النذر بأول حى تلده.

(٩) أى و صحه النذر تدل على أن المنذور لا بدّ أن يكون حيا.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦٠ - من كتاب العتق حديث ١.
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٧ - من كتاب العتق حديث ٢.

وقيل (١): يبطل (٢) لفوات متعلقه (٣)، و لو ولدته (٤) حرا (٥)، أو مستحقا للعتق (٦) لعارض فوجهان (٧).

(و كذا (٨) لو نذر عتق أول ما يملكه فملكه جماعه) دفعه واحده بأن (٩) قبل (١٠) شرائهم، أو تملكهم فى عقد واحد (١١)، أو ورثهم من واحد (عتقوا) اجمع، لما ذكرناه من العموم (١٢).

فى ما لو قال: أول مملوك أملكه

(و لو قال: أول مملوك (١٣) (١) على احتمال كما فى الجواهر.

(٢) يبطل النذر.

(٣) أى متعلق النذر، حيث متعلقه فى المولود الأول، و هو ميت لا يصلح للعتق فلا بد من بطلان النذر حينئذ.

(٤) أى الأول.

(٥) كأن ولدته من المولى أو غيره من الأحرار، و لم تشترط رقيه الولد.

(٦) كأن تلده أعمى أو مقعدا أو فيه جذام.

(٧) من أنه لا يصلح للعتق فلا بد من عتق الثانى، و من تعلق النذر به و هو غير صالح للعتق فلا بد من بطلان النذر حينئذ.

(٨) و الحكم فى الفرع السابق من عتق أول ما تلده و لو كان دفعه يأتى فى هذا الفرع، و السبب أن لفظ (ما) عامه و هى وارده فى الفرعين، فتشمل المتعدد إذا ملكهم دفعه كما تشمل المتعدد إذا ولدتهم دفعه.

(٩) تفسير لملكهم دفعه.

(١٠) كما لو اشتراهم له فضولى بعقود متعدده، فأجاز الجميع دفعه، و قلنا أن الإجازة ناقله لا كاشفه، فيتحقق ملكه لهم من حين الإجازة.

(١١) من شراء أو هبه.

(١٢) أى عموم لفظ (ما) الوارد فى صيغه النذر.

(١٣) الفرق بينه و بين ما تقدم، أن المملوك هنا نكره فى سياق الإثبات فلا يفيد العموم، بخلاف لفظ (ما) فإنه عام هذا من جهه و من جهه ثانیه لا إشكال فى صحه النذر و لو كان المنذور مبهما لعموم أدله النذر، و لخصوص ما ستسمعه من النصوص فى هذا المقام، و من جهه ثالثه لو اتفق أن تملك واحدا أعتق من غير أن ينتظر لملك آخر بعده للصدق العرفى على أنه أول مملوك، و قد يحتمل أنه لا يعتق إلا إذا ملك غيره حتى

(أملكه فملكك جماعه (١) عتق أحدهم بالقرعه) لأن مملوكا نكره واقعه في الإثبات فلا يعم (٢)، بل يصدق بواحد فلا يتناول غيره، لأصالة البراءة، (و كذا (٣) لو قال:

أول مولود (٤) تلده) فلا فرق حينئذ (٥) بين نذر ما تلده و يملكه فيهما (٦)، نظرا إلى مدلول الصيغه (٧) يصدق على السابق أنه أول مملوك إذ الأوليه تقتضى وجود ملكين و أحدهما أسبق من الآخر، إلا أنه احتمال عقلى لا ينزل عليه اللفظ، بل يحمل على العرف الذى هو حاكم فى هذا الباب و قد عرفت ما يقتضيه.

(١) إذا نذر عتق أول مملوك يملكه فملكك جماعه دفعه ففيه أقوال:

الأول: أنه يعتق أحدهم بالقرعه كما عن الأكثر، لانتفاء الأولويه عن كل منهم، و لخصوص صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعا، قال عليه السلام: يقرع بينهم و يعتق الذى يخرج اسمه) (١).

القول الثانى: أنه يتخير و يعتق كما عن الشيخ فى التهذيب و المحقق فى نكت النهايه و الشهيد فى شرح الإرشاد لخبر الصيقل (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر فأصاب سته قال: إنما كانت نيته على واحد فليختر أيهم شاء فليعتقه) (٢)، و فيه أنه لا يقاوم صحيح الحلبي، لاشتماله على إسماعيل بن يسار و هو ضعيف و على الحسن الصيقل و هو مجهول الحال.

القول الثالث: بطلان النذر، لأن شرطه وحده المملوك و لا أوليه مع تحقق ملك جماعه دفعه، مع أن عتق الدفعه غير مقصود و الأصل البراءة و هذا ما ذهب إليه ابن إدريس، و فيه أنه اجتهاد فى قبال النص فلا يسمع.

(٢) أى لا يفيد العموم الاستغراقى.

(٣) أى و كذا من الحكم بعدم العموم الاستغراقى.

(٤) فهو نكره فى سياق الإثبات فلا يفيد العموم الاستغراقى.

(٥) حين الإتيان بلفظ النكره فى سياق الإثبات بين كون النذر قد تعلق بعنق أول ما تلده أو أول ما يملكه، و كذا الإتيان بلفظ (ما) المفيد للعموم بلا فرق بين تعلقه بعنق المولود أو المملوك.

(٦) فى الصيغتين.

(٧) أى الصيغه الوارده فى المقامين.

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١٥ من كتاب القضاء.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٧ - من كتاب العتق حديث ٣.

فى العموم، و عدمه (١)، و من خصّ إحداهما (٢) باحدى العبارتين (٣) و الأخرى (٤) بالأخرى (٥) فقد مثل (٦).

هذا غاية ما بينهما (٧) من الفرق.

و فيه (٨) بحث، لأن ما (٩) هنا تحتمل المصدريه (١٠). و النكره المثبتة تحتمل الجنسيه (١١) فيلحق الأول (١٢) بالثانى (١٣)، و الثانى (١٤) (١) أى عدم العموم.

(٢) إحدى الصيغتين من لفظ (ما) و النكره المثبتة.

(٣) أى بإحدى عبارتى نذر الملك أو نذر المملوك.

(٤) أى و الصيغه الأخرى.

(٥) أى بالأخرى من العبارتين.

(٦) أى من أتى بالتخصيص فقد أتى به من باب التمثيل كما فعله المحقق فى الشرائع حيث قال: (لو نذر عتق أول مملوك يملكه فملك جماعه قيل يعتق أحدهم بالقرعه و قيل يتخير و يعتق، و قيل لا يعتق شيئاً، لأنه لم يتحقق شرط النذر)، و قال: (لو نذر تحرير أول ما تلده فولدت توأمين كانا معتقين) انتهى كلامه.

حيث خصّ مسأله الملك بأول مملوك و خصّ مسأله الولاده بأول ما تلده، مع أن ما الموصوله لو تعلق بالمملوك بأن نذر عتق أول ما يملك فملك جماعه دفعه لعتقوا جميعاً، و مع أن النكره فى سياق الإثبات لو تعلق بالمولود بأن نذر عتق أول مولود تلده لأتى فيه النزاع المتقدم فى الملك.

(٧) ما بين الصيغتين من ما الموصوله و النكره المثبتة.

(٨) أى و فى الفرق المذكور من عموم (ما) الموصوله، و عدم عموم النكره المثبتة.

(٩) أى لفظ (ما).

(١٠) بحيث تنسبك هى و ما بعدها بالمصدر فقوله (ما تلده) أى ولادتها، و المصدر قد أريد به اسم المفعول فالمعنى أول مولود، و عليه فلا عموم فى ذلك.

(١١) و الجنس مما يفيد العموم.

(١٢) أى الفرع الأول و هو نذر المملوك إذا كان فيه لفظ (ما) بعد حملها على المصدريه.

(١٣) أى بالفرع الثانى الذى حكمنا فيه بعدم العموم، و لذا وقع الخلاف فيه بينهم فى أن تعيينه بالقرعه أو اختيار المولى.

(١٤) أى الفرع الثانى و هو نذر المولود إذا كان فيه النكره المثبتة بعد حملها على الجنسيه.

ص: ٣٤٤

بالأول (١)، و لا شبهه فيه (٢) عند قصده (٣)، و إنما الشك مع إطلاقه (٤)، لأنه (٥) حينئذ (٦) مشترك فلا يخص بأحد معانيه بدون القرينه، إلا أن يدعى وجودها (٧) فيما ادعوه من الأفراد (٨)، و غير بعيد ظهور الفرد المدعى (٩) و إن احتمل خلافه.

و هو (١٠) مرجح، مع أن فى دلالة الجنسيه (١١) على تقدير إرادتها (١٢)، أو دلالتها (١٣) - على العموم (١٤) نظر (١٥)، لأنه (١٦) صالح للقليل و الكثير (١٧).

ثم على تقدير التعدد (١٨) و الحمل على الواحد (١٩) يستخرج المعتقد بالقرعه كما ذكر (٢٠)، لصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام فى رجل قال: أول مملوك (١) بالفرع الأول الذى حكمنا فيه بالعموم، و لذا حكمنا بعق الجميع لو ملكهم دفعه.

(٢) فى الإلحاق المذكور.

(٣) أى قصد الإلحاق بقصد سببه من قصد جنسيه النكره و مصدرية (ما).

(٤) أى إطلاق اللفظ من (ما) و النكره المثبتة.

(٥) أى اللفظ من (ما) و النكره المثبتة.

(٦) حين الإطلاق و عدم قصد المصدرية فى لفظ (ما) و عدم قصد الجنسيه فى النكره المثبتة.

(٧) وجود القرينه.

(٨) أى من الصيغ المذكوره بحيث يحمل لفظ (ما) على الموصوله المفيده للعموم، و تحمل النكره المثبتة على عدم العموم.

(٩) أى المعنى المدعى.

(١٠) أى المعنى المدعى.

(١١) أى على فرض إرادته الجنس.

(١٢) أى إرادته الجنسيه أى كونها مراده و ذلك فى لفظ (ما) الموصوله.

(١٣) أى كونها مدلوله عليها من لفظ كما فى النكره المثبتة.

(١٤) تعلق بقوله (دلاله الجنسيه).

(١٥) اسم إن.

(١٦) أى الجنس.

(١٧) ولذا قال الشارح في المسالك: (فإن صلاحية الجنس للواحد و المتعدد يمنع من حمله على المتعدد بغير قرينه، و المتيقن منه هو الواحد) انتهى.

(١٨) أى ما لو ملكه أو ولدته متعددا.

(١٩) لأن صيغه النذر مشتمله على النكره المثبتة.

(٢٠) فى قول الماتن، و هو قول الأكثر.

ص: ٣٤٧

أملكه فهو حر فورث سبعة جميعا قال: «يقرع بينهم و يعتق الذى قرع»، و الآخر (١) محمول عليه (٢)، لأنه (٣) بمعناه (٤).

و قد يشكل ذلك (٥) فى غير مورد النص (٦) بأن القرعه لإخراج ما هو معلوم فى نفس الأمر مشتبه ظاهرا، و هنا (٧) الاشتباه واقع مطلقا (٨). فلا تتوجه القرعه فى غير موضع النص، إلا أن يمنع تخصيصها (٩) بما ذكر (١٠) نظرا إلى عموم قولهم عليهم السلام: «إنها لكل أمر مشتبه» (١١).

لكن خصوصيه هذه العبارة (١٢) (١) أى الفرع الآخر فيما لو نذر عتق أول مولود تلده.

(٢) على الفرع الأول فيما لو نذر أول مملوك يملكه، مع أن الأول غير منصوص، إلا أنه بحكم الثانى لوحده المناط فيهما.

(٣) أى الآخر.

(٤) بمعنى الأول.

(٥) من حمل الآخر على الأول.

(٦) و النص وارد فى الأول فقط، و حاصل الإشكال إن مورد القرعه هو المشتبه ظاهرا المعين واقعا، مع أن المنذور هنا مشتبه واقعا و ظاهرا، و حكمنا بعتق أول مملوك لوجود النص فلا يتعدى إلى غيره لأنه على خلاف الأصل.

(٧) فى الفرعين معا من عتق أول مملوك و أول مولود.

(٨) ظاهرا و واقعا.

(٩) أى تخصيص القرعه.

(١٠) من أن موردها المشتبه ظاهرا و المعين واقعا.

(١١) فى خبر الدعائم عن أمير المؤمنين و أبى جعفر و أبى عبد الله عليهم السّلام (أنهم أوجبوا القرعه فيما أشكل) (١)، و خبر محمد بن حكيم (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن شىء فقال لى: كل مجهول ففيه القرعه، قلت له: إن القرعه تخطئ و تصيب، قال عليه السّلام: كلما حكم الله به فليس بمخطئ) (٢).

(١٢) هذه العبارة: و هى إن القرعه لكل أمر مشتبه.

ص: ٣٤٨

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب كيفية القضاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كيفية القضاء حديث ١١.

لم تصل إلينا مستنده على وجه يعتمد (١)، وإن كانت مشهوره.

وقيل (٢): يتخير في تعيين من شاء، لروايه الحسن الصيقل عنه عليه السلام في المسأله بعينها.

لكن الروايه ضعيفه السند، و لو لا ذلك (٣) لكان القول بالتخير. و حمل القرعه على الاستحباب طريق الجمع بين الأخبار، و المصنف في الشرح اختار التخير جمعا (٤) مع اعترافه بضعف الروايه.

و ربما قيل (٥): بطلان النذر، لإفاده الصيغه وحده المعتقد، و لم توجد (٦).

و ربما احتمل عتق الجميع (٧)، لوجود الأوليه في كل واحد كما لو قال:

من سبق فله كذا فسبق جماعه (٨). و الفرق واضح (٩).

في ما لو نذر عتق أمته إن وطأها

و لو نذر عتق أمته إن وطأها (١٠) فأخرجها عن ملكه قبل الوطء (ثم أعادها) إلى ملكه (لم تعد اليمين (١١)، لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما (١) فقد نسبها المحقق الثاني في جامع المقاصد إلى قولهم عليهم السلام، و الوارد سابقا إنما كان بلفظ المجهول و المشكل و مع ذلك فهو ضعيف السند.

(٢) و هو القول الثاني المتقدم في مسأله نذر عتق أول مملوك يملكه.

(٣) أي ضعف السند.

(٤) بين الأخبار.

(٥) و هو القول الثالث المتقدم، و هو لابن إدريس.

(٦) أي وحده المعتقد.

(٧) هو احتمال و ليس قولاً.

(٨) فكل واحد وجد منهم جعل.

(٩) حيث في مسأله السبق يوجد لفظ (من سبق) و هو للعموم بخلاف مسأله نذر أول مملوك فلا عموم فيه.

(١٠) صحح النذر لما تقدم من عموم أدله النذر، و قد تقدم أنه ليس من العتق المعلق بل هو نذر معلق، و النذر قابل للتعليق، و عليه فتعتق بتحقيق مسمى الوطء.

(١١) لو أخرجها عن ملكه قبل الوطء انحلت اليمين، فلو أعادها بملك مستأنف لم تعد اليمين، لأنها قد انعقدت بالنسبه للملك

الأول فقط، وهذا ملك جديد، لأنه قد انعقدت

ص: ٣٦٩

عليهما السلام قال: سألته عن الرجل تكون له الأمة فيقول يوم يأتيها فهي حرة، ثم يبيعها من رجل، ثم يشتريها بعد ذلك قال: «لا بأس بأن يأتيها فقد خرجت عن ملكه».

و حمل ما أطلق (١) فيها (٢) من التعليق (٣) على النذر (٤) ليوافق (٥) الأصول (٦)، و يشهد له (٧) أيضا (٨) تعليقه عليه السلام الإتيان بخروجها عن ملكه، و لو لم يكن (٩) منذورا لم يتوقف ذلك (١٠) على الخروج (١١) كما لا يخفى.

و لو عمم النذر (١٢) بما يشمل الملك العائد فلا إشكال في بقاء الحكم، و في بالنسبة للملك الأول فقط، و هذا ملك جديد، و قد تقدم نظيره في الإيلاء و يدل عليه مضافا إلى ذلك صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (سألته عن الرجل تكون له الأمة فقال: يوم يأتيها فهي حرة، ثم يبيعها من رجل ثم يشتريها بعد ذلك، قال عليه السلام: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت عن ملكه) (١).

و ظاهره صحة تعليق العتق على الشرط، و قد تقدم منعه فلذا حملها الأصحاب على ما لو نذر عتقها إذا وطأها، و لم يخالف في ذلك إلا ابن إدريس اعتمادا على أصله من منع العمل بخبر الواحد و هو ضعيف.

(١) و هو: فهي حرة يوم يأتيها.

(٢) أى فى الصحيحه.

(٣) أى قوله: يوم يأتيها.

(٤) أى على نذر عتقها يوم يأتيها.

(٥) أى يوافق ما أطلق فى سؤال الراوى.

(٦) و هى عدم صحة تعليق العتق على الشرط، مع أن النذر المعلق صحيح.

(٧) لهذا الحمل على النذر.

(٨) كما كان الحمل لموافقه الأصول فكذا للتعليل.

(٩) أى الإتيان.

(١٠) و هو حل الإتيان.

(١١) لبطلان تعليق العتق فيجوز الوطء سواء خرجت عن ملكه أم لا.

(١٢) أى عمم نذر عتقها عند إتيانها، سواء كان الإتيان فى الملك الأول أو المستجد، و التعميم إما بالتصريح و إما بالنيه فلا كلام و لا إشكال فى عدم الحلّ و بقاء الحكم من العتق عند الوطء.

١- (١) الوسائل الباب - ٥٩ - من كتاب العتق حديث ١.

تعديته (١) إلى غير الوطء من الأفعال، و إلى غير الأئمه و جهان. من كونه (٢) قياسا، و إيماء (٣) النص إلى العله (٤) و هي (٥) مشتركه (٦).

و المتجه التعدى، نظرا إلى العله، و يتفرع على ذلك (٧) أيضا (٨) جواز التصرف فى المنذور المعلق على شرط لم يوجد (٩)، و هي (١٠) مسأله إشكاليه (١١)، و العلامه (١٢) (١) أى فى تعديه الحكم إلى غير الوطء كما لو قال: يوم أقبلها فهى حره، و كذا تعديه الحكم إلى غير الأئمه كما لو قال: يوم أضربه فهو حرّ.

(٢) أى من كون التعدى قياسا و هو دليل لعدم التعدى فيقتصر فيه على المنصوص من الوطء فى الأئمه.

(٣) أى و من إيماء، و هو دليل التعدى.

(٤) أى عله الحكم بجواز إتيانها لأنها قد خرجت عن ملكه، و الخروج عن الملك قد أبطل نذر العتق بالوطء المتعلق بالملك الأول فكذلك يبطل نذر العتق بغيره المتعلق بالملك الأول، و كذلك يبطل نذر العتق للعبد إذا تعلق بالملك الأول.

(٥) أى العله لأنها تعمم و تخصص كما ثبت فى محله.

(٦) بين الأئمه و غيرها، و بين الوطء و غيره.

(٧) أى على الروايه و لذا قال فى المسالك: (و فى الروايه أيضا على تقدير حملها على النذر دلالة على جواز التصرف فى المنذور المعلق على شرط قبل حصول الشرط، و فيه خلاف مشهور) انتهى كلامه.

(٨) كما تفرع على الروايه جواز إتيانها بسبب خروجها عن ملكه كما هو أصل المسأله.

(٩) أى لم يوجد شرط النذر، فيصح التصرف فى المنذور قبل تحقق شرط النذر كما هو صريح الروايه حيث جوّز بيع الأئمه المنذور عتقها عند الوطء لو باعها قبل الوطء ثم اشتراها بعد ذلك.

(١٠) أى مسأله جواز التصرف فى المنذور المعلق على شرط لم يوجد.

(١١) كما تقدم فى كتاب الأيمان، و فيه أن الخلاف فيما لو علق النذر على شرط لم يكن باختيار المكلف كقدوم زيد و شفاء المريض، فجواز التصرف فى المنذور قبل حصول الشرط مستلزم لعدم إمكان الوفاء بالنذر على تقدير حصول الشرط.

و أما إذا كان الشرط من فعل المكلف باختياره فلا إشكال فى جواز التصرف فى المنذور قبل حصول شرط النذر، إذ لا يلزم منه سوى أنه لا يجوز له فعل الشرط، و هذا مما لا محذور فيه، و مقامنا من قبيل الثانى لا الأول.

(١٢) راجع إلى أصل الحكم الدال على عدم تحقق النذر لو خرج العبد عن الملك، و قد أتى

اختار في التحرير عتق العبد لو نذر: إن فعل (١) كذا فهو حر فباعه قبل الفعل، ثم اشتراه، ثم فعل (٢)، و ولده (٣) استقرب عدم جواز التصرف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله (٤)، و هذا الخبر (٥) حجه عليهما (٦).

في ما لو نذر عتق كل مملوك قديم

(و لو نذر عتق كل مملوك قديم انصرف) النذر (إلى من مضى عليه في ملكه ستة أشهر) فصاعدا على المشهور (٧).

بشرط النذر بعد ذلك، لأن النذر قد تعلق بالملك الأول، و شرط النذر قد حصل في الملك العائد.

(١) أي فعل الناذر كقوله: إن ضربته فهو حر.

(٢) أي الناذر كأن ضربه، فقد حكم العلامة حينئذ بعتق العبد، مع أنه قد خرج عن ملكه، و النص المتقدم صريح بعدم تحقق العتق المنذور بناء على التعدي.

(٣) أي فخر المحققين، و هذا راجع إلى التفريع من جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط قبل حصول الشرط.

(٤) قبل حصول الشرط.

(٥) و هو صحيح ابن مسلم.

(٦) أما أنه حجه على العلامة بناء على تعدي الحكم فواضح و لعل العلامة غير قائل بالتعدي، و أما أنه حجه على فخر المحققين ففيه منع، إذ يحتمل أن الفخر قد منع فيما لو كان الشرط من غير فعل المكلف، و الخبر قد جوز التصرف في المنذور المعلق قبل حصول الشرط إذا كان من أفعال المكلف و عليه فلا إشكال عليهما من هذه الجهة.

(٧) و الأصل فيه مرسل داود النهدي عن بعض أصحابنا قال: (دخل ابن أبي سعيد المكارى على أبي الحسن الرضا عليه السلام - إلى أن قال - فقال له: رجل قال عند موته: كل مملوك لي قديم فهو حر لوجه الله.

قال: نعم، إن الله عزّ ذكره قال: حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ ، فما كان من ممالিকে أتى عليه ستة أشهر فهو قديم حر(١) ، و في إرشاد المفيد (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى فقال: اعتقوا عنى كل عبد قديم في ملكي، فلما مات لم يعرف الوصى ما يصنع، فسئل عن ذلك فقال: يعتق عنه كل عبد له في ملكه ستة أشهر، و تلا قوله تعالى: وَالْقَمَرَ قَدَرْنَا مَنَازِلَ حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ ، قال المفيد: و قد ثبت أن

ص: ٣٧٢

و ربما قيل (١): إنه (٢) إجماع، و مستنده روايه ضعيفه السند، و اعتمادهم الآن على الإجماع، و اختلفوا في تعديده (٣) إلى نذر الصدقه بالمال القديم و نحوه (٤) من حيث (٥) إن القديم قد صار حقيقه شرعيه في ذلك (٦) فيتعدى، و يؤيده (٧) تعليقه في الروايه بقوله تعالى: حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ (٨) فإنه (٩) يقتضى ثبوت القدم بالمده المذكوره (١٠) العرجون إنما ينتهي إلى الشبه بالهلال في تقوسه و ضئولته بعد سته أشهر من أخذ الثمره منه (١١) و الخبر الثاني قد عبّر بلفظ (العبد)، و هذا ما عبّر به الشيخ و تبعه المحقق و جماعه، و تمادى الأمر في العلامه - كما في المسالك - حيث توقف في تعدى الحكم إلى الأمه، من حيث إن هذا الحكم على خلاف الأصل، إذ لا دليل عليه من جهه العرف و لا اللغه، و إنما مستنده الشرع و الروايه ضعيفه السند مرسله فيقتصر فيها على موردها و هو العبد، و فيه أن الخبر الأول قد اشتمل على لفظ (المملوك) و هو شامل للذكر و الأنثى فلا وجه للتوقف في تعديده، على أن من عبّر بلفظ العبد إنما يكون تبعاً للروايه الثانيه أو للتمثيل ليس إلا.

و منه تعرف ضعف ما عن فخر المحققين حيث اعتذر لأبيه عند عدم التعدى إلى الأمه بأن المسأله إجماعيه، و أن الإجماع لم يقع إلا على العبد فلذا استشكل والده في حكم الأمه، و وجه الضعف أن مستند الحكم هو الخبران المتقدمان و أحدهما عام يشمل الأمه كما يشمل العبد.

(١) و هو فخر المحققين.

(٢) الحكم بعق من مضى عليه سته أشهر، و لكنه مختص بالعبد كما تقدم.

(٣) أى تعدى الحكم فى المملوك القديم إلى كل قديم.

(٤) كإبراء غريمه القديم.

(٥) دليل التعدى.

(٦) أى فى ما مضى عليه سته أشهر.

(٧) أى يؤيد التعدى.

(٨) سوره يس، الآيه: ٣٩.

(٩) أى فإن تعليّل المعصوم بقوله تعالى.

(١٠) و هى سته أشهر.

ص: ٣٧٣

مطلقاً (١) و من (٢) معارضة اللغه و العرف (٣)، و منع (٤) تحققة (٥) شرعاً، لضعف المستند (٦)، و الاجماع (٧) إن ثبت اختصّ بمورده (٨).

و الأتوى الرجوع فى غير المنصوص (٩) إلى العرف.

و فيه (١٠) لو قصر الكل (١١) عن سته (١٢) ففى عتق أولهم تملكا (١٣) اتحد أم تعدد، أو بطلان النذر وجهان.

و على الأول (١٤) لو اتفق ملك الجميع دفعه ففى انعتاق الجميع، أو البطلان (١٥) (١) أى فى المملوك و غيره، و فى نذر العتق و نذر الصدقه و غيرهما.

(٢) دليل عدم التعدى.

(٣) حيث لا يحمل القديم على ما مضى عليه سته أشهر فى اللغه و لا العرف.

(٤) دليل ثان لعدم التعدى.

(٥) أى تحقق القدم بالمده المذكوره.

(٦) إذ المستند مرسل بكلا طريقيه.

(٧) أى الإجماع المدعى من قبل فخر المحققين.

(٨) من نذر عتق العبد القديم و لذا لا يعدى إلى عتق الأمه فضلا عن التعدى إلى نذر الصدقه و غير العتق.

(٩) و غير المنصوص هو نذر غير العتق، و لذا قال فى المسالك: (و الأتوى الرجوع فى غير موضع الوفاق إلى العرف، فإن لم يدل على اتصاف شىء من متعلق النذر بالقدم بطل) انتهى.

(١٠) أى و فى المنصوص و هو نذر العتق.

(١١) أى كل عبيده.

(١٢) أى سته أشهر.

(١٣) لو ملك جماعه على التعاقب و كانت مده ملكه للجميع أقل من سته أشهر فهل يعتق من ملكه أولاً، سواء اتحد أم تعدد، لكونه قديماً بالنسبه إلى من بعده عرفاً، أو يبطل النذر حيث لم يتحقق القديم الذى فسرتة الروايه بمضى سته أشهر على تملكه وجهان.

(١٤) من عتق من ملكهم أولاً- لأنهم أقدم من غيرهم فلو اتفق ملك الجميع دفعه ففى انعتاق الجميع لتحقق القدم عرفاً أو بطلان

النذر لفقد وصف القديم شرعا وجهان، والأولى بطلان النذر في صورتين لعدم تحقق القدم شرعا.

(١٥) أي بطلان النذر.

ص: ٣٧٤

لفقد الوصف (١) الوجهان.

و الأقوى البطلان فيهما (٢)، لدلاله اللغه، و العرف على خلافه (٣) و فقد النص (٤).

و اعلم أن ظاهر العبارة (٥) كون موضع الوفاق نذر عتق المملوك، سواء فيه الذكر و الأنثى، و هو (٦) الظاهر، لأن مستند الحكم عتبر فيه بالمملوك، و العلامه جعل مورده (٧) العبد، و استشكل الحكم (٨) فى الأمه كغيرها (٩) من المال، و اعتذر له (١٠) ولده بأن مورد الاجماع العبد و إن كان النص أعم، لضعفه (١١)، و إثبات (١٢) موضع الاجماع فى ذلك (١٣) لو تمّ لا يخلو من عسر (١٤).

فى ما لو اشترى أمه نسيئته و اعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها

(و لو اشترى أمه نسيئته و اعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها (١٥) كما هو (١) أى وصف القدم شرعا، و هو مضى سته أشهر. (٢) فى الصورتين.

(٣) على خلاف ما قد تحقق من الملك فى الصورتين، إذ المتحقق هو أقل من سته أشهر، و هذا لا يصدق لغه و لا عرفا أنه قديم.

(٤) إذ لا نص على أن القديم هو أقل من سته أشهر.

(٥) أى عبارة الماتن.

(٦) أى جعل متعلق النذر لفظ المملوك و ليس خصوص العبد.

(٧) أى مورد الوفاق.

(٨) من عتق من مضى عليه سته أشهر.

(٩) أى كغير الأمه عند نذر الصدقه بكل مال قديم.

(١٠) أى و اعتذر فى الإشكال للعلامه ولده فخر المحققين.

(١١) أى لضعف النص، تعليل لكون المدرك هو الإجماع و ليس النص.

(١٢) رد للاعتذار.

(١٣) أى فى العبد فقط دون الأمه.

(١٤) وجه العسر اختلاف عبارات الأصحاب.

(١٥) و جعل عتقها مهرها و حملت ثم مات و لم يترك ما يقوم بشمنها، رجعت هي و ولدها رقا للمولى الأول كما عن الشيخ و ابن الجنيد و ابن البراج لصحيح هشام بن سالم فى موضع من التهذيب، و فى موضع آخر عنه عن أبى بصير، و فى الكافى صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل و أنا حاضر عن رجل باع من رجل جاريه بكرا إلى سنه

ص: ٣٧٥

مورد الروايه،(أو تزوجها) بعد العتق (بمهر (١)، أو مفوضه (٢) لاشتراك الجميع (٣) فى الوجه (٤)(ثم مات و لم يخلف شيئا) ليوفى منه (٥) ثمنها (نفذ العتق)، لوقوعه من أصله صحيحا (٦)(ولا- تعود رقا)، لأن الحر لا- يطرأ عليه الرقيه فى فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد و تزوجها، و جعل مهرها عتقها، ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال عليه السلام: إن كان للذى اشتراها إلى سنه مال أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته فإن عتقه و نكاحه جائز، و إن لم يملك مالا أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته، كان عتقه و نكاحه باطلا- لأنه عتق ما لا يملك، و أرى أنها رق لمولاها الأول، قيل له: و إن كانت عقلت من الذى أعتقها و تزوجها، ما حال ما فى بطنها؟ فقال: الذى فى بطنها مع أمه كهيتها (١) أى كهيتها فى الرقيه.

و هو مخالف لقواعد المذهب الداله على صحه البيع و صحه العتق لمصادفتها ملكا صحيحا، و مخالف للقواعد الداله على انعقاد الولد حرا فلا- يعود رقا، و لذا لم يعمل بالخبر ابن إدريس و المحقق و أكثر المتأخرين، و هو إما مطروح لأنه مضطرب السند فالشيخ قد رواه عن هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام من غير واسطه، و أخرى عن أبى بصير، بالإضافة إلى أن أبى بصير مشترك بين الثقه و غيره و إما محمول على وقوع العتق فى مرض الموت و الفرض عدم الثلث له لاستغراق الدين كما عن العلامه فى القواعد.

و على كل فإذا عمل بالخبر فلا بد من الجمود على كل ما فيه من القيود المحتمل مدخليتها فى الحكم المذكور فيقتصر على الأمه و لا يتعدى إلى العبد الذى اشتراه نسيئه فلا يعود رقا، و يقتصر على ما لو كان ثمنها نسيئه، نعم يقطع بعدم اعتبار البكاره و بعدم اعتبار الأجل إلى سنه، و كذا القطع بعدم اعتبار وجود الولد منها، لأن الحكم قد ثبت عليها قبل السؤال عن حكم الولد منها.

(١) و لم يجعل عتقها مهرها للقطع بعدم مدخلية هذا القيد للحكم المنصوص عليه فى الخبر.

(٢) أى مفوضه البضع و هى التى لم يذكر لها مهر فى العقد.

(٣) ما لو جعل عتقها مهرها، أو جعل لها مهر غير ذلك، أو تزوجها من دون ذكر مهر فى العقد.

(٤) أى فى الوجه الذى له مدخلية فى الحكم.

(٥) من هذا الشيء.

(٦) لأنه صدر من المالك و قد صادف العتق ملكا له فينفذ.

ص: ٣٧٦

غير الكافر (١)، (ولا يعود (ولدها) منه (٢) رقا أيضا (٣)، لانعقاده حرا كما ذكر (٤).

(على ما تقتضيه الأصول) الشرعيه، فإن العتق و النكاح صادفا ملكا صحيحا، و الولد انعقد حرا، فلا وجه لبطلان ذلك (٥).

(و فى روايه هشام بن سالم الصحيحه عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام:

رقها و رق ولدها لمولاها الأول) الذى باعها و لم يقبض ثمنها و لفظ الروايه قال أبو بصير: «سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عن رجل باع من رجل جاريه بكرأ إلى سنه فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد و تزوجها، و جعل مهرها عتقها، ثم مات بعد ذلك بشهر فقال أبو عبد الله عليه السلام: «إن كان للذى اشتراها إلى سنه مال، أو عقده (٦) تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته (٧) فإن عتقه و نكاحه جائزان، و إن لم يملك مالا، أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته فإن عتقه و نكاحه باطل، لأنه أعتق ما لا يملك، و أرى أنها رق لمولاها الأول قيل له: فإن كانت قد عقلت (٨) من الذى أعتقها و تزوجها، ما حال الذى فى بطنها؟ فقال: «الذى فى بطنها مع أمه كهيتها» (٩).

و هذه الروايه منافيه للأصول بظاها، للإجماع على أن المعسر يملك ما اشتراه فى الذمه، و يصح عتقه، و يصير ولده حرا، فالحكم يكون عتقه و نكاحه باطلين، و أنه أعتق ما لا يملك، لا يطابق الأصول، و مقتضاها (١٠) أنه متى قصر (١) أما فى الكافر فطرأ الرقيه عليه بعد كونه حرا لجواز سببه.

(٢) من المولى الذى اشتراها نسيئه ثم أعتقها و تزوجها.

(٣) كما لا تعود أمه.

(٤) من أن الحر لا يطرأ عليه الرقيه.

(٥) من العتق و النكاح و حربه الولد.

(٦) بالضم الضيعه، و العقده من الأرض البقعه الكثيره الشجر كما عن نهايه ابن الأثير.

(٧) أى فى ثمن رقبته.

(٨) عقلت المرأه أى جعلت.

(٩) أى كهيته أمه فى كونه رقا.

(١٠) أى مقتضى الروايه.

ماله (١) عن مجموع ثمنها يكون الحكم كذلك (٢) و إن قلّ (٣).

لكن عمل بمضمونها الشيخ و جماعه، لصحتها (٤)، و جواز استثناء هذا الحكم (٥) من جميع الأصول لعله غير معقوله (٦).

و على هذا (٧) لا- فرق بين من جعل عتقها مهرها، و غيرها (٨) كما نبه عليه المصنف بقوله (٩): أو تزوجها بمهر. و لا يتقيد الأجل (١٠) بالسنة، و لا- فرق بين البكر و الشيب (١١)، مع احتمال اختصاص الحكم (١٢) بما قُتيد في الروايه (١٣)، و لو كان بدلها (١٤) عبدا قد اشتراه نسيئه و اعتقه ففي الحاقه (١٥) بها (١٦) وجه، لاتحاد الطريق (١٧).

(١) مال المولى الذى اشتراها نسيئه.

(٢) من بطلان البيع و العتق و عود الأم و ولدها إلى مولاهما الأول، لعدم إحاطه ما عنده بما عليه من الدين فى ثمن رقبتها.

(٣) أى قل القصور.

(٤) بناء على أنها مرويه عن هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام بلا واسطه، و إلا فلو كانت مع واسطه أبى بصير، فإنه مشترك بين الثقه و غيره، فلا يصح وصفها بالصحه حينئذ.

(٥) من بطلان البيع و العتق و عود الأم و ولدها إلى مولاهما الأول.

(٦) أى غير مفهومه عندنا، إذ لا مبرّر لبطلان البيع و العتق الصحيحين، و لا مبرّر لعود الحر رقا.

(٧) أى على هذا الاستثناء الذى عمل به الشيخ و جماعه.

(٨) أى غير هذه الصوره كما لو جعل مهرها مستقلا أو تزوجها بدون مهر.

(٩) أى بقوله السابق.

(١٠) أى أجل النسيئه من ثمنها.

(١١) لأن الوجه فى الحكم هو الشراء ممن ليس له مال، و هو موجود فى كل الفروض.

(١٢) من بطلان البيع و العتق و عود الحر رقا.

(١٣) لأن الروايه على خلاف الأصول فيقتصر فيها على موردها المنصوص.

(١٤) أى بدل الأمه.

(١٥) أى إلحاق العبد.

(١٦) بالأمة.

(١٧) من كون الشراء و العتق قد وقع ممن ليس له مال يفى بثمان الرقبة.

ص: ٣٧٨

و كذا (١) فى تعدى الحكم (٢) إلى الشراء نقدا، أو بعضه (٣) و لم يدفع المال (٤)، و مضمون الروايه موته (٥) قبل الولاده (٦)، فلو تقدمت (٧) على موته فأقوى إشكالا فى عوده (٨) رقا، للحكم بحريته من حين ولادته، بخلاف الحمل، لإمكان توهم كون الحكم (٩) لتبعيه الحمل للحامل (١٠).

و من خالف ظاهر الروايه - و هم الأكثر - اختلفوا فى تنزيلها فحملها العلامه على كون المشتري مريضا (١١) و صادف عتقه و نكاحه و شراؤه مرض الوفاه فيكون الحكم ما ذكر فيها (١٢)، لأنه (١٣) حينئذ (١٤) يكون العتق مراعى (١٥) فإذا مات معسرا كذلك (١٦) ظهر بطلانه (١٧).

(١) أى له وجه لاتحاد الطريق.

(٢) أى الحكم المذكور فى الروايه.

(٣) أى بعضه نقد و الباقي نسيئه.

(٤) فى الصورتين.

(٥) أى موت المولى الذى اشترى و أعتق و تزوج و أولد.

(٦) أى ولاده الولد.

(٧) أى ولاده الولد.

(٨) أى عود الولد الذى انعقد حرا و قد وضع حرا.

(٩) أى حكم عود الولد رقا كما فى الروايه.

(١٠) و الحاصل أن الفرق بين كونه حملا و متولدا أنه يمكن فى الحمل توهم تبعيه الحمل للحامل، فإذا حكم برقيتها تبعها الولد، بخلاف غير الحمل فإنه لا يتوهم فيه التبعيه فيتقوى فيه الإشكال.

(١١) مرض الموت.

(١٢) فى الروايه.

(١٣) أى الشأن و الواقع.

(١٤) أى حين العتق و النكاح و الشراء فى مرض الموت.

(١٥) بإخراجه من ثلث ماله.

(١٦) أى معسرا عن أداء ثمن العتق.

(١٧) بطلان العتق، لعدم ثلث ماله حتى ينفذ تصرفه فى العتق، فىكون قد أعتق ما لا يملك، و لذا يبطل نكاحه و تكون الأم و ولدها على ملك مولاها الأول بعد بطلان الشراء و العتق.

ص: ٣٧٩

و رده المصنف (١) بان ذلك (٢) لا يتم فى الولد، لان عقاده (٣) حال الحكم بحريه أمه (٤)، و الحر المسلم لا يصير رقا، و هو (٥) لا يقصر عن من تولد من وطء أمه الغير بشبهه أو شراء فاسد مع جهله (٦).

و حملها (٧) آخرون على فساد البيع، و ينافيه (٨) قوله (٩) فى الروايه إن كان له مال فعتقه جائز (١٠)، و حملت (١١) على أنه (١٢) فعل ذلك (١٣) مضارّه (١٤) و العتق يشترط فيه القربه (١٥)، و هذا الحمل نقله المصنف (١٦) عن الشيخ طومان بن أحمد العاملى المنارى، و رده (١٧) بأنه (١٨) لا يتم أيضا فى الولد (١٩)، (١) فى الدروس.

(٢) من عود الحر رقا.

(٣) أى الولد.

(٤) و فيه أن الحريه لأمه مراعاه حينئذ، لا مطلقه، و مع انكشاف عدم حريتها فيما بعد يدل على عدم انعقاده حال كون الأم حره، نعم لما كان الأب حرا و قد وطأ أمه الغير شبهه بزعم أنه ملكها و أعتقها و تزوجها فلا بد من كون الولد حرا حينئذ و لذا لا يقصر الولد هنا عن تولد من وطأ أمه الغير شبهه كما مثّل به الشارح.

(٥) أى الولد الذى انعقد حال الحكم بحريه أمه.

(٦) أى جهله بفساد الشراء.

(٧) أى الروايه.

(٨) أى ينافى هذا الحمل.

(٩) أى قول المعصوم عليه السلام.

(١٠) ووجه المنافاه لو كان البيع فاسدا لم يجز عتقه سواء كان له مال أم لا.

(١١) أى الروايه.

(١٢) أى المولى الذى اشتراها نسيئه.

(١٣) من عتقها و تزويجها.

(١٤) أى مضاره بالبائع.

(١٥) و لا قربه مع المضاره فلم يتحقق العتق و لا النكاح.

(١٦) فى الدروس.

(١٧) أي المصنف.

(١٨) أي بأن هذا الحمل.

(١٩) فكيف يحكم بعوده رقا و قد انعقد و أبوه حر و قد حكم بحرية أمه حال انعقاده.

ص: ٣٨٠

وردها (١) ابن إدريس لذلك (٢) مطلقا (٣). وهو (٤) الأنسب.

فى أن عتق الحامل لا يتناول الحمل

(و عتق الحامل (٥) لا- يتناول الحمل) كما لا يتناوله (٦) البيع (٧) وغيره، للمغايره (٨)، فلا يدخل أحدهما فى مفهوم الآخر، سواء استثناه أم لا و سواء علم به أم لا (إلا على روايه) السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام فى رجل اعتق أمه و هى حبلى فاستثنى ما فى بطنها قال: «الأمه حره و ما فى بطنها حر، لأن ما فى بطنها منها (٩)» و عمل بمضمونها الشيخ و جماعه، و ضعف سندها (١٠) يمنع من العمل بها، مع أنها ظاهره فى التقيه (١١).

(١) أى الروايه.

(٢) أى لمخالفتها للأصول مع عدم صحه شىء من هذه المحامل و لو من ناحيه الولد الذى حكم برقه و هو حر.

(٣) مضارا و غيرهه، مريضا و غيرهه.

(٤) أى رد الروايه مطلقا.

(٥) قد ورد فيه خبر السكونى عن جعفر عن آباءه عليهم السلام (فى رجل أعتق أمته و هى حبلى و استثنى ما فى بطنها، قال: الأمه حره و ما فى بطنها حر، لأن ما فى بطنها منها) (١) و قد عمل بها الشيخ و بنو زهره و البراج و سعيد.

و عن المشهور عدم التبعية، لانفصاله عنها فلا ينعق إلا مع القصد إلى عتقه، كما لا يدخل فى بيعها إلا مع القصد إلى بيعها، بعد ضعف الخبر بالسكونى و موافقته للعامه، و عليه فلا يسرى العتق من الحامل إلى الحمل و كذا لا يسرى من الحمل إلى الحامل، لأن السرايه كما تقدم إنما هى فى الأشخاص لا فى الأشخاص.

(٦) أى لا يتناول الحمل.

(٧) أى بيع الحامل.

(٨) بين الحمل و الحامل، بسبب انفصاله عنها وجودا و ليس هو جزءا منها.

(٩) فيسرى عتقها إليه كما لو عتق جزءا منها الذى هو مورد السرايه.

(١٠) بالسكونى.

(١١) علق الشارح بقوله: (لأنها موافقه لمذهب العامه، و السكونى عامى).

١- (١) الوسائل الباب - ٦٩ - من كتاب العتق حديث ١.

النظر الأول - فى التدبير

فى معنى التدبير

(الأول - التدبير (١) - تعليق عتق عبده) أو أمته (بوفاته (٢) تفعيل من الدبر، (١)التدبير من التفعيل فى الدبر، و المراد به تعليق العتق بدبر الحياه، و قيل سمي تدبيراً، لأنه دبر أمر دنياه باستخدامه و استرقاقه، و أمر آخرته باعتاقه، و هذا راجع إلى الأول، لأن التدبير فى الأمر مأخوذ من لفظ الدبر أيضاً، لأنه نظر فى عواقب الأمور و الإدبار.

(٢) أى بوفاه المولى، هذا و لا خلاف فى صحه تعليق عتق العبد على وفاه مولاه، و إنما الكلام فى صحته معلقاً على وفاه غيره، فعلى المشهور الجواز لصحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام: الرجل يكون له الخادم و يقول هى لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهى حره، فتأبى الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين، ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها إذا أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت) (١)، و خبر محمد بن حكيم (سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل زوج أمته من زوج آخر، قال لها: إذا مات الزوج فهى حره فمات الزوج قال: إذا مات الزوج فهى حره، تعتدّ عده المتوفى عنها زوجها و لا ميراث لها منه، إنما صارت حره بعد موت الزوج) ٢، و الخبر الثانى صريح فى تدبير العتق بوفاه الزوج، و عليه فقصر النقل على المخدوم فقط كما ذهب إليه الشارح ليس فى محله.

ص: ٣٨٥

فإن الوفاء دبر (١) الحياه (أو تعليقه على وفاه زوج المملوكه) التي دبرها فعلق عتقها على وفاه زوجها (أو على وفاه مخدوم العبد)، أو الأمه أيضا، لجواز اعارتها للخدمه، بل هي (٢) المنصوصه كما سيأتى (٣).

و صحته (٤) فى الأول (٥) إجماعى، و فى الأخيرين (٦) (على قول مشهور)، لأن العتق لما قبل التأخير (٧) كقبوله للتنجيز، و لا تفاوت بين الأشخاص (٨) جاز تعليقه بوفاه غير المالك ممن له ملابسه كزوجيه، و خدمه، و للأصل (٩)، و لصحيحه يعقوب بن شعيب أنه سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فيقول:

نعم يقتصر فى التدبير على المولى و المخدوم و الزوج لأنه منصوص، فيقتصر فيه على مورده، لأنه على خلاف الأصل، إذ الأصل عدم صحه تعليق العتق.

و عن ابن إدريس الاقتصار على وفاه المولى فقط، بدعوى أن هذه أخبار أحاد لا يعمل بها، و ضعفه ظاهر بعد ثبوت حجيه الخبر الواحد.

و فى المسالك أنه يصح التدبير على وفاه مطلق الناس و أنه قول فى المسأله، و عن ابن الجنيد أنه يصح تعليقه بموت غير الآدمى، لاشتراك الجميع فى معنى التدبير لغه، و هو تعليق العتق على الوفاء، و ضعف الأخيرين واضح لأن التدبير على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن المنصوص، و لا نص إلا على المولى و المخدوم و الزوج.

هذا كله من جهه و من جهه أخرى فالنصوص المتقدمه فى التدبير وارده فى الأمه، و يتعدى إلى العبد مع أن المورد على خلاف الأصل، لأن خصوصيه الذكوريه و الأنوثيه ملغاه للقطع بعدم مدخلتها فى صحه التدبير.

(١) بضم الدال و الباء.

(٢) أى الأمه التى دبرت بتعليق عتقها على وفاه مخدومها، و قد أعيرت للخدمه، فيكون ذكرها أولى من ذكر العبد.

(٣) بل عرفت النص على التدبير المعلق على وفاه الزوج أيضا.

(٤) أى التدبير.

(٥) فى التعليق على وفاه المولى.

(٦) من تعليقه على وفاه الزوج و المخدوم.

(٧) فى تعليقه على وفاه المولى الذى هو إجماعى.

(٨) من المولى و غيره.

(٩) أى أصاله عدم اشتراط التنجيز، أو أصاله الجواز.

هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرة فتأبى الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين، أو ست سنين ثم يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها بعد ما أبت؟ فقال: «لا، إذا مات الرجل فقد عتقت». و حملت عليه (١) الزوجيه، لشده المشابهه (٢). و لا يتعدى إلى غيرهما (٣) لبعده (٤) عن النص.

و ربما قيل بالتعدى مطلقا (٥) من غير اعتبار الملابسه، لمفهوم الدليل الأول (٦).

و في مقابله المشهور قول ابن إدريس باختصاصه (٧) بوفاه المولى، عملا بالمتيقن (٨)، و دعوى (٩) أنه (١٠) شرعا كذلك (١١)، و لبطلانه (١٢) (١) أى على المخدم.

(٢) بل قد قيل بصحة تعليق العتق على وفاه الزوج للنص كما فى خبر محمد بن حكيم، كما عرفت، و ليس من باب قياس الزوجيه على المخدميه للمشابهه من ناحيه الملابسه.

(٣) أى غير المخدم و الزوج.

(٤) أى بعد الغير.

(٥) سواء كانت ملابسه أم لا، و عليه فيصح تعليق العتق على مطلق وفاه آدمى.

(٦) أى لما يفهم من الدليل الأول، و ليس المراد منه المفهوم فى قبال المنطوق، هذا و الدليل الأول القاضى بصحة العتق المعلق على وفاه المولى، مع أنه لا تفاوت بين الأشخاص، فيصح تعليقه على وفاه كل آدمى.

(٧) أى التدبير.

(٨) مع ضميمه أن ما ورد فى المخدم و الزوج أخبار آحاد، و هو لا يعمل بها.

(٩) دليل ثان لابن إدريس.

(١٠) أى التدبير.

(١١) أى التدبير شرعا هو تعليق العتق على وفاه المولى، فلا يتعدى إلى غيره، و هذا مصادره كما سيذكره الشارح.

(١٢) دليل ثالث لابن إدريس، و المراد و لبطلان التدبير بسبب إباق المدبر.

و حتى يتضح هذا الدليل لا بد من عرض مقدمه و هي: أن المدبر على وفاه مولاه لو آبق بطل تدبيره بلا خلاف فيه لخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن جاريه مدبره أبت من سيدها سنينا، ثم جاءت بعد ما مات سيدها بأولاد و متاع كثير، و شهد لها شاهدان أن سيدها كان دبرها فى حياته قبل أن تأبق، فقال أبو جعفر عليه السّلام: أرى

بالإباق و الرواية (١) تضمنت خلافه (٢).

و النص الصحيح (٣) أنها و جميع ما معها للورثة، قلت: لا- تعتق من ثلث سيدها، فقال: لا، إنها أبقت عاصيه لله عزّ و جلّ و لسيدها، و أبطل الإباق التدبير(١)، و خبر العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل دبّر غلاما له فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم و لم يعلمهم أنه عبد، فولد له و كسب مالا فمات مولاه الذى دبّره، فجاء ورثه الميت الذى دبّر العبد فطالبوا العبد فما ترى؟ فقال: العبد و ولده رق لورثه الميت، قلت: أ ليس قد دبّر العبد؟ فذكر أنه لما أبق هدم تدبيره و رجع رقا)٢.

إذا تقرر ذلك فلو كان يصح تعليق العتق على وفاه غير المولى من زوج أو مخدم لوجب الحكم بهدم تدبيره إذا أبق، مع أن العبد الذى دبر على وفاه المخدم لو صح لا ينهدم تدبيره لو أبق بلا خلاف لصحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام المتقدم(٢) فى الروضه، و قد ذكرناه سابقا.

و مع عدم هدم تدبيره عند إباقه يستكشف أن هذا ليس تدبيرا بل هو عتق معلق قد استثنى للنص المتقدم مما اتفقوا عليه من عدم صحة العتق المعلق، و هذا ما ذهب إليه البعض كصاحب الجواهر، أو أنه لا يعمل بهذا النص و يحكم بحصر التدبير بوفاه المولى و هذا ما ذهب إليه ابن إدريس، هذا هو حاصل هذا الدليل الثالث الذى استدل به ابن إدريس.

و ردّ هذا الدليل بأن الفارق بين حكم التدبيرين، بهدم الأول بالإباق دون الثانى إنما هو النص، فضلا عن منع الملازمه بين التدبيرين، لأن العبد بإباقه عند تدبيره على وفاه المولى قد قابل نعمه السيد بالكفران فقبل بنقيض ذلك فلذا حكم عليه بهدم تدبيره، كما قبل قاتل العمدة بحرمانه من الإرث، بخلاف الأجنبى، فلم يقابل نعمه الأجنبى بكفرانها حتى يقابل بنقيض ذلك، إذ التدبير نعمه عليه من سيده و ليس من الأجنبى.

(١) أى صحيحه يعقوب بن شعيب.

(٢) أى خلاف بطلان التدبير بسبب الإباق، لو كان تدبيره على وفاه مخدمه، مع أنه لو كان تدبيرا لوجب أن يحكم ببطلانه عند إباقه كما حكم ببطلان تدبير الأبق إذا علق تدبيره على وفاه مولاه.

(٣) و هو صحيح يعقوب بن شعيب الوارد فى المخدم.

ص: ٣٨٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التدبير حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التدبير حديث ١.

يدفع الاقتصار (١)، و الثاني (٢) مصادره، و الملازمه (٣) بين اباقه من المالك، و من (٤) المخدم ممنوعه، للفرق بمقابله نعمه السيد بالكفران فقول بنقيضه (٥) كقاتل العمد فى الارث (٦)، بخلاف الأجنبي (٧).

و اعلم أن القول المشهور هو تعديته (٨) من موت المالك إلى المخدم كما هو (٩) المنصوص، و أما الحاق الزوج فليس بمشهور (١٠) كما اعترف به (١١) المصنف فى الشرح (١٢)، فالشهره المحكيه هنا (١٣) إن عادت إلى الأخير (١٤) لزم القطع بالأول (١٥) دونه (١٦). و هو (١٧) خلاف الظاهر (١٨)، بل ينبغى العكس (١٩) و إن (١) أى اقتصار التدبير على وفاه المولى، و هذا رد للدليل الأول.

(٢) أى دليله الثانى.

(٣) رد لدليله الثالث.

(٤) أى و بين إباقه من المخدم.

(٥) أى بنقيض الإنعام، أو بنقيض التدبير، فلذا هدم التدبير بالإباق.

(٦) فإنه يحرم من التركه، لأنه أراد من القتل العمدى تعجيل انتقال التركه إليه فعومل بنقيض مقصوده.

(٧) فلا نعمه منه على العبد حتى يكون إباقه كفرانا لهذه النعمه، بل النعمه من السيد.

(٨) أى تعديه التدبير.

(٩) أى المخدم.

(١٠) و هذا مناف لما قاله الماتن سابقا أنه مشهور.

(١١) بأنه غير مشهور.

(١٢) أى شرح الإرشاد.

(١٣) فى اللمعه.

(١٤) و هذا المخدم.

(١٥) أى بالزوج، و لزوم القطع به، لأنه يكون على المولى المقطوع بصحه التدبير المعلق على وفاته.

(١٦) دون الأخير، فلا قطع فيه بل هو على قول مشهور.

(١٧) أى القطع بالزوج دون المخدم.

(١٨) لأن المخدم هو المنصوص دون الزوج بحسب دعوى الشارح.

(١٩) من القطع بالمخدم دون الزوج، للنص على الأول دون الثانى بحسب دعواه.

ص: ٣٨٩

عادت (١) إليهما (٢) لم تتم الشهره فى الزوج (٣) إلا أن يجعل له (٤) مع الزوجيه الخدمه (٥)، و الوقوف على موضع النص (٦) و الوفاق (٧) حسن (٨) (و الوفاء) المعلق (٩) عليها (قد تكون مطلقه (١٠) غير مقيده بوقت، و لا مكان، و لا صفه (و قد تكون مقيده) باحدها كهذه السنه (١١)، (١) أى الشهره.

(٢) إلى الزوج و المخدموم.

(٣) كما اعترف الماتن فى الدروس، هذا و قد جعل الأخيرين من الزوج و المخدموم سابقا على قول مشهور، و هذا لا ينافى نفي الشهره عن الزوج هنا، لأن الكلام السابق من الشارح إنما كان تبعا لظاهر عباره الماتن، و كلامه هنا إنما كان مبنيًا على التحقيق.

(٤) للزوج.

(٥) فيندرج فى المخدموم المنصوص، و عليه فلا داعى لجعله قسيما للمخدموم.

(٦) كما فى المخدموم.

(٧) كما فى المولى.

(٨) و فيه أنه قد عرفت ورود النص فى الزوج و هو خبر محمد بن حكيم المتقدم (١) فراجع أول الفصل من شرحنا.

(٩) أى العتق.

(١٠) المشهور على أن التدبير منقسم إلى مطلق كقوله: إذا مت فأنت حر، و إلى مقيد بشرط أو شروط كقوله: إذا متّ فى سفرى هذا أو فى مرضى هذا أو فى سنتى هذه أو إذا مت حتف أنفى أو إذا قتلت، أو فى بلد كذا فأنت حر، فيصح التدبير لإطلاق أدلته، و لخصوص صحيح ابن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل قال: إن حدث بى حدث فى مرضى هذا فغلامى فلان حر، فقال عليه السلام: يردّ من وصيته ما شاء و يجيز ما شاء) (٢).

و عليه فلو مات على الصفه المذكوره عتق عبده و إلا فلا، و عن الشيخ فى المبسوط بطلان التدبير المعلق، لأنه معلق على شرط فهو كالتق المعلق، و التعليق مناف للجزم بالإنشاء.

و فيه أنه على خلاف النص المتقدم بالإضافة إلى أن التدبير من أصله معلق على الوفاء.

فلم يكن التعليق بما ذكر سابقا منافيا للجزم بالإنشاء، لأنه قد جعل من قيود الموت الذى علق عليه العتق.

(١١) فيما لو قيد بالوقت.

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التدبير حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب الوصايا حديث ٨.

أو في هذا البلد (١)، أو المرض (٢)، و التعليق عليهما (٣) جائز فلا يتحرر (٤) في المقيد بدون القيد (كما تقدم في الوصيه) من جوازها (٥) بعد الوفاه مطلقا و مقيدا.

في صيغه التدبير

(و الصيغه (٦) في التدبير (أنت حر، أو عتيق، أو معتق بعد وفاتي) في المطلق (٧) (أو بعد وفاه فلان): الزوج، أو المخدوم، أو بعد وفاتي هذه السنه، أو في هذا المرض، أو في سفرى هذا، و نحو ذلك في المقيد (٨)، و يستفاد من حصر الصيغه (٩) فيما ذكر: أنه لا ينعقد بقوله: أنت مدبر (١٠) (١) تقييد بالمكان.

(٢) تقييد بالصفه.

(٣) أى تعليق العتق على الوفاه المطلقه و المقيده.

(٤) أى العبد المدبر.

(٥) أى جواز الوصيه.

(٦) لا بد من ذكر المملوك أو الإشاره إليه في صيغه التدبير، لوقوع التدبير عليه، و لكن لا يشترط لفظ مخصوص بل كل ما يدل عليه حقيقه كلفظ هذا أو أنت أو فلان يصح التعبير به هذا من جهه و من جهه أخرى فلا بد من ذكر الموت لأن التدبير عتق علق عليه و لا يشترط فيه لفظ مخصوص أيضا بل يكتفى بكل ما يدل عليه كلفظ بعد وفاتي أو موتى أو انتقالى من هذه الدنيا و نحو ذلك، و من جهه ثالثه لا بد أن يأتى بلفظ يدل على إنشاء الحريه للمملوك كلفظ أنت حر، و لكن لا بد أن يكون لفظ صريحا فيه كالحر و العتيق و المعتق، و لا- تشترط الجملة الاسميه بل تكفى الفعليه كقوله: حررتك بعد وفاتي، نعم ادعى الشارح في المسالك الإجماع على عدم وقوعه بالكنايه، و تبعه على دعوى الإجماع كاشف اللثام، و فى الجواهر منع الإجماع على عدم الاجتزاء بالكنايه مع أن إطلاق أدله التدبير يشملها، و الصحيح أن التدبير يتحقق بكل لفظ دال عليه من دون استثناء إعمالا للعرف فى إنشاء المعانى، و لم يرد نص من الشارع على ألفاظ مخصوصه.

(٧) أى فى التدبير الذى علق على الوفاه المطلقه.

(٨) أى فى التدبير الذى علق على الوفاه المقيده.

(٩) قد استفاد الشارح الحصر من باب حصر المبتدأ بالخبر، و الصيغه مبتدأ و ما ذكر بعدها خبر.

(١٠) اختلف الأصحاب فيما لو قال: أنت مدبر أو دبرتك مقتصرنا عليه، فهل هو لفظ صريح فى التدبير فيقع به، كما عن الشيخ فى المبسوط و العلامه، بل فى الرياض نسبتته إلى جمع كثير، لأن التدبير ظاهر فى معناه و هو العتق دبر الحياه، و هو معنى مشهور عند كل أحد

مقتصرًا عليه (١)، و هو أحد (٢) القولين في المسألة، لأن التدبير عتق معلق على الوفاء كما استفيد من تعريفه فينحصر (٣) في صيغته تفيد (٤).

و وجه الوقوع (٥) بذلك (٦): أن التدبير حقيقه شرعيه في العتق المخصوص (٧) فيكون (٨) بمنزله الصيغه الصريحه فيه (٩)، و في الدروس اقتصر على مجرد نقل الخلاف، و الوجه عدم الوقوع، و لا يقع (١٠) باللفظ مجردا (١١)، بل (مع القصد إلى ذلك) المدلول (١٢) فلا عبره بصيغه الغافل، و الساهي، و النائم، و المكره.

كما أن البيع ظاهر في معناه، بل التدبير كان معروفًا في الجاهليه و قرره الشارح، فلم يستعمل التدبير في غير معناه حتى يكون كناية.

و عن المحقق في الشرائع و الشيخ في الخلاف عدم وقوع التدبير به، لخلوه عن لفظ العتق و الحريه و عليه فهو إما عتق فلا بد من صريح لفظه، و إما وصيه فلا بد من التصريح بالموصى به.

و عن ابن الجنييد و ابن البراج أنه يقع بشرط قصد نيه العتق دبر الحياه، لأن اللفظ المذكور كناية عن العتق بعد الوفاء، فلا يصح الاكتفاء بالكنايه إلا مع النيه.

و مما تقدم سابقا تعرف صحه الوقوع، لكفايه كل لفظ دال عليه عرفا.

(١) على اللفظ المذكور الخالي عن العتق و الحريه المعلقين على الوفاء.

(٢) بل الأقوال ثلاثه.

(٣) أي التدبير.

(٤) أي تفيد العتق المعلق على الوفاء، و ما تقدم من اللفظ المذكور خال عن العتق المعلق على الوفاء.

(٥) أي وقوع التدبير.

(٦) أي بقوله: أنت مدبر.

(٧) و هو المعلق على الوفاء.

(٨) أي قوله: أنت مدبر.

(٩) في العتق المخصوص، الذي هو معلق على الوفاء.

(١٠) أي التدبير.

(١١) لا- بَدَّ من قصد المعنى كما هو الحال فى صيغ العقود و الإيقاعات، بلا خلاف فى ذلك و عليه فلا عبره بعبارة الساهى و الغالط و السكران، و كذا المحرج الذى لا قصد له بسبب إكراهه أو إلجائه إلى التدبير على وجه يرتفع معه قصد المعنى.

(١٢) أى المعنى.

ص: ٣٩٢

فى عدم اشتراط نيه التقرب

(و لا يشترط) فى صحته (١) (نيه التقرب به (٢) إلى الله تعالى، و إن توقف عليه (٣) حصول الثواب على الأقوى (٤)، للأصل (٥)، و لأنه (٦) و صيه (٧) لا عتق بصفه (٨).

و قيل: يشترط (٩) بناء على أنه (١٠) عتق، و إلا لافتقر إلى صيغه بعد الوفاء (١١)، و شرطه (١٢) القربه، و يتفرع عليهما (١٣) صحه تدبير الكافر مطلقا (١٤) أو مع إنكاره (١٥) لله تعالى كما سلف.

فى أن شرط صيغه التدبير التنجيز

(و شرطها) أى شرط صيغه التدبير (التنجيز (١٦) فلو علقها بشرط أو صفه (١) أى صحه التدبير.

(٢) بالتدبير، هذا و قد وقع الخلاف فى اشتراط نيه القريه، فعن الشيخ و المحقق و جماعه عدم الاشتراط، لأن التدبير من جمله الوصايا كما سيأتى تحقيقه، و عن المرتضى و الحلبي و الفاضل فى المختلف اشتراطها، لأن التدبير عتق، و لا عتق إلا ما قصد به وجه الله كما تقدم بيانه.

(٣) على التقرب.

(٤) متعلق بقوله: (و لا يشترط فى صحته نيه التقرب).

(٥) أى أصاله عدم الاشتراط.

(٦) أى التدبير.

(٧) كما سيأتى بيانه، و لا يشترط نيه التقرب فى الوصايا.

(٨) أى بصفه كونه بعد الوفاء.

(٩) أى يشترط فى صحته نيه التقرب.

(١٠) أى التدبير.

(١١) و هو غير محتاج إلى صيغه العتق بعد الوفاء بالاتفاق.

(١٢) أى العتق.

(١٣) على القولين السابقين.

(١٤) سواء قلنا بجواز عتق مطلق الكافر أم بجوازه إذا كان غير جاحد أم قلنا بعدم جواز عتق مطلق الكافر.

(١٥) أى إنكار الكافر، و هذا مبنى على القول باختصاص عدم وقوع العتق بمن ينكر الله تعالى.

(١٦) يشترط فى صيغه التدبير تجريدتها عن الشرط و الصفه فى قول مشهور للأصحاب، لأن

ص: ٣٩٣

كأن فعلت (١) كذا، أو طلعت الشمس (٢) فأنت حر بعد وفاتي بطل (و أن يعلّق (٣) بعد الوفاء بلا فصل (٤)، فلو قال: أنت حر بعد وفاتي بسنه) مثلا (بطل).

وقيل: يصح فيهما (٥) ويكون (٦) في الثاني (٧) وصيه بعته (٨). وهو شاذ.

في شرط المباشر

(و شرط المباشر الكمال (٩) بالبلوغ و العقل (و الاختيار، و جواز التصرف) فلا- التعليق على الشرط أو الصفه مناف للجزم بالإنشاء، و لذا اشترط التنجيز في كل عقد و إيقاع، و التدبير من جمله الإيقاعات، نعم ثبت مشروعيه التعليق فيه على الموت فلا يتعدى إلى غيره، هذا و قد تقدم مرارا معنى الشرط و الصفه من أن الأول هو ما يحتمل وقوعه كقدوم الحاج و الثاني هو متحقق الوقوع في المستقبل كطلوع الشمس في الغد، و عليه فلو قال: إن قدم المسافر فأنت حر بعد وفاتي، أو قال: إذا أهل شهر رمضان مثلا فأنت حر بعد وفاتي لم ينعقد التدبير.

و مما تقدم تعرف ضعف ما عن ابن الجنيّد من جواز تعليق التدبير على الشرط و الصفه، و العجب من الشارح في المسالك حيث جعل اعتبار التنجيز من دون دليل.

(١) تمثيل للشرط.

(٢) تمثيل للصيغه.

(٣) أى العتق في التدبير.

(٤) على المشهور، لأن الشرط و الصفه منافيان للجزم سواء كانا قبل الموت أو بعده، و عن ابن الجنيّد الصحه، و عليه فلو قال: أنت حر بعد وفاتي لسنه صح، و تعرف ضعفه مما تقدم.

(٥) في صورتين، سواء كان التعليق قبل الوفاء كما في الصورة الأولى أو بعد الوفاء كما في الصورة الثانية.

(٦) أى التدبير.

(٧) أى المعلّق بعد الوفاء.

(٨) و لازمه أن يعتقه الورثه.

(٩) لا- يصح التدبير إلا- من بالغ عاقل قاصد مختار جائز التصرف بلا خلاف في الجملة، فلا يصح تدبير الصبي لسلب عبارته شرعا، نعم روى إن كان مميزا له عشر سنين صح وصيته و عتقه كما في كتاب العتق، و التدبير لا يخلو من أحدهما، و لذا ذهب الشيخ في الخلاف إلى صحه تدبير الصبي إذا كان له عشر سنين، و قد تقدم ما يفيد في ذلك، و لا يصح تدبير المجنون لسلب عبارته، و لا تدبير المكره و السكران و لا الساهى و لا الغالط

يصح (١) من الصبى و إن بلغ عشرا، و لا- المجنون المطبق مطلقا (٢) و لا- ذى الأدوار فيه (٣)، و لا المكروه (٤)، و لا المحجور (٥) عليه لسفه مطلقا (٦) على الأقوى.

و قيل: لا (٧)، لا تنفء معنى الحجر بعد الموت (٨).

و يضعف بأن الحجر عليه حيا يمنع العبارة الواقعة حالتها (٩)، فلا تؤثر بعد الموت، أما المحجور عليه لفلس فلا يمنع منه (١٠) إذ لا ضرر على الغرماء، فإنه (١١) إنما يخرج بعد الموت من ثلث ماله بعد وفاء الدين، و مثله (١٢) مطلق وصيه المتبرع بها.

و ينبغى التنبيه على خروجه (١٣) لاشتراط القصد و الاختيار، و لا تدبير المحجور عليه لسفه، لأن التدبير تصرف مالى و هو ممنوع منه، خلافا للشيخ حيث جوزه لكون التدبير تصرفا بعد الموت، و مع الموت يرتفع عنه حكم السفه، و لذا عن التحرير استشكل فى الحكم.

و فيه أن التدبير تصرف فى الحياه و إن تأخر أثره إلى ما بعد الوفاء، و لو سلم أنه تصرف بعد الموت فلا يرتفع عنه حكم السفه و إلا لجاز وصيه السفه بثلثه و هو معلوم البطلان.

و أما المحجور عليه لفلس فسيأتى الكلام فيه.

(١) تفرغ على اشتراط الكمال.

(٢) أى أصلا.

(٣) أى فى دور الجنون.

(٤) تفرغ على اشتراط الاختيار.

(٥) تفرغ على اشتراط جواز التصرف.

(٦) أى و لو لوحظ حال بعد الوفاء كما يظهر ذلك من تعليل القول الآخر.

(٧) أى لا يشترط عدم الحجر لسفه.

(٨) إذ ينقطع حكم السفه عنه بعد الموت، و قد عرفت ضعفه.

(٩) أى حال الحياه.

(١٠) أى فلا يمنع المحجور عليه لفلس من التدبير بلا خلاف فيه، لعدم الضرر على الغرماء لأن التدبير وصيه أو كالوصيه يعتبر فى نفوذه كونه من الثلث بعد أداء الدين.

(١١) أى التدبير.

(١٢) أى و مثل التدبير فى الخروج من الثلث بعد وفاء الدين.

(١٣) أى خروج المحجور عليه لفلس.

ص: ٣٩٥

من اشتراط جواز التصرف (١)، إلا أن يدعى أن المفلس جائز التصرف بالنسبه إلى التدبير و إن كان ممنوعا منه (٢) في غيره (٣).

لكن لا يخلو من تكلف (٤).

(و لا يشترط) في المدبّر (الإسلام (٥) كما لا يشترط (٦) في مطلق الوصيه (فتصح مباشره الكافر) التدبير (و إن كان حربيا)، أو جاحدا للربوبيه، لما تقدم من عدم اشتراط القربه، و للأصل (٧) (فإن دبّر) الحربى حربيا (مثله و استرق أحدهما) بعد التدبير (أو كلاهما بطل التدبير (٨).

أما مع استرقاق المملوك فظاهر، لبطلان ملك الحربى له (٩) المنافى (١٠) للتدبير.

و أما مع استرقاق المباشر فلخروجه (١١)

(١) تعريض بالماتن حيث اشترط جواز التصرف فى المباشر، و لم يستثن المحجور عليه لفس.

(٢) من التصرف.

(٣) أى فى غير التدبير، و عليه فيكون خروجه تخصصا فلا داعى للتنبيه على إخراجة.

(٤) لأن اشتراط جواز التصرف يفيد العموم الشامل للمحجور عليه لفس أو سفه.

(٥) هل يشترط فى المباشر الإسلام كما عن ابن إدريس أو لا- يشترط كما عن المحقق و جماعه، و مبنى الخلاف فيه على أن التدبير وصيه أو عتق، و على الأول فيصح التدبير من الكافر لعدم اشتراط تبه القربه فى الوصايا، و على الثانى يبنى على اشتراط القربه فى العتق و عدم الاشتراط، فإن قلنا باشتراط القربه بمعنى حصول الثواب فلا يصح تدبير مطلق الكافر كما لا يصح عتق الكافر، و إن قلنا باشتراط القربه بمعنى قصد وجه الله فيصح التدبير من الكافر غير الجاحد بالألوهيه كما يصح عتقه، و إن قلنا بعدم اشتراط القربه فى العتق كما هو قول فى المسأله فيصح تدبير الكافر كما يصح عتقه.

(٦) أى الإسلام.

(٧) أى أصاله عدم اشتراط الإسلام فى مباشر التدبير.

(٨) بلا إشكال لما ذكره الشارح فى الروضه مفضّلا.

(٩) للمملوك المسترق.

(١٠) صفه للبطلان.

(١١) أى خروج المباشر.

عن أهليه الملك (١)، و هو (٢) يقتضى بطلان كل عقد و ايقاع جائزين (٣).

فى ما لو أسلم المملوك المدبّر

(و لو أسلم) المملوك (المدبّر) من كافر (بيع على الكافر) قهرا (و بطل تدبيره (٤)، لانتفاء السبيل له (٥) على المسلم بالآيه، و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم «الإسلام يعلو و لا يعلى عليه» و طاعه المولى علو منه (٦)، و التدبير لم يخرج (٧) عن الاستيلاء عليه بالاستخدام و غيره.

و قيل: يتخير المولى بين الرجوع فى التدبير (٨) فيباع عليه، و بين (٩) الحيلولة بينه و بينه (١٠) و كسبه للمولى، و بين استسعائه فى قيمته (١١)، و هو ضعيف لا دليل عليه.

(١) لأنه صار عبدا.

(٢) أى الخروج عن أهليه الملك.

(٣) غير لازم.

(٤) لو دبّر الكافر كافرا مثله فأسلم المملوك بيع على سيده، سواء رجع فى تدبيره أو لم يرجع، لأنه على كل حال باق على ملكه و مستحق لاستخدامه، فهو سبيل له عليه، و لا سبيل للكافر على المسلم لقوله تعالى: وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (١)، و للنبوى (الإسلام يعلو و لا يعلى عليه) (٢).

و عن ابن البراج أنه يتخير بين الرجوع فى التدبير فيباع عليه، و بين الحيلولة بينهما مع كون الكسب للمولى، و بين استسعاء العبد فى قيمته فينفق عليه من كسبه فإن فضل منه شىء فهو للمولى، و قد اعترف فى الجواهر و غيره بعدم الدليل عليه.

(٥) للكافر.

(٦) من المولى.

(٧) لم يخرج المملوك.

(٨) بأن يرجعه إلى الرّق.

(٩) بناء على عدم الرجوع فى التدبير فالعمل بأحد الوجهين من الحيلولة أو الاستسعاء.

(١٠) أى بين المولى الكافر و بين عبده المسلم.

(١١) بعد إخراج نفقه العبد من كسبه.

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٤٠.

٢- (٢) الجامع الصغير ج ١ ص ١٢٣.

نعم لو مات المولى قبل البيع (١) عتق من ثلثه، و لو قصر (٢) و لم يجز الوارث فالباقي رقب، فإن كان الوارث مسلما فله (٣)، و إلا بيع عليه (٤) من مسلم.

فى ما لو حملت المدبّره

(و لو حملت المدبّره من مملوك (٥) بزنا، أو بشبهه، أو عقد على وجه يملكه السيد (فولدها مدبّر) كأمه.

(١) و قبل الرجوع أيضا.

(٢) أى الثلث عن قيمه العبد المدبّر.

(٣) أى فالباقي للوارث المسلم.

(٤) على الوارث الكافر.

(٥) لو حملت المدبّره بمملوك لمولاها كان مدبّرا كأمه بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح أبان بن تغلب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبّر مملوكته ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها و ترك أولاده منها، قال عليه السلام:

أولاده منها كهيتها، فإذا مات الذى دبّر أمهم فهم أحرار(١)، و صحيح يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام (سألت عن جاريه أعتقت عن دبر من سيدها، قال: فما ولدت فهم بمنزلتها و هم من ثلثه، و إن كانوا أفضل من الثلث استسعوا فى النقصان)٢، و خبر أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (ما ولدت الضعيفه المعتقه عن دبر بعد التدبير فهو بمنزلتها، يرقون برقها و يعتقون بعثتها، و ما ولد قبل ذلك فهو مماليك لا يرقون برقها و لا يعتقون بعثتها)٣، نعم يعارضها خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألت عن رجل قال: إذا متّ فجاريته فلانه حره، فعاش حتى ولدت الجاريه أولادا، ثم مات ما حالها؟ قال: عتقت الجاريه و أولادها مماليك)٤.

و هو محمول على التقيه، ثم مقتضى إطلاق الأخبار المتقدمه عدم الفرق بين كون الولد من عقد أو زنا أو شبهه، لأن المدار فى الأخبار على ما تلده و هو شامل للجميع و إن كان من الزنا.

و لا يتوهم أنه لو كان من الزنا فلا يلحق بها شرعا، و لازمه عدم تدبيره لأن المدار على (ما تلده) كما ورد فى النصوص و هو شامل لولد الزنا فضلا عن ترجيح جانب المالىه فى الرق فلذا كان ولدها من الزنا ملكا للمولى دون مولى الزانى، و عليه فما دام ملكا له سواء كان من عقد أو غيره فتدبير أمه يشملها.

ص: ٣٩٨

و يشكل (١) فى الزنا مع علمها (٢)، لعدم لحوقه بها شرعا، لكن الشيخ و جماعه اطلقوا الحكم، و المصنف فى الدروس قيده (٣) بكونه (٤) من مملوك (٥) المدبّر فلو كان من غيره (٦) لم يكن مدبّرا (٧).

و استشكل (٨) حكم الزنا، و الأخبار مطلقه (٩) فى لحوق أولادها بها فى التدبير حيث يكونون ارقاء. فالقول بالإطلاق (١٠) أوجه.

نعم اشتراط إلحاقهم (١١) بها (١٢) فى النسب (١٣) حسن، ليتحقق النسب.

و اعلم أن الولد بفتح الواو و اللام، و بضمها فسكونها (١٤) يطلق (١٥) على الواحد و الجمع، و قد يكون الثانى (١٦) جمعا لولد كأسد و أسد، و يجوز و طء المدبره و لا يكون رجوعا (و لو حملت من سيدها صارت أم ولد) و لم يبطل (١) أى الحكم بلحوق الولد فى تدبير أمه.

(٢) أى علم الأم بالتحريم، و قيد العلم بها، لأنه قد يكون مع علم الأب خاصه فيكون الفعل شبهه منها.

(٣) أى قيد الحكم بلحوق الولد فى تدبير أمه.

(٤) أى بكون ولد المدبّره.

(٥) بحيث كان للسيد أمه و عبدا مدبرين، و قد زوج السيد أمته من عبده فما ولدته الأم فهو مدبّر كأبويه.

(٦) أى لو كان ولد المدبره من غير مملوك المدبّر.

(٧) أى ولد المدبّره.

(٨) أى الماتن فى الدروس.

(٩) غير مقيد بكون ولد المدبره من مملوك المدبّر، و غير مقيده بكونه من غير الزنا، بل المدار فيها على (ما تلده) و هو يشمل ولد الزنا.

(١٠) سواء كان ولد المدبّره من مملوك المدبّر أو من غيره، و سواء كان بعقد أو شبهه أو زنا.

(١١) أى أولاد المدبّره.

(١٢) بالمدبره.

(١٣) و عليه فتخرج صوره الزنا.

(١٤) أى بضم الواو و سكون اللام.

(١٥) بكلا اللفظين.

(١٦) أى بضم الواو و سكون اللام.

ص: ٣٩٩

التدبير (١) (فتعتق) بعد موته (من الثلث (٢) بسبب التدبير (فإن فضلت (٣) قيمتها عن الثلث (فمن نصيب الولد) يعتق الباقي (٤)).

(و لو رجع) المولى (فى تدبيرها) و لها ولد (٥) (لم يكن) رجوعه فى تدبيرها (رجوعا (٦) فى تدبير ولدها)، لعدم الملازمه بينهما (٧) و تحقق الانفكاك (٨)، و عدم دلالة عليه (٩) بإحدى الدلالات (و لو صرح بالرجوع فى تدبيره) أى تدبير الولد (فقولان (١٠):

(١) لا خلاف و لا إشكال أن المدبره رق يجوز لمولاها التصرف فيها باستخدام و وطء، و إن حملت منه لم يبطل التدبير، بل قد اجتمع لها سببان للعتق التدبير و الاستيلاد، و الأول أسبق، و على كل فتعتها فى السببين متوقف على وفاه سيدها، فإذا مات و الولد حى عتقت من ثلث تركته بالتدبير لأنه السبب السابق، فإن لم يف الثلث بها عتق الباقي منها بالاستيلاد الذى هو السبب المتأخر، و يحتسب هذا الباقي من نصيب ولدها، فإن وفى فهو و إلا- استسعت فى الباقي، هذا و خالف الشافعى حيث حكم بإبطال التدبير عند استيلادها، لأن الاستيلاد أقوى، إذ هو لازم بخلاف التدبير الذى هو جائز، و فيه عدم التنافى بينهما حتى يقدم الأقوى، بل يجتمعان لعتقها و يكون الأول أسبق أثرا كما عرفت. و مما يدل على جواز وطء المدبره صحيح أبى مريم عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل يعتق جاريتته عن دبر، أ يطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها، فقال: أى ذلك شاء فعل) (١).

(٢) أى ثلث تركه المولى.

(٣) أى زادت.

(٤) بسبب الاستيلاد، و إن وفى النصيب فهو و إلا استسعت فى الباقي.

(٥) بحيث قد حصل لها بعد التدبير و يكون مدبرا بالتبع كما تقدم.

(٦) سيأتى أن للمولى حق الرجوع فى التدبير، فلو رجع فى تدبيرها فلا يكون رجوعا فى تدبير ولدها، لعدم الملازمه بين الأم و ولدها، بل ستعرف أنه لا يجوز للمولى الرجوع فى الولد و إن رجع فى الأم، و هذا أكبر دليل على عدم سرايه الرجوع إلى تدبير الولد.

(٧) بين الأم و ولدها.

(٨) أى الانفكاك الوجودى بين الأم و ولدها فلا يكون الدال على أحدهما دالا على الآخر.

(٩) أى عدم دلالة الرجوع فى تدبير الأم على الرجوع فى تدبير ولدها.

(١٠) عن ابن إدريس و العلامه و الفخر و الشهيد و أكثر المتأخرين جواز الرجوع فى تدبير الولد

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب التديير حديث ١.

أحدهما الجواز (١) كما يجوز الرجوع في تدبيرها، لكون التدبير جائزا فيصح الرجوع فيه، و الفرع (٢) لعموم الأدله الداله على جواز الرجوع في التدبير، ولأن تدبير الولد فرع عن تدبير أمه، ولا يزيد الفرع عن أصله، و عليه فكما جاز الرجوع في تدبير الأم فيجوز الرجوع في تدبير الولد.

و عن الشيخ في النهايه و الخلاف و المبسوط و ابني البراج و حمزه و المحقق في النافع بل نسب إلى الأكثر عدم جواز الرجوع في تدبير الولد لصحيح أبان بن تغلب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبر مملوكه ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها و ترك أولاده منها، قال: أولاده منها كهيتها، فإذا مات الذي دبر أمهم فهم أحرار، قلت له: أ يجوز للذي دبر أمهم أن يرد في تدبيره إذا احتاج؟ قال: نعم، قلت: أ رأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج و بقي أولادها من الزوج الحر أ يجوز لسيدها أن يبيع أولادها، و أن يرجع عليهم في التدبير؟ قال: لا، إنما كان له أن يرجع في تدبير أمهم إذا احتاج و رضيت هي بذلك) (١).

و أشكل على الروايه من حيث اشتمالها على كون أبيهم حرا و هذا ما يوجب تبعيه الأولاد في الحريه له فكيف حكمت الروايه بأنهم مماليك، و أشكل أيضا عليها بأنها فرقت بين تدبير الأم و تدبير ولدها من ناحيه جواز الرجوع في الأول دون الثاني، مع أنه تفريق بلا فارق ما دام كل منهما تدبيرا.

و يرد الإشكال الأول بجواز كون الأولاد مملوكين لاشتراط رقيتهم من مولى الزوجه المملوكه و هذا جائز على ما قد تقدم الخلاف فيه، و يرد الإشكال الثاني بأن نفس النص الصحيح المتقدم هو الفارق بين التدبيرين على أن تدبير الأم إنما هو بفعل المالك فيجوز له الرجوع فيه، بخلاف تدبير الولد الذي هو بالسرايه و لا اختيار للمالك فيه فلذا لا يجوز له الرجوع فيه، و هذا ليس بعزيز، بل له نظائر فالفسخ بالخيار يقتضى فسخ عقد البيع بالنسبه لشخص المبيع، و لا يقتضى الفسخ في النماء المنفصل، بل يبقى النماء للمشتري و إن ردت العين للبائع فكذلك هنا فالرجوع فسخ لما حصل بصيغه التدبير الحاصله من المولى و المتعلقه بالأم، و لا يتعلق الفسخ بالتدبير المتعلق بالنماء - الذي هو الولد - لأن النماء لا يقبل الفسخ و لا الرجوع.

(١) أى يجوز للمولى أن يرجع في تدبير الولد.

(٢) و هو تدبير الولد، و كان فرعا لأنه متفرع عن تدبير أمه.

ص: ٤٠١

لا يزيد على أصله. و الثاني (١) و هو الذى اختاره الشيخ مدعى الاجماع و جماعه منهم المصنف فى الدروس.

(و) هو (المروى) صحيحا عن أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام (المنع (٢)، و لأنه (٣) لم يباشر تدبيره (٤)، و إنما حكم به (٥) شرعا فلا يباشر ردّه (٦) فى الرقّ، و بهذا يحصل الفرق بين الأصل (٧) و الفرع (٨).

(و دخول الحمل (٩) فى التدبير للأّم مروى) فى الصحيح عن الحسن بن على (١) أى القول الثانى.
(٢) خبر قوله (و الثانى).

(٣) أى و لأن المولى، و هو دليل ثان على المنع بعد صحيح أبان الذى هو الدليل الأول.

(٤) أى تدبير الولد.

(٥) بتدبير الولد تبعا لتدبير أمه.

(٦) أى فلا يباشر المولى ردّ الولد فى الرق بأن يرجع فى تدبيره.

(٧) و هو تدبير الأم الذى صدر بمباشره المولى.

(٨) و هو تدبير الولد الذى حكم به شرعا للتبعيه، فما باشره المولى فيجوز له الرجوع فيه، و ما لم يباشره فلا يجوز له الرجوع فيه.

(٩) أى الحمل الحاصل قبل التدبير، و هذا بخلاف الحمل الحاصل بعد التدبير الذى تكلمنا عنه فى الفرع السابق فيما لو حملت المدبره و لو من الزنا فحملها مدبر.

هذا فلو دبر حاملا فعن الشيخ فى النهايه و ابن الجنيد و ابن البراج و ابن حمزه بل فى الدروس نسبتبه إلى المشهور أنه إذا علم المولى بالحمل فهو مدبر أيضا، و إلا فهو رق لخبر الوشاء فى الصحيح عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (سألته عن رجل دبر جاريه و هى حبل، فقال: إن كان علم بحبل الجاريه فما فى بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلم فما فى بطنها رق) (١).

و عن الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و جماعه عدم التبعيه و إن علم المولى بوجود الحمل، للأصل، و لانفصال الحمل عنها وجودا فلا بدّ أن ينفصل عنها حكما و لذا لا يدخل فى بيعها و عتقها و غيرها إلا مع التصريح بالدخول فكذا التدبير، و لموثق عثمان بن عيسى عن أبى الحسن الأول عليه السلام (سألته عن امرأه دبرت جاريه لها فولدت الجاريه جاريه

ص: ٤٠٢

الوشاء عن الرضا عليه السلام قال: سألته عن رجل دبّر جاريتة و هي حبلى فقال: «إن كان علم بحبل الجاربه فما فى بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلم فما فى بطنها رق».

و الروايه كما ترى داله على اشتراط دخوله (١) بالعلم (٢) به، لا مطلقا (٣) فكان على المصنف أن يقيدته (٤) حيث نسبه (٥) إلى الروايه.

نعم ذهب بعض الأصحاب (٦) إلى دخوله فى تدبيرها مطلقا (٧) كما يدخل (٨) لو تجدد (٩)، نفيسه، فلم تدر المرأه حال المولوده، أ هي مدبره أو غير مدبره، فقال لى: متى كان الحمل بالمدبره، أقبل ما دبّرت أو بعد ما دبّرت؟ فقلت: لست أدرى و لكن أجنبي فيهما جميعا، فقال: إن كانت المرأه دبّرت و بها حبل و لم تذكر ما فى بطنها فالجاربه مدبره و الولد رق، و إن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر فى تدبير أمه(١٠).

و وجه الاستدلال قوله عليه السلام (و لم تذكر ما فى بطنها) و المعنى و لم تذكر المرأه ما فى بطن الجاربه عند التلفظ بصيغه التدبير فالجاربه مدبره و الولد رق، و عليه فيكون المدار على قصد المولى و عدمه بعد حمل خبر الوشاء على صورته القصد، و هو حمل غير بعيد، لأن خبر الوشاء قيد دخول الحمل فى تدبير الأم بصوره علم المولى بحبل الجاربه، و يحمل العلم على القصد جمعا بين الخبرين لأن العلم سبب للقصد. و عن القاضى ابن البراج القول بسرايه التدبير مطلقا علم المولى بالحمل أو لم يعلم، و الخبران المتقدمان حجه عليه.

(١) أى دخول الحمل فى التدبير.

(٢) أى بسبب العلم به.

(٣) حتى مع عدم العلم.

(٤) أى يقيد دخول الحمل فى التدبير.

(٥) أى نسب دخول الحمل فى تدبير أمه.

(٦) و هو ابن البراج.

(٧) علم المولى بالحمل أو لا.

(٨) أى يدخل الحمل فى تدبير أمه.

(٩) أى لو تجدد الحمل بعد تدبير أمه.

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب التديير حديث ٢.

إلا أنه (١) غير مروى (٢)، و بمضمون الروايه (٣) أفتى الشيخ فى النهايه و جماعه (كعتق الحامل (٤) فإنه يتبعها الحمل على الروايه السابقه (٥).

و الأظهر عدم دخوله (٦) فيها (٧) مطلقا (٨)، و حملت هذه الروايه (٩) على ما إذا قصد تدبير الحمل مع الأم و أطلق العلم على القصد مجازا، لأنه (١٠) مسبب عنه (١١). و قد روى الشيخ أيضا فى الموثق عن الكاظم عليه السلام عدم دخوله (١٢) مطلقا (١٣)، فالحمل (١٤) طريق الجمع.

(و يتحرر المدبّر) بعد الموت (١٥) (١) أى إطلاق دخول الحمل فى تدبير أمه.

(٢) فلا يصح نسبه الإطلاق إلى الروايه حينئذ.

(٣) الداله على تقييد دخول الحمل فى التدبير بعلم المولى بوجوده.

(٤) قد تقدم فى آخر كتاب العتق أن الحمل لا يتبع الحامل فى العتق لانفصاله عنها، على المشهور، و تقدم أن الشيخ و بنى زهره و البراج و سعيد على أنه يتبعها فى العتق استنادا إلى خبر السكونى عن جعفر عن آبائه عليهم السلام (فى رجل أعتق أمته و هى حبلى و استثنى ما فى بطنها، قال: الأمه حره و ما فى بطنها حر لأن ما فى بطنها منها) (١)، و تقدم أن السكونى عامى و الخبر موافق للعامه.

(٥) و هى خبر السكونى المتقدم.

(٦) أى الحمل.

(٧) فى الأم تدبيرا كما لا يدخل عتقا.

(٨) علم المولى أم لا.

(٩) أى روايه الوشاء الوارده فى التدبير.

(١٠) أى القصد.

(١١) عن العلم.

(١٢) أى دخول الحمل فى تدبير أمه.

(١٣) علم المولى بوجوده أو لم يعلم ما لم يذكره المولى فى التدبير.

(١٤) أى حمل خبر الوشاء على صورته قصد تدبير الحمل هو طريق الجمع بين الخبرين.

(١٥) أى بعد موت المولى المدبّر.

ص: ٤٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤٩ - من كتاب العتق حديث ١.

(من الثلث) كالوصيه (١) (١) وقع الخلاف بينهم في أن التدبير وصيه كما عن الشيخ في المبسوط و المحقق في النافع و العلامه في بعض كتبه لموثق زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن المدبر أ هو من الثلث؟ قال: نعم و للموصى أن يرجع في وصيته، أوصى في صحه أو مرض) (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (المدبر من الثلث، و للرجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحه أو مرض) (٢) و عن المشهور أنه بمنزله الوصيه بمعنى أنه عتق معلق على الوفاه و لكن له أحكام الوصيه من جواز الرجوع فيه و خروجه من الثلث و غير ذلك من أحكامها، لصحيح معاويه بن عمار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبر فقال: هو بمنزله الوصيه يرجع فيما شاء منها) (٢)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (المدبر مملوك، و لمولاه أن يرجع في تدبيره، إن شاء باعه و إن شاء وهبه و إن شاء أمهره، قال: و إن تركه سيده على التدبير و لم يحدث فيه حدثا حتى يموت سيده فإن المدبر حر إذا مات سيده و هو من الثلث، إنما هو بمنزله رجل أوصى بوصيته ثم بدا له بعد فغيرها قبل موته، و إن هو تركها و لم يغيرها حتى يموت أخذ بها) (٣).

و الأقوى أنه بمنزله الوصيه لأنه لو كان وصيه محضه لافتقر في عتقه إلى صيغه بعد الموت، بعد حمل أخبار كونه وصيه على أنه بمنزله الوصيه.

هذا من جهه و من جهه أخرى لا يلزم من كونه بمنزلتها مساواتها في جميع الأحكام، بل المراد أنه بمنزلتها في الأحكام المسئول عنها في الأخبار من كونه من الثلث و جواز الرجوع فيه و نحو ذلك مما سيمر عليك.

و من جهه ثالثه لا خلاف و لا إشكال في أن المدبر ينعق بموت مولاه من ثلث مال المولى، فإن خرج منه و إلا تحرر من المدبر بقدر الثلث، و عليه فلو لم يكن للمولى سواه عتق ثلثه.

و من جهه رابعه لما كان التدبير وصيه أو بمنزلتها فيأخذ حكمها من كونه من الثلث بعد أداء الدين سواء كان الدين متقدما على التدبير أم متأخرا على المشهور خلافا للشيخ في النهايه و القاضي ابن البراج حيث قدّم التدبير على الدين، إذا كان التدبير سابقا عليه و إلا قدّم الدين استنادا لصحيح أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبّر غلامه

ص: ٤٠٥

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب التدبير حديث ٢ و ٤.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب التدبير حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب التدبير حديث ٣.

في ما لو جامع الوصايا كان كأحدها

(و لو جامع (١) الوصايا) كان كأحدها (قدّم الأول (٢) فالأول) إن لم يكن فيها (٣) واجب (٤) (و لو كان على الميت دين قدّم الدين) من الأصل، سواء كان (٥) متقدما على التدبير أم متأخرا (٦). و منه (٧) الوصيه بواجب مالي (٨) (فإن فضل) من التركة شيء (٩) و لم يكن هناك وصيه تقدّم عليه (١٠) (عتق من المدبّر ثلث ما بقى (١١) إن و عليه دين فرارا من الدين، قال: لا تدبير له، و إن كان دبّره في صحه منه و سلامه فلا سبيل للديان عليه) (١)، و خبر ابن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السلام عن بيع المدبّر قال:

إذا أذن في ذلك فلا بأس به، و إن كان على مولى العبد دين فدبّره فرارا من الدين فلا تدبير له، و إن كان قد دبّره في صحه و سلامه فلا سبيل للديان عليه، و يمضى تدبيره) ٢.

و هما قاصران عن معارضه ما تقدم من إطلاق النصوص الداله على أنه بمنزله الوصيه و أنه من الثلث. كما في الجواهر.

و من جهه خامسه لما كان التدبير وصيه أو بمنزلتها فلو جامع الوصايا فيكون كأحدها يقدّم الأول منها فالأول من الثلث على ما تقدم في كتاب الوصايا.

(١) أي التدبير.

(٢) أي الأول من الوصايا.

(٣) في الوصايا.

(٤) أي واجب مالي كالخمس و الزكاه فإنه مقدم من الأصل على ما تقدم بيانه في كتاب الوصايا.

(٥) الدين.

(٦) على المشهور و في هذا رد على الشيخ و ابن البراج حيث ذهبا إلى التفصيل.

(٧) و من الدين.

(٨) كالخمس و الزكاه.

(٩) بعد تقديم الدين و الواجب المالي.

(١٠) على التدبير، و الوصيه المقدمه عليه هي الأسبق ذكرا.

(١١) أي ما بقى من التركة بعد إخراج الدين، و عليه فيعتق من المدبر بمقدار ثلاثه الباقي من التركة بعد إخراج الدين، و انعتاق بعض المدبر من الثلث كما هو عباره الماتن متوقف على كون الثلث لم يف بقيمة العبد، و إلا لو و في بقيمته أو زاد عليها عتق

تمام العبد المدبّر من

ص: ٤٠٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب التدبير حديث ٢ و ١.

لم يزد (١) عن قيمته (٢) كغيره (٣) من الوصايا المتبرع بها، حتى لو لم يفضل (٤) سواء (٥) عتق ثلثه، فإن لم يفضل عن الدين شيء (٦) بطل التدبير.

و لو تعدد المدبّر و التدبير (٧) بدئ بالأول فالأول (٨)، و بطل ما زاد عن الثلث إن لم يجز الوارث، و إن جهل الترتيب (٩)، أو دبّرهم بلفظ واحد استخرج الثلث (١٠) بالقرعه، و بالجمله فحكمه (١١) حكم الوصيه.

هذا كله إذا كان التدبير متبرعا (١٢) به، و علّق على وفاه المولى ليكون (١٣) كالوصيه، فلو كان (١٤) الثلث كما هو واضح، و كما هو الحال في كل الوصايا المتبرع بها.

(١) أي لم يزد ما بقى من التركة، و قد أتى الشارح بهذا القيد لتصحيح عبارته الماتن الداله على عتق بعض المدبر من ثلث ما بقى من التركة.

(٢) أي عن قيمه المدبر، و إلا فلو ساواها أو زاد عليها لعتق تمام المدبّر من ثلث ما بقى.

(٣) أي كغير المدبّر.

(٤) أي من التركة بعد إخراج الدين.

(٥) سوى المدبّر.

(٦) أي شيء من التركة.

(٧) لو دبّر جماعه من مماليكه، فإن خرجوا من الثلث فذاك، و إلا ينظر فإن تعددت صيغه التدبير بأن كان لكل عبد مدبّر صيغه تخصه بدئ بالأول فالأول إلى أن يستوفى الثلث، لأحقية السابق بعد كون التدبير وصيه أو ما هو بمنزلتها، و لا بد عند تعدد الوصايا من تقديم الأسبق فالأسبق إلى حين استيفاء الثلث.

و لو جهل الأسبق أو اتحدت صيغه التدبير للجميع استخرج بالقرعه بمقدار ثلث التركة، لأن القرعه لكل أمر مشكل، و ظاهرهم الاتفاق عليه و لم ينقل الخلاف عن أحد.

(٨) عند العلم بالأسبق.

(٩) في صورته تعدد التدبير.

(١٠) أي استخرج ثلث التركة منهم.

(١١) أي حكم التدبير.

(١٢) أي غير واجب عليه بنذر و شبهه.

(١٣) أى التديبر المعلق على وفاه المولى.

(١٤) أى التديبر المعلق على وفاه المولى.

ص: ٤٠٧

واجبا بنذر و شبهه (١) حال الصحه (٢)، أو معلقا (٣) على وفاه غيره (٤) فمات (٥) فى حياه المولى فهو من الأصل (٦)، (١) كالعهد و اليمين.

(٢) أى حال صحه المولى، و إلا فلو كان فى مرض موت المولى لخرج من الثلث، كما فى كل تصرف فى حال الموت.

(٣) أى كان التدبير معلقا على وفاه غير المولى من الزوج و المخدوم، و هو غير واجب بنذر و شبهه.

(٤) غير المولى من الزوج و المخدوم.

(٥) أى المعلق عليه من الزوج و المخدوم.

(٦) أى أصل التركة، بعد حمل الأخبار المتقدمه الداله على خروج المدبّر من الثلث على الغالب من كونه معلقا على موت المولى، هذا من جهه و من جهه ثانيه فالمدبر على وفاه غير المولى يخرج من الأصل فيما إذا مات المعلق عليه فى زمن حياه المولى لأنه كتعجيل العتق فى حال حياه المولى، فلا بدّ أن يخرج من الأصل، و لو مات المعلق عليه بعد موت المولى فلا بدّ أن يخرج من الثلث لأنه كالمعلق على وفاه المولى.

و من جهه ثالثه فالمنذور إن كان قد وقع نذره فى حال مرض موت المولى فهو من الثلث، لأن كل تصرفات الإنسان فى حال مرض الموت كذلك، و إن وقع نذره فى حال صحه المولى فلا يخلو إما أن يكون المنذور هو التدبير - أى صدور التدبير منه - و إما العتق بعد الوفاه و مثال الأول قوله: لله على أن أدبر عبدى، و مثال الثانى قوله: لله على عتق عبدى بعد وفاتى، و عليه، فإن كان الأول فهو من الثلث كما عن الشارح فى المسالك و الروضه هنا، لأن العبد بالنذر قد صار واجب التدبير، فإذا دبّره مولاه فقد خرج عن النذر و لحقه حكم التدبير، و قد عرفت أن من أحكام التدبير خروجه من الثلث.

و إن كان الثانى فهو من الأصل، لأنه بالنذر أصبح عتقه بعد الوفاه من الواجب عليه، و الواجبات الماليه تخرج من الأصل، كما لو نذر الصدقه بمال بعد الوفاه، فإنه يخرج من الأصل لأنه واجب مالى.

و عن التحرير للعلامه المساواه بين الأمرين فى الخروج من الأصل، و نقله فى الدروس عن ظاهر الأصحاب مشعرا بدعوى الإجماع عليه، و بانعقاده صرح المرتضى فى الانتصار.

و هو الأظهر، لأن الغرض من كلا النذرين التزام الحريه بعد الوفاه، فتكون الحريه المنذوره من الواجبات الماليه فتخرج من الأصل، و ليس الغرض من الأول صدور صيغه التدبير منه حال الحياه فقط.

و لو مات (١) بعد المولى فهو من الثلث أيضا (٢).

هذا (٣) إذا كان النذر مثلا، لله على عتق عبدى (٤) بعد وفاتى و نحوه.

و أما لو قال: لله على أن أدبر عبدى (٥) ففى الحاقه (٦) به (٧) فى خروجه (٨) من الأصل نظر، لأن الواجب بمقتضى الصيغه (٩) هو إيقاع التدبير عليه (١٠)، فإذا فعله (١١) و فى بنذره، و صار التدبير كغيره (١٢)، لدخوله (١٣) فى مطلق التدبير.

و مثله (١٤) ما لو نذر أن يوصى بشيء (١٥) ثم أوصى به، أما لو نذر جعله (١٦) صدقه بعد وفاته، أو فى وجه سائغ (١٧) و هذا التفصيل الذى أتى به الشارح و سبقه إليه ابن نما من كون النذر المتعلق بصيغه التدبير مما يخرج من الثلث قد تبع فيه بعض العامه كما فى الرياض.

(١) أى المعلق عليه من مخدوم و زوج.

(٢) كما لو علق على وفاه المولى.

(٣) أى يخرج من الأصل إذا كان واجبا بنذر و شبهه حال الصحه.

(٤) فهو تمثيل لكون المنذور عتق العبد بعد الوفاء، فيخرج من الأصل، لأنه واجب مالى.

(٥) تمثيل لكون المنذور هو التدبير.

(٦) أى النذر الثانى.

(٧) بالنذر الأول.

(٨) أى خروج النذر.

(٩) أى صيغه النذر.

(١٠) على العبد.

(١١) أى فإذا فعل المولى إيقاع التدبير عليه.

(١٢) من أفراد التدبير غير المنذوره من حيث خروج الجميع من الثلث.

(١٣) أى لدخول التدبير المنذور بعد تحقق النذر.

(١٤) أى و مثل نذر التدبير فى أنه من الثلث.

(١٥) بحيث كان المنذور هو الوصيه، فلو أوصى فقد و في بنذره، و صار الموصى به كغيره من الوصايا يخرج من الثلث.

(١٦) أى جعل الشىء.

(١٧) أى نذر جعل الشىء بعد وفاته فى وجه سائغ، و الفرق بين الصدقه و الوجه السائغ أن الصدقه مشروطه بالرجحان ليصح التقرب بها إلى الله، بخلاف الوجه السائغ فيكفى فيه عدم الحرمة.

ص: ٤٠٩

فكنذر العتق (١).

و نقل المصنف (٢) عن ظاهر كلام الأصحاب (٣) تساوى القسمين (٤) فى الخروج من الأصل، لأن الغرض (٥) التزام الحرية بعد الوفاء، لا مجرد الصيغه (٦)، و نقل (٧) عن ابن نما رحمه الله الفرق (٨) بما حكيناه (٩). و هو (١٠) متجه، و على التقديرين (١١) لا يخرج (١٢) بالنذر عن الملك (١٣) فيجوز له (١٤) استخدامه (١٥) و وطؤه إن كانت جاريه.

نعم لا يجوز نقله (١٦) (١) أى كما لو نذر عتق عبده بعد وفاته، من أنه يخرج من الأصل، لأنه واجب مالى، و الخروج من الأصل هو الشأن فى كل واجب مالى.

(٢) فى الدروس.

(٣) مشعرا بدعوى الإجماع عليه.

(٤) من نذر التدبير و نذر العتق بعد الوفاء.

(٥) أى لأن الغرض من نذر التدبير.

(٦) أى صيغه التدبير.

(٧) أى المصنف فى الدروس.

(٨) أى الفرق بين نذر التدبير و نذر العتق.

(٩) من أن نذر التدبير هو نذر لإيقاع صيغه التدبير عليه، فإذا فعله و فى بنذره و صار التدبير كغيره لدخوله فى مطلق التدبير فى خروجه من الثلث، بخلاف نذر العتق بعد الوفاء، فالعتق حينئذ بعد النذر واجب مالى يخرج من الأصل.

(١٠) أى الفرق.

(١١) من كون النذرين متساويين فى الإخراج من الأصل، و من كون الفرق بين النذرين بخروج نذر التدبير من الثلث، و نذر العتق من الأصل.

(١٢) أى المنذور تدبيره أو عتقه.

(١٣) أى عن ملك مولا، فيجوز للمولى استخدامه إن كان عبدا، و وطؤه إن كان أمه، و لا- يجوز له نقله عن ملكه بالاتفاق، لاستلزامه الحنث فى نذره، و لو أخرجه صح الإخراج، لأن النهى فى المعاملات لا- يقتضى الفساد، و يأثم و عليه الكفاره فى صورته العلم بالنذر.

(١٤) للمولى.

(١٥) أى استخدام المملوك إذا كان عبداً.

(١٦) أى نقل المندور تدبيره، و عدم جواز نقله مبنى على عدم الفرق بين القسمين، و إلا فعلى

ص: ٤١٠

عن ملكه، فلو فعل (١) صح (٢) و لزمته الكفاره (٣) مع العلم (٤)، و لو نقله عن ملكه ناسيا (٥) فالظاهر الصحه (٦) و لا كفاره، لعدم الحنث (٧). و فى الجاهل وجهان (٨).

و الحاقه بالناسى قوى. و لو وقع النذر فى مرض الموت (٩) فهو (١٠) من الثلث مطلقا (١١).

فى أنه يصح الرجوع فى التدبير

(و يصح الرجوع فى التدبير (١٢) المتبرع به ما دام (١٣) حيا، كما يجوز الرجوع فى الوصيه، و فى جواز الرجوع فى الواجب بنذر و شبهه ما تقدم من عدم الفرق بين القسمين فلو نذر تدبيره و بعد التدبير يكون قد و فى بالنذر، و لا يحرم نقله كسائر أفراد التدبير.

(١) بأن نقله عن ملكه.

(٢) أى صح الفعل و النقل.

(٣) أى كفاره حنث النذر مع الإثم أيضا.

(٤) أى العلم بالحنث.

(٥) أى ناسيا للنذر.

(٦) أى صحه النقل.

(٧) لأن النسيان عذر شرعى.

(٨) من أنه عامد إلى النقل الموجب للحنث، و من أنه جاهل للحكم، و الجهل عذر شرعى كالنسيان.

(٩) أى فى مرض موت المولى.

(١٠) فالمدبّر المنذور.

(١١) سواء كان المنذور هو التدبير أو العتق بعد الوفاء، لأن النذر من تصرفات مريض الموت، و الشأن فيها خروجها من الثلث على كل حال.

(١٢) قد ثبت سابقا أن التدبير وصيه أو ما هو بمنزلتها، و على كل فيجوز الرجوع فيه كما يجوز الرجوع فى الوصيه، و هذا كله فى التدبير المتبرع به، و أما لو كان واجبا بنذر و شبهه فعلى المشهور من أنه واجب مالى يخرج من الأصل فلا يجوز له الرجوع لأن الرجوع عن التدبير حنث للنذر، و هو غير جائز، و على التفصيل من أن نذر التدبير تدبير يلحقه حكمه بخلاف نذر العتق بعد الوفاء، فيصح الرجوع فى الأول بعد ما تحقق النذر و هو إيقاع صيغه التدبير، بخلاف الثانى فلا يصح فيه الرجوع لاستلزامه الحنث

فى النذر.

(١٣) أى المولى.

ص: ٤١١

الجواز (١) إن كانت صيغته لله على عتقه بعد وفاتي (٢)، و مجيء الوجهين (٣) لو كان متعلق النذر هو التدبير، من خروجه (٤) عن عهده النذر بايقاع الصيغه كما حققناه (٥)، و من (٦) أنه (٧) تدبير واجب (٨) و قد اطلقوا لزومه (٩).

و الرجوع يصح (قولا (١٠) مثل رجعت في تدبيره) و أبطلته و نقضته و نحوه (و فعلا كأن يهب) المدبر و إن لم يقبض، (أو يبيع (١١)، (١) أي من عدم جواز الرجوع كما لا يجوز النقل.

(٢) أي في نذر العتق بعد الوفاء، لأن الرجوع مستلزم للحنث في النذر.

(٣) من جواز الرجوع و عدمه.

(٤) دليل لجواز الرجوع، و المعنى و من خروج المولى.

(٥) في التفصيل المتقدم.

(٦) دليل لعدم جواز الرجوع.

(٧) أي و من أن التدبير الذي هو متعلق النذر.

(٨) لا يجوز الرجوع عنه لئلا يلزم الحنث في النذر، إذ غاية النذر التزام حريته بعد الوفاء لا مجرد الصيغه.

(٩) أي لزوم التدبير الواجب على التقديرين.

(١٠) إذا ثبت جواز الرجوع في التدبير، فالرجوع قد يكون بالقول، كقوله: رجعت في هذا التدبير أو أبطلته أو رفعته أو ما أشبه ذلك، و قد يكون بالفعل، كأن يهب المدبر لغيره، و إن لم يقبضه، فإنه يبطل التدبير بالهبة، لدالاتها على الرجوع خلافا لابن حمزه حيث اشترط في صحه الهبة تقديم الرجوع القولى حتى تصح هبته حينئذ.

و من الرجوع الفعلى عتق المدبر، فإنه تعجيل لما تشبث به المدبر من الحريه، و قد زاده خيرا و من جمله الرجوع الفعلى ما لو أوقف المدبر في سبيل الله، و إن لم يقبضه لدلاله الوقف على الرجوع كالهبة و الخلاف فيه كالخلاف فيها.

(١١) من مصاديق الرجوع الفعلى بيع المدبر، لاقتضاء البيع خروجه عن ملكه المنافى لبقاء تدبيره، و لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (عن رجل دبر مملوكه ثم احتاج إلى ثمنه فقال: هو مملوكه إن شاء باعه و إن شاء أعتقه و إن شاء أمسكه حتى يموت، فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه) (١)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (المدبر مملوك،

ص: ٤١٢

(أو يوصى به (١) و إن لم يفسخه (٢) قبل ذلك (٣)، أو يقصد به (٤) الرجوع على أصح القولين (٥).

و لا- فرق (٦) بين قبول الموصى له الوصيه، و ردها، لأن فسخه (٧) جاء من قبل ايجاب المالك (٨)، و لمولاه أن يرجع في تدبيره، إن شاء باعه و إن شاء وهبه، و إن شاء أمهره(١).

و عن الشيخ في النهايه لا يجوز بيعه قبل أن ينقضى تدبيره، فلو باعه قبل النقص لا يبطل التدبير و يمضى البيع في خدمته دون رقبته للجمع بين الأخبار المتقدمه الداله على جواز البيع مطلقا و بين خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام (باع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خدمه المدبر و لم يبع رقبته)(٢) و خبر القاسم بن محمد عن علي قال (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريه له عن دبر في حياته قال: إن أراد بيعها باع خدمتها في حياته، فإذا مات أعتقت الجاريه، و إن ولدت أولادا فهم بمنزلتها)٣.

و عن الصدوق و العماني أنه لا يجوز بيعه إلا أن يشترط على المشتري أن يعتقه عند موت البائع لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (في الرجل يعتق غلامه أو جاريته في دبر منه ثم يحتاج إلى ثمنه أ يبيعه؟ فقال: لا إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته)(٣).

(١) من جمله مصاديق الرجوع الفعلى الوصيه بالعبد المدبر، لاقتضاء الوصيه إخراج الموصى به عن ملك الموصى بعد وفاته و هذا مناف لبقاء تدبير العبد فيبطل، خلافا للشافعي في أحد قوله كما في الجواهر.

(٢) أى لم يفسخ المولى التدبير.

(٣) أى قبل هذه المذكورات، لتضمن هذه المذكورات على الرجوع.

(٤) أى يقصد بما ذكر من الهبه و البيع و الوصيه، و عدم اشتراط قصد الرجوع لأن هذه المذكورات متضمنه للرجوع فلا داعى لقصده.

(٥) فى الهبه و الوصيه بخلاف البيع فالأقوال فيه ثلاثه.

(٦) فى بطلان التدبير بالوصيه.

(٧) أى فسخ التدبير.

(٨) أى فسخ التدبير إنما جاء من إيجاب المالك بلا دخل لقبول الموصى له فى ذلك، و عليه

ص: ٤١٣

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب التدبير حديث ٤ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - من كتاب التدبير حديث ٦.

و لا يعود التدبير بعوده (١) مطلقا (٢) (و إنكاره (٣) ليس برجوع) و إن حلف (٤) المولى، لعدم الملازمه (٥)، فإذا كان الإيجاب هو المؤثر فى فسخ التدبير فلا يعود التدبير لو بطل الإيجاب، و يبطل الإيجاب عند رد الموصى له، لأنه مع الرد و عدم القبول لا يؤثر الإيجاب أثره فى خروج الموصى به عن ملك الموصى إلى ملك الموصى له.

(١) أى يعود المدبّر إلى ملك مالكة، و هو دفع لتوهم، حاصل التوهم أن عله بطلان التدبير هو خروج المدبّر عن ملك مولاه، فلو عاد إلى ملكه عند بطلان الإيجاب و عدم قبول الموصى له فلا بدّ أن يعود التدبير.

و الدفع أن عله التدبير هو إيجاب الوصيه، بإنشاء إخراجها عن الملك و قد تم الإيجاب فلا بد أن يرتفع التدبير، و مع ردّ الموصى له لا يرتفع الإيجاب لأنه قد وقع غايته لا يؤثر أثره فى النقل و هذا شىء آخر.

(٢) سواء كان ذلك فى الوصيه أو الهبه أو البيع، فلو وهبه أو باعه بطل التدبير، و إن ردّ المتهب أو المشتري، لأن السبب فى بطلان التدبير هو إيجاب إنشاء النقل و قد تحقق، و إن لم يتحقق الانتقال لعدم القبول.

(٣) أى و إنكار التدبير من قبل المولى ليس رجوعا عن التدبير، لأن الإنكار أعم من الرجوع فكيف يدل عليه، و وجه الأعميه إمكان استناد الإنكار إلى نسيان التدبير، و الإنكار المستند إلى النسيان لا يدل على الرجوع، هذا و الفرق واضح بين الإنكار الذى هو إنكار أصل إيقاع التدبير، و بين الرجوع الذى هو إنشاء الرجوع عن التدبير.

و قيل و القائل الشيخ: يكون الإنكار رجوعا، لأن الإنكار دفع للتدبير فى سائر الأزمان فهو أبلغ من الرجوع المقتضى لرفعه فى الزمن المستقبل خاصه، و فيه ما تقدم من عدم التلازم بينهما، نعم لو قصد بالإنكار الرجوع كان رجوعا إلا فى الطلاق فقد ورد النص الصحيح على أن إنكاره رجوع عنه و قد تقدم فى بابه.

(٤) لو ادعى العبد التدبير فأنكر المولى، فالتقول قول المولى مع يمينه لأنه منكر، و الكلام فى إنكار المولى هنا كالكلام فى إنكاره السابق و أنه ليس برجوع، و أما الحلف فهو ليس رجوعا و إنما يؤكد الإنكار، و الحلف يرفع التدبير ظاهرا، نعم لا يرفع التدبير واقعا بحيث لو مات السيد و قد وقع منه التدبير واقعا فالعبد حر فيما بينه و بين الله تعالى.

و تظهر الفائده فى عدم رفعه واقعا و أن الحلف ليس رجوعا فيما لو اعترف المولى بعد الحلف بكذبه فيه، فإن جعلنا الإنكار رجوعا لم يعد العبد مدبّرا باعتراف المولى بالرجوع، و إن لم نجعله رجوعا فيثبت التدبير ظاهرا كما هو ثابت واقعا.

(٥) بين الإنكار و الرجوع، إذ الأول أعم لاحتمال النسيان.

و لاختلاف اللوازم (١)، فإن الرجوع يستلزم الاعتراف به (٢)، و إنكاره (٣) يستلزم عدمه، و اختلاف اللوازم يقتضى اختلاف الملزومات (٤).

و يحتمل كونه (٥) رجوعاً، لاستلزامه (٦) رفعه (٧) مطلقاً (٨) و هو (٩) أبلغ من رفعه (١٠) فى بعض الأزمان (١١)، و فى الدروس قطع بكونه (١٢) ليس برجوع إن جعلناه (١٣) عتقاً، و توقف (١٤) فيما لو جعلناه (١٥) وصيه، و نسب القول بكونه (١٦) رجوعاً إلى الشيخ.

و قد تقدم اختياره (١٧) أن إنكار الطلاق رجعه، و العلامه حكم بأن إنكار سائر العقود الجائزه ليس برجوع إلا الطلاق (١٨).

و الفرق بينه (١٩)، (١) بين الإنكار و الرجوع.

(٢) بالتدبير، إذ الرجوع عنه فرع الإقرار به.

(٣) أى إنكار التدبير يستلزم عدم الاعتراف بالتدبير.

(٤) من الإنكار و الرجوع.

(٥) أى كون الإنكار، و هو قول فى المسأله كما فى المسالك و غيره.

(٦) أى لاستلزام الإنكار.

(٧) أى رفع التدبير.

(٨) فى كل الأزمان.

(٩) أى الرفع فى كل الأزمان.

(١٠) أى رفع التدبير.

(١١) و هو الزمن الاستقبالى كما يتحقق ذلك فى الرجوع.

(١٢) أى بكون الإنكار.

(١٣) أى جعلنا التدبير.

(١٤) أى المصنف فى الدروس بكون الإنكار رجوعاً.

(١٥) أى جعلنا التدبير.

(١٦) أى بكون الإنكار.

(١٧) أى اختيار المصنف هنا فى اللمعه.

(١٨) لورود النص الصحيح فيه، و هذا ما صرح به فى المسالك أيضا.

(١٩) أى بين التدبير.

ص: ٤١٥

و بين غيره (١) غير واضح.

فى التدبير يبطل بالإباق

(و يبطل التدبير بالإباق) من مولاه (٢) سواء فى ذلك الذكر، و الأثنى لا بالإباق من عند مخدومه المعلق عتقه على موته (٣).

و قد تقدم ما يدل عليه (٤) (فلو ولد له (٥) حال الإباق) أولاد من أمه لسيدته، أو غيره (٦) (١) من سائر العقود و الإيقاعات ما عدا الطلاق، بالقطع من أن الإنكار ليس رجوعا فى غيره، و أما فيه فإن كان عتقا فكذلك و إن كان وصيه فمشكل كما عن المصنف فى الدروس فهذا غير واضح.

(٢) المدبّر على وفاه مولاه لو أبق بطل تدبيره بلا خلاف فيه لخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن جاريه مدبّره أبقّت من سيدها سنينا، ثم جاءت بعد ما مات سيدها بأولاد و متاع كثير، و شهد لها شاهدان أن سيدها كان دبّرها فى حياته قبل أن تأبق، فقال عليه السّلام: أرى أنها و جميع ما معها للورثة، قلت: لا تعتق من ثلث سيدها؟ فقال: لا إنها أبقّت عاصيه لله عزّ و جلّ و لسيدها، و أبطل الإباق التدبير) (١)، و خير العلاء بن رزين عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل دبّر غلاما له فأبق الغلام - إلى أن قال - فقال عليه السّلام: العبد و ولده رق لورثه الميت، قلت: أليس قد دبّر العبد؟ فذكر أنه لما أبق هدم تدبيره و رجع رقا) ٢.

(٣) أى موت المخدوم بلا خلاف فيه لصحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (الرجل يكون له الخادم و يقول: هى لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهى حرة فتأبق الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين، ثم يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها إذا أبقّت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت) (٢) و عليه فالفارق بين الحكّمين هو النص ليس إلا هذا من جهه و من جهه أخرى لو علق عتقه على وفاه الزوج فأبق، فلا يبطل تدبيره، لأن بطلان التدبير بالإباق عند التعليق على وفاه المولى على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورده.

(٤) على حكم الإباق من المولى و حكمه من المخدوم و الفرق بينهما.

(٥) للمدبّر الآبق.

(٦) أى أمه لغير سيده.

ص: ٤١٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التدبير حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التدبير حديث ١.

حيث يلحق به (١) الولد، أو حره (٢) عالمة بتحريم نكاحه (كانوا ارقاء) مثله (٣) (و أولاده قبله (٤) على التدبير) و إن بطل في حقه، استصحابا للحكم السابق (٥) فيهم مع عدم المعارض.

في أن التدبير يبطل بارتداد السيد

(و لا يبطل) التدبير (بارتداد السيد (٦) عن غير فطره فيعتق لو مات (٧) على رده، أما لو كان (٨) عن فطره ففي بطلانه (٩) (١) بالمدير الآبق، و إلحاق الولد به مبنى على تحقق شرائطه من كونه فوق الستة أشهر من حين الوطء و لم يتجاوز أقصى الحمل و أن لا يكون الولد من زنا.

(٢) عطف على قوله (من أمه) و المعنى فلو ولد للمدير الآبق حال الإباق ولد من حره عالمة بتحريم نكاحه و لو من ناحيه عدم إذن المولى له لأنه آبق أو لكونها أزيد من النصاب الذى هو حرتان للعبد يلحق الولد بها لأنه من زنا من ناحيتها فلا يأخذ حكمها بالتبعيه من ناحيه الحريه، بل يلحق بأبيه و يأخذ حكمه بالتبعيه من ناحيه الرقيه.

(٣) و لا تدبير لهم لبطلان تدبير أبيهم و قد نص على ذلك خير ابن مسلم و خبر العلاء المتقدمين.

(٤) أى و أولاد الآبق الموجوده قبل الإباق فهم على التدبير، و لا يبطل تدبيرهم بإباقه، للاستصحاب الجارى فى تدبيرهم من دون معارض و إن بطل تدبيره بإباقه.

(٥) من سرايه التدبير إليهم.

(٦) لو ارتد السيد لا عن فطره بعد التدبير لم يبطل التدبير بلا خلاف فيه، لعدم خروج ماله عن ملكه بالارتداد، إذ المرتد الملى لا يقتل بل يستتاب، و عليه فلو مات السيد المرتد فى حال الرده عتق المدير من ثلث ماله.

(٧) أى السيد.

(٨) ارتداد السيد.

(٩) أى بطلان تدبير العبد، فعن المشهور البطلان لزوال ملك المرتد الفطرى، لأنه يجب قتله على كل حال و تنتقل تركته إلى ورثته و إن لم يقتل فعلا، و مع زوال الملك يبطل التدبير، إذ لا عتق إلا فى ملك.

و عن الشيخ فى ظاهر المبسوط عدم البطلان لسبق حق المدير على حق الوارث، فلا ينتقل إليه، و إذا مات السيد انعتق ثلث المدير إذ لا مال للمرتد سواه لانتقال سائر التركة إلى الورثه من حين الارتداد.

نعم نقل الشارح فى المسالك و صاحب الجواهر أنه ربما قيل بانعتاقه من حين الارتداد تنزيلا للرده منزله الموت، و هو بعيد، لأنه المرتد الفطرى و إن وجب قتله قد لا يقتل لقصور فى بسط يد الحاكم أو لهروبه، فكيف يحكم بعتق المدير مع أنه معلق على الوفاه.

نظر. من انتقال (١) ماله (٢) عنه في حياته. و من تنزيلها (٣) منزله الموت فيعتق بها.

و الأقوى الأول، و لا يلزم من تنزيلها (٤) منزله الموت في بعض الأحكام (٥) ثبوته (٦) مطلقا (٧)، و إطلاق العبارة (٨) يقتضى الثاني.

و قد استشكل الحكم (٩) في الدروس، لما ذكرناه (١٠) (و) كذا (لا) يبطل (١١) (بارتداد العبد إلا أن يلحق بدار الحرب) قبل الموت (١٢) لأنه اباق، و لو التحق (١) دليل بطلان التدبير، و هو دليل المشهور.

(٢) مال المرتد الفطرى.

(٣) أى تنزيل الرده، و هو دليل على انعتاقه بمجرد الرده، و قد ترك قول الشيخ الدال على صحه التدبير و أنه ينعق بعد وفاه السيد، إلا أن الانعتاق للثلث على ما تقدم.

(٤) أى تنزيل الرده.

(٥) كعده الزوجه فإنها تعدد عده المتوفى عنها، و انتقال التركة إلى الورثه.

(٦) أى ثبوت التنزيل.

(٧) فى كل الأحكام.

(٨) أى و إطلاق عبارة الماتن هنا الشامله للملى و الفطرى يقتضى أن يكون حكم الفطرى على تنزيل الرده منزله الموت فينعق بمجرد الرده و فيه: أن عبارة الماتن و إن كانت شامله للملى و الفطرى لكن لا تقتضى ما قاله الشارح بل تقتضى عدم بطلان التدبير حتى فى الفطرى، و لعل المصنف قد مال إلى قول الشيخ المتقدم من أنه لا يبطل التدبير و لا ينعق العبد إلا بعد وفاه السيد المرتد، و لا ينعق إلا ثلثه.

(٩) ببطلان التدبير بارتداد السيد عن فطره.

(١٠) من كون الرده الفطريه بمنزله الموت فيقتضى انعتاق العبد بها.

(١١) أى التدبير، لو ارتد المملوك و لو كان عن فطره فلا يبطل تدبيره و إن حكم بقتله للأصل، نعم لو التحق بدار الحرب بعد ذلك بطل تدبيره، لأن الالتحاق بدار الحرب إباق منه لأنه فرار من سيده، و الإباق هادم للتدبير، و عليه لو مات المدبّر بعد ارتداده و قبل التحاقه بدار الحرب تحرّر لحصول المقتضى، و عن ابن الجنيّد الحكم ببطلان التدبير بسبب الارتداد قياسا على بطلان التدبير بسبب الالتحاق بدار الحرب بدعوى أن الإباق هدم التدبير لأنه معصيه للمولى المدبّر، فيجب أن يكون الارتداد هادما للتدبير لأنه معصيه لله، و معصيه الله أشدّ و فيه أنه قياس مع الفارق، إذ يصدق الفرار و الإباق على الثانى دون الأول، و النص قد اقتصر على الإباق دون الارتداد.

(١٢) أى قبل موت مولاہ.

ص: ٤١٨

بعده (١) تحرر من الثلث، و الفارق بين الارتداد و الإباق - مع أن طاعه الله أقوى (٢)، فالخروج عنها (٣) أبلغ من الإباق (٤) - النص، و قد يقرب (٥) بغناء الله تعالى عن طاعته (٦) له، بخلاف المولى، مع أن (٧) الإباق يجمع معصيه الله تعالى و المولى، بخلاف الارتداد (٨). ففقه الارتداد ممنوعه.

فى أن كسب المدبّر للمولى

(و كسب المدبّر فى الحياه) أى حياه المولى (للمولى (٩)، لأنه (١٠) رق) لم يخرج بالتدبير عنها (١١) (و لو استفاده (١٢) بعد الوفاه (١٣) فله (١٤) جميع كسبه أن خرج (١٥) من الثلث، و إلا (١٦) فبنسبه ما أعتق منه (١٧)، و الباقي) من كسبه (للوارث).

هذا إذا كان تدبيره معلقا على وفاه المولى، فلو كان معلقا على وفاه غيره (١٨)، (١) أى لو التحق بدار الحرب بعد موت المولى تحرر من الثلث لحصول المقتضى من التدبير و عدم المانع، إذ لا يتوهم إلا-الالتحاق و هو لم يحصل فى زمن حياه المولى ليكون إباقا هادما للتدبير.

(٢) من طاعه المولى.

(٣) عن طاعه الله، و الخروج عنها بالارتداد.

(٤) الذى هو خروج عن طاعه المولى.

(٥) أى يقرب الفارق بين بطلان التدبير بالإباق و عدم بطلانه بالارتداد.

(٦) أى عن طاعه المرتد.

(٧) فارق ثان.

(٨) فإنه معصيه لله تعالى خاصه.

(٩) بلا خلاف فيه، لأن المدبّر لم يخرج عن ملك مولاه بالتدبير.

(١٠) أى لأن المدبّر.

(١١) عن الرقيه.

(١٢) أى استفاد الكسب.

(١٣) أى وفاه المولى.

(١٤) فللمدبّر.

(١٥) أى خرج المدبّر من ثلث تركه سيده، و جميع كسبه حينئذ له لأنه حر.

(١٦) أى و إن لم يخرج جميعه من ثلث تركه سيده.

(١٧) من كسبه بمقدار ما عتق منه.

(١٨) غير المولى من المخدم و الزوج.

ص: ٤١٩

و تأخرت (١) عن وفاه المولى فكسبه بعد وفاه مولاه ككسبه قبلها (٢) لبقائه على الرقيه، و لو ادعى بعد الموت (٣) تأخر الكسب و أنكره (٤) الوارث حلف المدبّر (٥)، لأصالة عدم التقدم (٦).

النظر الثاني - فى الكتابه

فى معنى الكتابه و ثوابها

(النظر الثانى - فى الكتابه (٧) و اشتقاقها من الكتب (٨)، و هو الجمع (٩)، لانضمام بعض النجوم إلى بعض (١٠). و منه (١١) كتبت الحروف. و هو (١٢) مبنى (١) أى وفاه الغير المعلق عليها عتق العبد.

(٢) قبل وفاه المولى فيكون الكسب للورثه، لأنه رق لهم فكسبه لهم أيضا.

(٣) أى ادعى العبد تأخر الكسب بعد وفاه المولى.

(٤) أى أنكر تأخر الكسب.

(٥) أى العبد، لأنه صاحب يد على المال، فهو المنكر واقعا و تكون الدعوى مال تحت يد العبد بعد تحرره فهو له بحسب الظاهر، و ادعى عليه الوارث أنه اكتسبه قبل تحرره فهو له، و أنكر ذلك العبد المحرّر فالقول قول المنكر مع يمينه.

(٦) أى أصالة عدم تقدم الكسب على الوفاه هذا تعليل عليل، لأنه معارض بأصالة عدم تقدم الموت على الكسب.

(٧) قال الشارح فى المسالك: (المكاتبه و الكتابه مصدران مزيدان مشتقان من المجرد و هو الكتب، و أصله الضم و الجمع، يقول: كتبت البغله إذا ضمنت بين شفريرها بحلقه، و كتبت القره إذا أوكيت رأسها.

و منه الكتابه لما فيها من ضم بعض الحروف إلى بعض، و الكتيبه لانضمام بعضهم إلى بعض، فسّمى هذا العقد كتابه لانضمام النجم فيها إلى النجم، أو لأنها توثق بالكتابه من حيث إنها منجمه مؤجله، و ما يدخله الأجل يستوثق بالكتابه، و لذلك قال الله تعالى:

إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ أَنْتَهُ.

(٨) كمصدر مجرد.

(٩) أى الكتب بمعنى الضم و الجمع.

(١٠) النجم هو الزمن الذى يحلّ فيه أجل الدين، لأن العرب كانوا يوقتون بطلوع النجم، لأنهم لا يعرفون الحساب، فكانوا يسمون الوقت الذى يحلّ فيه الأداء نجما، ثم توسعوا حتى سمّوا الوظيفه نجما.

(١١) أى و من الكتب بمعنى الضم و الجمع.

(١٢) أى اشتقاق الكتابه من الكتب بمعنى الضم.

ص: ٤٢٠

على الغالب (١)، أو الأصل من وضعها (٢) بآجال متعددة، وإلا فهو (٣) ليس بمعتبر عندنا (٤) وإن اشترط الأجل (٥).

(و هي مستحبه (٦)

(١) أي هذا الاشتقاق - باعتبار ضمّ بعض النجوم إلى بعض - مبنى على الغالب في الكتابه، أو هو الأصل فيها إذ كانت الكتابه عند وضعها باعتبار ضم بعض النجوم إلى بعض، ولكن ضمّ بعض النجوم إلى بعض غير معتبر عندنا في صدق الكتابه فلا ينافيه اتحاد الأجل.

(٢) أي وضع الكتابه.

(٣) أي ضم بعض النجوم إلى بعض بالآجال المتعدده.

(٤) في صدق الكتابه فيكفي اتحاد الأجل.

(٥) أي وإن اشترطنا الأجل في الكتابه.

(٦) ذهب بعض العامه إلى وجوبها لظاهر الأمر في قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا، وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ (١).

و الأمر محمول عندنا على الاستحباب بالاتفاق، ولكنه مع الأمانه المفسره بالديانته، و الاكتساب المفسر بالمال للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عزّ و جلّ: فكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا، قال: الخير إن علمت أن عنده مالاً) ٣، و صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في حديث، قال: (سألته عن قول الله عزّ و جلّ: فكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا، قال: الخير إن علمت أن عنده مالاً) ٣، و صحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عزّ و جلّ: فكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا، قال: الخير أن يشهد أن لا إله إلا الله و أن محمداً رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و يكون بيده عمل يكتسب به، أو يكون له حرفه) ٤، و في المقنع قال: (و روى في تفسيرها: إذا رأيتموهم يحبون آل محمد صلى الله عليه و آله و سلم فارفعوهم درجة) (٣).

و الأخبار قد صرحت باشتراط الديانته - لئلا يضيع العبد ما يحصله، بل يصرفه إلى السيد ليعتقه فلذا عتبر بعضهم عنها بالأمانته هذا من جهه و من جهه أخرى فبعض الأخبار قد

ص: ٢٢١

١- (١) سورة النور، الآية: ٣٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتبه حديث ١ و ٢ و ٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتبه حديث ٧.

(مع الأمانة) و هي الديانة (و التكسب) للأمر بها (١) في الآية مع الخير (٢)، و أقل مراتبه (٣) الاستحباب، و فسر الخير بهما (٤) لإطلاقه (٥) على الأول (٦) في مثل قوله تعالى: وَ مَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمُهُ اللَّهُ (٧). فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ (٨) و على الثاني (٩) في مثل قوله تعالى: وَ إِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ (١٠) و إِنَّ تَرَكَ خَيْرًا (١١) صرّح باشتراط وجود مال عنده إلا أنه محمول على قدرته على التكسب جمعا بين الأخبار.

و من جهة ثالثة فالمشهور على تأكيد الاستحباب مع اجتماع الشرطين عند سؤال المملوك الكتابه لظاهر قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ (١).

و ذهب المحقق في النافع إلى تأكيد استحباب الكتابه مع التماس العبد و لو كان عاجزا لموثق سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد يكاثبه مولاه و هو يعلم أن ليس عنده قليل و لا كثير، قال: يكاثبه و إن كان يسأل الناس، و لا يمنعه المكاتبه من أجل أنه ليس له مال، فإن الله يرزق العباد بعضهم من بعض، و المؤمن معان، و يقال: المحسن معان) (٢)، مع أن المشهور كما في المسالك على عدم استحباب الكتابه عند فقد الشرطين أو أحدهما، و عن المبسوط أنه مكروه، مع أن النص المتقدم حجه عليهم بالإضافه إلى رجحان العتق مطلقا كما تقدم في بابه الدال على مطلق استحبابها.

(١) بالكتابه.

(٢) أى الخير الموجود فى الآية.

(٣) أى مراتب الأمر، و حملة على الاستحباب هنا اتفاقى كما تقدم.

(٤) أى بالديانة و التكسب، و قد عرفت أن تفسير الخير بهما إنما هو للأخبار.

(٥) أى إطلاق الخير.

(٦) الديانة.

(٧) سورة البقره، الآية: ١٩٧.

(٨) سورة الزلزله، الآية: ٧.

(٩) أى و يطلق الخير على الثانى أى التكسب.

(١٠) سورة العاديات، الآية: ٨.

(١١) فى آيه الوصيه سورة البقره، الآية: ١٨٠، و الخير فى الآية هنا المال و سببه التكسب.

١- (١) سورة النور، الآية: ٣٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المكاتبه حديث ١.

فحمل عليهما (١)، بناء على جواز حمل المشترك (٢) على كلا معنييه إما مطلقاً (٣)، أو مع القرينه، و هي (٤) موجوده لصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: **إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا** قال: **إِنْ عَلِمْتُمْ لَهُمْ دِينًا وَمَالًا** و رواه الكليني بسند صحيح.

و حينئذ (٥) يندفع ما قيل: **إِنْ اسْتَعْمَلَ الْمَشْتَرَكُ فِي مَعْنِيهِ مَرْجُوحٌ (٦)، أَوْ مَجَازٌ (٧) لَا يَصَارُ إِلَيْهِ (٨).**

نعم روى في التهذيب عن الحلبي صحيحاً عنه عليه السلام في الآية قال: **إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ مَالًا (٩) بغير ذكر الدين، و المثبت (١٠) مقدم.**

(و يتأكد) الاستحباب (١١) (بالتماس العبد) مع جمعه (١٢) للوصفين (١٣) أما مع عدمهما (١٤)، (١) أي فحمل لفظ الخير الوارد في آيه المكاتبه على الديانه و التكسب في إطلاق واحد.

(٢) و هو الخير هنا.

(٣) و لو مع عدم القرينه.

(٤) أي القرينه موجوده في المقام.

(٥) أي و حين حمل المشترك على كلا معنييه بالقرينه.

(٦) إذ الأصل استعمال اللفظ و لو كان مشتركاً في معنى واحد.

(٧) لأن اللفظ المشترك قد وضع بوضعين لمعنيين مع قيد الوحده، فاستعماله في المعنيين بدون قيد الوحده استعمال له في بعض ما وضع له و هو استعمال مجازي.

(٨) لا يصار إليه عند تردد المشترك بين استعماله في معنى واحد من معانيه و هو استعمال حقيقي و بين استعماله في معنييه و هو استعمال مجازي، و الاستعمال الحقيقي مقدم على المجازي، لاحتياج الثاني إلى قرينه و الأصل عدمها.

(٩) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتبه حديث ٣.

(١٠) أي الخبر المثبت للشرط الآخر مقدّم على ما لم يثبت، لأن غير المثبت لم يتعرض لفيه فلا تعارض بينهما.

(١١) أي استحباب المكاتبه.

(١٢) أي جمع العبد.

(١٣) من الديانه و الكسب.

(١٤) أى عدم الوضعين.

ص: ٤٢٣

أو أحدهما (١) فلا (٢) في ظاهر كلام الأصحاب، و في النافع أنها (٣) تتأكد بسؤال المملوك و لو كان عاجزا (٤). فجعل (٥) الاستحباب مع عدم سؤاله مشروطا بالشرطين، و معه (٦) يكتفى (٧) بالأول (٨) خاصة (٩) (و لو عدم الأمران (١٠) الصادق (١١) بعدم أحدهما (١٢)، و عدمهما معا (فهى (١٣) مباحه) على المشهور.

و قيل: مكروهه (١٤).

في أنها معامله مستقلة

(و هى (١٥) معامله) بين المولى، و المملوك (مستقلة) بنفسها على الأشهر (١٦)

(١) أى عدم أحدهما.

(٢) أى فلا يتأكد الاستحباب.

(٣) أى الكتابه المستحبه.

(٤) أى عاجزا عن التكسب.

(٥) أى جعل المحقق فى النافع أصل الاستحباب مع عدم التماس العبد مشروطا بالشرطين، و مع الالتماس يتأكد الاستحباب و لو كان عاجزا و هذا على خلاف ظاهر كلامهم.

(٦) أى و مع سؤال العبد.

(٧) أى يكتفى المحقق فى الاستحباب بل و تأكده.

(٨) و هو الديانه.

(٩) من دون اشتراط التكسب و لذا قال: (و لو كان عاجزا).

(١٠) من الديانه و المال.

(١١) صفه لعدم الأمرين.

(١٢) أى بعدم أحد الشرطين و صادق بعدم الشرطين معا، لأن الكل كما ينتفى بانتفاء جميع أجزائه ينتفى بانتفاء بعض أجزائه.

(١٣) أى الكتابه.

(١٤) كما عن الشيخ فى المبسوط، و قد تقدم ما فى هذين القولين.

(١٥) أى المكاتبه.

(١٦) وقع الخلاف بينهم فى حقيقه المكاتبه، فهل هى عتق بصفه كما عن بعض العامه، و المراد بالصفه هو العوض المعلوم على المملوك إلى أجل مضبوط، و ليس له دليل إلا- أن المكاتبه فيها خصائص العتق فهو عتق بعوض، و هو ضعيف لعدم صدق العتق عليها عرفاً، و عدم قصد العتق فى عقد المكاتبه على أن العتق مشروط بالتنجيز و القربه، و هما منفيان فى المكاتبه، و الاتحاد بين العتق و المكاتبه فى الغايه أو فى بعض الأحكام لا يقتضى

ص: ٤٢٤

و تختص بوقوعها (١) بين المالك و مملوكه (٢)، و أن (٣) العوض و المعوض ملك السيد، و أن (٤) المكاتب (٥) على درجه بين الاستقلال و عدمه (٦)، و أنه (٧) يملك من بين العبيد، و يثبت له (٨)

اندراج المكاتبه تحت اسم العتق و إلا لدخل الكثير فى المعاملات فى بعضها البعض.

و عن أبى الصلاح و ابن زهره و ابن إدريس أنها بيع للعبد من نفسه، لتحقق بعض خواص البيع فيها باعتبار ذكر العوض، و فيه أن البيع يقتضى المغايره بين البائع و المشتري و بينها و بين العوضين مع أن المبيع هنا فى المكاتبه هو نفس المشتري، و البيع يقتضى قبول المشتري للملك و هذا يستدعى أهليه المشتري للملك، و الأهليه مفقوده هنا، إذ المملوك لا يملك، و البيع يقتضى كون العوض ملكا للمشتري و المعوض ملكا للبائع مع أن العوض و المعوض هنالك العبد و كسبه ملك للبائع الذى هو المولى بالإضافة إلى أنه لو كان يباع لثبت المال فى ذمه العبد و عتق فى الحال، مع أن التالى باطل مضافا إلى صحه سلب اسم البيع عن المكاتبه و تغاير مفهومهما عرفا، على أن البيع لا يفتقر فى صحته إلى ذكر الأجل مع أن الكتابه مشروطه بذكر الأجل كما سيأتى إلى غير ذلك المنافيات لكونها بيعا.

لذلك ذهب المشهور إلى أن المكاتبه معامله مستقلة خارجه عن قياس المعاملات من جهه أنها دائره بين السيد و العبد مع أن العبد ملك لسيد و أن العوضين للسيد، و أن المكاتب على مرتبه متوسطه بين الرق و الحريه، فليس له استقلال الأحرار و لا عجز المماليك، نعم لما كانت الحاجه داعيه إلى المكاتبه لأن السيد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجانا و المملوك لا يشمر عن ساعده للكسب ما لم يكاتب شرعا حينئذ الشارع و رتب عليها أحكاما و اغتفر فيها ما لا يغتفر فى غيرها.

(١) أى بوقوع المكاتبه.

(٢) مع أن بقيه المعاملات تجرى بين مالكين أو لا تجرى بين المالك و ماله، هذا و الشارح قد استدلل بهذه الخواص على أن المكاتبه لا تلحق بغيرها بل هى عقد مستقل لعدم وجود هذه الخواص فى غيرها.

(٣) خاصيته ثانیه فى المكاتبه.

(٤) خاصيته ثالثه فى المكاتبه.

(٥) بعد الكتابه.

(٦) فليس له استقلال الأحرار و لا عجز المماليك.

(٧) أى و أن المكاتب، و هذه خاصيته رابعه فى المكاتبه.

(٨) للمكاتب و هذه خاصيه سادسه فى المكاتبه.

أرشد الجنايه على سيده (١)، و عليه (٢) الارش للسيد المجنى عليه، و تفارق (٣) البيع باعتبار الأجل (٤) فى المشهور، و سقوط (٥) خيار المجلس، و الحيوان و عدم قبولها لخيار الشرط (و ليست (٦) يباع للعبد من نفسه) و ان اشبهته (٧) فى اعتبار العوض المعلوم، و الأجل المضبوط على تقدير ذكره (٨) فى البيع، لمخالفتها (٩) له (١٠) فى الأحكام، و لعبد ملك الإنسان (١١) نفسه فلو باعه (١٢) نفسه بثمان مؤجل لم يصح (و لا- عتقا (١٣) بصفه) و هى (١٤) شرط عوض معلوم على المملوك فى أجل مضبوط.

و هو (١٥) وفاق، خلافا لبعض العامه.

فى ما يشترط فى المتعاقدين

(و يشترط فى المتعاقدين الكمال) بالبلوغ، و العقل (١٦)، (١) لو جنى سيده عليه.

(٢) و على المكاتب.

(٣) أى المكاتبه و هذه خاصيه سابعه فى المكاتبه.

(٤) أى باعتبار الأجل فى المكاتبه فى المشهور و يأتى غير المشهور، و أما البيع فلا يشترط فى صحته ذكر الأجل.

(٥) عطف على قوله (باعتبار الأجل) و المعنى و المكاتبه تفارق البيع بسقوط خيار المجلس و الحيوان فيها دون البيع، و كذا لا تقبل لخيار الشرط بخلاف البيع فإنه قابل لذلك.

(٦) أى المكاتبه.

(٧) أى اشبهت البيع.

(٨) أى ذكر الأجل.

(٩) تعليل لعدم كون المكاتبه يباعا.

(١٠) للبيع.

(١١) من باب إضافه المصدر إلى فاعله، و المعنى عدم جواز تمليك الإنسان لنفسه شيئا، لأنه لو كان مالكا فلا معنى لتملكه ثانيا لأنه تحصيل الحاصل و هو محال.

(١٢) أى فلو باع المولى عبده لنفس العبد بثمان مؤجل لم يصح، لأنه تحصيل الحاصل كما تقدم.

(١٣) أى و ليست المكاتبه عتقا بصيغه خلافا لبعض العامه.

(١٤) أى الصفه.

(١٥) أى كون المكاتبه ليست عتقا بصيغه، و هذا وفاقى عندنا خلافا لبعض العامه.

(١٦) لا إشكال و لا خلاف فى أنه يعتبر فى المولى الموجب البلوغ و العقل و الاختيار و جواز

ص: ٤٢٦

فلا يقع (١) من الصبى و إن بلغ عشرا و جَوَزنا عتقه (٢)، و لا من المجنون المطبق، و لا الدائر جنونه فى غير وقت الافاقه (٣). و هذان (٤) مشتركان بين المولى و المكاتب.

و قد يتخيل عدم اشتراطهما (٥) فى المكاتب (٦)، لأن المولى و له فىمكن قبوله عنه، و كذا الأيب (٧) و الجد و الحاكم مع الغبطه. و له وجه و إن استبعده المصنف فى الدروس غير مبين وجه البعد (٨).

(و جواز تصرف المولى (٩))

التصرف، لأن المكاتبه عقد كبقية العقود، و قد تقدم ما يدل على اعتبار هذه الأمور الأربعة.

بل و لا- يكتفى بمكاتبه المولى الموجب الصبى و إن بلغ عشرا لسلب عباره الصبى شرعا، سواء جوزنا عتقه أم لا- لخروج المكاتبه عن أفراد العتق على ما تقدم.

نعم وقع الخلاف بينهم فى اشتراط إسلام الموجب و سيأتى التعرض له.

كما أنه لا- إشكال و لا خلاف فى بلوغ و عقل العبد القابل لسلب عباره الصبى و المجنون، نعم وقع الخلاف بينهم فى اشتراط إسلام العبد و سيأتى التعرض له.

(١) أى التعاقد.

(٢) فلا نجوز مكاتبته للتغاير بينهما.

(٣) و أما فى وقت الإفاقه فيصح بلا خلاف لوجود العقل.

(٤) أى الشرطان من البلوغ و العقل.

(٥) أى عدم اشتراط البلوغ و العقل.

(٦) مبنى للمفعول و هو العبد.

(٧) أى أبو المكاتب و جده.

(٨) و وجهه قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا (١) و لا- ابتغاء للصبى و المجنون، هذا فضلا عن أن مقتضى الكتابه و جوب السعى على المكاتب، و الصبى و المجنون لا يجب عليهما السعى كما لا يجب عليهما غيره.

(٩) فلا يصح مكاتبه المولى المحجور عليه، لأنه ممنوع من التصرف المالى، و المكاتبه تصرف مالى.

١- (١) سورة النور، الآية: ٣٣.

فلا يقع من السفية بدون إذن الولي (١)، ولا المفلس بدون إذن الغرماء (٢)، ولا من المريض (٣) فيما زاد منه (٤) على الثلث بدون إجازة الوارث (٥)، وإن كان العوض (٦) بقدر قيمته، لأنها (٧) ملك المولى فليست (٨) معاوضه حقيقه (٩)، بل فى معنى التبرع (١٠) ترجع إلى معاملة المولى على ماله بماله.

و يستفاد من تخصيص الشرط (١١) بالمولى جواز كتابه المملوك السفية إذ لا مال له يمنع من التصرف فيه. نعم يمنع من المعاملة الماليه (١٢)، و من قبض المال لو ملكه بعد تحقق الكتابه.

فى الإيجاب و القبول

(و لا بد) فى الكتابه (من العقد المشتمل على الايجاب (١٣) مثل كاتبك على أن

(١) ولى السفية أبوه وجده إذا اتصل سفهه بالبلوغ بحيث بلغ سفيةها، و وليه الحاكم إذا تجدد سفهه بعد البلوغ.

(٢) لأن المفلس ممنوع من التصرف حفظا لحق الغرماء.

(٣) الذى اتصل مرضه بموته.

(٤) من العبد المكاتب.

(٥) لأن مريض الموت تنفذ تصرفاته فى الثلث، و الباقي بحاجه إلى إذن الوارث كما تقدم مرارا.

(٦) أى مال الكتابه الذى هو عوض العبد.

(٧) أى لأن قيمه العبد.

(٨) أى مكاتبه المريض لعبده بقدر قيمته.

(٩) نعم لو كانت معاوضه حقيقه لا تبرع فيها فإنها تنفذ على كل حال، لأن تقييد تصرفات المريض من الثلث إنما هو فى تبرعه.

(١٠) لأن المعامله الحقيقه هى ما يملك كل من المتعاقدين ما ليس ملكا له، و هنا المولى يملك العبد و كسبه، فجعل العبد فى قبال الكسب إنما هو تبرع منه فلا بد أن يكون من الثلث لو صدر من المولى فى حال الموت.

(١١) أعنى جواز التصرف.

(١٢) كالبيع و الشراء و ينحصر سعيه فى التكبس بالأجره كالأجير و نحوه.

(١٣) لا- إشكال و لا خلاف فى أن المكاتبه عقد مفتقر إلى الإيجاب و القبول، كغيره من العقود، و يكفى فى عقد المكاتبه أن يقول المولى: كاتبك مع تعيين الأجل و العوض، و يقول العبد: قبلت.

تؤدى إلى كذا (١) فى وقت كذا (٢) ان اتحد الأجل (أو أوقات كذا) إن تعدد (٣) (فإذا أدت فأنت حر).

وقيل: لا يفتقر إلى إضافه قوله: فإذا أدت إلى آخره، بل يكفى قصده (٤)، لأن التحرير غاية الكتابه فهى داله عليه (٥)، فلا يجب ذكره (٦) كما لا يجب ذكر غايه البيع وغيره، خصوصا لو جعلناها (٧) بيعا للعبد من نفسه (٨).

و يضعف (٩) بأن القصد إليه (١٠) إذا كان معتبرا لزم اعتبار التلفظ بما يدل عليه (١١)، لأن هذا (١٢) هو الدليل الدال على اعتبار الايجاب و القبول (١٣) اللفظيين

و لكن لا- يفتقر العقد إلى قول المولى: فإذا أدت فأنت حر مع نيه ذلك، كما عن الشيخ فى المبسوط و نسب إلى الأكثر، لأن هذا القول غاية الكتابه، و الكتابه داله عليه فلا يجب ذكرها كما لا يجب ذكر غايه البيع و الإجاره، نعم لا بد من قصد ذلك و إن لم يتلفظ.

و عن الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس أنه يجب التلفظ بهذا القول مع قصده، و مال إليه الفخر و الشهيد فى نكت الإرشاد، و قال الشارح فى المسالك: (و يخرج فى المسأله قول ثالث، و هو عدم اشتراط القصد الخاص إلى اللفظ كغيره من الألفاظ الصريحه فى معناها) انتهى.

(١) و هذا هو العوض.

(٢) و هذا هو الأجل.

(٣) أى تعدد الأجل.

(٤) أى قصد قوله: فإذا أدت فأنت حر.

(٥) أى فالكتابه داله على التحرير.

(٦) أى ذكر التحرير.

(٧) أى لو جعلنا المكاتبه.

(٨) لأن البيع متفق فيه على عدم الاحتياج إلى قول البائع: فإذا اشتريته فهو ملك لك، فتكون المكاتبه مستغنيه عن هذه الإضافه الداله على غايتها.

(٩) أى يضعف القول بعدم الافتقار إلى ذكر الغايه مع أنه اشترط قصدها.

(١٠) إلى التحرير كغايه للمكاتبه.

(١١) على التحرير كغايه للمكاتبه.

(١٢) و هو كل ما اعتبر قصده فلا بد من لفظ يدل عليه.

(١٣) ولا يكفي فيهما القصد إليهما.

ص: ٤٢٩

فى كل عقد، و لا يكفى قصد مدلوله (١).

نعم لو قيل: بعدم اعتبار قصده (٢) أيضا (٣) كما فى غيره (٤) من غايات العقود اتجه (٥)، لكن لا يظهر به (٦) قائل (٧) (و القبول مثل قبلت) و رضيت.

و توقف هذه المعامله على الايجاب و القبول يلحقها (٨) بقسم العقود، فذكرها فى باب الايقاعات التى يكفى فيها (٩) الصيغه من واحد بالعرض (١٠) تبعا للعتق، و لو فصلوها و وضعوها فى باب العقود كان أجود.

(فإن قال) المولى فى الايجاب مضافا إلى ذلك (١١): (فإن عجزت فأنت رد) بفتح الراء و تشديد الدال مصدر بمعنى المفعول أى مردود (فى الرق فهى (١٢) مشروطه، و إلا يقل ذلك (١٣)، بل اقتصر على الايجاب السابق (فهى مطلقه (١٤).

(١) أى مدلول العقد من دون التلفظ بالإيجاب و القبول.

(٢) أى بعدم اعتبار قصد التحرير كغايه للمكاتبه.

(٣) كما لا يعتبر التلفظ به.

(٤) أى فى غير التحرير الذى هو غايه المكاتبه.

(٥) أى اتجه القول بعدم الاحتياج إلى التلفظ بما يدل على التحرير و هو قوله: فإذا أدبت فأنت حر.

(٦) أى بعدم اعتبار القصد و عدم اعتبار التلفظ.

(٧) و عليه فإذا كان لا بدّ من اعتبار القصد فقد عرفت أنه لا بد من التلفظ بما يدل عليه حينئذ.

(٨) أى يلحق هذه المعامله أعنى المكاتبه.

(٩) فى الإيقاعات.

(١٠) أى بالتبع، و هو متعلق بقوله: (فذكرها).

(١١) أى إلى قوله: كاتبتك على أن تؤدى إلى كذا فى وقت كذا، فإذا أدبت فأنت حر.

(١٢) أى المكاتبه.

(١٣) من قوله: فإن عجزت فأنت رد.

(١٤) الكتابه قسمان: مشروطه و مطلقه، و المطلقه أن يقتصر على العقد و الأجل و العوض و النيه بالمعنى المتقدم، و المشروطه

أن يقول مع ذلك: فإن عجزت فأنت رد في الرق للأخبار الكثيره.

ص: ٤٣٠

و من القيد (١) يظهر وجه التسميه (٢).

و يشترك القسمان فى جميع الشرائط و أكثر الأحكام، و يفترقان فى أن المكاتب فى المطلقة ينعقد منه بقدر ما يؤدى من مال الكتابه، و المشروط لا ينعقد منه شىء حتى يؤدى الجميع، و الاجماع على لزوم المطلقه، و فى المشروطه خلاف و سيأتى.

فى اشتراط الأجل

(و الأقرب اشتراط الأجل) فى الكتابه مطلقا (٣)

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (إن المكاتب إذا أدى شيئا عتق بقدر ما أدى إلا أن يشترط مواليه إن هو عجز فهو مردود، فلهم شرطهم) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (فى مكاتب شرط عليه إن عجز أن يرّد فى الرق، قال: المسلمون عند شروطهم) ٢، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى المكاتب إذا أدى بعض مكاتبته، فقال: إن الناس كانوا لا يشترطون، و هم اليوم يشترطون، و المسلمون عند شروطهم، فإن كان شرط عليه إن عجز رجع، و إن لم يشترط عليه لم يرجع) (٢) و غيره كثير.

بلا- خلاف فى ذلك منا، و العامه ليس عندهم إلا- قسم واحد، و هو المشروط عندنا فلا- يعتق إلا- بأداء تمام المال للنبوى (المكاتب عبد ما بقى عليه درهم) (٣)، و هو محمول على صوره الشرط جمعا بينه و بين ما تقدم.

هذا من جهه و من جهه أخرى فمما تقدم من الأخبار تعرف أن العبد فى المطلقة ينعقد منه بقدر ما يؤدى، و فى المشروطه لا ينعقد منه شىء إلا بأداء تمام المال.

(١) و هو قول المولى فى العقد: فإن عجزت فأنت ردّ.

(٢) أى تسميه المطلقه، و هى الخاليه عن القيد المذكور، و تسميه المشروطه و هى المقيده بالقيد المذكور.

(٣) سواء كانت مشروطه أم مطلقه، وقع الخلاف بينهم فى اشتراط الأجل فى الكتابه، و بعبارة أخرى وقع الخلاف بينهم فى اشتراط كون العوض مؤجلا أو أنه يصح حالا.

فعن الأكثر أنه لا بد من ذكر الأجل و كون العوض مؤجلا لدليلين:

الأول: إتباع السلف من عهد النبى صلى الله عليه و آله و سلم فإنهم لا يعقدون الكتابه إلا على عوض مؤجل.

ص: ٤٣١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه حديث ٢ و ٧.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه حديث ٣.

٣- ((٤)) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٣٢٤.

بناء (١) على أن العبد لا يملك شيئاً فعجزه حال العقد عن العوض حاصل (٢)، و وقت الحصول (٣) متوقع مجهول فلا بد من تأجيله (٤) بوقت يمكن فيه (٥) حصوله عادة.

و فيه نظر، لإمكان التملك عاجلاً- (٦) و لو بالاقتراض كسراء (٧) من لا- يملك شيئاً من الأحرار، خصوصاً لو فرض حضور شخص يوعده (٨) بدفع المال عنه بوجه (٩) فى المجلس (١٠).

و يندفع ذلك (١١)

الثانى: إن العبد عاجز عن أداء العوض الحال، لأن ما بينه هو للسيد، و ما ليس بيده متوقع الحصول فلا بدّ من ضرب الأجل لئلا يتطرق الجهالة الموجبه للغرر المنهى عنه فى الشريعة.

و فى كليهما نظر، أما فى الأول فلأن عمل السلف دال على ثبوت المؤجل و الأجل و هو أعم من فساد الحال، و أما فى الثانى فلا إمكان تحصيل المال عقيب العقد بالقرض أو بالتبرع أو يكون العوض فى العقد على ملح مثلاً و هما على مملحه فيمكنه تسليم العوض عقيب العقد مباشرة، و عليه فلا- يلزم بطلان الحال، فلذا ذهب الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس و يحيى بن سعيد إلى عدم اعتبار الأجل لإطلاق أدله الكتابه، و اختاره الفاضل فى القواعد و الشارح فى المسالك.

(١)تعليلاً لاشتراط الأجل.

(٢)لأن كل ما بيده حال العقد فهو لسيد.

(٣)أى وقت حصول مال الكتابه يتوقع حصوله فيما بعد، فلا بد من تأجيل العوض حتى يتمكن من تحصيله.

(٤)أى تأجيل العوض.

(٥)أى يمكن فى الوقت المؤجل تحصيل العوض عادة.

(٦)أى لإمكان تملك العبد العوض عقيب العقد عاجلاً.

(٧)أى كما لا يمنع من شراء الحر للمتاع حالاً و هو لا يملك شيئاً فكذا المقام.

(٨)أى يوعده العبد المكاتب.

(٩)كألهب و نحوها.

(١٠)أى مجلس عقد المكاتبه.

(١١)أى ما قيل فى النظر.

كله بأن العجز حاله العقد حاصل، و هو المانع (١).

نعم لو كان بعضه (٢) حرا و بيده مال فكاتبه (٣) على قدره (٤) فما دون حالا فالمتجه الصحة، لأنه (٥) كالسعاه (٦)، و لو كان (٧) واقفا على معدن مباح يمكنه تحصيل العوض منه فى الحال فعلى التعليل بجهاله وقت الحصول (٨) يصح (٩)، و بالعجز (١٠) حاله العقد يمتنع (١١).

و قيل: لا يشترط الأجل مطلقا (١٢)، للأصل (١٣)، و إطلاق الأمر بها (١٤)، خصوصا على القول بكونها (١٥)

(١) و فيه أنه تحكم بدون دليل، و لذا مال إلى عدم اشتراط الأجل فى المسالك.

(٢) أى بعض المكاتب.

(٣) أى كاتبه مولا.

(٤) أى قدر المال الذى عنده.

(٥) أى المذكور من الكتابه الأخير.

(٦) أى سعاه المبعوض فى فكاك ما لم يتحرر منه، فكما لا يشترط فى السعاه الأجل فكذلك المقام.

(٧) أى العبد المكاتب.

(٨) و هو قوله: (و وقت الحصول متوقع مجهول فلا بد من تأجيله)، و المراد فإذا كان اشتراط الأجل لأن مال الكتابه متوقع الحصول فيما بعد فلا بد من تأجيله فتصح المكاتبه للواقف على المعدن بعوض حال، و أما إذا كان اشتراط الأجل لأن العبد عاجز عن المال حاله العقد لأنه ليس أهلا للملك فلذا كان ما فى يده لسيدته فلا تصح المكاتبه للواقف على المعدن بعوض حال، و إن كان قادرا على تحصيل العوض من المعدن بعد العقد، لأنه ليس بأهل للملك حاله العقد، و عدم الأهليه للملك حاله العقد هو المانع.

(٩) أى يصح العوض الحال.

(١٠) أى و على التعليل بالعجز.

(١١) أى يمتنع العوض الحال.

(١٢) سواء كانت مطلقه أم مشروطه.

(١٣) أى أصاله عدم الاشتراط.

(١٤) بالمكاتبه، و المراد إطلاق الأخبار الداله على المكاتبه.

(١٥) أى بكون المكاتبه.

ص: ٤٣٣

بيعا، و يمنع (١) اعتبار القدره على العوض حاله العقد (٢)، بل غايته (٣) إمكانها بعده. و هو حاصل هنا (٤).

و حيث يعتبر (٥) أو يراد (٦) يشترط ضبطه كأجل النسيئه (٧) بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، و لا يشترط زيادته (٨) عن أجل واحد عندنا، لحصول الغرض (٩)، و لو قصر الأجل بحيث يتعذر حصول المال فيه (١٠) عادة (١١) بطل (١٢) إن علل بالجهاله (١٣)، (١) جملة حاله و المراد، و الحال أنه يمنع.

(٢) أى عقد البيع.

(٣) أى غايه الاعتبار إمكان القدره بعد عقد البيع.

(٤) أى و إمكان القدره على العوض بعد العقد حاصل فى المكاتبه التى هى من أفراد البيع بناء على القول المذكور.

(٥) أى حيث يعتبر الأجل كما هو القول الأول.

(٦) أى يراد الأجل على القول الآخر.

(٧) أى كالأجل المذكور فى بيع النسيئه، فلا بد من ضبطه بالاتفاق لئلا يلزم من عدم الضبط غرر، و الغرر منهى فى الشريعه.

(٨) أى زياده الأجل، فيكفى أن يذكر أجلا واحدا للعوض عندنا و عند أكثر العامه لإطلاق أدله المكاتبه، خلافا لبعضهم فاشتراط كون الأجل نجمين فصاعدا، لأنه المعهود من عمل السلف، و لأن الكتابه مأخوذه من الكتب بمعنى الضم، و باعتبار ضم النجوم بعضها إلى بعض، و أقل ما يحصل به ذلك نجمان فصاعدا، و فيه أن عمل السلف لا يدل على بطلان الأجل الواحد، على أن الكتابه مأخوذه، من الكتب بمعنى الضم الذى هو هنا ضم النجوم بعضها إلى بعض مبنى على الغالب كما تقدم.

(٩) و هو غرض التأجيل، فإنه يحصل بأجل واحد.

(١٠) فى الأجل القصير.

(١١) بحيث يجعل العوض مائه دينار و الأجل ساعه، و من المتعذر على الإنسان عادة تحصيل مائه دينار فى ساعه.

(١٢) أى بطل عقد المكاتبه.

(١٣) أى إن علل اشتراط الأجل بالجهاله فى قوله: (و وقت الحصول متوقع مجهول فلا بد من تأجيله بوقت يمكن فيه حصوله عادة) و هذا وقت لا يمكن ذلك.

و صح (١) إن علل بالعجز (٢).

و فى اشتراط اتصاله (٣) بالعقد قولان أجودهما عدم (٤)، للأصل.

فى حدّ العجز

(و حدّ العجز (٥) المسوغ للفسخ فى المشروطه بمخالفه شرطه، فإن شرط (١) أى و صح عقد المكاتبه.

(٢) أى إن علل اشتراط الأجل بالعجز حيث إنه وقت العقد لا يملك شيئاً و ليس له أهليه التملك، و بعد الكتابه يرتفع العجز و تثبت الأهليه فيصح عقد المكاتبه و إن كان الأجل قصيراً لا يمكن تحصيل العوض فيه عاده.

(٣) أى اتصال الأجل.

(٤) أى عدم الاتصال، لأصاله عدم اشتراط الاتصال، و لإطلاق أخبار المكاتبه، و وجه الاشتراط أن المعهود على الاتصال فهو القدر المتيقن، هذا من جهه و من جهه ثانيه لم يتعرض الشارح لهذا الفرع فى المسالك عند تعرض المحقق، مع أن المحقق فى الشرائع قد تردد فى الاتصال و عدمه، و صاحب الجواهر قال إن الخلاف فيه كالخلاف فى أجل المتعه، و فى أجل المتعه ذهب الأكثر إلى عدم اشتراط الاتصال لإطلاق الأدله، و ذهب صاحب الجواهر و جماعه إلى الاشتراط لأنه المعهود و المتيقن من الأدله.

(٥) قد عرفت أن المكاتبه على قسمين، مشروطه و مطلقه، و عرفت أن المشروطه مشتمله على شرط رده فى الرق عند عجزه عن الدفع، و عليه فإن شرط عليه المولى أنه ردّ فى الرق عند تأخير النجم عن محله أو تأخيره إلى نجم آخر أو إلى مدته معينه أتبع شرطه، لأن المؤمنون عند شروطهم، و عند الإطلاق فيما لو قال المولى: فإن عجزت فأنت رد فى الرق، فقد اختلف الأصحاب فى حد العجز فعن المفيد و ابن إدريس و الشيخ فى الاستبصار و كثير من المتأخرين أن حد العجز هو تأخير النجم عن محله، سواء بلغ التأخير نجماً آخر أم لا لصحيح معاوية بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث:

(قلت: فما حد العجز؟ قال عليه السلام: إن قضاتنا يقولون: إن عجز المكاتب أن يؤخر النجم إلى النجم الآخر حتى يحول عليه الحول، قلت: فما تقول أنت؟ فقال عليه السلام: لا و لا كرامه ليس له أن يؤخر نجماً عن أجله إذا كان ذلك فى شرطه) (١) و هو ظاهر أيضاً فى أن النجم إلى الحول، بحيث يكون التنجيم على السنين، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (عن مكاتبه أدت ثلثى مكاتبته و قد شرط عليها إن عجزت فهى ردّ فى الرق و نحن فى

ص: ٤٣٥

عليه التعجيز عند تأخير نجم عن محله، أو إلى نجم آخر أو إلى مده مضبوطة اتبع شرطه (١)، و إن اطلق (٢) فحدّه (ان يؤخر نجما عن محله) و المراد بالحد هنا العلامه، أو السبب الدال على العجز، لا الحد المصطلح (٣)، و بالنجم (٤) المال المؤدى فى المده المخصوصه، و يطلق (٥) على نفس المده، و بتأخيرها (٦) عن محله عدم أدائه فى حلّ ممّا أخذنا منها، و قد اجتمع عليها نجان، قال عليه السّلام: تردّ و يطيب لهم ما أخذوا منها، و قال: ليس لها أن تؤخر بعد حلّه شهرا واحدا إلا بإذنها (١).

و عن الشيخ فى النهايه و ابن البراج أن حد العجز أن يؤخر نجما إلى نجم لموثق إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام كان يقول: إذا عجز المكاتب لم تردّ مكاتبه فى الرق، و لكن ينتظر عاما أو عامين فإن قام بمكاتبته و إلا ردّ مملوكا) (٢) بناء على أن المراد من النجم العام كما هو الظاهر من صحيح معاويه المتقدم بعد حمل قوله عليه السّلام (أو عامين) على الندب، و للمرسل عن أمير المؤمنين عليه السّلام (لا يرد فى الرق حتى يتوالى نجان) (٣).

و من تتمه هذا القول لو علم المولى عجز عبده عن فك نفسه فقد تحقق العجز و إن لم يؤخر العبد نجما إلى آخر، لأنّه مع صورته العلم بالعجز فالتأخير إلى نجم آخر عبث ضروره كون التأخير إلى النجم الآخر لرجاء القدره المفروض العلم بعدمها، و ردّ هذا القول أما بالنسبه للشق الأول المستدل عليه بالخبرين فهما لا يصلحان لمعارضه الأخبار الصحیحه المتقدمه، و أما بالنسبه للشق الثانى فالمراد بالعلم هنا هو الظن الغالب لتعذر العلم حقيقه، و يمكن وقوع خلاف الظن ببذل أحد له تبرعا أو نحو ذلك، على أن العلم بالعجز إن كان قبل حلول النجم لم يتسلط المولى على الفسخ بغير خلاف، و إن كان بعد حلول النجم فهو بعينه تأخير النجم عن محله كما هو مقتضى القول الأول.

(١) أى شرط المولى.

(٢) بأن قال: فإن عجزت فأنت رد فى الرق.

(٣) و هو الحد المنطقى أعنى التعريف.

(٤) أى و المراد بالنجم هنا.

(٥) أى النجم.

(٦) أى و المراد بتأخير النجم عن محله.

ص: ٤٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المكاتبه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه حديث ٢.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المكاتبه حديث ١.

أول وقت حلوله، و تحديده (١) بذلك (٢) هو الوارد في الأخبار الصحيحة.

و في المسألة أقوال آخر مستنده إلى أخبار ضعيفه، أو اعتبار (٣) غير تام (٤)، و أما المطلقه (٥) فإذا نفذ (٦) بعض النجوم و لم يؤد قسطه فك من سهم الرقاب، فإن تعذر (٧) استرق إن لم يكن أدى شيئاً، و إلا (٨) فبحسب ما عجز عنه، فحد العجز المذكور (٩) يصلح له (١٠) بوجه (١١).

(و يستحب) للمولى (الصبر عليه) عند العجز (١٢)، (١) أى تحديد العجز.

(٢) أى بتأخير النجم عن محله.

(٣) أى دليل اعتبارى.

(٤) فالأخبار الضعيفه هى الدليل على أحد شقى مختار الشيخ و ابن البراج، و الدليل الاعتبارى غير التام هو الدليل على الشق الآخر من مختار الشيخ و ابن البراج، و قد تقدم، و أما بقيه الأقوال فى المسألة فلم يتعرض لها سيد الرياض و لا صاحب الجواهر و لا غيرهما، نعم قال الشارح فى المسالك: (و فى المسألة أقوال آخر شاذه أعرضنا عن ذكرها كما أعرض عنه المصنف) انتهى.

(٥) ففى المسالك أنه يردّ إلى الرق إن كان عاجزا عن النجم الأول، و إن كان عاجزا عن غيره بعد ما أدى الأول فك من سهم الرقاب إن أمكن و إلا- ردّ إلى الرق ما بقى منه و استقر عتق مقدار ما أدى منه، و المراد بالعجز هنا هو المراد من العجز فى المشروطه.

و أشكل عليه صاحب الجواهر بعدم الدليل على فسخ المطلقه عند تحقق العجز المذكور و لذا خصّ الأ- كثر تحقق العجز المذكور فى المشروطه فقط.

(٦) أى حلّ.

(٧) أى سهم الرقاب.

(٨) أى و إن كان قد أدى شيئاً فيسترق بحسب ما عجز عنه.

(٩) من أن العجز هو تأخير النجم عن محله.

(١٠) أى للعجز فى المطلقه.

(١١) و الوجه هو كون الماتن قد تكلم عن حد العجز الشامل للمشروطه و المطلقه، و لم يتكلم فى حد العجز المختص بالمشروطه فقط.

(١٢) يستحب للمولى الصبر على مكاتبه إن عجز بلا- خلاف فيه، لما فيه من الإعانه على التخلص من الرق، و إنظار للمعسر

بالدين، و للأمر بإنظاره السنه و السنتين كما فى موثق

ص: ٤٣٧

فى لزوم الكتابه من الطرفين

و الأقرب (٤) لزوم الكتابه من الطرفين) طرف السيد و المكاتب (فى المطلقه) إسحاق المتقدم(١)، و لخبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام كان يؤجل المكاتب بعد ما يعجز عامين يتلّومه، فإن أقام بحريته و إلا رده رقيقا)(٢)، و خبر جابر عن أبي جعفر عليه السّلام (سألته عن المكاتب يشترط عليه إن عجز فهو رد فى الرق فعجز قبل أن يؤدى شيئا، فقال أبو جعفر عليه السّلام: لا يرده فى الرق حتى يمضى ثلاث سنين، و يعتق منه بمقدار ما أدى)(٣).

(١) كما فى خبر إسحاق المتقدم.

(٢) كما فى خبر الحسين بن علوان المتقدم.

(٣) كما فى خبر جابر المتقدم.

(٤) اختلف الأصحاب فى لزوم عقد المكاتبه و جوازه على أقوال:

القول الأول: اللزوم من الطرفين مطلقه كانت أو مشروطه، على المشهور لأصالة اللزوم فى العقود المستفاده من الآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٤)، و لا- يتحقق امتثال الوفاء بالعقد إلا على تقدير اللزوم، إذ الجائز لا يجب الوفاء به قطعا، و الأمر بالوفاء بالعقود عام يشمل كل عقد، نعم خرج عقد الوديعه و العاربه و الوكاله لدليل خاص.

هذا من جهه و من جهه أخرى فمقتضى اللزوم على العبد و جوب السعى عليه فى وفاء مال الكتابه و أدائه إلى المولى فلا يجوز له أن يعجز نفسه اختيارا لأنه مناف للوفاء بالعقد.

القول الثانى: ما ذهب إليه الشيخ فى الخلاف أن المكاتبه مطلقا، مطلقه كانت أو مشروطه، لازمه من طرف المولى جائزه من طرف العبد بدعوى أن العبد متى ما عجز كان لمولاه رده فى الرق فله تعجيز نفسه و هو المراد من الجواز من جهته، و فيه: إننا نمنع أن له التعجيز بل يجب عليه السعى و الأداء، و لو امتنع أجبر على السعى، نعم لو عصى و عجز نفسه أو سعى و تحقق العجز حقيقه عن أداء ما عليه كان للمولى حينئذ الفسخ فى المشروطه و هذا مما لا نزاع فيه.

القول الثالث: ما ذهب إليه الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس من أن المكاتبه المطلقه لازمه

ص: ٤٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه حديث ١٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المكاتبه حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه حديث ١٦.

(و المشروطة) بمعنى (١) أنه (٢) ليس لأحدهما فسخها إلا بالتقاييل مع قدره المكاتب على الأداء، و وجوب السعى عليه فى أداء المال، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود و الكتابه منها (٣) و الجمع المحلى (٤) مفيد للعموم، و خروج نحو الوديعه، و العاريه بنص و يبقى الباقي على الأصل (٥).

و ذهب الشيخ (٦) و ابن إدريس إلى جواز المشروطه من جهه العبد (٧) بمعنى (٨) أن له (٩) الامتناع من أداء ما عليه فيتخير (١٠) السيد بين الفسخ، و البقاء، و لزومها من طرف السيد، إلا على الوجه المذكور (١١).

و ذهب ابن حمزه إلى جواز المشروطه مطلقا (١٢)، و المطلقه من طرف السيد (١٣)

من الطرفين، و المشروطه لازمه من جهه المولى جائزه من طرف العبد، بدعوى أن العبد متى ما عجز كان لمولاه رده فى الرق فله تعجيز نفسه و هو المراد من الجواز من جهته، و فيه ما تقدم فلا نعيد.

القول الرابع: جواز المشروطه من الطرفين، و المطلقه جائزه من طرف العبد خاصه و هو قول ابن حمزه، و هو قول لا شاهد له فى الأخبار و لا الاعتبار و لم ينقل عن أحد من أصحاب الأقوال فلذا هو قول غريب - كما فى المسالك - مع مخالفته لأصالة اللزوم فى العقود.

(١) تفسير للزوم.

(٢) أن الشأن و الواقع.

(٣) أى من العقود.

(٤) و هو لفظ (العقود).

(٥) أى أصالة اللزوم فى العقود.

(٦) فى المبسوط، و هو القول الثالث المتقدم.

(٧) مع لزوم المشروطه من جهه المولى و لزوم المطلقه من الجانبين.

(٨) تفسير لجواز المشروطه من جهه العبد.

(٩) أى أن للعبد.

(١٠) عند امتناع العبد عن الأداء.

(١١) و هو امتناع العبد عن الأداء.

(١٢) أى من الجانبين.

(١٣) المنقول عن ابن حمزه أنها لازمه من طرف السيد جائزه، من طرف العبد و هو الذى صرح

ص: ٤٣٩

خاصه، و هو غريب (١). و من خواص العقود اللازمه أنها لا تبطل بموت المتعاقدين، و هو (٢) هنا كذلك بالنسبه إلى المولى، أما موت المكاتب فإنه يبطلها من حيث العجز عن الاكتساب (٣) (و يصح فيها التقايل (٤) كغيرها من عقود المعاوضات.

فى أنه لا يشترط الإسلام

(و لا يشترط الإسلام فى السيد (٥)، و لا فى العبد (٦)

به فى المسالك و الجواهر و الرياض و غيرها، و لعل المنقول هنا من سهو القلم.

(١) لمخالفته لأصالة اللزوم مع عدم الشاهد له من الأخبار و الاعتبار.

(٢) عدم البطلان.

(٣) لا من حيث إنه موت.

(٤) التقايل هو رضا الطرفين على فسخ العقد، و عليه فلو اتفق المولى و العبد على فسخ عقد المكاتبه صح بلا خلاف و لا إشكال لما تقدم فى كتاب البيع من عموم أدله التقايل و عدم اختصاصه بالبيع، بل يشمل كل عقد من عقود المعاوضات.

(٥) لا يشترط الإسلام فى السيد كما عليه الأكثر، لأن المكاتبه عقد مستقل و لا يشترط فى العقود إسلام المتعاقدين، نعم على القول بكون المكاتبه عتقا بصفه و على القول بأن العتق لا يقع من الكافر لتوقفه على نيه التقرب المتعذر من الكافر يمكن القول باشتراط إسلام المولى فى المكاتبه، و هو قول لم يعرف قائله كما فى الرياض، و المقدمتان ممنوعتان على ما تقدم.

(٦) ذهب العلامة فى المختلف و الشهيدان إلى عدم اعتبار إسلام العبد، لأن المكاتبه معامله مستقلة و لا يشترط إسلام المتعاقدين فى العقود، و ذهب الأَكثَر إلى اشتراط إسلامه لظاهر قوله تعالى: فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا (١)، و قد فسر الخير الوارد فى الآيه بالدين و التكسب على ما تقدم من الأخبار، و الكافر لا دين له، و أيضا لقوله تعالى:

وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ (٢) المفسر بإيتاء العبد من الزكاه حتى يدفع مال الكتابه عن نفسه، و الكافر لا يستحق الزكاه.

وفيه: إن الخير شرط فى رجحان المكاتبه، و هذا لا يلزم أنه شرط فى أصل مشروعيتها إذا الشرط فى استحباب شىء لا يلزم منه اشتراطه فى إباحه ذلك الشىء، و عليه فقد حكمنا سابقا باستحباب المكاتبه عند خيريه العبد، و لا يلزم منه إباحه المكاتبه عند خيريه

ص: ٤٤٠

١- (١) سورة النور، الآيه: ٣٣.

٢- (٢) سورة النور، الآيه: ٣٣.

بناء على أنها (١) معامله مستقلة، و الأصل (٢) يقتضى جوازها (٣) كذلك (٤)، و لو جعلناها عتقا بنى على ما سلف فى عتق الكافر فاعلا و قابلا.

هذا (٥) إذا لم يكن المولى كافرا و العبد مسلما، و إلا (٦) أشكل جواز المكاتبه من حيث عدم استلزامها (٧) رفع سلطته عنه (٨) خصوصا المشروطه (٩).

و الأقوى عدم جوازها (١٠)، لعدم الاكتفاء بها (١١) فى رفع يد الكافر عن المسلم، لأنها (١٢) العبد كما هو المدعى هذا بالنسبه للدليل الأول، و أما بالنسبه للدليل الثانى فإيتاء العبد من الزكاه مشروط باستحقاقه لها، و الكفر مانع كما لو كان العبد المسلم غير محتاج فيتعذر الإيتاء من الزكاه للعبد الكافر كما يتعذر للعبد المسلم الغنى، مع أنه لا قائل بعدم صحه مكاتبه الثانى فكذا الأول. (١) أى المكاتبه.

(٢) أى أصاله العدم عند الشك فى اعتبار شىء.

(٣) أى جواز المكاتبه.

(٤) أى من غير اعتبار الإسلام فيهما.

(٥) أى الحكم بجواز المكاتبه مع عدم اعتبار الإسلام فيهما، بحيث كان المولى كافرا و عبده كذلك فلا إشكال، لعدم الإشكال فى وضع الكافر يده على مثله.

(٦) أى و إن كان المولى كافرا و العبد مسلما، ففى صحه مكاتبته تردد، من حيث إنه يجبر على نقله عن ملكه لنفى سبيل الكافر عن المسلم و الكتابه لا توجب الانتقال التام عن الملك إلا بعد أداء المال و هذا دليل بطلان المكاتبه، و من حيث استلزام الكتابه لرفع يد المولى عن عبده فى الجملة لتثبت المكاتب بالحريه و رفع الحجر عنه فى الكثير من الأعمال و أهليته للملك و هذا ما يوجب رفع سبيل الكافر عن المسلم و هذا دليل عدم بطلان المكاتبه.

(٧) أى عدم استلزام المكاتبه.

(٨) أى رفع سلطنه المولى الكافر عن عبده المسلم.

(٩) فإنه لا ينعقد من العبد فى المشروطه شىء إلا بعد أداء جميع المال، بخلاف المطلقه فإنه ينعقد منه بمقدار ما يؤدى، و بمقدار ما يؤدى يكون قد رفع يد المولى عنه.

(١٠) أى عدم جواز المكاتبه بين المولى الكافر و عبده المسلم.

(١١) بالمكاتبه.

(١٢) أى لأن المكاتبه.

ص: ٤٤١

لا- ترفع أصل السبيل (١)، و هو (٢) بمنزله الرقّ في كثير من الأحكام بل هو رق (٣)، و لو كان كفر المولى بالارتداد (٤) فإن كان عن فطره فعدم صحه كتابته (٥) واضح، لانتقال ماله عنه (٦)، و إن كان (٧) عن ماله ففي صحته (٨) مطلقا (٩) أو مراعا بعوده إلى الإسلام (١٠)، أو البطلان (١١) أوجه أوجهها الجواز ما لم يكن العبد (١) مع أن المطلوب رفع أصل سبيل الكافر عن المسلم كما في قوله تعالى: **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (١)**.

(٢) أي العبد المكاتب.

(٣) لأن رفع الأحكام عنه مثل رفع عجز المماليك و رفع أهليه التملك عنه لا يخرج عنه عن أصل الرقيه فلذا أضرب عن الأول.

(٤) بحيث كان المولى مسلما ثم ارتد فهل يصح مكاتبه عبده أولا، سواء كان العبد مسلما أو كافرا، فإذا كان ارتداده عن فطره لم تصح مكاتبته لزوال ملكه عنه لوجوب قتله على كل حال و انتقال ماله إلى الورثه، و ظاهرهم الاتفاق عليه، بلا فرق بين كون العبد مسلما أو كافرا.

و إذا كان ارتداده عن ماله فلا تصح مكاتبته، لأن المرتد الملى كافر و إن لم يقتل فيجب عليه نقل المسلم عن ملكه و لا تقرّ يده عليه فلا تصح مكاتبته، نعم لو كان العبد كافرا فتصح مكاتبه مولاه له لعدم المانع إذ تقر يد الكافر على مثله، نعم في الدروس اشترط مكاتبه المرتد الملى لعبده الكافر أن يكون بإذن الحاكم لا بدونه لأن المرتد محجور عليه، و احتمال المراعاة بإسلامه.

و فيه عدم الدليل على حجر المرتد الملى على أن اشتراط إسلامه في صحه مكاتبه عبده مما لا دليل عليه بعد إقرار يد الكافر على مثله شرعا.

(٥) سواء كان عبده مسلما أم كافرا.

(٦) أي لانتقال مال المرتد الفطرى عنه إلى ورثته.

(٧) أي الارتداد.

(٨) أي صحه مكاتبه عبده الكافر.

(٩) الإطلاق في قبال الاحتمال الآتى.

(١٠) كما احتمله في الدروس.

(١١) أي بطلان المكاتبه عند عدم إذن الحاكم لأنه محجور عليه، و إلا فمع الاذن فلا كما ذهب إليه في الدروس.

ص: ٤٤٢

مسلمًا بتقريب ما سلف (١).

وقيل (٢): يشترط إسلام العبد مطلقاً (٣) نظراً إلى أن الدين داخل في مفهوم الخير (٤)، الذى هو شرطها (٥)، ولأن (٦) المكاتب يؤتى من الزكاة (٧) ويتعذر (٨) هنا (٩).

ويضعف بأن الخير شرط فى الأمر بها (١٠)، لا فى أصل شرعيتها، و الايتاء من الزكاة مشروط باستحقاقه لها (١١)، و هو (١٢) منفى مع الكفر، كما ينتفى (١٣) مع عدم حاجته إليها (١٤).

فى أنه يجوز لولى اليتيم أن يكاتب رقيقه

(و يجوز لولى اليتيم أن يكاتب (١٥)

(١) من عدم رفع سبيل الكافر عنه بالمكاتبه، فلا بد من بيعه عليه قهراً فلا تصح المكاتبه حينئذ.

(٢) كما عن الأكثر.

(٣) أى و إن كان مولاة كافراً.

(٤) أى الخبر الوارد فى الآيه فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا (١).

(٥) أى شرط المكاتبه.

(٦) دليل ثان على إسلام العبد.

(٧) كما فى آيه المكاتبه وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ (٢).

(٨) أى و يتعذر إيتاء المكاتب الكافر عن الزكاة.

(٩) أى إذا كان العبد كافراً.

(١٠) أى بالمكاتبه، و المعنى أن الخير شرط فى رجحانها.

(١١) أى باستحقاق العبد للزكاة.

(١٢) أى الاستحقاق.

(١٣) أى الاستحقاق.

(١٤) أى مع عدم حاجه العبد إلى الزكاة فيما لو كان مسلماً، مع أنه تصح مكاتبه العبد المسلم الغنى عن الزكاة فكذا تصح مكاتبه

العبد الكافر الممنوع من الزكاه.

(١٥) ذهب الشيخ فى المبسوط إلى عدم جواز مكاتبه ولى اليتيم لعبد اليتيم، استنادا إلى أن

ص: ٤٤٣

١- (١) سورة النور، الآية: ٣٣.

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٣٣.

(رقيقه (١) مع الغبطة (٢) لليتيم فى المكاتبه كما يصح بيعه (٣) و عتقه معها (٤)، و لصحيحه معاويه بن وهب عن الصادق عليه السلام فى مكاتبه جاريه الأيتام.

و قيل: بالمنع، لأن الكتابه شبيهه بالتبرع من حيث إنها معامله على ماله بماله.

و الخبر حجه عليه (و يجوز تنجيمها (٥) نجوما متعدده بأن يؤدى فى كل نجم قدرا من مالها (بشرط العلم بالقدر (٦)

المكاتبه شبيهه بالتبرع، من حيث إنها معامله على ماله بماله إذ المال المكتسب تابع للمملوك فى الملك.

و ذهب غيره إلى الجواز مع اعتبار الغبطة و المصلحه لليتيم فى مكاتبه عبده، كما يجوز بيع الولي لمال اليتيم و التصدق به مع الغبطة لإطلاق قوله تعالى: **وَيَسِّرْ لَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلُوبًا: إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ (١)**، و لخصوص صحيح معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: إنى كاتبته جاريه لأيتام لنا، و اشترطت عليها إن هى عجزت فهى رد فى الرق، و أنا فى حل مما أخذت منك، فقال لى: لك شرطك) (٢)، و لأن الولي موضوع للعمل بمصالحه، و قد لا يحصل المال بدون المكاتبه بل هو الغالب، و كسب المملوك بعد العقد ليس مالا محضا للمولى، و قبله ليس بموجود فلا تكون المكاتبه من مله على ماله بل على عبده بمال العبد.

(١) أى رقيق اليتيم.

(٢) أى مع المصلحه.

(٣) أى بيع رقيق اليتيم من قبل المولى.

(٤) مع الغبطة.

(٥) أى تنجيم المكاتبه بمعنى جعل العوض نجوما، و هذا مبنى على جواز تعدد الأجل، و قد تقدم أن بعضهم قد أوجبه، و قد أعاد هذه المسأله ليرتب عليها الفرع الآتى.

(٦) يجوز المكاتبه على أى عوض شاء المولى، لإطلاق أدله المكاتبه و لخصوص مرسل أبان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل ملك مملوكا، له مال، فسأل صاحبه المكاتبه، أ له أن لا يكاتبه إلا على الغلاء؟ قال: نعم) (٣)، و عليه فيشترط فى العوض أن يكون منجما،

ص: ٤٤٤

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٢٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المكاتبه حديث ١.

فى كل أجل (١) و(الأجل (٢) حذرا من الغرر، سواء تساوت النجوم أجلا- و مالا أم اختلفت (٣)، للأصل (٤)، و هذا (٥) هو الأصل فيها (٦)، لاشتراط الأجل فى المكاتبه كما تقدم البحث فيه، و يشترط أن يكون معلوما بلا خلاف فيه لئلا يلزم الغرر فى العوض فتبطل المكاتبه، و يشترط أن يكون النجم وقت الاستحقاق معلوما أيضا على وجه يكون مشخصا للغرر، و يجوز أن تتساوى النجوم قدرا و أن تختلف بلا- خلاف فيه لإطلاق أدله المكاتبه، و يشترط أن يكون العوض دينيا لا- عينا، لأن العين الموجوده فى يد العبد حال الكتابه هى من مال المولى فلا يتحقق المعاوضه بها، و كما يصح أن يكون العوض عينا مؤجله يصح أن يكون منفعه كالخدمه و الخياطه و البناء وضعها بما يرفع الجهاله.

إذا تقرر ذلك و ثبت اشتراط العلم بالعوض و بالنجم فلا بدّ من وصفه إذا كان العوض متفاوتا، و اشتراط وصفه لئلا يلزم الغرر، و عليه فإن كان العوض من الأثمان - أى النقدين - وصفه كما يصفه فى النسيئه، و إن كان العوض من العروض - و هى غير النقدين من الأمتعه و غيرها - وصفه كما يصفه فى بيع السلم ضروره كون المدار فى الجميع على ارتفاع الجهاله فى العوض، نعم لا يصح أن يكون العوض مما لا يمكن المسلم كالخمر و الخنزير إذا كان المولى مسلما.

(١) و القدر فى كل أجل هو النجم، و لو لا قيد الشارح لكانت عبارته الماتن محموله على قدر تمام العوض، و كلاهما صحيح لأن العلم شرط فى تمام العوض و فى النجم.

(٢) أى و يشترط العلم بالأجل سواء كان متحدا أم متعددا لئلا يلزم الجهاله الموجبه للغرر المنفى فى الشريعه، فلذا لا يصح أن يقول المولى: كاتبك على أن تؤدى إلى كذا فى سنه، بحيث تكون السنه ظرفا للأداء، و ليست علامه الحلول النجم خلافا لابن الجنيد و الشيخ فى الخلاف فأجازا ذلك و حكما بتخير العبد بالدفع فى مجموع ذلك الوقت، و توقف فيه العامه فى القواعد.

و فى الجواز نظر لأن الأجل على هذا التقدير مجهول فلم يعرف أنه يؤدى النجم فى السنه دفعه أو دفعات، و أنه يؤديه فى أولها أو وسطها أو آخرها، و ما يكون كذلك فهو مجهول موجب للتنازع و هذا هو الغرر المنفى.

(٣) أى اختلفت النجوم فى كليهما أو أحدهما.

(٤) أى أصاله عدم التساوى فى النجوم أجلا و مالا.

(٥) التنجيم بمعنى قعود الأجل.

(٦) فى المكاتبه.

و ليس (١) موضع الاشتباه حتى يخص بالذكر، و إنما موضعه (٢) النجم الواحد (٣)، و لا يجوز حمل مطلقه (٤) عليه (٥)، للعلم به (٦) من اشتراط الأجل.

فى أنه لا تصح الكتابه مع جهاله العوض

(و لا تصح) الكتابه (مع جهاله العوض (٧)، بل يعتبر ضبطه (٨) كالنسيئه (٩)، و إن كان عرضا (١٠) فكالسلم، و يمتنع فيها (١١) ما يمتنع فيه (١٢) (و لا على عين (١٣)، لأنها (١٤) إن كانت للسيد فلا معاوضه (١٥)، و إن كانت لغيره (١٦) فهى (١٧) كجعل ثمن المبيع من مال غير المشتري، و لو أذن الغير فى الكتابه على (١) أى التنجيم.

(٢) أى موضع الاشتباه فى المكاتبه.

(٣) حيث جوزه الخاصه، و منعه بعض العامه.

(٤) أى لا يجوز حمل قول المصنف حيث قال (يجوز تنجيمها)، و هو قول مطلق فلا يجوز حمله على النجم الواحد الذى هو كل الاشتباه و الخلاف، لأن هذه الإفاده من جواز المكاتبه على النجم الواحد مستفاده من قوله عند ما اشترط الأجل سابقا بقوله: (و الأقرب اشتراط الأجل).

(٥) على النجم الواحد الذى هو موضع الاشتباه.

(٦) بالنجم الواحد.

(٧) للغرر.

(٨) أى ضبط العوض إذا كان من النقدين.

(٩) أى كبيع النسيئه.

(١٠) أى من غير النقدين فضبطه كالضبط فى بيع السلم.

(١١) فى المكاتبه.

(١٢) فى بيع السلم.

(١٣) بل لا بد أن يكون العوض دينا على العبد، و قد تقدم.

(١٤) أى العين.

(١٥) أى لا معاوضه بها، لأنها معاوضه على ماله بماله، هذا إذا كانت العين فى يد العبد قبل المكاتبه كما هو مفروض البحث هنا،

نعم لو كانت فى يده بعد الكتابه فهى معاوضه على عبده بمال العبد على ما قد تقدم سابقا فلا تغفل.

(١٦)أى و إن كانت العين لغير المولى و لم يأذن المالك فلا تصح المكاتبه كما لا يصح بيع عين لغير المشتري على أن يكون الملك للمشتري و الثمن من غيره، لأن العوض يخرج من كيس من يدخل فيه المعوض تحقيقا لمعنى البدليه بين المالين.

(١٧)أى المكاتبه.

ص:٤٤٤

عين يملكها (١) فهي (٢) في قوه بيع العبد بها فإن جعلناها (٣) يباع صح (٤)، و إلا (٥) فوجهان: من الأصل (٦). و كونه (٧) بخلاف المعهود شرعا كما علم من اشتراط الأجل.

في أنه يستحب أن لا يتجاوز مال الكتابه قيمه العبد

(و يستحب أن لا- يتجاوز) مال الكتابه (قيمه العبد) يوم المكاتبه (٨)(و يجب) على مولاه (الائتاء) للمكاتب (من الزكاه إن وجبت) الزكاه (على المولى (٩)، للأمر (١) أى لو كانت العين لغير المولى و قد أذن المالك فى جعلها عوضا عن العبد فى المكاتبه، فعلى القول بكون المكاتبه يباع تصح المكاتبه لصحة البيع، و فيه: إنه لا يصح البيع و لا المكاتبه إلا إذا كان الأذن أذنا فى تملك العبد لتلك العين، و العبد ليس أصلا للتملك قبل المكاتبه و عليه فيكون مثل بيع عين لغير المشتري على أن يكون الملك للمشتري و الثمن من غيره، نعم يتصور صحة البيع بالعين المذكوره إذا كان العبد قد اشتراه صاحب العين بها و هذا أجنبي عن المدعى.

و على القول بكون المكاتبه ليست يباع بل هى معامله مستقلة فوجهان كما سيأتى.

(٢)أى المكاتبه.

(٣)أى المكاتبه.

(٤)أى صح عقد المكاتبه لصحة البيع و قد عرفت ما فيه.

(٥)أى و إن لم تكن يباع بل كانت معامله مستقلة.

(٦)أى أصاله عدم اشتراط تملك العبد للعوض. و عليه فتصح المكاتبه.

(٧)أى و من كونه، و المعنى و من كون جعل العين مالا للكتابه، و هو على خلاف المعهود منها شرعا، و لذا اشترط الأجل فى المكاتبه لأنه المعهود منها شرعا.

(٨)قال فى الرياض: (ظاهر الأصحاب الاتفاق على أنه يكره أن يتجاوز قيمته وقت الكتابه، و حجتهم غير واضحه) انتهى و قال صاحب الجواهر: (لعله لمنافاته للإرفاق و الإحسان الذى بنى عليه مشروعيه الكتابه، مضافا إلى قاعده التسامح) انتهى و معنى ذيل كلامه أنه يكفى فى ثبوت الحكم اتفاهم عليه للتسامح فى أدله السنن، و الحكم هنا استحبابى.

(٩)من كاتب عبده - سواء كان المكاتب مطلقا أم مشروطا - و جب عليه أن يعينه من زكاته إن وجبت عليه، و لا حد له قله و لا كثره، بل المدار على صدق اسم إيتاء المال خلافا لبعض العامه، حيث قدره بالربع و لا شاهد له، نعم سيأتى ما يدل على استحباب حطّ السدس من النجوم.

و الأصل فى الحكم قوله تعالى: فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَ آتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ

به فى قوله تعالى: وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ (١) و لكن من سهم الرقاب إن أوجبنا البسط (٢)، (و إلا) تجب عليه الزكاه (استحب له الإيتاء) و هو (٣) اعطاؤه شيئاً (و لا حد له) أى للمؤتى (قله)، بل يكفى ما يطلق عليه اسم المال.

(و يكفى الحط من النجوم عنه (٤)، الَّذِى آتَاكُمْ (١))، و الأمر يدل على الوجوب، و هو ناظر إلى المولى، و المراد من مال الله هو الزكاه كما عن المحقق و جماعه.

و عن الشيخ و جماعه وجوب إعانه السيد لعبده المكاتب من الزكاه أو غيرها بناء على أن المراد من المال فى الآيه أعم من الزكاه.

و عن العلامة فى المختلف استحباب إعانه السيد لعبده المكاتب من الزكاه أو غيرها، و لا يوجد لأحدهم شاهد على مدعاه من الآيه، نعم الأخبار تدل على أن المراد من مال الله هو الأعم و لا تدل على وجوب إيتاء الزكاه للعبد المكاتب فى صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن قول الله عزّ و جلّ: وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ، قال: الذى أضمرت عليه أن تكاتبه عليه، لا تقول: أكتبه بخمسه آلاف و أترك له ألفاً، و لكن انظر إلى الذى أضمرت عليه فأعطه) (٢)، و خبر العلاء بن فضيل عن أبى عبد الله عليه السلام (فى قوله عزّ و جلّ: فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ، قال: تضع عنه من نجومه التى لم تكن تريد أن تنقصه منها و لا تزيد فوق ما فى نفسك، قلت: كم؟ قال: وضع أبو جعفر عليه السلام عن مملوك ألفاً من ستة آلاف) (٣)، و خبر القاسم بن بريد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن قول الله عزّ و جلّ: وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ، قال: سمعت أبى يقول: لا يكاتبه على الذى أراد أن يكاتبه ثم يزيد عليه ثم يضع عنه، و لكن يضع عنه مما نوى أن يكاتبه عليه) ٤ و مقتضى هذه الأخبار استحباب حط بعض النجوم عنه، و أن الحط بمقدار السدس كما فعل الإمام الباقر عليه السلام.

(١) سورة النور، الآيه: ٣٣.

(٢) أى بسط الزكاه على الأصناف الثمانية.

(٣) أى الإيتاء.

(٤) أى و يكفى فى الإيتاء حط بعض النجوم عنه، لأن الحط بمعنى الإيتاء، بل الإعانه فى

ص: ٤٤٨

١- (١) سورة النور، الآيه: ٣٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه حديث ٢ و ٣.

لأنه (١) فى معناه (٢)، (و يجب على العبد القبول (٣) إن آتاه من عين (٤) مال الكتابه، أو من جنسه (٥)، لا من غيره (٦)، و لو أعتق قبل الإيتاء (٧) ففى وجوب القضاء (٨)، الحطّ محققه و فى الإيتاء موهومه، فإنه قد ينفق المال فى جهه أخرى يتبين أن الحط أولى بالإعانه من الإيتاء و الإعطاء.

(١) أى الحط.

(٢) أى فى معنى الإيتاء.

(٣) صرح جماعه منهم الماتن فى الدروس و الشارح فى المسالك بوجوب القبول على العبد إن أعطاه من جنس مال الكتابه عملا بظاهر الأمر بالآيه المتقدمه، لأن لو لم يجب القبول على العبد لكان الأمر على المولى بالإيتاء لغوا.

و عن الفخر فى الإيضاح وجوب القبول سواء كان المعطى من جنس مال الكتابه أو غيرها تمسكا بظاهر الأمر بالآيه المتقدمه.

و فيه: عدم دلالة الآيه على وجوب الإيتاء كما تقدم، على أنه لو سلم للوجوب فلا تلازم بين وجوب الإيتاء و وجوب القبول كما فى الجواهر، على أنه لا حاجه إلى القبول فى صورته الحط، لأن الحط إبراء و إسقاط ما فى الذمه، و هو غير متوقف على القبول.

(٤) و هو المال الذى دفعه العبد بعنوان مال الكتابه.

(٥) أى جنس مال الكتابه.

(٦) أى لا من غير جنس مال الكتابه بحيث لا يجب على العبد القبول حينئذ.

(٧) عتق العبد المكاتب إما بالصيغه من قبل المولى و إما بالانعتاق كما لو طرأ عليه عارض من عمى أو إقعاد.

و عليه فلو عتق قبل إيتاء المولى له من الزكاه الواجبه عليه، سقط وجوب الإيتاء عن المولى لفوات محله، لأن محله هو المكاتب و مع العتق لم يكن كاتبا، و عن بعض العامه يجب بعد العتق الإيتاء كالمتمتع فى الطلاق، بحيث على الموسر قدره و على المعسر قدره، و هو ضعيف، لأن المدار فى الإيتاء هو الإعانه على الفكّ و قد تحرر العبد المكاتب بحسب الغرض فلا معنى لإيتائه من الزكاه بعنوان سهم الرقاب.

و عن الشيخ فى المبسوط و الشهيد فى الدروس أنه يجب الإيتاء بعد العتق لأنه كالدين، حيث قد ثبت حق مالى للعبد فى ذمه مولاه قبل العتق و لم يخرج المولى عن عهده التكليف فعليه القضاء بعد العتق، و فيه أنه قد ثبت للعبد حق مالى فى ذمه المولى بعنوان أنه مكاتب، و بعد العتق لا مكاتبه فيرتفع الموضوع.

(٨) أى قضاء الإيتاء على المولى.

و كونه (١) ديناً على المولى وجه، رجّحه المصنف فى الدروس، و جعله كالدين، و لو دفع إليه (٢) من الزكاه و كان (٣) مشروطاً فعجزه (٤) ففى وجوب إخراج الزكاه لغيره (٥) أو ردّها (٦) إلى دافعها لو كان غيره (٧) قول (٨).

و يحتمل ذلك (٩) لو كان (١٠) من الغير تبرعاً، و عدمه (١١) فيهما (١٢)، لملكه (١٣) له (١٤)

(١) أى و كون الإيتاء.

(٢) لو دفع إلى المكاتب زكاه، سواء كان الدافع هو المولى أم غيره، و كان المكاتب مشروطاً، ثم عجز فيما بعد فردّه المولى إلى الرق، فلا- يجب على المولى إخراج الزكاه التى تحت يد العبد إلى غير العبد من المستحقين و لا يجب على المولى ردّ الزكاه لدافعها إن كان الدافع غير المولى، لطرؤ الرقيه المحضه بعد الدفع، مع أن العبد حال الدفع كان أهلاً للتملك فيملك ما دفع إليه من الزكاه، فلو رده المولى إلى الرقيه عند عجزه ملك المولى ما بيده، لأن العبد و ما يملك لمولاه.

بالإضافه إلى جريان أصله براءة ذمه الدافع بعد كون العبد أهلاً للتملك حال الدفع فضلاً عن أن عود المال إلى المولى بعد فسخ المشروطه إنما هو إحداث ملك جديد له و ليس من باب إبطال ما سلف من المكاتبه المشروطه بدليل أن المعاملات الجارية بين العبد المكاتب و غيره لتحصيل الكسب حتى يدفعه إلى المولى بعنوان عوض المكاتبه تبقى صحيحة و إن لم يرض بها المولى.

(٣) أى العبد.

(٤) أى عجز العبد عن الدفع فردّه المولى إلى الرق بعد إبطال المكاتبه.

(٥) أى لغير العبد إن كان الدافع للزكاه هو المولى.

(٦) أى رد الزكاه إلى دافعها.

(٧) أى لو كان الدافع غير المولى.

(٨) كما ذهب إليه نفس الشارح فى المسالك.

(٩) أى ردّها إلى الدافع، و هو احتمال و ليس قولاً لأحد، و الحكم فيه كالحكم فى الزكاه.

(١٠) أى الدفع.

(١١) أى و يحتمل عدمه، أى عدم الرد إلى الدافع.

(١٢) فى المدفوع من الزكاه و فى المدفوع تبرعاً.

(١٣) أى لملك العبد، و هو تعليل لعدم الرد إلى الدافع.

(١٤) للمدفوع تبرعا أو واجبا.

ص: ٤٥٠

وقت الدفع (١)، و براءة (٢) ذمه الدافع، و عوده (٣) إلى المولى إحداث (٤)، لا إبطال ما سلف (٥)، و من ثم (٦) بقيت المعامله السابقه (٧) بحالها و إن لم يرض بها المولى.

في ما لو مات المكاتب المشروط قبل كمال الأداء

(و لو مات المكاتب المشروط قبل كمال الأداء) لمال الكتابه (بطلت (٨) و ملك المولى ما وصل إليه من المال و ما تركه المكاتب (و لو مات المطلق (٩) و لم يؤد شيئا فكذاك (١٠)، و إن أدى (١١)

(١) لأن العبد وقت الدفع مكاتب، و المكاتب له أهليه التملك.

(٢) عطف على قوله (لملكه) و هو دليل ثان على عدم الرد إلى الدافع، و المعنى براءة ذمه الدافع من دفع الزكاه مره ثانيه، بعد ما صدر الدفع الأول من أهله و وقع في محله.

(٣) أى عود المدفوع إلى المولى عند ما ردّ المولى عبده إلى الرق.

(٤) أى إحداث ملك جديد.

(٥) أى ما سلف من عقد المكاتبه المشروطه، فلا يجب على الدافع حينئذ الإخراج ثانيا.

(٦) أى و من كون عود المدفوع إلى المولى إحداثا و ليس إبطالا لما سلف.

(٧) أى السابقه على التعجيز، و الصادره من العبد حال كونه مكاتبا.

(٨) إذا مات المكاتب المشروط قبل أداء جميع ما عليه بطلت الكتابه، و إن بقى من العوض شىء يسير، و كان ما تركه العبد لمولاه، و كان أولاده رقا أيضا للمولى للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى مكاتب يموت و قد أدى بعض مكاتبته و له ابن من جاريته، قال: إن اشترط عليه إن عجز فهو مملوك رجع ابنه مملوكا و الجاريه، و إن لم يكن اشترط عليه أدى ابنه ما بقى من مكاتبته و ورث ما بقى) (١) و مثله صحيح جميل بن دراج ٢.

(٩) لو مات المطلق قبل أداء شىء مما عليه بطلت المكاتبه بلا خلاف فيه ظاهرا، لأن موضوعها الرقيه و غايتها العتق، فإذا مات فات الموضوع و تعذرت الغايه التى شرع لها العقد.

(١٠) أى تبطل الكتابه.

(١١) لو مات المطلق بعد أداء شىء من مال الكتابه تحرر منه بحساب ما أدى و تبطل الكتابه بنسبه الباقي، و يتحرر من أولاده التابعين له بالرقيه بقدر حريته، و للمولى من تركته بقدر ما فيه من رق، و لورثته بقدر ما فيه من الحريه، و يؤدى الوارث التابع له

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المكاتبه حديث ٣ و ملحقه.

شيئا (تحرر منه (١) بقدر المؤدى) أى بنسبته (٢) من الجميع (٣)، و بطل منه (٤) بنسبه المتخلف (و كان ميراثه (٥) بين السيد، و وارثه بالنسبه (٦) فإن كان الوارث حرا فلا شىء عليه (٧) و الرقيه مما حصل له من التركة من نصيب الحره ما بقى من مال الكتابه على المشهور شهره عظيمه لصحيح محمد بن قيس عن أبى عبد الله عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى مكاتب توفى و له مال قال: يقسم ماله على قدر ما أعتق منه لورثته، و ما لم يعتق منه يحتسب منه لأربابه الذين كاتبوه) (١) و صحيح بريد العجلي عن أبى جعفر عليه السلام

(سألته عن رجل كاتب عبدا له على ألف درهم و لم يشترط عليه أنه إن عجز عن مكاتبته فهو ردّ فى الرق، و المكاتب أدى إلى مولاه خمسمائه درهم ثم مات المكاتب و ترك مالا و ترك ابنا له مدركا، قال عليه السلام: نصف ما ترك المكاتب من شىء فإنه لمولاه الذى كاتبه، و النصف الباقي لابن المكاتب، لأنه مات و نصفه حر و نصفه عبد، فإذا أدى إلى الذى كاتب أباه ما بقى على أبيه فهو حرّ، لا سبيل لأحد من الناس عليه) (٢).

نعم إن لم يكن له مال سعى الأولاد فيما بقى على أبيهم كما هى القاعده فى الذى تحرر بعضه، و يدل عليه بالخصوص هنا خبر مهزم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المكاتب يموت و له ولد، فقال: إن كان اشترط عليه فولده ممالك، و إن لم يكن اشترط عليه سعى ولده فى مكاتبه أبيهم و عتقوا إذا أدوا) (٣)، و عليه فمع أدائهم يعتق الأولاد، و لكن أداؤهم و سعيهم بالسويه و إن اختلفوا فى استحقاقهم للإرث إذا كانوا مختلفين بالذكوره و الأنوثة.

(١) من المطلق.

(٢) أى بنسبه المؤدى.

(٣) أى جميع مال الكتابه.

(٤) من المطلق.

(٥) أى ميراث المطلق.

(٦) فلوارثه بمقدار ما تحرر منه، و لمولاه بمقدار ما بقى فيه مفارق.

(٧) أى فلا شىء من مال الكتابه على الوارث الحر، لأنه غير تابع فى الكتابه للبعد المطلق الذى مات.

ص: ٤٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من كتاب المكاتبه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب موانع الإرث حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب موانع الإرث حديث ٧.

و يؤدي الوارث التابع له (١) في الكتابه) كولدته من أمته (٢) (باقي (٣) مال الكتابه)، لأنه (٤) قد تحرر منه بنسبه أبيه، و بقى الباقي (٥) لازما له (و للمولى إجباره (٦) على الأداء) للباقي (٧) (كما له (٨) إجبار المورث)، لأنه (٩) دين فله (١٠) إجباره (٦) على أدائه.

و قيل: لا (١١)، لعدم وقوع المعامله معه (١٢)، و فى صحيحه ابن سنان، و جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السّلام يقضى مال الكتابه من الأصل، و يرث

(١) للمطلق الذى مات.

(٢) أى أمه العبد، و المكاتب أهل للتملك.

(٣) مفعول به لقوله: (يؤدي الوارث).

(٤) أى لأن الوارث التابع، و هذا تعليل لوجوب أداء باقى مال الكتابه على الوارث التابع.

(٥) أى باقى مال الكتابه.

(٦) هل للمولى إجبار الوارث التابع على أداء ما بقى من مال الكتابه، و لو بالسعى على المشهور كما يجبر من تحرر بعضه على فك باقيه و لخبر مهزم المتقدم.

و عن ابن الجنيد أن الباقي من مال الكتابه يقضى من أصل التركة، لأنه بحكم الدين و حينئذ يتحرر الأولاد و لهم ما بقى بعنوان الإرث دون أن يكون شيء من الإرث للمولى لخبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السّلام فى حديث أنه قال: (فى المكاتب يؤدي بعض مكاتبته ثم يموت و يترك ابنا و يترك مالا أكثر مما عليه من مكاتبته قال: يوفى مواليه ما بقى من مكاتبته، و ما بقى فلولده) (١)، و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام فى حديث: (و إن لم يكن اشترط عليه أدّى ابنه ما بقى من مكاتبته و ورث ما بقى) ٢ و مثله صحيح الحلبي ٣، و لكن لا عامل بها فلذا لا بد من تقديم الطائفة الأخرى عليها.

(٧) من مال الكتابه.

(٨) أى كما للمولى إجبار نفس العبد المطلق قبل موته - و هو المورث - على أداء الباقي.

(٩) أى الباقي من مال الكتابه.

(١٠) أى فللمولى إجبار الوارث.

(١١) أى لا يجبر الوارث التابع على أداء الباقي، بل يخرج الباقي من أصل التركة و يتحرر الأولاد و يكون الباقي لولده إرثا.

(١٢) أى لعدم وقوع معاملة المكاتبه مع الوارث التابع.

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المكاتبه حديث ٢ و ٣ و ملحقه.

وارثه ما بقي، و اختاره (١) بعض الأصحاب، و المشهور الأول.

فى أنه تصح الوصيه للمكاتب المطلق

(و تصح الوصيه للمكاتب المطلق (٢) بحساب ما تحرر منه)، لروايه محمد بن قيس عن الباقر عليه السّلام «فى مكاتب كان تحته امرأه حره فأوصت له عند موتها بوصيه فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه».

و لو لم يتحرر منه (٣) شىء، أو كان مشروطا لم تصح الوصيه (٤) له مطلقا (٥) على المشهور. و استقرب المصنف فى الدروس جواز الوصيه للمكاتب مطلقا (٦)، (١) أى اختار مضمون هاتين الروايتين.

(٢) لو أوصى للمكاتب المطلق الذى تحرر بعضه بوصيه، صح له منها بقدر ما فيه من الحرية و يبطل ما زاد على المشهور لخبر محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى مكاتب تحته حره، فأوصت له عند موتها بوصيه فقال أهل المرأه: لا تجوز وصيتها له، لأنه مكاتب لم يعتق و لا يرث، فقضى عليه السلام أنه يرث بحساب ما أعتق منه، و يجوز له من الوصيه بحساب ما أعتق منه، و قضى فى مكاتب قضى ربع ما عليه فأعتق فأوصى له بوصيه فأجاز له ربع الوصيه، قضى فى رجل حر أوصى لمكاتبته و قد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أعتق منها، و قضى فى وصيه مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه) (١).

و قيل تصح له مطلقا، لأنها نوع اكتساب و هو غير ممنوع منه و استقربه الشهيد فى الدروس، و قواه فى المسالك لضعف الخبر المذكور إذ محمد بن قيس مشترك بين الثقة و غيره، و فيه أنه منجر لعمل الأصحاب فضلا عن روايه عاصم بن حميد عنه، و روايه عاصم بن حميد عن محمد بن قيس دليل على أنه الثقة دون الضعيف.

(٣) و العجب أن الشارح قد ترك من الروايه محل الاستدلال و هو (و يجوز له من الوصيه بحساب ما أعتق منه).

(٤) من المطلق.

(٥) أى أصلا، بخلاف المتقدم فإنها تصح بمقدار ما تحرر منه، و وجه عدم الصحه واضح إذ لم يتحرر منه شىء، و لا تصح الوصيه له إلا بمقدار ما تحرر منه.

(٦) مشروطا كان أو مطلقا، أذى شيئا أو لا.

ص: ٤٥٤

لأن قبولها (١) نوع اكتساب، وهو (٢) أهل له.

و فيه قوه.

هذا إذا كان الموصى غير المولى، أما هو (٣) فتصح وصيته مطلقا (٤) و يعتق منه (٥) بقدر الوصيه، فإن كانت (٦) بقدر النجوم عتق أجمع، و إن زادت (٧) فالزائد له (٨)، و لا فرق بين كون قيمته (٩) بقدر ملك الكتابه، أو أقل (١٠)، لأن الواجب (١١) الآن (١٢) هو المال، مع احتمال اعتبار قيمه (١٣)

(١) أى قبول الوصيه.

(٢) أى العبد المكاتب.

(٣) أى المولى.

(٤) أى فتصح وصيه المولى لعبده المكاتب سواء كان مطلقا أم مشروطا كما هو الأصل، إذ المكاتب له أهليه التملك فتصح الوصيه له، خرجت عن هذا الأصل فيما لو كان الموصى غير المولى للخبر المتقدم فيقتصر عليه.

و عليه فإذا جازت وصيه المولى لعبده المكاتب، فإن كانت أزيد مما عليه عتق أجمع و كان الزائد له، و إن لم تكن أزيد فيعتق منه بمقدار الوصيه.

(٥) من المكاتب الموصى له.

(٦) أى الوصيه.

(٧) أى زادت الوصيه عن النجوم.

(٨) أى فالزائد من الوصيه للمكاتب بعد تحرره.

(٩) أى قيمه العبد المكاتب الموصى له.

(١٠) أى أقل من قدر مال الكتابه.

(١١) تعليل لعدم الفرق.

(١٢) أى بعد الكتابه، فالواجب على العبد هو مال الكتابه.

(١٣) أى قيمه العبد، فلو نقصت قيمه عن الوصيه، فلا- ينظر فى الوصيه إلى الكتابه و لا إلى مالها، فيعطى الموصى به من جهه الوصيه فلو كان الموصى به أزيد من قيمته عتق و أعطى الزائد، و إن كان ما أوصى له به أقل من مال الكتابه، لأن هذا حكم

القن إذا أوصى له و المكاتب لا يقصر عنه.

و الفرق بينه و بين الأول أنه لو كان الموصى له به عشره دراهم و قيمته خمسسه، و مال الكتابه عليه عشرين، فعلى الأول يعتق منه نصفه، لأن الموصى له به نصف مال الكتابه،

ص: ٤٥٥

لو نقصت (١)، فيعتق من الوصيه. و له الزائد و إن لم تف (٢) بمال الكتابه، لأن ذلك حكم القن، و المكاتب لا يقصر عنه.

فى أن كل ما يشترط فى عقد الكتابه لازم

و كل ما يشترط فى عقد الكتابه مما لا يخالف المشروع لازم (٣)، لأن الشرط فى العقد يصير كالجزم منه (٤)، فالأمر بالوفاء به (٥) يتناول (٦)، و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم «المؤمنون عند شروطهم» و لو خالف (٧) المشروع كشرط أن يطاء المكاتبه (٨)، أو أمه و على الثانى يعتق تمامه و يعطى خمسه و عليه فى ذمته للورثه عشرون الذى هو مال الكتابه.

و فى هذا الاحتمال ضعف، لأن المكاتب خرج عن حكم القن و صار مال الكتابه فى ذمته، فكان اعتبار الوصيه على مال الكتابه أولى من اعتبارها على قيمه العبد.

(١) أى القيمه نقصت عن الوصيه.

(٢) أى الوصيه.

(٣) عقد الكتابه قابل للشروط السائغه كظائر من عقود المعاوضات، و عليه فما يشترطه المولى على العبد من عمل مخصوص زمن الكتابه و نحو ذلك يكون لازما، لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) و لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢)، نعم لو اشترط على عبده شرطا منافيا لمقتضى العقد كاشتراط عدم الحريه بعد أداء مال الكتابه أو اشترط عليه شرطا منافيا للكتاب و السنه كاشتراط عدم الوطء بعد التحرر أو اشترط عدم الكسب بعد التحرر أو اشترط كون الولد المتجدد رقا بعد التحرر بطل الشرط، لأنه غير سائغ بلا خلاف فيه، و لكن هل يتبعه فساد العقد لأن الشرط فاسد و مفسد كما هو المشهور أو لا يتبعه فساد العقد لأن الشرط الفاسد غير مفسد كما هو قول و قد تقدم البحث فى ذلك مرارا.

(٤) من العقد.

(٥) بالعقد.

(٦) أى يتناول الشرط.

(٧) أى الشرط.

(٨) أى كما لو شرط المولى على أمته المكاتبه أن يطاءها، بطل الشرط، لأنه على خلاف المشروع، إذا العبد بعد المكاتبه يخرج عن عجز المماليك و لا يصل إلى استقلال الأحرار و لكن له أهليه التملك فلذا ليس للمكاتب التصرف فى ماله بيع و لا هبه و لا عتق إلا بإذن مولاه، و لا يجوز للمولى التصرف فى ماله إلا بما يتعلق بالاستيفاء و كذا لا يجوز للمولى و طء المكاتبه لا

ص: ٤٥٦

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

المكاتب مطلقاً (١)، أو يترك التكسب (٢)، أو رد المطلق (٣) في الرق حيث شاء، و نحوه (٤) بطل الشرط و يتبعه بطلان العقد على الأقوى (٥).

في أنه ليس للمكاتب التصرف في ماله

(و ليس له) أى للمكاتب بنوعيه (٦) (التصرف في ماله (٧) بيع) ينافى بالملك و لا بالعقد، لعدم صيرورتها حرة فلا يصلح الوطء بالعقد، و لخروجها عن محض الرقيه فلا يصلح الوطء بالملك بلا خلاف في ذلك و لا إشكال.

(١) أى سواء كان المكاتب مشروطاً أم مطلقاً، و المعنى لو شرط المولى على عبده المكاتب أن يظأ أمه عبده المكاتب فهو شرط غير مشروع، لأنه لا يجوز للمولى التصرف في مال المكاتب إلا بما يتعلق بالاستيفاء، و هذا ليس منه.

(٢) كما لو شرط المولى على عبده المكاتب أن يترك التكسب زمن الكتابة فإنه شرط مناف لمقتضى عقد الكتابة، إذ مع ترك التكسب فكيف يحصل مال الكتابة، و لو شرط عليه ترك التكسب بعد التحرر فإنه مناف للمشروع، إذ الشرع قد ورد فيه حث الأحرار على الكسب.

(٣) كما لو شرط المولى على عبده المكاتب المطلق أن يرده في الرق حيث شاء فهو شرط مناف للمشروع، إذ المشروع أن المطلق يتحرر منه بمقدار ما يؤدي.

(٤) أى و نحوه من الشروط غير المشروعه.

(٥) و في قبالة بطلان الشرط دون العقد.

(٦) و هما المطلق و المشروط.

(٧) قد تقدم أن المكاتب له أصلية التملك، و لكن لا خلاف بينهم في أنه لا يجوز له التصرف في ماله بهبه و لا عتق و لا إقراض إلى غير ذلك من التصرفات المنافية للاكتساب كالعاريه و الهديه إلا بإذن مولاه للأصل من أن المكاتب لم يخرج بالمكاتبه عن العبوديه فلا يجوز له التصرف إلا بإذن مولاه، نعم جاز له التكسب خاصه اقتضاء للمكاتبه و الباقي على الأصل و لصحيح معاويه بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل مملوك كاتب على نفسه و ماله، و له أمه، و قد شرط عليه أن لا يتزوج فأعتق الأمه و تزوجها، قال عليه السلام لا يصلح له أن يحدث في ماله إلا الأكله من الطعام، و نكاحه فاسد مردود) (١)، و هو مطلق شامل للمطلق و المشروط، نعم في خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (المكاتب لا يجوز له عتق و لا هبه و لا نكاح و لا شهاده و لا حج حتى يؤدي جميع ما عليه إذا كان مولاه قد شرط عليه إن هو عجز فهو رد في الرق) ٢ و مثله غيره اختصاص الحكم بالمشروط و لكن لا عامل بها كما في الجواهر.

ص: ٤٥٧

الاكتساب (١) كالباع نسيئته بغير رهن، و لا ضميين (٢)، أو محاباه (٣) أو بغبن، لا- مطلق البيع (٤)، فإن له (٥) التصرف بالبيع و الشراء، و غيرهما من أنواع التكسب التي لا خطر فيها، و لا تبرع (و لا هبه (٦) لا تستلزم عوضا زائدا عن الموهوب، و إلا (٧) فلا منع، للغبطه، و فى صحه (٨) العوض المساوى وجه، إذ لا ضرر حينئذ (٩) كالباع بثمان المثل و الشراء به (١٠) (و لا عتق (١١)، لأنه (١٢) تبرع محض (١٣)، و منه (١٤) شراء من ينعق عليه (١٥)، و له (١٦) قبول هبته (١٧) مع عدم الضرر (١٨)

(١) أى اكتساب مال الكتابه.

(٢) بل قيل - كما فى المسالك - لا يجوز للمكاتب البيع نسيئته مطلقا، لأن الرهن قد يتلف و الضمين قد يعسر.

(٣) عطف على (نسيئته) و المعنى كالباع محاباه، و هو البيع بدون ثمن المثل.

(٤) كما أطلقه الماتن.

(٥) أى للمكاتب.

(٦) أى و ليس للمكاتب التصرف فى ماله بهبه.

(٧) أى و إن استلذمت الهبه عوضا زائدا من الموهوب فلا- منع منها، و هى الهبه المعوّضه فتجوز، لأن فيها اكتسابا للمكاتب، و لكن بشرط قبض العوض قبل إقباض العين الموهوبه كما فى المسالك، لأنه لا يجوز له البيع بدونه القبض ففى الهبه أولى.

(٨) أى و فى صحه الهبه بالعوض المادى.

(٩) أى حين تساوى العوض فلا ضرر على المكاتب الواهب.

(١٠) بثمان المثل.

(١١) أى و ليس للمكاتب التصرف فى ماله بعتق.

(١٢) أى العتق.

(١٣) أى لا نفع فيه، و التبرع المحض مناف للاكتساب.

(١٤) أى و من العتق المنهى عنه.

(١٥) كشراء أحد العمودين أو إحدى المحرمات عليه نسبا أو رضاعا.

(١٦) أى للمكاتب.

(١٧) أى قبول هبه من ينعق عليه و لكن بشرط أن لا- يصير الواهب بعد الهبه فقيرا تجب نفقته على المكاتب، و أما لو كان الواهب مكتسبا قدر مئوته فصاعدا فيصح للمكاتب قبول الهبه منه لأنه لا يصير فقيرا بالهبه حتى تجب نفقته على المكاتب.

(١٨) أى عدم الضرر على المكاتب.

ص: ٤٥٨

بأن يكون (١) مكتسبا قدر مؤنثه فصاعدا.

(و لا اقراض (٢) مع عدم الغبطه، فلو كان فى طريق خطر يكون الاقراض فيه اغبط من بقاء المال، أو خاف تلفه قبل دفعه، أو بيعه (٣) و نحو ذلك فالمتجه الصحه (٤)، و لكنهم (٥) اطلقوا المنع (٦) فيما ذكر (٧) (إلا بإذن المولى) فلو أذن (٨) فى ذلك كله (٩) جاز. لأن الحق لهما (١٠)، و حيث يعتق (١١) بإذنه فالولاء له (١٢) إن عتق، و إلا فللمولى، و لو اشترى (١٣) من يعتق عليه لم يعتق فى الحال فإن عتق (١٤) تبعه، و إلا- (١٥) استرقهما (١٦) المولى، و لو مات العتيق (١٧) فى زمن الكتابه وقف ميراثه توقعا لعتق المكاتب (١٨) و حيث لا يأذن المولى فيما لا غبطه فيه و لم يبطله (١٩)

(١) أى الواهب، و هو من يعتق على العبد المكاتب.

(٢) أى و ليس للمكاتب التصرف فى ماله بإقراض و دين.

(٣) أى خاف تلفه قبل بيعه.

(٤) أى صحه الإقراض، لأن المصلحه فيه واضحه.

(٥) أى الفقهاء.

(٦) أى منع المكاتب من التصرف.

(٧) من البيع و الهبه و الإقراض و لم يقيدوا المنع بما إذا لم تكن هناك مصلحه و غبطه.

(٨) أى المولى.

(٩) من البيع و الهبه و الإقراض و العتق.

(١٠) للمولى و العبد.

(١١) أى و حيث يعتق المكاتب عبدا له بإذن مولى المكاتب.

(١٢) أى فولاء المعتق للمكاتب إذا تحقق عتق المكاتب و إلا فلو ردّ إلى الرق فالولاء للمولى.

(١٣) أى المكاتب بحيث اشتراه بإذن مولاه.

(١٤) أى فإن عتق المكاتب تبعه من يعتق عليه.

(١٥) أى و إن لم يعتق المكاتب.

(١٦) ضمير المفعول راجع للمكاتب و من يعتق عليه، و يسترقهما المولى، لأن المولى عند فسخ المشروطه يرجع المكاتب و ما يملكه ملكا للمولى.

(١٧) أى عتيق المكاتب.

(١٨) فإن عتق المكاتب فهو الوارث و إلا فيرثه المولى.

(١٩) أى و لم يصرح بعدم الإذن.

ص: ٤٥٩

حتى عتق المكاتب نفذ (١). لزوال المانع كالفضولي (٢).

و قيل (٣): لا (٤)، لوقوعه على غير الوجه المشروع. و هو (٥) ممنوع (و لا- يتصرف المولى فى ماله (٦) أيضا (٧) بما ينافى الاكتساب (إلا بما يتعلق بالاستيفاء) مطلقه كانت (٨) أم مشروطه.

فى أنه يحرم على المولى وطء الأمه المكاتبه

(و يحرم عليه (٩) وطء الأمه (المكاتبه عقدا، و ملكا) بإذنها و غيره (١٠)، فلو وطأها (١١)

(١) أى نفذ هذا التصرف من المكاتب الذى لا غبطه فيه و لم يبطله المولى، لوجود المقتضى من كون المكاتب له أهليه التصرف فى ماله لأنه أهل للملك، مع عدم المانع، إذ المانع هو حفظ حق المولى فى مال الكتابه، و المفروض عدمه لخروجه عن الكتابه بالعتق.

(٢) فإن تصرفاته تنفذ لو صار هو المالك.

(٣) و القائل غير معروف.

(٤) أى لا ينفذ تصرفات العبد الواقعه فى زمن كتابته فيما لا غبطه له فيها و لم يبطلها المولى، لوقوعها على غير الوجه المشروع، فتكون منها عنها كما فى الرياض، و فيه. أن النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد.

(٥) أى القول بعدم النفوذ.

(٦) أى فى مال المكاتب، لا خلاف و لا إشكال فى عدم جواز تصرف المولى فى مال المكاتب، لخروجه بالكتابه عن محض الرقبه و انقطاع سلطنه المولى عنه، إلا بما يتعلق بالاستيفاء بإذن المكاتب.

(٧) أى كما لا يجوز للمكاتب التصرف فى ماله إلا بما يتعلق بالاستيفاء فكذا المولى.

(٨) أى الكتابه.

(٩) أى يحرم على المولى وطء أمته المكاتبه و لو برضاها، بلا خلاف فيه، فلا يصح وطؤها بالملك لعدم كونها مملوكه محضه، و لا يصح بالعقد لعدم صيرورتها حره، لأن المكاتب على مرتبه بين الرق و العتق.

(١٠) أى و غير الإذن.

(١١) لو وطأها عالمين بالتحريم عزرا و لم يحدا للملك، و لو كان أحدهما عالما عزرا دون الآخر.

و لو كانا جاهلين فلا تعزير، هذا من جهه و من جهه أخرى فلو وطأها فلها مهر المثل عليه، لأن الوطاء من كسبها و لا يجوز له الانتفاع من كسبها بلا عوض، و لخبر على بن جعفر عن أخيه عن أبيه عليهما السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم

فى رءل وقع على مكاتبته فنال من

ص: ٤٤٠

فعلية المهر (١) و إن طواعته، لأنها لم تستقل (٢) بملكه (٣) ليسقط (٤) ببغيها، و فى تكرر المهر بتكرر الوطء أوجه (٥)، ثالثها (٦) تكرره (٧) مع تخلل الأداء بين الوطأين، و إلا (٨) فلا، و تصير أم ولد لو ولدت منه (٩)، فإن مات (١٠) و عليها شىء من مال الكتابه عتق باقيها من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب بقى الباقي (١١) مكاتبها فوطأها، قال: عليه مهر مثلها، فإن ولدت منه فهى على مكاتبها، و إن عجزت فردت فى الرق فهى من أمهات الأولاد(١)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (إن أمير المؤمنين عليه السلام قال فى مكاتبه يطأها مولاها فتحمل قال: يرد عليها مهر مثلها و تسعى فى قيمتها، فإن عجزت فهى من أمهات الأولاد)٢.

بل إطلاق الخبرين يشمل صورته ما لو طواعته فعلية مهر المثل لها، لأنها ليست بزانية حتى يسقط مهرها، و لذا لا تحد و تكون أم ولد، و عدم الزنا لأنها ملكه.

(١) أى مهر المثل.

(٢) أى لم تستقل الأمه استقلال الاحرار حتى يسقط مهرها ببغيها، و عدم استقلالها لأنها مملوكة له و إن كانت مكاتبه.

(٣) أى بسبب ملكه لها.

(٤) أى ليسقط المهر بسبب ببغيها حيث لا مهر لبغى كما تقدم فى كتاب النكاح.

(٥) الوجه الأول: تكرر مهر المثل بتكرر الوطء لتعدد السبب القاضى بتعدد المسبب.

الوجه الثانى: عدم التكرار و إن تكرر الوطء لأصالة البراءة عن المهر الثانى.

الوجه الثالث: التفصيل بين أداء المهر الأول و عدمه، فمع عدم أدائه فلا مهر ثانيا و إن تكرر الوطء لأصالة البراءة، و مع الأداء فالمهر الثانى ثابت بالوطء الثانى، لأن الوطء سبب لثبوت المهر، حيث إن الوطء من كسبها فلا يجوز للمولى الانتفاع به من غير عوض.

(٦) أى التكرار مطلقا و عدمه مطلقا و التفصيل.

(٧) أى تكرر المهر.

(٨) أى و إن لم يتخلل الأداء بين الوطأين فلا يتكرر المهر.

(٩) من المولى.

(١٠) أى المولى.

(١١) أى الباقي عن نصيب ولدها.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب المكاتبه حديث ١ و ٢.

و له (١) تزويجها) من غيره (بإذنها) و الفرق بينه (٢)، و بين المولى (٣) أن الملك له (٤) غير تام، لتشبهها بالحرية. و العقد كذلك (٥)، لعدم استقلالها، و البضع لا يتبع (٦)، أما الأجنبي فلما كان الحق (٧) منحصرًا فيهما (٨) و عقد له (٩) بإذنها فقد أباحه (١٠) بوجه واحد.

فى أنه يجوز بيع مال الكتابه

(و يجوز بيع مال الكتابه (١١) بعد حلولة، و نقله (١٢) بسائر وجوه النقل (١٣)

(١) أى و للمولى تزويج أمته المكاتبه من غيره بإذنها بلا- خلاف فيه، لأنها مملوكته فلا يصح العقد إلا بإذنه، و لأن لها أهليه التملك و قد ارتفعت سلطنه المولى عنها فلا يصح العقد إلا بإذنها.

(٢) أى بين الغير.

(٣) حيث لا يجوز تزويجها من المولى و يجوز من غيره، لأن الملك للمولى غير تام لتشبهها بالحرية فلا يصح الوطء بالملك، و كذا لا يصح بالعقد لعدم استقلالها، و أما الغير فحق البضع للمولى و أمته فلو زوجت الأمه نفسها للغير بغير مولاها فقد أباحت نفسها له بوجه واحد.

(٤) للمولى.

(٥) أى غير تام.

(٦) بحيث يوطأ بعضه بالملك و بعضه بالعقد.

(٧) أى حق البضع.

(٨) فى المولى و مكاتبته.

(٩) أى و عقد المولى للأجنبي.

(١٠) أى فقد أباح المولى البضع.

(١١) مال الكتابه ثابت فى ذمه العبد، و هو دين للمولى، فيجوز للمولى بيعه كما يجوز بيع سائر ديونه، لأنه معلوم، و يجوز أيضا نقله بسائر وجوه النقل بشرط أن يكون الدين ثابتا فى ذمه العبد، و لا يكون ثابتا إلا بعد حلول الأجل، إذ قبل الأجل قد يعجز العبد و يرجع رقا فلا دين. كل ذلك على المشهور بين الأصحاب خلافا للشيخ فى المبسوط و ابن البراج من عدم جواز بيع مال الكتابه للنهى عن بيع ما لم يقبض (١)، و فيه: أنه محمول على ما لو كان البائع قد اشتراه و لم يقبضه كما ثبت فى محله، و هنا الشرط مفقود إذ مال الكتابه ثابت للمولى بغير الشراء حيث ثبت له بالكتابه.

(١٢) أى و يجوز نقله.

(١٣) كالهبة و الصلح.

ص: ٤٦٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود من كتاب التجاره.

فيجب على المكاتب تسليمه (١) إلى من صار إليه، خلافا للمبسوط استنادا إلى النهى عن بيع ما لم يقبض، وإطلاقه (٢) ممنوع لتقييده (٣) بانتقاله (٤) إلى البائع بالبيع (٥) (فإذا أداه) المكاتب (إلى المشتري عتق)، لأنه قبضه (٦) كقبض المولى.

و لو قيل بالفساد (٧) ففي عتقه (٨) بقبض المشتري (٩) مع إذنه له (١٠) في القبض وجهان. من أنه (١١) كالوكيل. و من أن (١٢) قبضه لنفسه، و هو (١٣) غير مستحق، ففارق الوكيل بذلك (١٤).

(١) أى تسليم مال الكتابه.

(٢) أى وإطلاق النهى.

(٣) أى تقييد النهى.

(٤) أى بانتقال غير المقبوض.

(٥) لا بالكتابه.

(٦) أى قبض المشتري.

(٧) أى بفساد بيع مال الكتابه، و على هذا الفرض فلا يجوز للمكاتب تسليم النجوم للمشتري، و ليس للمشتري مطالبته بها، لعدم استحقاقه لها، بل هى باقيه على ملكك السيد، و لا- يحصل عتق المكاتب إلا بدفعها للسيد كما عن الأكثر و منهم العلامه فى التحرير.

و قيل: يحصل عتق المكاتب بتسليمها إلى المشتري و إن لم يكن مستحقا لها، لأن السيد سلطه على القبض و أذن له فيه عند البيع الفاسد، فيكون المشتري كما لو و كدل فى قبض الثمن و هو اختيار الشيخ فى المبسوط و العلامه فى التحرير، و فيه عدم اقتضاء البيع الفاسد صدور الإذن بالقبض، بل يبطل الإذن ببطان العقد و لذا يكون المبيع المذكور مضمونا على المشتري لو تلف فى يده فضلا عن الفارق بين المشتري و الوكيل، فالمشتري قد أذن عند صدور البيع الفاسد بالقبض لنفسه، و الوكيل قد أذن بالقبض عن الموكل.

(٨) أى عتق المكاتب.

(٩) أى قبضه لمال المكاتبه من العبد.

(١٠) مع أذن السيد للمشتري فى القبض حال كون الإذن ضمينا فى البيع الفاسد.

(١١) أى من أن المشتري، و هذا دليل صحه العتق لتحقق القبض.

(١٢) دليل لعدم صحه العتق لعدم تحقق القبض.

(١٣) أى المشتري.

(١٤) أى بأنه قبضه لنفسه.

ص: ٤٦٣

و الوجهان اختارهما العلامه فى التحرير (١).

فى ما لو اختلفا فى قدر مال الكتابه

و لو اختلفا فى قدر مال الكتابه (٢)، أو فى) قدر (النجوم) و هى الآجال إما فى قدر كل أجل مع اتفاقهما على عددها (٣)، أو فى عددها (٤) مع اتفاقهما على مقدار كل أجل (قدم قول المنكر (٥) و هو (٦) المكاتب فى الأول (٧)، و المولى فى الثانى (٨) مع يمينه)، لأصالة البراءه من الزائد.

و قيل (٩): يقدّم قول السيد مطلقا (١٠)، لأصالة عدم العتق، إلا بما يتفقان عليه.

النظر الثالث – فى الاستيلاء

اشاره

(النظر الثالث – فى الاستيلاء) للاماء بملك اليمين (١١)،

فى معنى الاستيلاء

(١) فى موضعين من الكتاب كما صرح بذلك فى المسالك.

(٢) بأن قال السيد: مال الكتابه ألفان، و قال العبد: بل ألف مثلا.

(٣) بحيث اتفقا على أن النجوم اثنان، فقال السيد: النجم إلى سنه فقال العبد: النجم إلى سنتين، فكان الاختلاف فى مده الأجل و النجم.

(٤) بأن قال السيد: الأجل منقسم إلى ثلاثه نجوم بحيث يحلّ فى كل نجم ثلث المال، فقال العبد: بل إلى أربعه نجوم بحيث يحلّ فى كل نجم ربع المال.

(٥) أى قول منكر الزياده مع يمينه كما عليه الأكثر.

(٦) أى المنكر.

(٧) فيما لو اختلفا فى قدر مال الكتابه.

(٨) فى الاختلاف فى النجوم، فى مده النجم و عوده.

(٩) و القائل الشيخ فى الخلاف.

(١٠) فى الصورتين، سواء اختلفا فى المال أو المده و النجم، أما فى المده و النجم فمحل اتفاق، و أما فى قدر مال الكتابه فلأن

الأصل فى المكاتب و كسبه لسيدته فالمكاتب يدعى العتق بما يدعيه من المقدار و المولى ينكره و الأصل بقاء الرق، و فيه أن المولى بعد اعترافه بأصل الكتابه و بعد اعترافه باستحقاق العبد للمعتق خرج العبد عن أصله بقاء الرق فيه و فى ماله، مع أن المولى يدعى الزيادة فى ذمه المكاتب و العبد ينكرها فيكون قوله مقداً فى ذلك مع يمينه تحقيقاً للأصل المشهور من تقديم قول المنكر مع يمينه.

(١١) الاستيلاء هو طلب الولد عند و طء الأمه بملك اليمين، مع حصول الولاده، و هذا الاستيلاء عنوان لجمله من الأحكام الشرعيه المخالفه للأصول و القواعد، كعدم جواز نقلها، و انعتاقها من نصيب ولدها، و غير ذلك من الأحكام التى ستمر عليك، و قد تقدم بعضها فيما سبق.

و يترتب عليه (١) أحكام خاصة كإبطال كل تصرف ناقل للملك عنه (٢) إلى غيره (٣) غير (٤) مستلزم للعتق (٥)، أو مستلزم (٦) للنقل كالرهن، و عتقها (٧) بموت المولى قبلها (٨) مع خلو ذمته (٩) من ثمن رقبته (١٠)، أو وفاء التركة (١١) و حياها (١٢) الولد، و غير ذلك (١٣) (و هو (١٤))

(١) على الاستيلاء.

(٢) عن المولى.

(٣) أى غير المولى.

(٤) صفه للتصرف الناقل.

(٥) أما لو كان التصرف الناقل مستلزما للعتق كما لو باعها على من تعتق عليه فيجوز.

(٦) صفه للتصرف، و المعنى كإبطال كل تصرف مستلزم للنقل كالرهن، كما لو رهنها على عين فقد يوجب ذلك نقلها إلى ملك المرتهن عند عدم وفاء الدين.

(٧) معطوف على قوله (كإبطال) و المعنى أن من جملة الأحكام الخاصة للاستيلاء عتقها عند موت المولى قبلها و تعتق من نصيب ولدها.

(٨) أى قبل أم الولد.

(٩) أى ذمه المولى.

(١٠) يجوز بيع أم الولد فى ثمن رقبته إذا كان دينا على المولى و لا وجه له إلا أدائه سواها، سواء كان المولى حيا أم ميتا، و قد تقدم البحث فيه فى كتاب البيع فراجع.

(١١) فإذا مات المولى و ثمنها دين فى ذمته كانت التركة وافية بثمنها فلا يجوز بيعها بل تعتق من نصيب ولدها، نعم إذا كان ثمنها دينا و لم تف التركة بثمنها فيجوز بيعها حينئذ.

(١٢) عطف على قوله (خلو ذمته)، و هو شرط لانعتاقها بموت المولى.

(١٣) أى و غير ذلك من الأحكام الخاصة للاستيلاء.

(١٤) أى الاستيلاء، و يتحقق بحمل الأمه من سيدها إذا وطأها فى ملكه، فلو وطأ أمه الغير شبهه أو بعقد أو بالتحليل فحملت منه ثم ملكها لم تصر أم ولد له على المشهور شهره عظيمه خلافا للشيخ فى الخلاف و ابن حمزه تمسكا بصدق الاستيلاء عرفا على ذلك، و فيه أنه على خلاف خبر ابن مارد عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يتزوج الأمه فتلد منه أولادا ثم يشتريها

فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها، قال: هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، وإن شاء أعتق(١).

ص: ٤٦٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الاستيلاء حديث ١.

(يحصل بعلوق (١) أمته منه في ملكه) بما يكون مبدأ نشوء آدمي و لو مضغه (٢)، لا- بعلوق الزوجه الأمه (٣)، و لا الموطوءه بشبهه (٤) و إن ولدته حرا، أو ملكهما (٥) بعد على الأشهر و لا يشترط الوطء، بل يكفي مطلق العلق منه (٦)، و لا حلّ الوطء إذا كان التحريم (٧) عارضا كالصوم (٨)، و الإحرام، و الحيض و الرهن، أما الأصلي (٩)

فإذن لا- بد من حصول الحمل و هي في ملكه، و الخبر مطلق سواء تحقق الوطء أم لا- فيكفي مطلق الحمل بلا فرق بين كون الحمل و هي في الملك عن وطء محلّل أو محرم كما لو وطأها و هي في الحيض أو النفاس أو الإحرام أو الظهار أو الرهن. ثم إنه يكفي في إجراء حكم أم الولد عليها حملها بما هو مبدأ إنسان، و لو علقه بلا خلاف فيه لصحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (في جاريه لرجل و كان يأتيها فأسقطت سقطا منه بعد ثلاثه أشهر، قال: هي أم ولد) (١) و منه يعلم أن المراد بأم الولد من حملت بما هو مبدأ نشوء الولد و إلا فالسقط بعد ثلاثه أشهر ليس بولد قطعا، نعم لو ألقته و هو نطفه فلا تصير بذلك أم ولد لعدم اليقين بكون النطفه مبدأ للنشوء و لعدم العلم باستعدادها للصوره الإنسانيه إذ لعلها فاسده، بخلاف ما لو ألقته مضغه أو علقه فإنه يعلم بكونها نشوء آدمي، ثم فائده حملها بغير الحي مع أنه لا تعتق من نصيبه بسبب موت الولد أو إسقاطه أن تجرى عليها أحكام أم الولد من عدم جواز نقلها عن الملك زمن الحمل و نحو ذلك.

(١) أي بحمل.

(٢) دون النطفه.

(٣) فيما لو وطأ أمه الغير بالعقد.

(٤) و هي أمه الغير.

(٥) أي ملك زوجته أو الموطوءه شبهه بعد ذلك.

(٦) أي و لا يشترط حلّ الوطء في صدق أم الولد عليها.

(٧) أي تحريم الوطء.

(٨) كما لو وطأ أمته و هي في صوم أو إحرام أو حيض أو رهن.

(٩) أي تحريم وطء أمته تحريما أصليا كما لو كانت مزوجه من الغير.

ص: ٤٦٦

بتزويج الأمه (١) مع العلم بالتحريم فلا (٢)، لعدم لحوق النسب (٣).

و يشترط مع ذلك (٤) الحكم بحريه الولد، فلا يحصل (٥) بوطء المكاتب أمته (٦) قبل الحكم بعنقه (٧)، فلو عجز (٨) استرق المولى الجميع (٩)، نعم لو عتق (١٠) صارت أم ولد (١١) و ليس له (١٢) بيعها قبل عجزه و عتقه، لتشبهها بالحريه، و لا (١٣) بوطء العبد أمته التى ملكه إياها مولاه لو قلنا بملكه (١٤) و هى (١٥) مملوكه (١٦)

(١) أى بسبب تزويج الأمه.

(٢) أى فلا يكفى هذا الوطء المحرّم فى لحوق أم الولد عليها.

(٣) أى نسب الولد إليه، مع أن المناط فى الاستيلاء نسبه الولد إليه حتى تعتق من نصيب ولدها عند موت مولاها.

(٤) أى و يشترط فى الاستيلاء مع ما ذكر الحكم بحريه الولد من دون خلاف لأن الاستيلاء إنما يثبت تبعاً لحريه الولد حتى تعتق من نصيبه عند موت مولاها.

(٥) أى الاستيلاء.

(٦) لعدم حريه الولد.

(٧) أى بعنق المكاتب.

(٨) أى المكاتب عن أداء مال الكتابه.

(٩) من المكاتب و أمته و ولدها.

(١٠) أى المكاتب.

(١١) و إن كان الحمل قبل العتق.

(١٢) للمكاتب.

(١٣) أى و لا يحصل الاستيلاء بوطء العبد أمته التى ملكه إياها مولاه، لعدم حريه الولد التى هى مناط الاستيلاء.

(١٤) أى بملك العبد.

(١٥) أى أم الولد.

(١٦) فهى مملوكه ما دام مولاها حيا بلا خلاف فى ذلك و لا إشكال، فيجوز له التصرف فيها بغير النقل كالوطء و الإجاره، ففى

صحيح زواره عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن أم الولد، فقال: أمه) (١)، و خبر ابن بزيع (سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يأخذ من أم

ص: ٤٦٧

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستيلاء حديث ١.

يجوز استخدامها، و وطؤها بالملك، و تزويجها بغير رضاها، و إجارتها، و عتقها.

فى أنها لا تتحرر بموت المولى

(و لا- تتحرر بموت المولى (١) أى بمجرد موته كما يتحرر المدبر لو خرج (٢) من ثلث ماله (٣)، أو اجازته الوارث (٤)(بل) تتحرر (من نصيب ولدها) من ميراثه (٥) من أبيه،(فإن عجز النصيب) عن قيمتها كما لو لم يخلف سواها و خلف وارثا سواه (٦) ولده شيئا و هبه لا بغير طيب نفسها من خدم أو متاع، أ يجوز ذلك له؟ فقال: نعم إذا كانت أم ولده(١).

نعم يجوز بيعها فى مواضع مخصوصه أشهرها فى ثمن رقبتها إذا كان دينا على المولى و لا وجه له إلى أدائه سواها، و قد تقدم البحث فى ذلك فى كتاب البيع.

(١) لا تتحرر أم الولد بموت المولى، بل من نصيب ولدها، إذا كان له نصيب بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: أيما رجل ترك سريره لها ولد، أو فى بطنها ولد، أو لا ولد لها، فإن كان أعتقها ربها عتقت، و إن لم يعتقها حتى توفى فقد سبق فيها كتاب الله، و كتاب الله أحق، فإن كان لها ولد و ترك مالا جعلت من نصيب ولدها(٢)، و خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (سألته عن الرجل يموت و له أم ولد، و معها ولد، أ يصلح للرجل أن يتزوجها؟ قال:

أخبرك ما أوصى به علىّ عليه السّلام فى أمهات الأولاد؟ قلت: نعم قال: إن عليا عليه السّلام أوصى أيما امرأه منهن كان لها ولد فهى من نصيب ولدها(٣) و مثلها غيرها.

و عليه فلا تتعتق من أصل التركة و لا من مال ولدها غير نصيبه من التركة، و كذا لا تتعتق لو لم يكن لولدها نصيب كما لو كان ممنوعا من الإرث لمانع من الموانع فتبقى على الملك للأصل، لظهور النصوص فى عتقها من نصيب ولدها فقط.

(٢) أى المدبر.

(٣) و إن لم يجز الوارث.

(٤) إذا كان المدبر أكثر من الثلث.

(٥) أى ميراث الولد.

(٦) أى و سوى ولدها، كما لو مات المولى و لم يترك سواها و كان الورثة متعددين فيعتق منها

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستيلاء حديث ٢.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء حديث ١ و ٥.

(سعت) هي (في المتخلف) من قيمتها عن نصيبه (١)، و لا- اعتبار بملك ولدها من غير الارث، لأن عتقها عليه (٢) قهرى فلا يسرى عليه (٣) في المشهور.

وقيل: يقوّم عليه الباقي بناء على السرايه بمطلق الملك (٤) (و لا- يجوز بيعها ما دام ولدها حيا (٥)، إلا فيما استثني) في كتاب البيع، فإذا مات (٦) أو ولدته بمقدار نصيب ولدها منها، و تسعى في الباقي على المشهور، يسعى كما يسعى كل من تحرر بعضه، و لخصوص خبر يونس في حديث: (و إذا ملكها الولد فقد أعتقت بملك ولدها و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها و تستسعى في بقيه ثمنها) (١).

و عن الشيخ في المبسوط و ابن الجنيد أن الباقي على ولدها للنبوى (من ملك دراهم فهو حر) (٢)، و هو ظاهر في ملكه بأجمعه لا ببعضه كما هو المفروض في المقام فلا يصلح لمعارضه ما تقدم.

و عن الشيخ في النهاية أن الباقي على ولدها إذا كان له مال من غير التركة لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل اشترى جاريه فولدت منه ولدا فمات، قال: إن شاء أن يبيعها باعها، و إن مات مولاه و عليه دين قوّمت على ابنها، فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها) (٣)، و هي مهجوره بين الأصحاب.

(١) أي نصيب ولدها من تركه أبيه.

(٢) على الولد.

(٣) أي فلا يسرى العتق على الولد إلا بمقدار دلاله النصوص، و هو ما كان من نصيبه من تركه أبيه.

(٤) سواء كان قهريا أم اختياريا.

(٥) لا إشكال و لا خلاف في عدم جواز بيع أم الولد ما دام الولد حيا إلا في مواضع مخصوصه، منها بيعها في ثمن رقبتها إذا كان دينها على المولى و لا وجه له إلى أدائه سواها، و كذا يجوز للوارث بيعها فيه على الوجه المذكور، و لا يجوز بيعها في غيره من الديون على ما تقدم تفصيله في كتاب البيع.

(٦) أي الولد فلو مات الولد رجعت طلقا و جاز التصرف فيها بالبيع و غيره من التصرفات بلا خلاف فيه و لا إشكال للأخبار:

ص: ٤٦٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء حديث ٣.

٢- (٢) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٤٣ حديث ٢٥٢٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء.

سقطا زال حكم الاستيلاء رأساً، و فائده الحكم به (١)، بوضع العلقه و المضغه فما فوقهما إبطال التصرفات السابقه (٢) الواقعه حاله الحمل، و إن جاز تجديدها (٣) حينئذ (٤)

فى ما إذا جنت أم الولد

(و إذا جنت) أم الولد خطأ (٥) تعلقت الجنايه برقبتهما على المشهور (٦) و (فكها) المولى (بأقل الأمرين من قيمتها، و ارش الجنايه) على الأقوى (٧)، لأن منها: خبر وهب بن عبد ربه عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل زوج عبدا له من أم ولد له، و لا ولد لها من السيد ثم مات السيد، قال: لا خيار لها على العبد، هى مملوكه للورثه) (١)، و خبر يونس (فى أم ولد ليس لها ولد، مات ولدها و مات عنها صاحبها و لم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا هى أمه لا يحل لأحد تزويجها إلا بعثت من الورثه) ٢.

(١) أى فوق العلقه و المضغه.

(٢) و التى فيها نقل أو تؤول إليه.

(٣) أى تجديد التصرفات السابقه.

(٤) أى حين وضع العلقه و المضغه و ما فوقهما.

(٥) إذا جنب أم الولد عمدا فى رقبتهما بالاتفاق بلا خيار للمولى فى الفك، و إذا جنت خطأ أو شبيه الخطأ تعلقت جنائتها برقبتهما، كغيرها من المماليك، و للمولى فكها على المشهور، و اختلفوا فى مقدار فكها فعن الشيخ فى المبسوط يفكها بأقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمتها، لأن الأقل إن كان هو الأرش فظاهر، و إن كان هو القيمه فهى بدل العين تقوم مقامها، و الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه.

و عن الشيخ أيضا فى الخلاف و المحقق أنه يفكها بأرش الجنايه بالغاً ما بلغ، و على القولين فالمولى بالخيار بين فكها بما ذكر و بين دفعها إلى المجنى عليه، و فى قبال المشهور قول للشيخ فى المبسوط بأن أرش جنايه أم الولد على سيدها فى حقوق الناس متعلق برقبه مولاها لخبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السلام (أم الولد جنائتها فى حقوق الناس على سيدها، و متى كان من حقوق الله تعالى كالحدود فإن ذلك على بدنها) (٢)، و فيه أنه محمول على ما لو أراد السيد الفك و الفداء جمعا بين الأخبار.

(٦) و فى قبالة قول الشيخ فى المبسوط بتعلقها برقبه المولى.

(٧) كقول الشيخ فى المبسوط أيضا.

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء حديث ٤ و ٣.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١.

الأقل إن كان هو الارش فظاهر، و إن كانت القيمة فهي (١) البدل من العين (٢) فيقوم مقامها، و إلا (٣) لم تكن بدلا، و لا سبيل إلى الزائد (٤)، لأن المولى لا يعقل (٥) مملوكا (٦)، و هذا الحكم (٧) لا يختص بأم الولد، بل بكل مملوك.

و قيل: بل يفكها بأرش الجنايه مطلقا (٨)، لتعلقها (٩) برقبته.

و لا- يتعين عليه (١٠) ذلك (١١)، بل يفكها (إن شاء، و إلا-) يفكها (سَلَّمها) إلى المجنى عليه، أو وارثه لئتملكها فيبطل (١٢) حكم الاستيلاء، و له (١٣) حينئذ (١٤) بيعها، و التصرف فيها كيف شاء ان استغرقت الجنايه قيمتها (أو يسَلَّم (١٥) ما قابل الجنايه) إن لم تستغرق (١٦) قيمتها.

(١) أى القيمة.

(٢) أى عين الأمه التى هى أم الولد مع ضميمه أن الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه.

(٣) أى و إن لم تكن القيمة قائمه مقام العين فلا تكون بدلا.

(٤) أى الزائد عن القيمة.

(٥) أى لا يتحمل ديه جنايته.

(٦) مع ضميمه أن الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه.

(٧) من تعلق الجنايه برقبه أم الولد.

(٨) بالغا ما بلغ سواء كان هو الأقل من قيمتها أم لا.

(٩) أى لتعلق الجنايه برقبه أم الولد.

(١٠) على المولى.

(١١) أى الفك.

(١٢) بطلان حكم الاستيلاء بعد التسليم إلى المجنى عليه أو وارثه.

(١٣) أى للمجنى عليه.

(١٤) أى حين بطلان حكم الاستيلاء.

(١٥) أى يسَلَّم المولى من أم الولد ما قابل جنايته على تقدير عدم استغراق الجنايه لقيمتها، و به يبطل أيضا حكم الاستيلاء.

(١٦) أى إن لم تستغرق الجنايه قيمه أم الولد.

ص: ٤٧١

كتاب الإقرار

أشاره

ص: ٤٧٣

الفصل الأول – الصيغه و توابعها

إشاره

(الأول – الصيغه و توابعها): من (٢) شرائط المقرّ، و جمله من أحكامه (٣)، المترتبه على الصيغه، و يندرج فيه (٤) بعض شرائط المقرّ به، و كان عليه (٥) أن يدرج (١) الإقرار اعتراف كما في الصحاح و مجمع البحرين، و هو إخبار عن حق سابق على نفسه بلا- فرق بين الأعيان و المنافع و الحقوق كحق الخيار و الشفعه و لا فرق بين حقوق الناس و حقوق الله تعالى كالإقرار بشرب الخمر.

و الأصل في مشروعيته قوله تعالى: كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ (١) و قد فسر بشهاده المرء على نفسه، و النبوى (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (٢)، و مرسل العطار عن أبي عبد الله عليه السلام (المؤمن أصدق على نفسه من سبعين مؤمنا عليه) (٣).

(٢) بيان للتوابع.

(٣) أى أحكام المقرّ.

(٤) فى هذا الفصل الأول.

(٥) على المصنف.

ص: ٤٧٥

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٣٥.

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

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الإقرار حديث ١.

شرائط المقرّر له أيضا فيه (١)، و هي (٢): أهليته للتملك، و أن لا يكذب المقرّر، و أن يكون ممن بملك المقرّر به فلو أقرّ للحائط، أو الدابه لغا (٣)، و لو أكذبه (٤) لم يعط (٥)، و لو لم يصلح (٦) لملكه (٧)، كما لو أقرّ لمسلم بخنزير، أو خمر غير محترمه (٨) بطل (٩)، و إنما أدرجنا ذلك ليلم الباب.

فى الصيغه

(و هي) أى الصيغه (١٠): (له عندى كذا)، أو على (أو هذا) الشىء، كهذا (١) فى هذا الفصل الأول.

(٢) أى شرائط المقرّر له.

(٣) أى لغى الإقرار، لعدم أهليه الحائط و الدابه للتملك.

(٤) ضمير الفاعل راجع إلى المقر له، و ضمير المفعول إلى المقرّ.

(٥) لإقراره بعدم استحقاقه.

(٦) أى لم يصلح المقرّر به.

(٧) أى لملك المقرّر له.

(٨) و هي التى لم يقصد منه التخليل.

(٩) أى بطل الإقرار.

(١٠) لما كان الإقرار إخبارا عن حق سابق على نفسه فلا يشترط فيه لفظ مخصوص، و لا لغه خاصه بل المدار على ما يكون إخبارا، بلا خلاف فيه، بل و لا يشترط فيه اللفظ بل تكفى الإشاره الداله على هذا الإخبار، و عليه فتعريف الصيغه بأنها اللفظ المتضمن للإخبار عن حق واجب كما فى الشرائع و غيره ليس فى محله، بل الصيغه هي الدال - سواء كان لفظا أم غيره - المتضمن للإخبار عن حق واجب، و بقيد (المتضمن للإخبار) خرج الإنشاء من سائر العقود و الإيقاعات كما يخرج باقى الألفاظ و الدوالى التى لا تتناول إخبارا، و بقيد (الحق) دخل المال عينا و منفعه و الحق من الشفعه و الخيار بلا فرق بين حق الله و حق الآدمى، و قيد (الواجب) يراد به الثابت على النفس فيخرج به الإخبار عن حق مستقبل، فإنه ليس إخبارا بل هو وعد أو ما فى معناه.

ثم إن الألفاظ الداله على الإقرار منها ما يفيد الإقرار بالدين صريحا كقوله: فى ذمتى كذا، و منها ما يفيد ظاهره كقوله: على كذا، و منها ما يفيد الإقرار بالعين صريحا كقوله:

له فى يدى كذا، و منها ما يفيد ظاهره كقوله: عندى كذا، و منها ما هو صالح للإقرار بالدين كقوله: لدى.

و تظهر الفائدة بين هذه الألفاظ فيما لو ادعى خلاف مدلول اللفظ فإنه لا يقبل، و إن

ص: ٤٧٦

البيت، أو البستان (له) دون بيتى و بستانى فى المشهور (١)، لامتناع اجتماع مالكين مستوعبين (٢) على شىء واحد، و الاقرار (٣) يقتضى سبق ملك المقر له على وقت الاقرار فيجتمع النقيضان.

نعم لو قال (٤): بسبب صحيح كسراء و نحوه صح، لجواز أن يكون له (٥) حق (٦) و قد جعل (٧) داره فى مقابلته.

و الأقوى الصحة مطلقا (٨)،

ادعى ما يوافقه قبل، فلو عبّر بما يفيد الدين ثم قال: هو وديعه لم يقبل، بخلاف ما لو أتى بلفظ صالح للدين أو الوديعة كقوله: له عندى ألف أو لدى ألف له، ثم فسره بالوديعة قبل.

(١) لو قال: بيتى هذا أو بستانى لفلان لم يكن إقرارا على المشهور، لأن الإقرار إخبار عن حق سابق للمقر له و ليس هو إنشاء ملك له حين الإقرار فلا- يصح الجمع بين كون المقر به ملكا للمقر حين الإقرار و بين الإخبار عن كونه ملكا للمقر له لحصول التناقض حينئذ لأن الإقرار يقتضى سبق ملك الغير إلى وقت الإقرار و الإضافة إلى المقر تقتضى عدم السبق المذكور، و هما متناقضان، و فيه: أننا نمنع التناقض بين إضافة الدار إلى المقر و بين الإخبار بتعلق ملك الغير به، لأن الإضافة المذكورة تدل على ملك المقر ظاهرا، و الإخبار المذكور يدل على ملك المقر له واقعا، و لا تناقض بينهما لأن المقر به لا بد أن يكون تحت يد المقر ظاهرا حتى يصح له الإقرار به للغير هذا من جهة و من جهة أخرى فالإضافة يكفى فيها أدنى ملابسه فلا تدل على الملك، إذ يكفى فى الإضافة وجود الدار عنده، و من جهة ثالثة لو قال المقر: بيتى هذا لفلان بسبب شرائه منى لصح الإقرار بالاتفاق، فكذا يصح هذا القول إقرارا من دون الضميمة لصلاحيته للإخبار، فلذا ذهب جماعة من المتأخرين إلى قبول الإقرار المذكور، منهم العلامة فى المختلف و الشهيد فى الدروس و قواه الشارح فى المسالك.

(٢) أى غير مشتركين.

(٣) باعتبار أنه إخبار عن حق سابق فيقتضى سبق ملك المقر له إلى وقت الإقرار، و باعتبار أن إضافة المقر به تقتضى عدم سبق ملك الغير إلى وقت الإقرار فيجتمع النقيضان.

(٤) أى لو قال المقر: بيتى هذا لفلان بسبب شرائه منى لصح الإقرار.

(٥) للمقر له.

(٦) أى حق فى ذمه المقر.

(٧) أى جعل المقر داره فى مقابله الحق.

(٨) سواء ذكرت الضميمة أنه انتقل إليه بسبب الشراء أم لا.

لإمكان تنزيل الخالي (١) من الضميمة عليها (٢)، لأن الإقرار مطلقا (٣) ينزل على السبب الصحيح مع إمكان غيره (٤)، و لأن التناقض إنما يتحقق مع ثبوت الملك لهما (٥) في نفس الأمر، أما ثبوت أحدهما (٦) ظاهرا، و الآخر (٧) في نفس الأمر فلا (٨)، و الحال هنا (٩) كذلك (١٠)، فإن الإخبار يملك المقر له يقتضى ملكه (١١) في الواقع، و نسبه المقر به إلى نفسه يحمل على الظاهر، فإنه (١٢) المطابق لحكم الإقرار، إذ لا بد فيه (١٣) من كون المقر به تحت يد المقر، و هى (١٤) تقتضى ظاهرا كونه ملكا له (١٥)، و لأن الإضافة يكفى فيها أدنى ملابسه مثل، لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ (١٦)، فإن المراد: بيوت الأزواج و أضيفت (١٧) إلى الزوجات بملابسه السكنى، و لو كان (١٨) ملكا لهن لما جاز إخراجهن عند الفاحشه (١٩)، و كقول أحد (١) أى الإقرار الخالي.

(٢) أى على الضميمة.

(٣) مع الضميمة و عدمها.

(٤) غير السبب الصحيح.

(٥) للمقر و المقر له.

(٦) أى أحد الملكين.

(٧) أى و الملك الآخر.

(٨) أى فلا تناقض.

(٩) أى فى الإقرار للغير بما أضافه إلى نفسه.

(١٠) فالإضافة تدل على الملك ظاهرا، و الإقرار يدل على الملك واقعا.

(١١) أى ملك المقر له.

(١٢) أى الحمل على الظاهر.

(١٣) فى الإقرار.

(١٤) أى يد المقر.

(١٥) أى للمقر.

(١٦) سورة الطلاقه الآيه: ١ و الآيه ليس فيها و او فى أولها

(١٧) أَى البىوت.

(١٨) أَى البىت.

(١٩) مع أنه قد أباح الله تعالى إخراجهن عند إتيانهن بالفاحشه حيث قال تعالى: إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ

ص: ٤٧٨

حاملى الخشبه: خذ طرفك (١)، و ككوكب الخرقاء (٢)، و شهاده الله (٣)، و دينه (٤).

و هذه الإضافه (٥) لو كانت مجازا لوجب الحمل عليه (٦)، لوجود (٧) القرينه الصارفه عن الحقيقه (٨)، و المعينه (٩) له، لأن (١٠) الحكم بصحه اقرار العقلاء، مع الاتيان باللام (١١) المفيده للملك و الاستحقاق قرينه على أن نسبه المال إلى المقر (١٢) بحسب الظاهر.

و فرق المصنف (١٣) بين قوله: ملكى لفلان، و دارى، فحكم بالبطلان فى بفاحشه مبيئه (١).

(١) فإن هذا يقال للحامل الآخر و إن لم يكن له فى الخشبه شىء، و مع عدم كون الطرف له إضافته إليه بملاسه حمل ذلك الطرف.

(٢) أشار به إلى قول الشاعر:

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحره سهيل أذاعت غزلها فى القرائب

فقد أضاف الكوكب إلى الخرقاء مع أن المراد به كوكب سهيل الذى يطلع فى الجنوب عند الشتاء و السبب فى الإضافه أن هناك امرأه كانت إذا رأته طلع علمت بدخول الشتاء ففكرت فى تهينه أسباب الشتاء، من الكسوه و غيرها.

(٣) أى الشهاده التى أمر الله بها أو حكم بها فى قوله تعالى: و لا تكتموا الشهادة (٢).

(٤) أى دين الله و قد صحت الإضافه باعتبار أن الله هو الذى شرعه.

(٥) يعنى إنا نقول إن الإضافه حقيقه و لا تناقض لما سمعت سابقا، و لو كانت مجازا فأیضا لا تناقض، بل عدم التناقض فى الثانى أوضح إذ الإضافه المجازيه لا تدل على الملك.

(٦) على المجاز.

(٧) تعليل لوجب الحمل على المجاز، و قد حرر فى محله أن المجاز متوقف على القرينه الصارفه عن المعنى الحقيقى و على القرينه المعينه له من بين المعانى المجازيه.

(٨) أى المعنى الحقيقى.

(٩) عطف على الصارفه، و المراد و لوجود القرينه المعينه لهذا المجاز من بين المعانى المجازيه.

(١٠) تعليل لعدم التناقض بين الإضافه و الإقرار، و لو كانت الإضافه مجازيه.

(١١) فى قوله: بيتى لفلان.

(١٢) فى الإضافة.

(١٣) فى الدروس.

ص: ٤٧٩

١- (١) سورة الطلاق، الآية: ١.

٢- (٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

الأول (١)، و توقف في الثاني (٢).

و الأقوى عدم الفرق (٣).

و ليس منه (٤) ما لو قال: مسكنى له، فإن يقتضى الإقرار قطعا، لأن إضافه السكنى لا تقتضى ملكيه العين، لجواز أن يسكن ملك غير.

(٥) أو (٥) له في ذمتى كذا و شبهه) كقوله: له قبلى كذا (و لو علقه (٦) بالمشيئة (٧) كقوله: إن شئت، أو إن شاء زيد، أو إن شاء الله (بطل) الإقرار (إن اتصل) الشرط (٨)، لأن (٩) الإقرار إخبار جازم عن حق لازم سابق على وقت الصيغه فالتعليق ينافيه (١٠)، لانتفاء الجزم في المعلق، إلا أن يقصد في التعليق على مشيئة الله التبرك فلا يضر (١١).

(١) أى فيما لو قال: ملكى لفلان، فالإقرار بالملك للغير مع إضافته لنفسه متناقضان.

(٢) فيما لو قال: دارى لفلان، لأن إضافه الدار تحصل لغير المالك إذ يمكن للمستأجر أن يقول: دارى و لا يمكن له أن يقول: ملكى.

(٣) لأن الإضافة في صورتين لا تدل على أكثر من الملك ظاهرا و هذا لا يناقض الإقرار الدال على ملك الغير واقعا.

(٤) أى و ليس من محل الخلاف المتقدم.

(٥) أى من جملة صيغ الإقرار.

(٦) أى علق الإقرار.

(٧) بل مطلق تعليق الإقرار موجب لبطلانه بلا خلاف فيه سواء علقه على مشيئة المتكلم أو المقر له أو مشيئة الغير أم علقه على شرط أو صفة، و الشرط هو غير معلوم الحصول كقدوم زيد و الصفة هى كل أمر مقطوع الحصول فى المستقبل كطلوع الشمس، و وجه البطلان أن الإقرار إخبار، و الأخبار يقتضى ثبوت المخبر عنه فى الواقع، مع أن التعليق يقتضى وجود المعلق على تقدير وجود المعلق عليه، فالإخبار عن حق الغير بأنه ثابت على كل حال و بأنه معلق متنافيان.

(٨) أى اتصل الشرط بالإقرار بحيث يصلح أن يكون قرينه فيه، و إلا فمع عدم الاتصال يصح الإقرار لتماميه جملته مع عدم كون الشرط قرينه على التعليق.

(٩) تعليل لبطلان الإقرار عند تعليقه على المشيئة.

(١٠) أى ينافى الإخبار الجازم عن الحق اللازم.

(١١) لعدم التعليق حينئذ.

و قد يشكل البطلان فى الأول (١) بأن الصيغه قبل التعليق تامه الإفاده لمقصود الإقرار. فيكون التعليق بعدها كتعقيبه (٢) بما ينافيه فينبغى أن يلغو المنافى، لا أن يبطل الإقرار (٣).

و الاعتذار بكون الكلام كالجمله الواحده لا يتم إلا بآخره (٤)، وارد فى تعقيبه (٥) بالمنافى مع حكمهم بصحته (٦).

و قد يفرّق بين المقامين (٧) بأن المراد بالمنافى الذى لا يسمع: ما وقع بعد تمام صيغه جامعته لشرائط الصحه، و هنا (٨) ليس كذلك لأن من جملته الشرائط التنجيز، و هو (٩) غير متحقق بالتعليق، فتلغو الصيغه (١٠).

(و يصح الإقرار بالعربيه، و غيرها)، لاشتراك اللغات فى التعبير عما فى الضمير، و الدلاله (١١) على المعانى الذهنيه بحسب المواضعه (١٢)، لكن يشترط فى تحقق اللزوم (١٣) علم الالفاظ بالوضع، فلو أقرّ عربى بالعجميه، أو بالعكس و هو لا يعلم مؤدى اللفظ لم يقع (١٤)،

(١) أى فى غير التعليق على مشيئه الله لاحتمال التبرك.

(٢) أى كتعقيب الإقرار.

(٣) كما سيأتى البحث فيه.

(٤) فيكون التعليق جزءاً من الإقرار فيبطل.

(٥) أى تعقيب الإقرار.

(٦) أى بصحه الإقرار المعقّب بالمنافى، مع أن المنافى لو كان جزءاً من الإقرار لما صح الإقرار لعدم كونه إخباراً جازماً عن حق لازم للغير.

(٧) مقام الإقرار المعقّب بالمنافى و مقام الإقرار المعقّب بالمشيئه.

(٨) أى فى الإقرار المعقّب بالمشيئه.

(٩) أى التنجيز.

(١٠) و يفرّق بينهما أيضاً بأن الإقرار المعقّب بالمنافى هو جملتان لكل واحد حكم بخلاف المقام و هو الإقرار المعقّب بالمشيئه فهو جمله واحد مؤلفه من شرط و جزء و لها حكم واحد.

(١١) عطف على قوله: (التعبير).

(١٢) أى بحسب الوضع.

(١٣) أى لزوم الإقرار.

(١٤) أى الإقرار.

(١٥) أى قول الالفاظ.

ص: ٤٨١

و يقبل قوله (١) فى عدم العلم، إن أمكن (٢) فى حقه، أو صدّقه المقرّر له، عملاً بالظاهر (٣) و الأصل (٤) من عدم تجدد العلم بغير لغته، و المعتبر فى الألفاظ الداله على الإقرار إفادتها (٥) له عرفاً، و إن لم يقع (٦) على القانون العربى، و قلنا باعتباره (٧) فى غيره (٨) من العقود و الإيقاعات اللازمه، لتوقف تلك (٩) على النقل (١٠)، و من ثمّ لا يصح بغير العربيه مع إمكانها (١١).

(و لو علقه بشهاده الغير) فقال: إن شهد لك فلان علىّ بكذا فهو لك فى ذمتى، أو لك علىّ كذا إن شهد لك به فلان (أو قال: إن شهد لك فلان) علىّ بكذا (فهو صادق)، أو فهو صدق أو حق، أو لازم لذمتى و نحوه (فالأقرب البطلان (١٢)

(١) أى عدم العلم.

(٢) و الظاهر كونه لا يعلم غير لغته.

(٣) و الأصل عدم تجدد العلم بلغه أخرى.

(٤) أى إفاده الألفاظ للإقرار بحسب العرف، و لا يشترط فى الإقرار صيغه خاصه بل كل ما يدل على الأخبار الجازم عن الحق اللازم.

(٥) أى التعبير.

(٦) أى باعتبار الوقوع على القانون العربى.

(٧) أى فى غير الإقرار.

(٨) أى تلك العقود و الإيقاعات.

(٩) أى على النقل من الشارع.

(١٠) أى تلك العقود و الإيقاعات.

(١١) أى عند إمكان التلفظ باللغه العربيه.

(١٢) لو قال: إن شهد لك فلان بكذا فهو صادق، فهل هو إقرار أو لا، ذهب الشيخ فى المبسوط و ابن سعيد فى الجامع و العلامه فى جمله من كتبه إلى أنه إقرار، بل نسب إلى الأصحاب كما حكاه فخر المحققين عن والده.

و أكثر المتأخرين - كما فى المسالك - إلى أنه ليس إقراراً، هذا من جهه و من جهه أخرى يجرى النزاع فى الصيغه المذكوره، و كذا فيما لو قال: إن شهد لك فلان بكذا فهو صدق أو حق، أو قال: إن شهد لك فلان بكذا فهو فى ذمتى أو لازم لذمتى أو هو علىّ، لعدم الفرق بين الجميع، لأن الحكم بصدق الشاهد حكم بثبوت المشهود به فى الذمه.

و من جهه ثالثه قد استدل المثلث بدليلين:

الأول: مفاد الجزاء هو الحكم بصدق الشاهد على تقدير الشهاده، و الصدق هو مطابقه النسبه الكلاميه للنسبه الخارجيه، و هذا يقتضى الإخبار عن النسبه الخارجيه، التى هى ثبوت المشهود به فى ذمه المقر.

و إذا ثبت حق الغير فى ذمه المقر على تقدير الشهاده لثبت حقه و إن لم يشهد، لعدم الدخل لصدق الشهاده فى تحقق النسبه الخارجيه، لأن الصدق هو التطابق بين النسبتين، فلا بد من تحقق النسبه الخارجيه أولا حتى يتحقق الصدق ثانيا، و كذا لو أنكر الشهاده، و الحاصل إن الإخبار عن حق على تقدير الشهاده به يكون إقرارا به و إن لم يشهد فضلا عن إنكاره للشهاده.

و فيه: أولا: إن مفاد الجزاء فى قول المقر هو الحكم بصدق الشاهد على تقدير الشهاده، و شهادته و إن كانت ممكنه فى ذاتها إلا أنها قد تكون ممتنع فى اعتقاد المقر، فيكون قد علق صدقه على المحال عنده، و يكون المراد من هذه العبارة أن الممتنع هو شهاده الشخص المذكور لامتناع الكذب عليه، و ليس المراد هو الاعتراف بصدقه على تقدير الشهاده، و هذا غالب فى محاورات الناس نحو قولهم: إن شهد فلان أنى لست لأبى فهو اذق؟؟؟ يريد الحكم بالصدق على تقدير الشهاده، بل يريد امتناع شهاده الشاهد لامتناع الكذب عليه.

و لا أقل من احتمال ذلك فلا يكون اللفظ المذكور صريحا فى الإقرار مع أصاله براءه الذمه.

و ثانيا: لو سلمنا أن العبارة المذكوره هى حكم بصدق الشاهد على تقدير الشهاده فهى لا تخرج عن الإقرار المعلق، و الإقرار المعلق على شىء لا يفيد الثبوت مطلقا كما فى جميع التعليقات، و الشهاده هنا التى هى شرط و إن لم يكن لها مدخلية فى ثبوت المقر به فى الذمه إلا أن لها مدخلية فى الإخبار بالثبوت لأن الفرض أن الإخبار مشروط، فهو كالإنشاء على تقدير فكما أنه على عدم التقدير لا يكون الإنشاء فعليا فكذلك الإخبار.

الدليل الثانى: الذى تمسك به المثلث أنه بعد إقرار المقر بصدق الشاهد على تقدير الشهاده يصدق (كلما لم يكن المال ثابتا فى ذمته لم يكن صادقا على تقدير الشهاده) و ينعكس بعكس النقيض إلى أنه (كلما كان صادقا على تقدير الشهاده كان المال ثابتا فى ذمته) لكن المقدم حق لإقراره، لأنه حكم بصدقه على تقدير الشهاده فالتالى مثله.

و فيه: إنه من الإقرار المعلق على تقدير كما تقدم، مع احتمال أن يكون قد علق الإقرار على الشهاده لاعتقاده بعدمها لامتناع الكذب على الشاهد، و لا يكون قد اعترف بالحق

و إن (١) كان قد علق ثبوت الحق على الشهاده، و ذلك (٢) لا يصدق (٣) إلا إذا كان ثابتا فى ذمته الآن، و حكم بصدقه على تقدير شهادته، و لا يكون (٤) صادقا إلا- إذا كان المشهود به فى ذمته، لوجوب مطابقه الخبر الصادق لمخبره بحسب الواقع إذ ليس للشهادة أثر فى ثبوت الصدق و لا عدمه، فلو لا حصول الصدق عند المقر لما علقه (٥) على الشهاده، لاستحاله أن يجعله (٦) الشهاده صادقا و ليس (٧) بصادق، و إذا لم يكن للشهادة تأثير فى حصول الصدق - و قد حكم به (٨) - و جب أن يلزمه المال، و إن أنكر (٩) الشهاده فضلا عن شهادته، أو عدم شهادته (١٠).

و إنما لم يؤثر هذا كله (لجواز أن يعتقد (١١) استحاله صدقه (١٢)، لاستحاله شهادته عنده). و مثله فى محاورات العوام كثير، يقول أحدهم: إن شهد فلان أنى لست لأبى فهو صادق، و لا يريد منه إلا أنه لا تصدر عنه الشهاده، للقطع بعدم تصديقه إياه على كونه ليس لأبيه (١٣)، و غايته (١٤) قيام الاحتمال، و هو (١٥) كاف على تقدير الشهاده، و مع هذا الاحتمال لا تكون العبارة المذكوره صريحا فى الإقرار مع أصاله براءه الذمه من الحق.

(١) إن وصلية.

(٢) تعليل لثبوت الحق على تقدير الشهاده.

(٣) أى قول المقر.

(٤) أى المقر.

(٥) أى الصدق.

(٦) أى تجعل الشاهد.

(٧) جملة حاله و المعنى و الشاهد ليس بصادق.

(٨) أى و قد حكم المقر بصدق الشاهد.

(٩) أى الشاهد.

(١٠) بأن لا يشهد و لا ينكر.

(١١) أى المقر.

(١٢) صدق الشاهد.

(١٣) و ليس المراد الحكم بصدقه على تقدير شهادته.

(١٤) أى غايه ما ذكر قيام الاحتمال، و هو كاف فى عدم دلاله قول المقر على الإقرار اللازم.

(١٥) أى الاحتمال.

ص: ٤٨٤

فى عدم اللزوم (١)، و عدم صراحه الصيغه فى المطلوب، معتضدا بأصالة براءة الذمه، مع أن ما ذكر فى توجيه اللزوم معارض (٢) بالإقرار المعلق على شرط بتقريب ما ذكر (٣)، و كذا (٤) قولهم: إنه يصدق «كلما لم يكن المال ثابتا فى ذمته، لم يكن صادقا على تقدير الشهاده» و ينعكس بعكس النقيض إلى قولنا: «كلما كان صادقا على تقدير الشهاده كان ثابتا فى ذمته و إن لم يشهد» لكن المقدم حق، لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» و قد أقر بصدقه على تقدير الشهاده» «فالتالى، و هو ثبوت المال فى ذمته، مثله (٥)» فإنه (٦) معارض بالمعلق، و منقوض باحتمال الظاهر (٧).

فى شرائط المقر

(و لا بد من كون المقر كاملا (٨)

(١) أى عدم لزوم العبارة المذكوره.

(٢) الإشكال الثانى على الدليل الأول.

(٣) أى ما ذكر سابقا عدم لزوم الإقرار المعلق.

(٤) و كذا لا يؤثر قولهم، و هذا رد على الدليل الثانى الذى تمسك به المثبت.

(٥) أى حق أيضا.

(٦) أى الدليل الثانى.

(٧) أى باحتمال أن يعتقد المقر استحاله صدقه كما هو الغالب فى مثل هذه العبارة فى محاورات الناس.

(٨) شروع فى شروط المقر و هى البلوغ و العقل و الحرية و الاختيار و جواز التصرف، فلا- يصح إقرار الصبى لحديث رفع القلم (١)، خلافا لبعض العامه حيث جوّز إقرار الصبى بإذن وليه، و هو كما ترى من الضعف، لأن عبارته مسلوبه شرعا إخبارا و إنشاء، و كذا لا يصح إقرار الصبى و إن بلغ عشرا، نعم إن جوزنا وصيته و وقفه و صدقته عند البلوغ عشرا قبل إقراره بها، لأن من ملك شيئا ملك الإقرار به، و لأن الإقرار بالوصيه فى معنى الوصيه و كذا الإقرار بالوقف و الصدقه بلا خلاف فى ذلك كله. و لا يصح إقرار المجنون إلا من ذوى الدور وقت الوثوق بعقله، لحديث رفع القلم (٢)، و فى معناه السكران لفقدان عقله خلافا لابن الجنيد حيث جوّز إقراره إذا شرب المسكر باختياره،

ص: ٤٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

بالبلوغ والعقل (خاليا من الحجر للسفه (١) أما الحجر للفلس فقد تقدم في باب الدين اختيار المصنف أنه مانع من الإقرار بالعين، دون الدين، فلذا لم يذكره (٢) هنا، و يعتبر (٣)

و يلزمه إقراره كما يلزمه قضاء الصلاة، و هو قياس لا نقول به.

و لا يصح إقرار العبد، لعدم أهليته للتملك و بدنه مملوك للغير فلا يقبل إقراره في مال أو حد أو جنايه، فأقراره حينئذ إنما هو في حق الغير لا على نفسه حتى يقبل، خلافا لبعض العامة فقبله في الحد و القصاص طرفا و نفسا دون المال، لأن عليا عليه السلام قطع عبدا بإقراره، و لأن الإقرار أولى من البيئه، و فيه عدم ثبوت ما أرسله عن أمير المؤمنين عليه السلام من طرقتنا على أنه يمكن أن يكون ذلك بتصديق المولى، لأنه إقرار العبد بإذن سيده نافذ لأن منع الإقرار إنما هو لحق السيد و قد انتفى بإذنه. فضلا عن الفرق بين البيئه و الإقرار، لأن الإقرار نافذ إذا كان في حقه لا في حق غيره.

و لا يصح إقرار المكره بلا خلاف فيه، لسلب عباره المكره شرعا، نعم لو أكره على شيء فعُدل عنه إلى الإقرار بغيره صح لعدم الإكراه فيما أقر به، و كذا لو ظهرت عليه أمارات الاختيار كما لو أكره على شيء فأقر بالأزيد منه صح.

و لا يصح إقرار المحجور عليه للسفه بلا خلاف فيه، لأنه ممنوع من التصرف المالى نعم لا يمنع من التصرف البدنى فلذا يقبل إقراره فيه كالحد و القصاص، و عليه فلو أقر بأمر مشتمل على أمرين، مال و غيره كالسرقة، قبل إقراره في الحد دون المال. و أما المحجور عليه لفلس فإن أقر بشيء من أعيان أمواله التي قد تعلق بها حق الغرماء فهو إقرار بحق الغير لا يقبل، و إن أقر بشيء في ذمته ثبت و انتظر يساره، و قد تقدم تمام البحث في الفلس فراجع، ثم لا يعتبر في المقر العدالة خلافا للشيخ في الخلاف فاعتبرها و لا وجه له، هذا تمام الكلام في شروط المقر، و أما شروط المقر له فهي أهليته للتملك بلا خلاف و لا إشكال إذ مع عدمها يلغو الإقرار فلا عبره به فلو أقر بشيء لجماد بطل، و اشترط العلامه في القواعد عدم تكذيبه للمقر، و تبعه عليه جماعه، و تبعه عليه جماعه، و هو ليس بشرط في صحه الإقرار بل هو شرط في نفوذه في حق المقر له و دليله واضح و يشترط في المقر به أن يكون صالحا لملك المقر له، فلو أقر لمسلم نجم أو خنزير بطل لعدم تحقق الملك، و هذا تمام الكلام في شروط صيغه الإقرار و المقرّ و المقرّ له و المقرّ به.

(١) في المال دون البدن.

(٢) أى لم يذكر المصنف الحجر للفلس.

(٣) أى في المقر مع ما سلف من الكمال و الخلو من الحجر للسفه.

مع ذلك القصد، و الاختيار (١)، فلا (٢) عبره باقرار الصبى و إن بلغ عشرا، إن لم نجز وصيته و وقفه و صدقته، و إلا (٣) قبل اقراره بها، لأن من ملك شيئا ملك الاقرار به و لو أقرّ بالبلوغ استفسر فإن فسره بالإمضاء (٤) قبل مع إمكانه، و لا يمين عليه حذرا من الدور (٥).

و دفع المصنف له (٦) فى الدروس - بأن يمينه موقوف على إمكان بلوغه، و الموقوف على يمينه هو وقوع بلوغه فتغايرت الجهه (٧) - مندفع بأن إمكان البلوغ غير كاف شرعا فى اعتبار أفعال الصبى و أقواله التى منها يمينه (٨).

و مثله (٩) اقرار الصبى به (١٠) أو بالحيض، و إن ادعاه (١١) بالسن كلف السینه، سواء فى ذلك الغريب و الخامل (١٢) و غيرهما، خلافا للتذكرة حيث الحقهما (١٣) فيه (١٤) بمدعى الاحتلام، لتعدّر إقامه البینه عليهما (١٥) غالبا أو بالإنبات (١٦) (١) و كذا الحره.

(٢) تفریع على الشروط من أولها.

(٣) أى و إن أجزنا وصيته و وقفه و صدقته.

(٤) أى بخروج المنى وقت الاحتلام.

(٥) لأن اليمين موقوف على البلوغ فلو كان البلوغ موقوفا على اليمين لدار.

(٦) للدور.

(٧) أى جهه الموقوف و الموقوف عليه.

(٨) بل لا بدّ من وقوع البلوغ.

(٩) أى و مثل إقرار الصبى بالبلوغ.

(١٠) بالبلوغ.

(١١) أى ادعى الصبى البلوغ.

(١٢) الذى لا نباهه له و المراد به غير المشتهر بين أهل بلده.

(١٣) أى الحق الغريب و الخامل فى ادعاء السن بمدعى الاحتلام بحيث يقبل قوله مع الإمكان من دون يمين.

(١٤) فى ادعاء السن.

(١٥) على الغريب و الخامل.

(١٦) بأن ادعى الصبي البلوغ بالإنبات.

ص: ٤٨٧

اعتبر (١)، فإن محله ليس من العوره، و لو فرض أنه منها (٢) فهو (٣) موضع حاجه.

و لا بإقرار (٤) المجنون إلا من ذى الدور وقت الوثوق بعقله، و لا بإقرار غير القاصد كالنائم، و الهازل، و الساهى، و الغالط.

و لو ادعى المقر أحد هذه (٥) ففى تقديم قوله عملا بالأصل (٦)، أو قول الآخر (٧) عملا بالظاهر (٨) وجهان.

و مثله (٩) دعواه بعد البلوغ وقوعه (١٠) حاله الصبى. و المجنون حالته (١١) مع العلم به (١٢) فلو لم يعلم له حاله جنون حلف نافية (١٣).

و الأقوى عدم القبول فى الجميع (١٤)، و لا بإقرار (١٥) المكروه فيما أكره على الإقرار به، إلا مع ظهور إماره اختياره، كأن يكره على أمر فيقر بأزيد منه (١٦).

و أما الخلو من السفه فهو شرط فى الإقرار المالى، فلو أقر بغيره كجنايه (١) أى اعتبر نفس الإنبات فلا بد من رؤيته.

(٢) أى لو فرض، أن محل الإنبات من العوره.

(٣) أى الاعتبار و النظر من موضع الحاجه لأن الضرورات تبيح المحذورات.

(٤) أى و لا عبره بإقرار المجنون.

(٥) أى أحد هذه المذكورات من النوم و الهزل و السهو و الغلط.

(٦) إذ الأصل عدم القصد عند الشك فيه.

(٧) و هو المقر له.

(٨) إذ ظاهر المتكلم أنه قاصد لمعنى كلامه.

(٩) أى و مثل هذا الفرع.

(١٠) أى وقوع الإقرار.

(١١) بأن ادعى وقوع إقراره حاله جنونه.

(١٢) أى مع العلم بالجنون فى الجملة.

(١٣) أى نافية الجنون، لأنه منكر.

(١٤) فى جميع هذه الصور المتقدمه ترجيحاً للظاهر من كون المتكلم قاصداً لمعنى كلامه، و ترجيحاً للأصل من عدم الجنون و

الصبي حاله الإقرار.

(١٥) أى و لا عبره بإقرار المكره.

(١٦) أو أقر بغيره.

ص: ٤٨٨

توجب القصاص، و نكاح، و طلاق قبل، و لو اجتماعا (١) قبل في غير المال كالسرقه بالنسبه إلى القطع (٢)، و لا يلزم بعد زوال حجره ما بطل قبله (٣)، و كذا يقبل اقرار المفلس في غير المال مطلقا (٤).

في أن إقرار المريض من الثلث مع التهمه

(و اقرار المريض من الثلث مع التهمه (٥)

(١)المال و غيره.

(٢)أى إلى الحد و لا يقبل بالنسبه للمال المسروق.

(٣)أى قبل زوال الحجر.

(٤)من غير تقييد بشىء، بخلاف الإقرار بالمال فإنه إن كان بعين قد تعلق فيها حق الغرماء فلا يقبل، و إن تعلق بمال في الذمه فيقبل و ينتظر يساره.

(٥)تقدم البحث في أن وصيه المريض من الثلث و لا- دخل له في مقامنا، إذ الكلام في إقراره إذا مات في مرضه، و قد اختلف فيه الأصحاب بسبب اختلاف الأخبار، فذهب المشهور أنه ينفذ من الأصل لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، و قيده جماعه منهم الشيخان و المحقق بما إذا لم يكن متهما و إلا- لكان من الثلث، سواء أقر للوارث أم للأجنبي، و يدل على حكم الوارث صحيح منصور بن حازم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديننا، فقال: إن كان الميت مريضا فأعطه الذى أوصى له) (٢) و يدل على حكم الأجنبي صحيح العلاء يتياع السابري (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه استودعت رجلا- مالا- فلما حضرها الموت قالت له: إن المال الذى دفعته إليك لفلان، و ماتت المرأه فأتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنه كان لصاحبتنا مال لا نراه إلا عندك فاحلف لنا ما قبلك شىء، فيحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونه عنده فيحلف و إن كانت متهمه فلا يحلف، و يضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه) (٣).

و ذهب المحقق في النافع إلى أن إقراره للوارث من الثلث مع التهمه و عدمها دون الأجنبي فإنه من الثلث مع التهمه، و من الأصل مع عدمها لصحيح إسماعيل بن جابر عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل أقر لوارث له و هو مريض بدين عليه، قال: يجوز عليه إذا أقر به دون الثلث) (٣) و فيه: إنه قابل للتقييد بالتهمه كما في صحيح السابري المتقدم، و هو غير

ص: ٤٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الإقرار حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٣.

و هي (١): الظن الغالب بأنه (٢) إنما يريد بالاقرار تخصيص المقر له بالمقرّ به، و أنه (٣) في نفس الأمر كاذب، و لو اختلف المقرّ له و الوارث فيها (٤) فعلى المدعى لها البينه، لأصالة عدمها، و على منكرها (٥) اليمين، و يكفي في يمين المقرّ له أنه لا يعلم التهمة (٦)، لا أنها ليست حاصله في نفس الأمر (٧)، لابتناء الاقرار على الظاهر، و لا يكلف (٨) الحلف على استحقاق المقرّ (٩) به من حيث إنه (١٠) يعلم بوجه استحقاقه، لأن ذلك غير شرط في استباحه المقرّ به، بل له أخذه (١١) ما لم يعلم فساد السبب.

هذا كله مع موت المقرّ في مرضه، فلو برئ من مرضه نفذ من الأصل مطلقا (١٢).

صالح للحصر في الوارث، لورود الوارث في كلام السائل و قد أجاب الإمام طبقا للسؤال و هذا لا يفيد قصر الحكم عليه إذ من الممكن شموله للأجنبي كما عليه المشهور.

هذا و المراد من التهمة هو الظن المستند إلى القرائن الحاليه أو المقاليه الداله على أن المقر لم يقصد الإخبار عن الواقع و إنما قصد تخصيص المقر له بشيء من ماله، أو قصد منع الوارث عن حقه أو بعض حقه و التبرع به للغير، فلذلك مع التهمة جرى مجرى الوصيه في نفوذه من الثلث.

(١) أى التهمة.

(٢) أى المقر.

(٣) أى و أن المقرّ، و هو من جمله المظنون.

(٤) فى التهمة.

(٥) و هو المقر له.

(٦) و لا يطلب منه اليمين على عدم التهمة واقعا، لأن التهمة فعل الغير، فلا يحلف على نفي فعل الغير، بل على عدم العلم به.

(٧) أى و لا يحلف على نفي التهمة واقعا، لأنه حلف على نفي فعل الغير و هو غير مطلوب.

(٨) أى المقر له و هو المنكر.

(٩) من باب إضافة المصدر لمفعوله.

(١٠) إن المقر له.

(١١) أى بل للمقر له أخذ المقر به.

(١٢) سواء كان متهما فى إقراره أم لا، لأن إقراره بالغ عاقل إلى آخر الشروط مع ارتفاع مرض الموت.

و لا فرق فى ذلك (١) بين الوارث و الأجنبى.

(و إلا) يكن هناك تهمة ظاهره (فمن الأصل) مطلقا (٢) على أصح الأقوال.

فى إطلاق الكيل و الوزن

(و إطلاق الكيل، و الوزن) فى الإقرار كأن قال: له عندى كيل حنطه، أو رطل سمن (يحمل على) الكيل و الوزن (المتعارف فى البلد (٣) أى بلد المقرّ و إن خالف بلد المقرّ له (فإن تعدد) المكيال و الميزان فى بلده (عين المقرّ) ما شاء منهما (ما لم يغلّب أحدهما) فى الاستعمال على الباقي (فيحمل على الغالب) و لو تعدّر (٤) استفساره فالمتيقن هو الأقل و كذا القول فى النقد (٥).

فى ما لو أقر بلفظ مبهم

(و لو أقر بلفظ مبهم صح) إقراره (٦) (و ألزم تفسيره (٧)، و اللفظ المبهم (١) فى نفوذ الإقرار من الثلث مع التهمة.

(٢) سواء كان الإقرار للوارث أم للأجنبى، و سواء مات فى مرضه أم لا.

(٣) ألفاظ الإقرار محموله على المتفاهم منها عرفا و إلا- فعلى اللغة، و عليه فلو أطلق الإقرار بالموزون أو المكيل انصرف إلى ميزان و كيل بلد المقر بلا خلاف و لا إشكال فى ذلك.

و لو كان النقدان أو الوزنان غالبين، و هما فى الاستعمال سواء رجع فى التعيين إلى المقر بلا خلاف فيه و لا إشكال، نعم لو كان أحدهما غالبا حمل الإقرار على الغالب، لأن الغلبه هى المرجحه للتعيين.

و حيث يرجع إلى المقرّ يقبل منه ما يفسر به الإطلاق لانحصار معرفه قصده بلفظه، و لو تعذر الرجوع إليه فى التعيين لموت و نحوه فالمتيقن هو الأقل و الباقي مشكوك فيه تجرى أصاله البراءه على الزائد.

(٤) أى تعذر تعيين المقر حيث يجب الرجوع إليه.

(٥) أى إطلاق النقدين من الذهب و الفضة منصرف إلى نقد بلد المقر، و لو تعدد فيحمل على الغالب، و مع التساوى فيرجع إلى تعيين المقر، و مع تعذر الرجوع فالأقل هو المتيقن و الباقي مشكوك فيه.

(٦) لا- خلاف فى صحه الإقرار بالمبهم، لأن الإقرار إخبار، و هو قابل للإجمال و التفصيل مع الحاجه إليه إذ ربما يكون فى ذمته شىء لا- يعلم قدره أو لا- يعلم جنسه و يريد التخلص منه فيخبر عنه ليتواطأ هو و صاحبه على الصلح بما يتفقان عليه فلذا فارق الإقرار بقيه العقود التى هى إنشاء، حيث يحتمل الجهاله و الإجمال، و هى لا تحتمل ذلك.

(٧) إذا أقر بلفظ مجمل رجع إليه فى تفسيره، فإن فسره بتفسير صحيح قبل منه، و إن امتنع

حبس حتى يبين، لأن البيان واجب عليه، وإلا- فمع عدم البيان مع القدره يكون ممتنعا من أداء الحق، و الممتنع عن أداء الحق يحبس، إلا أن يقول نسيت مقداره أو جنسه فلا يتجه الحبس بل يرجع إلى الصلح أو يصبر عليه حتى يتذكر.

(١) لو قال: له على مال أُلزم التفسير، فإن فسره بما يتمول مما هو مصداق للمال قبل تفسيره، و لو كان قليلا بلا خلاف فيه و لا إشكال لصدق المال على ما فسره، و المراد من المتمول هو ما يكون مالا بنظر العرف.

و لو فسره بما لم تجر العاده بتموله كقشر الجوزة أو اللوزة أو حبه من حنطه لم يقبل تفسيره لعدم صدق المال عليه على المشهور، و خالف العلامة في التذكرة حيث ذهب إلى قبول التفسير، لأن المال أعم من المتمول عاده، فالمذكور في التفسير مملوك شرعا و إن لم يكن له قيمه عاده و الحقيقه الشرعيه مقدمه على العرفيه، فيكون مالا شرعا و إن لم يكن مالا عرفا، و لذا يحرم أخذه من دون إذن مالكة و يجب رده على تقدير غضبه.

و فيه: أن الملك لا يستلزم إطلاق اسم المال شرعا، و على تقدير الاستلزام فهو ليس بمال عرفا، و الإقرار محمول على المال عند العرف بقريته قوله (على) القاضى بثبوت شئ في الذمه، و ما لا يتمول لا يثبت في الذمه و إن حرم غضبه و وجب رده.

ثم لا يجوز له تفسير المال بما لا يعدّ مالا عند العرف كردد السلام و تسميت العاطس و العياده، و لا يجوز تفسير المال بالوديعة و إن كانت مالا، لأن الوديعة في يده و ليست عليه، و هو قد أقر بأنها عليه، و لا يقبل تفسير المال بالحق كحق الشفعه، لأنه ليس بمال، نعم يجوز تفسير المال بأحد الكلاب الأربعة لأنها مال عند من يجوز بيعها، و كذا الجرو القابل للتعليم.

لو قال المقر: له على شئ، أُلزم التفسير كما تقدم، و وجب التفسير بما يثبت في الذمه على المشهور، و ما يثبت في الذمه هو كل ما يتمول عرفا، و باعتبار أن الشئ أعم من المال فكل ما يقبل تفسير المال به يقبل تفسير الشئ به، و لا عكس إذ يقبل تفسير الشئ بحد القذف و حق الشفعه لأنهما شئ و لا يقبل تفسير المال بهما، نعم باعتبار ظهور قوله (على) في ثبوت شئ متمول في الذمه فلا يصح تفسير الشئ بغير المتمول مما يثبت في الذمه.

و عن العلامة في التذكرة و الشارح في الروضه و المسالك جواز تفسير الشئ بما لا يتمول عرفا كحبه الحنطه، لأنها مملوكه شرعا و لذا يحرم غضبها و يجب ردها، و الحقيقه الشرعيه مقدمه على العرفيه.

(و العزىل (١)، و العظىم، و الحقىر (٢)، و النفىس، و مال أى مال، و يقبل تفسىره بما قل، لأن كل مال عظيم خطره شرعا كما ىنه علىه (٣) كفر مستحله، فىقبل (٤) فى هذه الأوصاف (و) لكن (لا بد من كونه (٥) مما ىتمول) أى يعدّ مالا عرفا (لا كقشره جوزة، أو حبه دخن)، أو حنطه إذ لا قىمه لذلك عاده.

و قىل: يقبل بذلك، لأنه مملوك شرعا (٦)، و الحقىقه الشرعىه مقدمه على العرفىه، و لتحرىم أخذه بغير إذن مالكه، و وجوب رده.

و ىشكل بأن الملك لا ىستلزم إطلاق اسم المال شرعا، و العرف (٧) يأباه، نعم ىتجه ذلك (٨) تفسىرا للشىء، و إن وصفه (٩) و فىه ما تقدم أنه منصرف إلى المتمول العرفى.

(١) لو قال المقر: له على مال جزىل أو عظيم أو خطىر أو نفىس أو مال أى مال، ألزم التفسىر كما تقدم، و قبل تفسىره بأقل ما ىتمول كما لو أطلق المال، لأنه ىحتمل أن ىرىد بالوصف أنه عظيم خطره بكفر مستحله و وزر غاصبه، و ىحتمل أن المقر ىستعظم القلىل و ىستكثره لشحه، فىراه جزىلا أو عظىما، أو نفىسا و نحو ذلك، بالإضافه إلى عدم ورود معنى شرعى لهذه الأوصاف و لا تحدىد لها فى العرف و لا فى اللغة، و الناس مختلفه فى ذلك، و لا قدر متىقن منها فلا بد من الأخذ بما فسره المقر و لو كان قلىلا من باب الأخذ بالمتىقن.

نعم لم ىخالف فى ذلك كله إلا ابن الجنىد فخالف فى وصف العظىم، و جعله كالكثىر الذى ستمع الكلام فىه.

(٢) و يقبل تفسىره و لو فسره بالشىء الكثىر، لاحتمال أنه لا ىرى قىمه للمال لشرفه فىرى الكثىر منه قلىلا و حقىرا.

(٣) على عظم خطره شرعا.

(٤) أى يقبل تفسىره و لو بالقلىل فى هذه الأوصاف.

(٥) أى كون التفسىر.

(٦) فىكون مالا شرعا و إن لم ىكن مالا عرفا.

(٧) أى و على تقدىر الاستلزام فالعرف يأباه، مع أن الأقارىر محموله على العرف لا على الشرع.

(٨) أى التفسىر بما لا ىتمول عرفا.

(٩) أى وصف الشىء.

بالأوصاف العظيمة لما ذكر (١)، و يقرب منه (٢) ما لو قال: له عليّ حق.

و في قبول تفسيرهما (٣) بردّ السلام، و العيادة، و تسميت (٤) العطاس وجهان:

من إطلاق الحق عليها (٥) في الأخبار (٦)، فيطلق الشيء لأنه أعم. و من أنه (٧) خلاف المتعارف و بعدهما عن الفهم في معرض الأقرار (٨). و هو الأشهر.

و لو امتنع (٩) من التفسير، حبس (١٠) و عوقب عليه، حتى يفسر، لوجوبه عليه (١١).

و لو مات قبله (١٢) طوّل الوارث به (١٣) إن علمه، و خلّف (١٤) تركه، فإن أنكر (١٥) العلم، و ادعاه (١٦) عليه المقرّ له، حلف (١٧) على عدمه (١٨).

(١) تعليل لقبول تفسير الشيء بما لا يتمول عرفا. و المراد بما ذكر ما ذكره سابقا من أنه مملوك شرعا و الحقيقه الشرعيه مقدمه على العرفيه.

(٢) أى من لفظ الشيء الذى يصلح تفسيره بما لا يتمول عرفا.

(٣) أى تفسير الشيء و الحق.

(٤) الدعاء له بعد العطاس بقوله: يرحمكم الله.

(٥) أى على المذكورات من رد السلام و تسميت العاطس و العيادة و هو دليل لقبول تفسيرهما بواحد من هذه المذكورات.

(٦) كما في الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب أحكام العشره من كتاب الحج، و هو دليل عدم قبول تفسيرهما بشيء من هذه المذكورات.

(٧) أى أن تفسيرهما بما ذكر.

(٨) و كذا ظاهر قوله (على) الدال على الثبوت فى الذمه مما يتمول أو ما يبذل فى إزائه مال.

(٩) أى المقر.

(١٠) لامتناعه عن أداء حق الغير.

(١١) أى لوجوب التفسير على المقرّ.

(١٢) أى لو مات المقر قبل التفسير.

(١٣) بالتفسير.

(١٤) أى المقرّ.

(١٥) أى الوارث بحيث أنكر العلم بمراد المورث.

(١٦) أى ادعى العلم.

(١٧) أى الوارث.

(١٨) أى على عدم العلم، لأن الوارث هنا منكر لأصالة عدم العلم.

ص: ٤٩٤

(و لا فرق) فى الإبهام و الرجوع إليه (١) فى التفسير (بين قوله: عظيم، أو كثير (٢). لاشتراكهما فى الاحتمال.

(١) إلى المقرّ.

(٢) لو قال المقر: لك على مال كثير، ألزم التفسير كما تقدم، و قبل منه بما يصدق عليه مال و إن قلّ، لاحتمال أن القليل عنده كثير لشحه، هذا كله على المشهور، و ذهب الشيخ فى الخلاف و المبسوط أن الكثير هو ثمانون و تبعه ابن زهره و ابن البراج، و عن ابن الجنيد أن العظيم كالكثير فى العدد المذكور، رجوعا فى تفسير الكثير إلى روايه النذر و هى ما أرسله على بن إبراهيم عن بعض أصحابه قال (لما اعتل المتوكل نذر إن عوفى أن يتصدق بمال كثير، فلما عوفى سأل الفقهاء عن حدّ المال الكثير فاختلفوا عليه، فقال بعضهم:

مائة ألف، و قال بعضهم: عشره آلاف، فقالوا فيه أقاويل مختلفه، فاشتبه عليه الأمر، فقال رجل من ندمائه يقال له صفوان: ألا تبعث إلى هذا الأسود فتسأل عنه؟ فقال له المتوكل: من تعنى ويحك؟ فقال: ابن الرضا عليه السّلام، فقال له: و هو يحسن من هذا أشياء، فقال: إن أخرجك من هذا فلى عليك كذا و كذا و إلا فاضربنى مائه مفرعه، فقال المتوكل: قد رضيت يا جعفر بن محمود، صر إليه و سله عن حدّ المال الكثير، فصار جعفر بن محمود إلى أبى الحسن على بن محمد عليه السّلام فسأله عن حدّ المال الكثير، فقال له: الكثير ثمانون، فقال جعفر: يا سيدى إنه يسألنى عن العله فيه، فقال أبو الحسن عليه السّلام: إن الله يقول: لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ ، فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين (١).

و خبر أبى بكر الحضرمى (كنت عند أبى عبد الله عليه السّلام فسأله رجل عن رجل مرض فنذر لله شكرا إن عافاه أن يتصدق من ماله بشيء كثير، و لم يسم شيئا فما تقول؟ قال:

يتصدق بثمانين درهما فإنه يجزيه، و ذلك بين فى كتاب الله، إذ يقول لنبىه صلى الله عليه و آله و سلم: لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ ، و الكثيره فى كتاب الله ثمانون) ٢.

فالمستفاد أن الثمانين هى تحديد لمصداق الكثيره شرعا سواء وقعت الكثيره فى نذر أم وصيه أم إقرار.

و فيه: أن هذا التحديد على خلاف الأصل فيقتصر به على مورد الروايه و هو النذر، هذا فضلا عن أن الخبرين المتقدمين لا يدلان على حصر الكثيره بالثمانين، بل مفادهما أن الثمانين مما توصف بالكثيره، و هذا لا يمنع وقوع الكثيره على ما دون هذا العدد و قد قال

ص: ٤٩٥

(و قيل) و القائل الشيخ و جماعه بالفرق، و أن (الكثير ثمانون (١) كالنذر، للروايه الوارده به (٢) فيه (٣)، و الاستشهاد (٤) بقوله تعالى: لَقَدْ نَصَّيْرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ (٥). و يضعف مع تسليمه (٦) ببطلان القياس (٧)، و لاستعمال الكثير في القرآن لغير ذلك (٨) مثل فَتَنَّهُ كَثِيرَةً (٩)، و ذِكْرًا كَثِيرًا (١٠). و دعوى تعالى: اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا (١)، و هو يتم بما دون الثمانين في الذكر، و لا- يمنع من وقوع الكثره على ما فوق الثمانين كما في قوله تعالى: كَمِ مِنْ فَتْنَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فَتْنَهُ كَثِيرَةً (٢)، و عن بعض العامه الموافقه على انحصار الكثير فيما دلت عليه الآيه، لكنه جعل العدد اثنين و سبعين مدعيا أن غزواته و سراياه كانت كذلك، مع أن المشهور في كتب السير و التواريخ أن غزواته كانت بضعا و عشرين، و سراياه كانت ستين و في كثير منها لم يحصل قتال.

و إذا ثبت عدم تحديد الكثره بالثمانين تعرف ضعف ما عن ابن الجنيد أن العظيم كالكثير في العدد المذكور، و وجه الضعف أن الكثير قد وردت فيه روايه بحمله على الثمانين و مع ذلك لا يحمل على هذا العدد فكيف بلفظ العظيم مع عدم ورود روايه تدل على حمله على هذا العدد.

(١) في باب الإقرار.

(٢) بكون الكثير ثمانين.

(٣) في النذر.

(٤) من تتمه مضمون الروايه.

(٥) سوره التوبه، الآيه: ٢٥.

(٦) أي تسليم الوارد، و الوارد في النذر مرسل كما تقدم.

(٧) أي قياس الإقرار على النذر، لأن حمل الكثير على الثمانين على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد الروايه و هو النذر.

(٨) أي لغير الثمانين.

(٩) كما في قوله تعالى: كَمِ مِنْ فَتْنَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فَتْنَهُ كَثِيرَةً (٣)، و من المقطوع به أنه يراد بالكثير هنا أكثر من الثمانين.

(١٠) كما في قوله تعالى: اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا (٤).

ص: ٤٩٦

١- (١) سوره الأحزاب، الآيه: ٤١.

٢- (٢) سوره البقره، الآيه: ٢٤٩.

٣- (٣) سوره البقره، الآيه: ٢٤٩.

أنه (١) عرف شرعى فلا قياس، خلاف الظاهر (٢)، و الحاق العظيم به (٣) غريب.

(و لو قال: له على أكثر من مال فلان (٤) لزمه بقدره (٥) و زياده (٦)، (و) لو (فسره بدونه (٧)

(١) أن حمل الكثير على الثمانين.

(٢) لأنه استعمل في غير الثمانين كثيرا في القرآن.

(٣) أى و إلحاق العظيم بالكثير في حمله على الثمانين كما عن ابن الجنيد غريب، لأنه قياس في قياس.

(٤) لو قال المقر: لزيد على أكثر من مال عمرو، ألزم بقدر مال عمرو و زياده، و المراد من الزيادة الزيادة العددية كما عن جماعه منهم الشيخ و ابن سعيد و الشهيد في الدروس، لأن المتبادر من الكثرة الكثرة العددية.

و عن العلامه في التحرير و الإرشاد و التذكرة كفايه الكثرة الاعتبارية، و لذا لو فسّر المقر قوله السابق بأنه لا يريد الكثرة في المقدار بل في الاعتبار، و أن مال المقر له دين لا يتطرق إليه الهلاك و هو أكثر بقاء و منفعة من مال عمرو الذى هو مال عين، أو أن مال المقر له حلال، و هو أكثر بركه من مال عمرو الذى هو حرام على لقب تفسيره، و يكون القليل من الدين أكثر بقاء من كثير العين، و القليل من الحلال أكثر بقاء من كثير الحرام، و عليه فلو فسّر مال زيد الذى أقر به بأقل ما يتمول لقب تفسيره في المقدار.

و فيه أنه على خلاف المتبادر من الكثرة، ثم بناء على الكثرة العددية فلا- إشكال و لا- خلاف في الرجوع إلى المقر في مقام تحديدها، لأنها مجهولة، فلو فسرها بما لا يتمول كحبه حنطة لقبوله لصدق الزيادة و إن لم تكن مالا، لعدم اشتراط المالىة في الزيادة بعد صدق المالىة على المجموع، مع أن اشتراط المالىة إنما هو في المجموع لا في الزيادة، و إلى هذا ذهب الشيخ في المبسوط و العلامه في التذكرة و الشارح في المسالك.

و قيل: لا- يقبل تفسيره لها بما لا يتمول، لأن المنساق من الأكثرية هو مالىة ما يكون به أكثر حال كونه مستقلا، فلذا لا بد من كون الزيادة متموله كما عن جامع المقاصد و الجواهر.

(٥) أى بقدر مال فلان.

(٦) أى و زياده عدديه.

(٧) أى فسّر مال فلان بما هو أقل منه بحسب الواقع، بأن قال: كنت: أظن أن مال فلان عشره مع أنه عشرون بحسب الواقع، قبل منه ما ادعاه في الظن مما بنى عليه إقراره، لأن الإنسان يخبر عن ظنه، لا عن الواقع، و المال قد يخفى على غير صاحبه كما هو

و ادعى ظن القله حلف (١)، لأصالة (٢) عدم علمه به (٣) مع ظهور إن المال من شأنه أن يخفى (٤) (و فسر (٥) بما ظنه) و زاد عليه (٦) زياده، و ينبغى تقييده (٧) بإمكان الجهل به (٨) فى حقه (٩). و لا- فرق فى ذلك (١٠) بين قوله قبل ذلك: إنى اعلم مال فلان، و عدمه (١١).

نعم لو كان قد أقر بأنه (١٢) قدر يزيد عما ادعى ظنه (١٣)، لم يقبل إنكاره ثانيا (١٤)، و لو تأوّل (١٥) بأن قال: مال فلان حرام، أو شبهه، أو عين و ما اقررت به حلال، أو دين، و الحلال و الدين أكثر نفعاً، أو بقاء (١٦) ففى قبوله (١٧) قولان: الغالب، و لكن بشرط عدم العلم بكذبه، و إلا فلو علم كذبه فيما ادعاه من الظن فلا إشكال و لا خلاف فى عدم القبول و أنه يلزم بقدر مال فلان و زياده.

(١) إن ادعى عليه المقر له بالكذب، فيكون قد ادعى عليه الزائد و هو ينكره.

(٢) تعليل للحلف و أنه منكر.

(٣) بمال فلان بحسب الواقع.

(٤) فلا يحصل العلم به من الغير، و يكون الأصل و الظاهر موافقين له فى دعواه بظن القله.

(٥) عطف على قوله (حلف).

(٦) على ما فسره من مال فلان بحسب ظنه.

(٧) أى تقييد الحكم بقبول تفسيره المبني على ظن القله.

(٨) بمال فلان.

(٩) أى فى حق المقرّ.

(١٠) أى فى الحكم المذكور من قبول تفسيره المبني على ظن القله.

(١١) لأن العلم إنما هو بالنسبه إلى ما يظهر له، و الظاهر عنده هو ظن القله كما هو المفروض.

(١٢) أى بأن مال فلان.

(١٣) بحيث قال: مال فلان كذا و كذا و لزيد فى ذمتى أكثر منه.

(١٤) فتفسيره المبني على ظن القله إنكار لما اعترف به أولاً فلا يقبل هذا الإنكار بعد ذلك الإقرار.

(١٥) أى تأول الكثره بالكثره الاعتباريه.

(١٦) فالحلل أكثر نفعاً وبقاء من الحرام واضح، و أما كثره الدين نفعاً باعتبار الثواب الأخرى، و كثرته بقاء باعتبار ثبوته فى ذمه المديون و هذا ما يرفع عنه الهلاك و التلف.

(١٧) أى قبول التأويل المذكور.

ص: ٤٩٨

من أن (١) المتبادر كثره المقدار، فيكون حقيقه فيها (٢)، و هي (٣) مقدمه على المجاز (٤) مع عدم القرينه الصارفه، و من (٥) إمكان إرادته المجاز و لا يعلم قصده إلا من لفظه فيرجع إليه فيه (٦) و لا يخفى قوه الأول (٧)، نعم لو اتصل التفسير بالاقرار لم يبعد القبول (٨).

في ما لو قال: له على كذا درهم

(و لو قال: له على كذا (٩) درهم، بالحركات الثلاث): الرفع و النصب و الجر (١) دليل لعدم قبول قوله، لأن المتبادر من الكثره الكثره العديده لا الاعتباريه.

(٢) أى فيكون لفظ الكثره حقيقه فى كثره المقدار.

(٣) أى الحقيقه.

(٤) و هو الكثره الاعتباريه من كثره النفع أو البقاء.

(٥) دليل لقبول قوله.

(٦) أى فيرجع إلى المقر فى معرفه قصده.

(٧) و هو عدم قبول قوله بالكثره الاعتباريه.

(٨) لأن التفسير مع الاتصال قرينه متصله، فلا ينعقد للكلام ظهور إلا على ضوئها.

(٩) إذا قال: له على كذا، فهو كما لو قال: له على شىء، و يقبل تفسيره بما يقبل به تفسير الشىء، كما صرح بذلك غير واحد من الأصحاب، و هو الأشهر كما فى الرياض، لأن لفظ (كذا) كناية عن الشىء عرفا كما صرح بذلك فى الصحاح و القاموس.

و عن الشيخ فى الخلاف أنه كناية عن العدد، و عن التنقيح للفاضل المقداد إجماع الأدباء عليه، و فى المذهب البارع لم يوجد فى كلام العرب غير ذلك، هذا و قد استفاضت كتب اللغه بأن لفظ (كذا) كناية عن العدد، و مع ذلك فقد اعترفوا بأنه يستعمل عرفا لغير العدد، و اللفظ يحمل على المعنى العرفى لا اللغوى.

و على كل فلو فسره بالدرهم مرفوعا، بأن قال: له على كذا درهم، كان إقرارا بدرهم واحد، لأن الدرهم على الرفع يكون بدلا عن لفظ (كذا)، و التقدير شىء درهم، و حملة على الواحد من باب الحمل على المتيقن ما لم يفسره بالأزيد، و هذا مما لا خلاف فيه بينهم.

و لو فسره بالدرهم منصوبا على التمييز، بأن قال: له على كذا درهما، كان إقرارا بدرهم واحد أيضا كما هو المشهور، لأنه منصوب على التمييز كما هو المعروف بين أهل اللغه فيحمل على الواحد من باب الحمل على المتيقن، و يمكن أن يكون منصوبا على القطع كما عن بعض الكوفيين، و كأنه قطع ما ابتدأ به و أقر بدرهم، و التقدير: له على كذا أعنى درهما، و النتيجة

واحد به حملہ علی الواحد من باب الحمل علی المتیقن. و عن الشیخ فی

ص: ۴۹۹

المبسوط و الخلاف بعد حمل كذا على أنه كناية عن العدد فلو أتى بلفظ الدرهم منصوبا فيلزمه عشرون درهما، لأن العشرين أقل عدد مفرد ينصب تمييزه، و وافقه ابن زهره في المختلف و العلامه في جمله من كتبه بعد ما حكاه في التذكرة عن أبي حنيفة، و رجحه في التذكرة بما إذا كان المقر عارفا بأسلوب اللغة بحيث يكون من أهل اللسان، و إلا فيحمل على الواحد كما عليه المشهور من باب الترجيح للمعنى العرفي.

و فيه عدم فهم العرف من لفظ (كذا) أنه كناية عن العدد، بل هو بمعنى الشيء، و هذا ما يوجب الاقتصار على الواحد، لأنه المتيقن بعد أصاله البراءه عن الزائد.

و لو فسرته بالدرهم مجرورا بأن قال: له على كذا درهم، كان إقرارا بدرهم واحد، كما هو المشهور، من باب الإضافة البيانية كحب الحصيد، و التقدير: شيء هو درهم.

و عن العلامه في التذكرة بأن هذا صحيح إن لم يمكن تقدير ما هو أقل من الدرهم، يجعل الشيء جزءا من الدرهم قد أضيف الشيء إليه، فيلزمه جزء الدرهم و يرجع إليه في التفسير، لأنه المتيقن لأصاله البراءه من الزائد، و هذا ما احتمله المحقق في الشرائع و اختاره الشارح في المسالك.

و عن الشيخ في المبسوط و الخلاف و ابن زهره و العلامه في جمله من كتبه أنه يلزمه مائة درهم، لأن المائة أقل عدد يكون تمييزه مجرورا.

و فيه ما تقدم من فهم العرف أن لفظ (كذا) كناية عن الشيء و ليس كناية عن العدد، و هذا ما يوجب الاقتصار على الواحد لأنه المتيقن بعد أصاله البراءه من الزائد.

ثم هذا كله بناء على جواز جر التمييز هنا، كما هو قول الكوفيين من جواز الجر بالإضافة و بلفظ (من) قياسا على العدد الصريح، و قال الخومي: يجوز الجر على البدل من (ذا)، لأن لفظ (كذا) مؤلف من كاف التشبيه و ذا الإشاريه، و قوله بعيد جدا لأن (كذا) صارت كلمه واحده و لا يبدل من جزء الكلمه.

نعم على قول الباقي من أهل اللغة لا يجوز الجر بالإضافة و لا بلفظ (من)، بل لا بدّ من النصب كما نص عليه الرضى و ابن هشام و غيرهما، لأن عجزها و هو (ذا) اسم إشاره، و هو لا يقبل الإضافة، و فيه أنه لما ركّب مع الكاف لم يبق على ما كان عليه قبل ذلك لتضمنه بعد التركيب معنى لم يكن موجودا له قبل التركيب، فلذا جاز إضافته و جر ما بعده.

و لو فسره بالدرهم من غير تحريك كأن قال: له على كذا درهم، فيحتمل الرفع و الجر لو أعرب بعد انتفاء النصب لوجوب إثبات الألف فيه وقفا، و على الرفع و الجر يحتمل على الواحد كما هو المشهور، و يحتمل حملة على الجزء من الدرهم، لأنه لو كان مجرورا لحمل

(و الوقف) بالسكون، و ما فى معناه (١)(فواحد) (٢)، لاشترآكه بين الواحد فما زاد وضعا فيحمل (٣) على الأقل (٤)، لأنه (٥) المتيقن إذا لم يفسره بأزيد، فإن «كذا» كناية عن «الشيء» (٦).

فمع الرفع يكون الدرهم بدلا منه (٧)، و التقدير: «شيء درهم».

و مع النصب يكون تمييزا له، و أجاز بعض أهل العربية نصبه على القطع، كأنه قطع ما ابتداء به و أقر بدرهم.

و مع الجر تقدّر الإضافة بيانيه (٨)،

على الجزء كما هو قول العلامة فى التذكرة، فيكون الجزء متيقنا و تجرى أصله البراءة عن الزائد الآتى من احتمال الرفع.

(١) ما فى معنى السكون الوقف بالإشمام و الروم و إبدال التاء هاء، و إلحاق هاء السكت غير أنه لا يتصور هاء السكت هنا، لأنها تدخل على الفعل الناقص كقوله: قه، أو تدخل على ما الاستفهاميه بعد حذف ألفها مثل قوله مه و لا يتصور الإقرار بمثل هذه الأمور.

و لا- يتصور إبدال التاء هاء لأن الدرهم الوارد فى المثال غير مختوم بالتاء، فلا يبقى إلا الإشمام و الروم، و الإشمام هو الوقف بحرف مضموم، و الإشعار بحركته بضم الشفتين من دون أن يتلفظ بالضم، و الروم هو الإتيان بحركة الحرف الموقوف عليه ضعيفه لا تبين، و فى كل منهما يعلم حركة الحرف الموقوف عليه، فلا فائده معتد بهما حينئذ - و لا داعى للإلحاقهما بالسكون، فلو تركهما كما فعل غيره من الفقهاء لكان أصح.

(٢) أى فدرهم واحد على جميع التقادير.

(٣) أى لفظ الدرهم.

(٤) و هو الواحد.

(٥) أى الأقل.

(٦) كما هو المشهور.

(٧) أى من الشيء.

(٨) مراده من الإضافة البيانيه ما يكون المضاف إليه مبيّنا للمضاف، و ليس مراده منها ما هو المصطلح فيها، و هو الإضافة بمعنى من، أى بتقدير (من)، و يشترط فيها أن يكون بين المضاف و المضاف إليه عموم من وجه كما فى نحو خاتم فضه، و هذا المعنى المصطلح لها غير موجود هنا، لأن الشيء الذى كنى عنه بلفظ (كذا) أعم مطلقا من الدرهم، و لا يمكن تقدير لفظ (من) فلا يقال: شيء من درهم.

«كحَبِّ الحصيد (١)» و التقدير شيء هو درهم.

و يشكل بأن ذلك (٢) و إن صح إلا أنه (٣) يمكن تقدير ما هو أقل منه (٤)، بجعل الشيء جزء من الدرهم أضيف إليه (٥)، فيلزمه (٦) جزء يرجع في تفسيره (٧) إليه (٨)، لأنه (٩) المتيقن، و لأصالة البراءة من الزائد، و من ثم (١٠) حمل الرفع و النصب على الدرهم مع احتمالها (١١) أزيد منه (١٢)، و قيل (١٣): إن الجر، لحن يحمل على أخويه (١٤) فيلزمه (١٥) حكمهما.

و أما الوقف فيحتمل الرفع و الجر لو أعرب (١٦)، لا النصب لوجوب (١٧) إثبات الألف فيه (١٨) وقفاً، فيحمل (١٩) على مدلول ما احتمله (٢٠).

(١)سوره ق، الآيه: ٩، و الحصيد هو الحنطه و الشعير و كل ما يحصد.

(٢)أى حمل الدرهم على الواحد على تقدير الجر.

(٣)أى أن الشأن و الواقع.

(٤)أى من الواحد الصحيح.

(٥)أى أضيف الشيء إلى الجزء من الدرهم.

(٦)ضمير المفعول راجع إلى المقر.

(٧)أى تفسير الجزء من الدرهم.

(٨)إلى المقر.

(٩)أى لأن الجزء من الدرهم.

(١٠)أى و من وجوب الحمل على المتيقن لأصالة البراءة من الزائد.

(١١)أى احتمال الرفع و النصب.

(١٢)من الدرهم الواحد.

(١٣)كما عن مشهور أهل اللغة ما عدا الكوفيين و الحوفى.

(١٤)أى يحمل الجر على أخويه من الرفع و النصب.

(١٥)أى يلزم المقر.

(١٦) أى لو أعرب لفظ الدرهم.

(١٧) تعليل لعدم احتمال النصب فى الدرهم على تقدير الوقف.

(١٨) فى الدرهم على احتمال النصب.

(١٩) أى يحمل لفظ الدرهم على تقدير الوقف.

(٢٠) أى ما احتمله من الرفع أو الجر.

ص: ٥٠٢

فعلى ما اختاره (١) يشتركان (٢) فى احتمال الدرهم (٣)، فيحمل عليه (٤)، و على ما حققناه (٥) يلزمه جزء درهم خاصه، لأنه (٦) باحتماله الرفع و الجبر حصل الشك فيما زاد على الجزء، فيحمل (٧) على المتيقن، و هو (٨) ما دلت عليه الإضافه (٩).

(و كذا كذا درهما (١٠)،)

(١) أى ما اختاره المصنف من حمل الدرهم على الواحد فى الحركات الثلاث.

(٢) أى يشترك الرفع و الجبر.

(٣) أى الواحد.

(٤) أى فيحمل لفظ الدرهم على الدرهم الواحد.

(٥) من احتمال إرادته جزء الدرهم على تقدير الجبر.

(٦) أى لأن الوقف.

(٧) أى لفظ الدرهم على تقدير الوقف.

(٨) أى المتيقن.

(٩) و الإضافه قد دلت على جزء الدرهم، و الزائد عن الجزء إلى تمام الدرهم الصحيح مشكوك تجرى فيه أصاله البراءه.

(١٠) إذا كثر لفظ (كذا) بدون عطف كأن يقول: له على كذا كذا، فقد عرفت أن لفظ (كذا) كناية عن الشىء، فكأنه قال: له على شىء شىء، و هو ما يفيد تأكيد المبهم، و يصح تفسيره بما يفسر به لفظ الشىء، هذا كله إذا لم يتبعه بالدرهم، و أن أتبعه بالدرهم فإن جاء به مرفوعاً كأن يقوله: له على كذا كذا درهم، فهو إقرار بدرهم واحد، لأن الدرهم بدل من المؤكد، و الواحد هو المتيقن و تجرى أصاله البراءه فى الزائد.

و إن جاء به منصوباً كأن يقول: له على كذا كذا درهما، فهو إقرار بدرهم واحد أيضاً، لأن الدرهم قد نصب على التمييز أو القطع، و يبقى لفظ (كذا) الأول مؤكّد و الثانى تأكيد، و هو كناية عن الشىء الذى يصح تفسيره بالواحد لأنه المتيقن مع جريان أصاله البراءه من الزائد.

و إن جاء به مجروراً كأن يقول: له على كذا كذا درهم، فهو إقرار بدرهم واحد أيضاً، و لفظ (كذا) الأول مؤكّد، و الثانى تأكيد و قد أضيف إلى الدرهم إضافه بيانيه، و الأول المؤكّد كناية عن الشىء الذى يحمل على الواحد لأنه الأقل بعد جريان أصاله البراءه من الزائد. و يحتمل على الجبر أن يكون لفظ (كذا) الأول قد أضيف إلى لفظ (كذا) الثانى، و الثانى مضاف إلى الدرهم و يكون المعنى: جزء جزء من درهم، و جزء الجزء جزء فيلزمه جزء من الدرهم.

و على الوقف فينتفى النصب لوجوب إثبات الألف فيه وقفا، و الألف غير موجوده فلا يبقى إلا احتمال الرفع و الجر، فعلى القول الأول يلزمه درهم واحد، لأنه ثابت على تقديرى الجر و الرفع، و على الثانى يلزمه جزء الدرهم، لأنه أقل المحتملات فى حالتى الرفع و الجر بعد جريان أصاله البراءه من الزائد. و ذهب الشيخ إلى أنه مع النصب فيما لو قال: له على كذا كذا درهما يلزمه أحد عشر درهما، لأنه أقل عدد مركب مع غيره من دون عطف ينتصب تمييزه، و هو مبنى على كون لفظ (كذا) كناية عن العدد، و فيه ما تقدم أنه كناية عن الشيء عرفا.

و عن العلامه فى التذكرة اختيار قول الشيخ إذا كان المقر من أهل اللسان عارفا به، و إلا فقول المشهور من الدرهم الواحد، و قد تقدم أن ألفاظ الأقارير محموله على المعنى العرفى.

ثم إن الشيخ و العلامه لم يتكلما إلا على تقدير النصب، و لم يتكلما على تقدير الرفع و الجر، مع أنه على تقدير الرفع يحمل على الواحد من باب أنه بدل عن لفظ (كذا) الأول المؤكد بعد جعل لفظ (كذا) الثانى تأكيدا كما عليه المشهور.

و لكن على تقدير الجر فلازم قول الشيخ أن يحمل لفظ (الدرهم) المجرور على ثلاث مائه درهم، لأنه أقل عدد أضيف إليه آخر و قد ميز بمفرد مجرور، إذ فوّه أربع مائه إلى تسع مائه ثم مائه مائه ثم مائه ألف، ثم ألف ألف، و المائتان و إن كانت أقل و هى فى قوه تكرر المائه إلا- أنها مثنى و المفروض أن التمييز بالمفرد، و هذا و إن لم يصرح به لكنه لازم لقوله على تقدير النصب.

(١) إذا كثر لفظ (كذا) مع العطف بأن قال: له على كذا و كذا، فيلزمه شيان قضاء لحق العطف، و يصح تفسيرهما بما يفسر به لفظ الشيء.

هذا كله إذا لم يتبعهما بالدرهم، و إن أتبعهما بالدرهم مرفوعا بأن قال: له على كذا و كذا درهم فيلزم درهم واحد، لاحتمال أن يريد من (كذا) جزءا من الدرهم بحيث يكون المجموع من المعطوف و المعطوف عليه درهما واحدا، و لذا أتى بلفظ الدرهم مرفوعا ليكون بدلا عن مجموع المعطوف و المعطوف عليه بلا- خلاف فيه بيننا. و عن الشافعى قول بلزوم درهم و زياده، لأنه ذكر سببين متغايرين بالعطف، و قد جعل الدرهم بدلا عن الثانى و يبقى الأول على إبهامه فى الشئيه فلا بد من تفسيره بالزائد عن الدرهم المذكور.

و هناك قول ثالث لبعض العامه بأنه يلزمه درهمان، لأنه ذكر جملتين كل واحده منهما تقع على الدرهم، و تكون كناية عنه، فيكون الدرهم تفسيراً لكل منهما، كما إذا قال: مائه و خمسون درهما.

كذلك (١) في حمله على الدرهم مع الحركات الثلاث، و الوقف، لاحتمال كون «كذا» الثاني تأكيدا للأول (٢) في الأول (٣).
و الحكم في الاعراب (٤) ما سلف، و في الوقف ينزل على أقل الاحتمالات (٥). و كون (٦)

و إن أتى بالدرهم منصوبا بأن قال: له على كذا و كذا درهما، فعلى المشهور بيننا أنه يلزمه درهم واحد، لأن (كذا) كناية عن الشيء فكأنه قال: شيء و شيء هما درهم، فيكون قد أراد بالشيء جزء الدرهم بحيث يكون المعطوف و المعطوف عليه درهما واحدا.

و عن الشيخ في المبسوط أنه يلزمه مع النصب أحد و عشرون درهما، لأنه أقل عدد ين عطف أحدهما على الآخر، و مئزاً بدرهم منصوب، إذ فوّه اثنان و عشرون إلى تسعه و تسعين، فيقتصر على الأقل، لأنه المتيقن بعد أصاله البراءه من الزائد، و فيه ما تقدم أنه كناية عن الشيء عرفاً، و اللفظ في الأقارير يحمل على المعنى العرفى لا اللغوى.

و إن أتى بالدرهم مجروراً بأن قال: له على كذا و كذا درهم، فيلزمه جزء درهم و شيء، كما لو قال: شيء و جزء درهم و لو فسّر الشيء بالجزء الباقي من الدرهم لقبل، و عليه فلا يلزمه أكثر من درهم، و هناك قول بأن الجر لحن فيحمل على أخويه من النصب و الرفع، و أقل الاحتمالات على هذين التقديرين هو الدرهم فيحمل اللفظ عليه من باب الاقتصار على المتيقن بعد أصاله البراءه من الزائد الآتى على تقدير النصب، و منه تعرف ما لو سکن آخر الدرهم و لم يعربه، فالنصب متنفى لعدم وجود الألف فيه، فلا يبقى إلا الجر و الرفع و كلاهما يفيد الحمل على الدرهم كما تقدم.

(١) أى فى حمل الدرهم على الواحد فى صورته التكرار بلا عطف و فى صورته التكرار مع العطف سواء كان الدرهم بالحركات الثلاث أم بالوقف، و فيه أنه فى صورته التكرار بلا عطف فيحمل على جزء الدرهم على تقدير الجر، و هذا ما سينبه عليه الماتن فيما بعد فانتظر.

(٢) أى للفظ (كذا) الأول.

(٣) أى فى المثال الأول و هو صورته التكرار بغير عطف.

(٤) أى فى إعراب لفظ الدرهم فى المثال الأول - أعنى صورته التكرار بغير عطف - ما سلف سابقاً عند عدم تكرار لفظ (كذا) بحيث إن لفظ الدرهم على الرفع يكون بدلاً، و على النصب يكون تمييزاً أو منصوباً على القطع، و على الجر يكون مجروراً بالإضافة.

(٥) و أقل الاحتمالات هو جزء الدرهم على تقدير الجر.

(٦) أى و لاحتمال كون، و هو معطوف على قوله السابق (لاحتمال كون كذا الثانى تأكيدا للأول فى الأول).

«كذا» (١) شيئا مبهما، و الثاني (٢) معطوفا عليه (٣) فى الثاني (٤) و ميّزا (٥) بدرهم على تقدير النصب، و ابدلا (٦) منه (٧) على تقدير الرفع. و يّينا معا (٨) بالدرهم مع الجر.

و نزل (٩) على أحدهما (١٠) مع الوقف (١١)، أو أضيف (١٢) الجزء إلى جزء الدرهم فى الجر (١٣) على ما اخترناه (١٤)، و حمل الوقف عليه (١٥) أيضا.

(و لو فسر (١٦) فى حاله (الجر) من الأقسام الثلاثه (١٧) ببعض درهم جاز (١٨)،

(١) و أى كلفظ (كذا) الأول.

(٢) أى لفظ (كذا) الثانى.

(٣) على (كذا) الأول.

(٤) أى فى المثال الثانى و هو صوره التكرار مع العطف.

(٥) أى المعطوف و المعطوف عليه.

(٦) أى المعطوف و المعطوف عليه.

(٧) و لفظ (من) هنا بمعنى الباء و المعنى: و ابدلا به، أى بالدرهم.

(٨) أى أضيفا معا إلى الدرهم إضافه بيانيه نظير قوله: بين ذراعى و جبهه الأسد، فيكون المراد بهما هو الدرهم.

(٩) أى الدرهم.

(١٠) أى الرفع و الجر.

(١١) لانتفاء النصب لعدم وجود الألف الذى ثبت فيه وقفا.

(١٢) على تقدير الجر بحيث يراى من (كذا) الأول جزء الدرهم و هو مضاف إلى (كذا) الثانى، الذى هو مضاف إلى الدرهم و يكون التقدير: جزء جزء الدرهم، و جزء الجزء جزء و هذا ناظر إلى المثال الأول أعنى صوره التكرار بلا عطف، و يكون قوله (أو أضيف) معطوفا إلى قوله (و الحكم فى الأعراب ما سلف).

(١٣) فيما لو كان تكرر بلا عطف.

(١٤) فى صوره عدم التكرار.

(١٥) أى على جزء الدرهم كما حمل الجر عليه، لأنه فى الوقف يحمل على أقل المحتملات من الجر و الرفع.

(١٦) أى لفظ (كذا).

(١٧) وهى صوره عدم التكرار، و صوره التكرار بغير عطف، و صوره التكرار مع العطف.

(١٨) أى التفسير.

ص: ٥٠٦

لإمكانه (١) وضعا (٢) يجعل الشيء المراد بـ «كذا» و ما ألحق به (٣) كناية عن الجزء.

و فيه: أن قبول تفسيره به (٤) يقتضى صحته (٥) بحسب الوضع، فكيف يحمل (٦) مع الإطلاق (٧) على ما هو أكثر منه (٨)، مع إمكان الأقل، فالحمل عليه (٩) مطلقا (١٠) أقوى.

(و قيل) - و القائل به الشيخ و جماعه (١١) :- (يتبع فى ذلك) المذكور من قوله (١٢): كذا و كذا كذا، و كذا و كذا درهم، بالحركات الثلاث، و الوقف و ذلك اثنتا عشره صوره (١٣) (موازنه (١٤) من الاعداد) جعلنا لكذا كناية عن العدد، لا عن الشيء، فيكون الدرهم فى جميع أحواله تميزا لذلك العدد، فينظر إلى ما يناسبه (١٥) بحسب ما تقتضيه قواعد العرييه من أعراب المميز للعدد و يحمله (١٦) عليه (١٧).

(١) أى إمكان التفسير.

(٢) أى بحسب المعنى الوضعى للفظ (كذا).

(٣) الضمير فى (به) راجع إلى (كذا)، و ما ألحق به هو (كذا) الثانى فى صوره التكرار بغير عطف أو مع العطف.

(٤) أى أن قبول تفسير لفظ (كذا) ببعض الدرهم.

(٥) أى صحه التفسير.

(٦) أى لفظ (كذا).

(٧) بدون التفسير.

(٨) من بعض الدرهم.

(٩) على الأقل الذى هو جزء الدرهم.

(١٠) سواء فسر أم لا.

(١١) وهم ابن زهره و العلامه فى جمله من كتبه.

(١٢) أى قول المصنف.

(١٣) حاصله من ضرب الأقسام الثلاثه فى الاحتمالات الأربع، الآتية من الحركات الثلاث و الوقف.

(١٤) أى نظيره.

(١٥) أى فينظر إلى عدد يناسب المذكور من الدرهم المميّز.

(١٦) أى لفظ (كذا).

(١٧) أى على العدد المناسب لهذا الدرهم المميّز.

ص: ٥٠٧

فيلزمه (١) - مع إفراد المبهم (٢) و رفع الدرهم (٣) - درهم، لأن المميز (٤) لا يكون مرفوعا فيجعل بدلا كما مرّ، و مع النصب (٥) عشرون درهما، لأنه (٦) أقل عدد مفرد ينصب مميّزه، إذ فوجه ثلاثون إلى تسعين فيحمل (٧) على الأقل، و مع الجر (٨) مائه درهم، لأنه (٩) أقل عدد مفرد فسّر بمفرد مجرور إذ فوجه الألف، و مع الوقف (١٠) درهم (١١)، لاحتماله (١٢) الرفع و الجر فيحمل (١٣) على الأقل (١٤).

و مع تكريره (١٥) بغير عطف و رفع الدرهم (١٦) درهم (١٧)، لما ذكرنا في الإفراد (١٨) مع كون الثانى تأكيدا للأول، و مع نصبه (١٩) أحد عشر، لأنه (٢٠) أقل (١) أى يلزم المقر.

(٢) و هو لفظ (كذا).

(٣) عند قوله: له على كذا درهم.

(٤) أى التمييز.

(٥) عند قوله: له على كذا درهما.

(٦) أى لأن العدد المذكور من العشرين.

(٧) أى لفظ (كذا).

(٨) عند قوله: له على كذا درهم.

(٩) أى لأن العدد المذكور من المائة.

(١٠) عند قوله: له على كذا درهم.

(١١) أى يلزمه درهم.

(١٢) أى لاحتمال الوقف.

(١٣) أى لفظ (كذا).

(١٤) أى الرفع، لأنه على الجر يلزمه مائه درهم.

(١٥) أى تكرير المبهم.

(١٦) عند قوله: له على كذا كذا درهم.

(١٧) أى يلزمه درهم.

(١٨) أى إفراد المبهم من غير تكرار، و ما ذكره هو أن التمييز لا- يكون مرفوعا فيتعين أن يكون بدلا عن الأول، و جعل الثانى تأكيدا للأول.

(١٩) أى نصب الدرهم عند قوله: له على كذا كذا درهما.

(٢٠) أى لأن العدد المذكور من أحد عشر.

ص: ٥٠٨

عدد مركب مع غيره ينصب بعده مميّزه، إذ فوّه اثنا عشر إلى تسعه عشر فيحمل (١) على المتيقن، و مع جره (٢) ثلاثمائة درهم، لأنه (٣) أقل عدد أضيف إلى آخر، و ميّز بمفرد مجرور، إذ فوّه أربعمائه إلى تسعمائه، ثم مائه مائه، ثم مائه ألف، ثم ألف ألف فيحمل (٤) على المتيقن (٥)، و التركيب هنا (٦) لا يتأتى، لأن مميّز المركب لم يرد مجرورا.

و هذا القسم (٧) لم يصرح به صاحب القول (٨)، و لكنه لازم له (٩)، و مع الوقف (١٠) يحتمل الرفع و الجر فيحمل (١١) على الأقل منهما، و هو (١٢) الرفع (١٣).

و مع تكريره (١٤) معطوفا و رفع الدرهم (١٥) يلزمه درهم، لما ذكر في الأفراد (١٦) بجعل الدرهم بدلا من مجموع المعطوف و المعطوف عليه. و يحتمل أن (١) أى لفظ (كذا كذا).

(٢) أى جرّ الدرهم عند قوله: له على كذا كذا درهم.

(٣) لأن العدد المذكور من ثلاث مائه.

(٤) أى لفظ (كذا كذا).

(٥) و المتيقن الأقل، و هو ثلاث مائه.

(٦) أى فى صورته الجر.

(٧) و هو الجر فى صورته تكرار المبهم بغير عطف.

(٨) و هو الشيخ و الجماعة الذين تابعوه.

(٩) أى و لكن هذا القسم هنا لازم لقوله الوارد فى المبهم المكرر بغير عطف عند نصب الدرهم.

(١٠) أى الوقف على لفظ الدرهم عند قوله: له على كذا كذا درهم.

(١١) أى لفظ (كذا كذا).

(١٢) أى الأقل.

(١٣) لأنه فى صورته الجر يحمل على ثلاثمائة درهم.

(١٤) أى تكرير المبهم.

(١٥) عند قوله: له على كذا و كذا درهم.

(١٦) أى إفراد المبهم من غير تكرير، و ما ذكره هو أن التمييز لا يكون مرفوعا فيتعين أن يكون بدلا، إلا أنه هنا بدل عن مجموع المعطوف و المعطوف عليه، و هذا مما لا خلاف فيه بيننا كما تقدم.

ص: ٥٠٩

يلزمه (١) درهم و زياده، لأنه ذكر شيئين متغايرين بالعطف، فيجعل الدرهم تفسيراً للقريب منهما، و هو (٢) المعطوف فيبقى المعطوف عليه (٣) على إبهامه، فيرجع إليه (٤) في تفسيره، و أصاله البراءه تدفعه (٥).

و مع نصب الدرهم (٦) يلزمه أحد و عشرون درهما، لأنه (٧) أقل عددين عطف أحدهما على الآخر، و انتصب المميّز بعدهما، إذ فوّه اثنان و عشرون إلى تسعه و تسعين فيحمل (٨) على الأقل. و مع جر (٩) الدرهم يلزمه ألف و مائه، لأنه (١٠) أقل عددين عطف أحدهما على الآخر و ميّز بمفرد مجرور، إذ فوّه (١١) من الأعداد المعطوف عليها المائة (١٢) و الألف (١٣) ما لا نهايه له، و يحتمل جعل الدرهم مميزاً (١٤) للمعطوف، فيكون (١٥) مائه (١٦)، و يبقى المعطوف عليه مبهماً فيرجع إليه (١٧) في (١) كما هو قول عن الشافعي.

(٢) أي يلزم المقر.

(٣) أي القريب.

(٤) إلى المقر.

(٥) أي تدفع هذا الاحتمال بعد حمل لفظ (كذا) على جزء الدرهم و يكون المجموع من الجزئين درهما واحداً، و لذا كان الدرهم بدلاً عن المجموع من المعطوف و المعطوف عليه.

(٦) عند قوله: له على كذا و كذا درهما.

(٧) أي لأن العدد المذكور من أحد و عشرين.

(٨) أي لفظ (كذا و كذا).

(٩) عند قوله: له على كذا و كذا درهم.

(١٠) مبني على تقديم الألف أكثر في عطف الأعداد إذا كان بعد المائة، و أما العطف في الأعداد إذا كان قبل المائة فيقدم الأقل فتقول أحد و عشرون.

(١١) أي فوق العدد المذكور من الألف و مائه.

(١٢) كئلاث مائه و أربع مائه و هكذا.

(١٣) كئلاثه آلاف و أربعه آلاف و هكذا.

(١٤) في صورته الجر.

(١٥) أي المعطوف.

(١٦) لأن العدد المذكور من المائه هو أقل عدد مفرد فسر بمفرد مجرور، إذ فوقه الألف.

(١٧) إلى المقر.

ص: ٥١٠

تفسيره، و جعله (١) درهما لمناسبه الأعداد المميّزه (٢)، فيكون التقدير درهم و مائه درهم، لأصالة (٣) البراءة من الزائد. و هذا القسم (٤) أيضا لم يصرحوا (٥) بحكمه، و لكنه (٦) لازم للقاعده (٧).

و مع الوقف عليه (٨) يحتمل الرفع و الجر فيحمل (٩) على الأقل، و هو (١٠) الرفع (١١).

و إنما حملنا العبارة (١٢) على جميع هذه الأقسام (١٣) مع احتمال أن يريد (١٤) بقوله «كذا كذا درهما. و كذا و كذا درهما كذلك» حكمهما (١٥) في حاله النصب، لأنه (١٦) الملفوظ، و يكون حكمهما في غير حاله النصب مسكوتا عنه، لأنه (١٧) (١) أي و يحتمل جعل المعطوف عليه درهما.

(٢) و هو المائة المميّزه بالدرهم، و الحاصل لما كان المعطوف عليه قد فسر بالمائه، و هي بلا كسر فيناسب تفسير المعطوف بعدد لا كسر فيه، و هو الدرهم و بهذا ينتفى إرادته جزء الدرهم من المعطوف، و تنتفى إرادته الأزيد من الدرهم بأصالة البراءة منه.

(٣) تعليل لنفي ما فوق الدرهم في المعطوف عليه، و أما تعليل نفي ما دون الدرهم فقد تقدم عند قوله لمناسبه الأعداد المميّزه.

(٤) أي الجر في صورته التكرار مع العطف.

(٥) أي الشيخ و الجماعه الذين تابعوه.

(٦) أي هذا القسم.

(٧) و هي مراعاة النظير من الأعداد.

(٨) على الدرهم عند قوله: له على كذا و كذا درهم.

(٩) أي لفظ (كذا و كذا).

(١٠) أي الأقل.

(١١) لأنه على الرفع يلزمه درهم، و على الجر يلزمه ألف و مائه أو درهم و مائه درهم.

(١٢) أي عبارة المصنف عند قوله (و كذا كذا درهما، و كذا و كذا درهما كذلك).

(١٣) من الرفع و النصب و الجر و الوقف.

(١٤) أي المصنف.

(١٥) أي حكم التكرار بلا عطف و التكرار مع العطف.

(١٦) أى النصب.

(١٧) أى المصنف، و هذا تعليل لحمل العبارة السابقه على جميع الأقسام دون اختصاصها بحاله النصب فقط.

ص: ٥١١

عقبه (١) بقوله: «و لو فسر في الجر ببعض درهم جاز» و ذلك (٢) يقتضى كون ما سبق شاملا لحاله الجر (٣)، إذ يبعد كون قوله: «و لو فسر في الجر» تميما لحكم «كذا» المفرد (٤) لبعده (٥).

و على التقديرين (٦) يترتب عليه قوله: «و قيل: يتبع في ذلك موازنه» فعلى ما ذكرناه (٧) تشعب (٨) الصور إلى اثنتى عشره، و هى (٩) الحاصله: من ضرب أقسام الإعراب الأربعة (١٠) فى المسائل الثلاث، و هى (١١): كذا المفرد، و المكرر بغير عطف، و مع العطف (١٢)، و على الاحتمال (١٣) يسقط من القسمين الأخيرين (١٤) ما زاد (١٥) على نصب المميز فتنتصف الصور.

و كيف كان (١٦) فهذا القول (١٧)

(١) أى عقب قوله السابق.

(٢) أى التعقيب.

(٣) فلذا حملنا عبارته السابقه على جميع هذه الأقسام الشامله للرفع و النصب و الجر و الوقف.

(٤) أى غير المعطوف و غير المركب.

(٥) أى بعده لفظا بعد الفصل بالأجنى.

(٦) من التعميم لجميع الأقسام، و التخصيص لحاله النصب.

(٧) من التعميم لجميع الأقسام.

(٨) أى تشعب الصور فى قول الشيخ إلى اثنتى عشره صورته.

(٩) أى الاثنتا عشره صورته.

(١٠) من الرفع و النصب و الجر و الوقف.

(١١) أى المسائل الثلاث.

(١٢) أى و المكرر مع العطف.

(١٣) أى احتمال التخصيص بحاله النصب.

(١٤) و هما التكرار بغير عطف و مع العطف.

(١٥) و هو صورته الرفع و الجر و الوقف فيسقط من صورتى العطف و عدمه عند التكرار ست صور، و يبقى ست صور، و هى

أربع صور الأفراد، و صورتا النصب عند التكرار مع العطف و بدونه.

(١٦) أى و كيف كان مراد المصنف من العبارة سواء كان التعميم أم التخصيص فى حالة النصب.

(١٧) أى قول الشيخ و الجماعة من حمل لفظ (كذا) على أنه كناية عن العدد و ينظر إلى نظيره من الأعداد بحسب حركات الدرهم.

ص: ٥١٢

ضعيف (١)، فإن هذه الألفاظ (٢) لم توضع لهذه المعاني (٣) لغه، و لا اصطلاحا، و مناسبتها (٤) على الوجه المذكور لا يوجب اشتغال الذمه بمقتضاها (٥) مع أصالة البراءة، و احتمالها (٦) لغيره (٧) على الوجه الذى بين (٨)، و لا- فرق فى ذلك (٩) بين كون المقر من أهل العرييه و غيرهم، لاستعمالها (١٠) على الوجه المناسب للعرييه (١١) فى غير ما ادعوه (١٢) استعمالا شهيرا، خلافا للعلامه (١٣) حيث فرّق، و حكم بما ادعاه الشيخ على المقر إذا كان من أهل اللسان، و قد ظهر ضعفه (١٤).

(و) إنما (يمكن هذا) القول (١٥) (مع الاطلاع على القصد) أى على قصد المقر، و أنه (١٦) أراد ما ادعاه القائل (١٧)، و مع الاطلاع لا إشكال.

فى ما لو قال لى عليك ألف

(و (١٨): (١) و وجه الضعف قد تقدم أن لفظ (كذا) كناية عن الشىء عرفا، و لفظ الإقرار يحمل على المعنى العرفى لا اللغوى.

(٢) من (كذا) المفرد و المركب و المعطوف.

(٣) أى و هى الأعداد الموازنه.

(٤) أى مناسبه هذه الأعداد لتلك الألفاظ باعتبار حركات الدرهم المميّز.

(٥) أى بمقتضى هذه المعانى، و هى الأعداد الموازنه.

(٦) أى احتمال هذه الألفاظ من كذا المفرد و المركب و المعطوف.

(٧) لغير هذه المعانى و هى الأعداد الموازنه.

(٨) بحملها على الشىء و الجزء.

(٩) أى فى عدم حمل هذه الألفاظ على تلك المعانى من الأعداد الموازنه.

(١٠) أى استعمال هذه الألفاظ.

(١١) عند ما حملت على الشىء و الجزء.

(١٢) من الحمل على العدد الموازن كما فعله الشيخ و جماعه.

(١٣) فى التذكرة.

(١٤) أى ضعف تفريق العلامه، أو ضعف قول الشيخ فيبطل تفريق العلامه المبني عليه، و الثانى أنسب.

(١٥) أى قول الشيخ و الجماعه.

(١٦) أى المقر.

(١٧) و هو الشيخ و الجماعه.

(١٨) أى القائل.

ص: ٥١٣

لى عليك ألف، فقال (١): نعم، أو أجل، أو بلى، أو انا مقر به لزمه (٢) الألف.

أما جوابه بنعم فظاهر، لأن قول المجاب (٣) إن كان خبرا فهي (٤) بعده (٥) حرف تصديق، و إن كان (٦) استفهاما محذوف الهمزة فهي (٧) بعده (٨) للإثبات و الاعلام. لأن الاستفهام عن الماضى إثباته ب «نعم» و نفيه ب «لا».

و أجل مثله (٩).

و أما بلى فانها و إن كانت لابطال النفى (١٠)، إلا- أن الاستعمال العرفى جَوَز وقوعها فى جواب الخبر المثبت (١١) كنعم، و الاقرار جار عليه (١٢) لا على دقائق اللغه، و لو قدّر كون القول (١٣) استفهاما فقد وقع استعمالها (١٤) فى جوابه (١٥) لغه (١) أى الآخر.

(٢) أى لزم المجيب.

(٣) و هو: لى عليك ألف.

(٤) أى نعم.

(٥) بعد الخبر.

(٦) أى قول المجاب.

(٧) أى نعم.

(٨) بعد الاستفهام.

(٩) أى مثل لفظ (نعم).

(١٠) لفظ (بلى) مختص بالنفى، و يفيد إبطاله، سواء كان النفى مجردا نحو قوله تعالى: زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بلى وَ رَبِّي (١)، أم مقرونا بالاستفهام، نحو قول القائل:

أليس زيد بقائم فتقول: بلى، و إذا أفاد إبطال النفى فلا يكون إقرارا هذا بحسب اللغه، و أما بحسب العرف زائده فيصح أن تقع جوابا للخبر المثبت و تكون تصديقا له، و عليه فتكون إقرارا بمضمونه، و مقامنا هنا منه، لأن الوارد خبر مثبت و ليس بمنفى بلا خلاف فيه بيننا، لأن لفظ الإقرار محمول على العرف لا على اللغه.

(١١) و مقامنا منه.

(١٢) على العرف.

(١٣) أى قول القائل: لى عليك ألف.

(١٤) أى استعمال (بلى).

(١٥) الاستفهام.

ص: ٥١٤

١- (١) سورة التغابن، الآية: ٧.

و إن قل (١)، و منه (٢) قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ لأصحابه: «أ ترضون أن تكونوا من أرفع أهل الجنة؟ قالوا: «بلى» (٣)، و العرف (٤) قاض به (٥).

و أما قوله: «أنا مقر به» (٦)، فانه (٧) و إن احتمل كونه (٨) مقرا به (٩) لغيره (١٠)، و كونه (١١) وعدا بالاقرار، من حيث إن مقرا اسم فاعل يحتمل الاستقبال (١٢) إلا أن المتبادر منه (١٣) كون ضمير «به» عائدا إلى ما ذكره (١٤) المقر له، و كونه (١٥) اقرارا بالفعل (١٦) عرفا، و المرجع فيه (١٧) إليه (١٨).

(١) أى الاستعمال.

(٢) أى و من هذا الاستعمال القليل.

(٣) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٥٧٣ الطبعة الأولى بمصر.

(٤) مضافا إلى وقوعه فى اللغة.

(٥) أى بكون لفظ (بلى) حرف تصديق إذا وقع بعد الاستفهام.

(٦) لو قال فى جواب لى عليك ألف: أنا مقر به أو بما تدعى، فيلزمه الألف على المشهور، و عن الدروس أنه غير ظاهر فى الإقرار للمخاطب لجواز إرادته الإقرار لغيره، و غايه اللفظ أنه إقرار بالدعوى، و هو أعم من الإقرار بها للمخاطب و لغيره، فلا يكون إقرارا للمخاطب حتى يقول: أنا مقرّ به لك.

و فيه بأن المتبادر عود الضمير فى قوله (به) إلى ما ذكره المخاطب من كون الألف له.

(٧) أى الشأن و الواقع.

(٨) أى كون المجيب.

(٩) بالألف.

(١٠) لغير المخاطب.

(١١) معطوف على قوله (و إن احتمل كونه)، و الضمير راجع إلى قول المجيب عند ما قال: أنا مقر به.

(١٢) فيكون قوله (أنا مقر به) بقوه قوله: أنا سأقرّ به، و هو وعد بالاقرار و ليس إقرارا.

(١٣) من قول المجيب.

(١٤) من كون الألف للمقر له.

(١٥) أى و كون قول المجيب، و هو معطوف على قوله (إلا أن المتبادر منه كون ضمير..).

(١٦) وليس و عدا بالإقرار فيما بعد.

(١٧) فى الإقرار.

(١٨) إلى العرف.

ص: ٥١٥

و قوى المصنف فى الدروس أنه (١) لیس باقرار حتى یقول: لك. و فیه مع ذکر (٢) أنه (٣) لا یدفع لو لا دلالة العرف، و هى (٤) وارده على الأمرین (٥).

و مثله (٦) أنا مقر بدعواك، أو بما ادعیت، أو لست منكرًا له، لدلالة العرف، مع احتمال أن لا یكون الأخير (٧) اقرارًا، لأنه (٨) أعم.

(و لو قال (٩): زنه، أو انتقده، أو أنا مقر (١٠)

(١) أى قول المجیب.

(٢) من أنه على خلاف المتبادر.

(٣) أى أن ما زاده المصنف فى الدروس من ضمیمه (لك) لا یدفع الاحتمال بأنه لیس إقرارًا، لأننا نحتمل أنه وعد بالإقرار.

(٤) أى دلالة العرف.

(٥) من زیاده (لك) و عدمها.

(٦) أى و مثل قوله: أنا مقر به.

(٧) و هو قوله: لست منكرًا.

(٨) أى الأخير أعم من الإقرار، لوضوح أن عدم الإنكار أعم من الإقرار، و مع ذلك یحمل على الإقرار للعرف.

(٩) أى لو قال المجیب فى جواب لى عليك ألف: زنه أو انتقده أو خذه أو هو میراثك أو شد همیانك أو هیى میزانك و نحوه مما یستعمل فى التهكم و الاستهزاء لم یكن إقرارًا بلا خلاف فیه، لعدم صدق الإقرار علیه عرفًا، لاحتمال الاستهزاء و التهكم.

(١٠) لو قال المجیب فى جواب لى عليك ألف: أنا مقر، و اقتصر و لم یقل: أنا مقر به لم یكن إقرارًا، لأن المقر به غیر مذكور فیحتمل كونه المدعى به، و یحتمل غیره، و لذا لو فسّر إقراره بأنه یرید منه الإقرار بالله تعالى لم یكن منافیًا، و یحتمل عدّه إقرارًا بقربینه صدوره عقیب الدعوى، و استعماله لغه كذلك كما فى قوله تعالى: أَأَقْرَرْتُمْ وَ أَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا (١)، و لأنه لو جاز تعلقه بغير الدعوى للزم حمله على الهذر، و لذا لو ادعى علیه الدين فقال: أنا مقر بكون السماء فوقنا و الأرض تحتنا لعدّ جوابه هذرا.

و فیه منع القرینه المدعاه و هى صدوره عقیب الدعوى، إذ یحتمل صدوره عقیب الدعوى مع الاستهزاء فلا یكون إقرارًا.

و لم يقل (١): «به» (لم يكن شيئاً) أما الأولان فلا تتفاء دلالتهما على الإقرار، لإمكان خروجهما مخرج الاستهزاء، فإنه (٢) استعمال شائع في العرف، و أما الأخير (٣) فلأنه مع انتفاء احتمال الوعد (٤) يحتمل كون المقر به المدعى و غيره (٥)، فإنه (٦) لو وصل به قوله «بالشهادتين» أو «ببطلان دعواك» لم يختل اللفظ (٧) لأن المقر به غير المذكور، فجاز تقديره (٨) بما يطابق المدعى و غيره معتصداً بأصالة البراءة.

و يحتمل عدّه (٩) إقراراً، لأن صدوره (١٠) عقيب الدعوى قرينه صرفه (١١) إليها (١٢) و قد استعمل لغه كذلك (١٣)، كما فى قوله تعالى: **أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا (١٤) و قوله (١٥) تعالى: قَالَ فَاشْهَدُوا ، و لأنه (١٦) لولاه (١٧) (١) فى الأخير.**

(٢) أى خروجهما مخرج الاستهزاء.

(٣) و هو قوله: أنا مقر مقتصراً عليه.

(٤) إذ يحتمل أنه وعد بالإقرار، و عليه فمع التسليم بانتفاء احتمال الوعد فى المستقبل.

(٥) أى و غير المدعى.

(٦) فإن الشأن و الواقع لو وصل المجيب بقوله السابق قوله بالشهادتين.

(٧) أى لفظ المجيب: أنا مقر.

(٨) أى تقدير المقر به.

(٩) أى عد الأخير عند ما قال: أنا مقر مقتصراً عليه.

(١٠) أى صدور قوله: أنا مقر.

(١١) أى صرف الأخير عند ما قال: أنا مقر.

(١٢) أى إلى الدعوى.

(١٣) أى فى الإقرار بالدعوى.

(١٤) و تتمه الآية: **قَالَ فَاشْهَدُوا وَ أَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ (١٥).**

(١٥) و هذا من تتمه الآية السابقة، و أتى به للتدليل على صدق الإقرار مع عدم التلفظ بلفظ (به)، و الدليل على صدق إقرارهم طلبه الشهادة منهم.

(١٦) ولأن الشأن و الواقع.

(١٧) أى لو لا الإقرار.

ص: ٥١٧

١- (١) سورة آل عمران، الآية: ٨١.

لكان (١) هذرا.

و فيه (٢) منع القرينه (٣) لوقوعه (٤) كثيرا على خلاف ذلك (٥)، و احتمال الاستهزاء مندفع عن الآية (٦). و دعوى الهذريه إنما يتم لو لم يكن الجواب بذلك (٧) مفيدا و لو (٨) بطريق الاستهزاء، و لا شبهه في كونه (٩) من الأمور المقصوده للعقلاء عرفا المستعمل لغه، و قيام الاحتمال (١٠) يمنع لزوم الاقرار بذلك (١١).

في ما لو قال: أليس لي عليك كذا؟

(و لو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى، كان اقرارا (١٢)، لأن بلى (١) أى لكان قول المجيب: أنا مقر - إذا تعلق بغير المدعى - هذرا.

(٢) أى و في هذا الاحتمال.

(٣) و هى صدوره عقيب الدعوى على أنه إقرار بها.

(٤) أى وقوع قوله: أنا مقر عقيب الدعوى.

(٥) أى على خلاف كونه إقرارا بالدعوى.

(٦) و المعنى أن كون الآية مستعمله في هذا المعنى من تعلقه بإقرار الدعوى لا يفيد في غيرها لاحتمال الاستهزاء في غيرها.

(٧) أى بغير الإقرار بالمدعى.

(٨) أى و لو كانت الفائده هى الاستهزاء بقول القائل: لى عليك ألف.

(٩) أى كون الاستهزاء و نحوه من غير المدعى مما يجعل الجواب مفيدا.

(١٠) أنه يريد بقوله غير المدعى.

(١١) أى بالمدعى.

(١٢) قد تقدم أن لفظ (بلى) مختص بالنفى، و يفيد إبطاله، سواء كان النفى مجردا كما في قوله تعالى: زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَى وَ رَبِّي (١) أم مقرونا بالاستفهام، حقيقيا كقول القائل: أ ليس زيد بقائم فتقول: بلى، أو تويخيا كما في قوله تعالى: أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ، قَالُوا بَلَى (٢)، و قوله تعالى: أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ، قَالُوا بَلَى (٣)، و أجرى النفى مع التقرير مجرى النفى المجرد في رده بلى، و لذلك قال ابن عباس و غيره: لو قالوا: نعم

١- (١) سورة التغابن، الآية: ٧.

٢- (٢) سورة الملك، الآية: ٨.

٣- (٣) سورة الأعراف، الآية: ١٧٢.

حرف يقتضى ابطال النفي (١)، سواء كان (٢) مجردا (٣) نحو زَعِمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي (٤) أم مقرونا بالاستفهام الحقيقي كالمثال (٥)، أم التقريرى (٦) نحو أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ قَالُوا بَلَىٰ (٧) أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ (٨).

و لأن (٩) أصل، بلى، بل (١٠)، زيدت عليها (١١) الألف، فقوله (١٢): بلى، ردّ لقوله (١٣): «ليس لى عليك كذا» فإنه (١٤) الذى دخل عليه حرف الاستفهام، و نفي (١٥)

لكفروا، و وجهه أن لفظ (نعم) تصديق للخبر نفيًا أو إثباتًا، فيكون لفظ (نعم) هنا تصديقا للمخبر بنفيه و لذا ثبت كفرهم.

و على كل لما اختصت (بلى) بالنفى، و كانت هى بحسب الأصل (بل) زيد عليها الألف و (بل) يؤتى بها للرد على ما سبق و إبطاله فكذلك (بلى)، و لما كانت (بلى) مختصه بالنفى، فتكون نفيًا له، و نفي النفي إثبات، لذلك كانت (بلى) تبطل النفي و ترده، فإذا وقعت جوابا عن الخبر المنفى أبطلت النفي، و كان ذلك إقرارا بمضمون الخبر، لذلك كانت إقرارا فى المقام بلا خلاف فيه و لا إشكال.

(١) و إبطال النفي إقرار بالمنفى.

(٢) أى النفي.

(٣) أى مجردا عن الاستفهام.

(٤) سورة التغابن، الآية: ٧.

(٥) و هو قول القائل: أليس لى عليك كذا، فقال المجيب: بلى، بخلاف السابق فإن لفظ (بلى) وقعت جوابا للخبر المثبت، و هذا هو الفارق بين مقامنا و بين ما تقدم.

(٦) أى الاستفهام التقريرى و هو الاستفهام التوبيخى.

(٧) سورة الملك، الآية: ٨.

(٨) سورة الأعراف، الآية: ١٧٢.

(٩) دليل ثان على كون (بلى) بعد النفي إقرارا، و فيه أنه راجع إلى الدليل الأول.

(١٠) و بل رد لما سبق و إبطال له فكذلك بلى.

(١١) على كلمه (بل).

(١٢) أى فقول المجيب.

(١٣) أَى لِقُولِ الْمَخَاطَبِ.

(١٤) أَى فَإِنِ النَّفَى.

(١٥) عَطَفَ عَلَى قَوْلِهِ (رَدَّ لِقَوْلِهِ).

ص: ٥١٩

له (١)، و نفى النفى إثبات فيكون اقرارا.

(و كذا لو قال: نعم على الأقوى (٢)، لقيامها (٣) مقام بلى لغه و عرفا أما العرف فظاهر، و أما اللغه فمنها (٤) قول النبي صلى الله عليه و آله و سلم للأنصار: أ لستم ترون لهم ذلك؟ فقالوا: «نعم» و قول بعضهم:

أ ليس الليل يجمع أم عمرو و إيانا فذاك بنا تدانى

نعم، و أرى الهلال كما تراه و يعلوها النهار كما علانى

و نقل فى المغنى عن سيويه وقوع «نعم» فى جواب «أ لست» (٥)، و حكى عن جماعه من المتقدمين و المتأخرين جوازه.

و القول الآخر: أنه (٦) لا يكون اقرارا، لأن «نعم» حرف تصديق كما مرّ، فإذا ورد على النفى الداخلى عليه الاستفهام كان تصديقا له (٧) فينافى الاقرارا، (١) أى للنفى.

(٢) لو قال فى جواب أ ليس لى عليك ألف: نعم، لم يكن إقرارا كما عن الشيخ فى المبسوط، لأن لفظ (نعم) قد وضع لتقرير ما سبق من السؤال، فإذا كان نفيا اقتضى تقرير النفى، فيكون إنكارا و ليس إقرارا.

و عن أكثر المتأخرين كما فى المسالك أنه إقرارا، لأن لفظ (نعم) بعد النفى عرفا بمعنى (بلى)، و هذا مستعمل عندهم استعمالا شائعا، و كما أن لفظ (بلى) بعد النفى إقرارا فكذلك لفظ (نعم).

بل قد ورد التصريح بكون لفظ (نعم) بعد النفى كلفظ (بلى) لغه، و من جمله من صرح بذلك ابن هشام فى المغنى و نقله عن سيويه، و استشهد على ورود ذلك لغه بقول الشاعر:

أ ليس الليل يجمع أم عمرو و إيانا فذاك بنا تدانى

نعم و أرى الهلال كما تراه و يعلوها النهار كما علانى

(٣) أى لقيام نعم.

(٤) فمن اللغه.

(٥) على أن تكون (نعم) تقريرا للمنفى بعد إبطال النفى.

(٦) أن لفظ (نعم).

(٧) للنفى.

و لهذا قيل - و نسب (١) إلى ابن عباس -: إن المخاطبين بقوله تعالى: أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بلى (٢) لو قالوا: نعم كفروا. فيكون التقدير حينئذ (٣): ليس لك على، فيكون انكارا، لا اقرارا.

و جوابه: انا لا نازع في إطلاقها (٤) كذلك (٥)، لكن قد استعملت في المعنى الآخر (٦) لغيره كما اعترف به جماعه. و المثبت (٧) مقدم، و اشتهرت (٨) فيه (٩) عرفا، و ردّ (١٠) المحكى عن ابن عباس، و جوّز الجواب بنعم، و حملة (١١) في المعنى على أنه لم يكن اقرارا كافيا (١٢)، لاحتماله (١٣). و حيث ظهر ذلك (١٤) عرفا و وافقته اللغه رجّح هذا المعنى (١٥)، و قوى كونه (١٦) اقرارا.

(١) كما في معنى اللبيب.

(٢) سورة الأعراف، الآية: ١٧٢.

(٣) أى حين كون (نعم) تصديقا للنفي.

(٤) أى إطلاق (نعم).

(٥) أى فى كونها تصديقا للنفي.

(٦) و هو إبطال للنفي و تقرير للمنفي كلفظ (بلى).

(٧) أى و المثبت من أهل اللغة بأن لفظ (نعم) مستعمل فى إبطال النفي و تقرير المنفي مقدم على النافي، لأن المثبت قد اطلع على ورود هذا الاستعمال بخلاف النافي الذى لم يطلع.

(٨) أى (نعم).

(٩) فى المعنى الآخر من كونها إبطالا للنفي و تقريرا للمنفي.

(١٠) أى و ردّ المحكى عن ابن عباس بأن الاستفهام التقريرى الوارد فى الآية خبر موجب و ليس بمنفى، فلذا لو أجابوا بنعم لم يكفروا، لأن (نعم) بعد الإيجاب تصديق، و هذا ما نقله ابن هشام فى المغنى عن السهيلي و غيره.

(١١) أى و حمل قول ابن عباس.

(١٢) أى لم يكن إقرارا كافيا بالربوبية، لأن لفظ (نعم) محتمل لكونها إبطالا للنفي، و محتمل لتصديق النفي، و اللفظ المحتمل لا يكفى فى تحقق الإسلام.

(١٣) أى لاحتمال الإقرار بالربوبية.

(١٤) من كونها إبطالا للنفي و تقريرا للمنفي.

(١٥) أى معنى إبطال النفى و تقرير المنفى.

(١٦) أى كون (نعم) بعد النفى.

ص: ٥٢١

(الفصل الثاني - في تعقيب الإقرار بما ينافيه)

في أنه على قسمان

و هو (١) قسمان: مقبول و مردود (و المقبول منه (٢) الاستثناء (٣) إذا لم) (١) أى التعقيب بالمنافى.

(٢) من التعقيب بالمنافى.

(٣) يصح جريان الاستثناء فى الإقرار بلا خلاف فيه بيننا، خلافا للمحكى عن مالك فمنعه فيه، و لا ريب فى فساده، نعم يعتبر فى الاستثناء الاتصال العادى الذى يصح فى الاستعمال عاده، فلا بأس بالتنفس و السعال و غيرهما بين الإقرار و الاستثناء، مما لا يعدّ معه الاستثناء منفصلا عرفا، خلافا للمحكى عن ابن عباس حيث جوزه إلى شهر و نقله سيد الرياض عن الحلبي، و ربما حمل كلام الأخير على أنه لو أخبر بالاستثناء فى تلك المده قبل منه، و لا ريب فى ضعفه، إذ معه يكون منفصلا، و لا بد من الاتصال فى الاستثناء قضاء لحق معناه.

هذا و أحكام الاستثناء كثيره، و يقتصر على ثلاثه أحكام منها مما لها الدخلى فى الإقرار و هى:

الحكم الأول: يكفى فى صحه الاستثناء أن يبقى بعده بقيه للمستثنى منه، سواء كانت البقيه أقل أو أكثر أو مساويه، و الخلاف فى ذلك من أهل الخلاف فعندهم قول بمنع استثناء الأكثر، و قول بمنع المساوى و الأكثر و هو للحنابلة و أبى بكر الباقلانى، و قول باشرط بقاء كثره تقرب من مدلول لفظ المستثنى منه.

و الأصح الجواز مطلقا، لوقوع استثناء الأكثر فى اللغه و فى القرآن، كما فى قوله تعالى:

إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ (١)، و لأن المستثنى منه و المستثنى كالمشئ الواحد فلا يتفاوت الحال فى الجواز بكثره المستثنى منه أو قلته نعم استثناء الأكثر مستهجن كما حرر فى الأصول، و هذا لا يضر بالحمل عليه فى كتاب الإقرار، و إنما لا يلتزم به فى كلام الشارع المقدس، و بهذا يندفع الإشكال بين كلامهم هنا فى الإقرار بصحه استثناء الأكثر و بين كلامهم هناك فى الأصول بمنع استثناء الأكثر، إذ هو ممنوع فى كلام الشارع لأنه مستهجن.

الحكم الثانى: الاستثناء من الإثبات نفى بلا خلاف فيه، لأن الاستثناء نفى لما قبله، و النفى من الإثبات نفى، و أما الاستثناء من النفى فهو إثبات كما عن الأكثر بين المسلمين

(يستوعب (١) المستثنى منه)، سواء بقى أقل مما أخرج أم أكثر أم مساو (٢)، ولأن (٣) المستثنى والمستثنى منه كالشئ الواحد فلا يتفاوت الحال بكثرته (٤) وقلته، و لم يخالف إلا- أبو حنيفة بزعم وجود واسطه بين النفي و الإثبات فلا يلزم من نفي النفي إثبات لجواز التوقف.

و فيه أولاً: النقص بالاستثناء من الإثبات، فإن تحقق الواسطه تمنع من إثبات تحقق النفي بعد الاستثناء من الإثبات، مع أنه قائل بتحقق النفي.

و ثانياً: بالنقض أيضاً، أنه لو كان كذلك لما أفاد قولنا لا إله إلا الله إثبات التوحيد، مع أن الاكتفاء به ثابت بالاتفاق.

و ثالثاً: بالحل بأنه لا واسطه بين النفي و الإثبات لعدم الواسطه بين الوجود و العدم كما تشهد بذلك البداهه و الضروره.

الحكم الثالث: الاستثناء من الجنس بأن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه، و هو المسمى بالمتصل، فهو جائز بالاتفاق، و أما الاستثناء من غير الجنس و هو المسمى بالمنقطع فجائز على الأكثر، و لوروده فى القرآن كما فى قوله تعالى: لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا (١)، و قوله تعالى: لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (٢)، و قوله تعالى: فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ (٣).

و المحكى عن محمد بن الحسن و زفر و أحمد بن حنبل عدم الجواز، و مما تقدم تعرف ضعفه، نعم وقع الخلاف بين المجوزين أنه على نحو الحقيقة أو المجاز، و المحققون على الثانى، و تظهر الفائدة فى أن إطلاقه محمول على الجنس إلا مع قيام القرينه على خلافه، كقول القائل: له على ألف إلا ثوبا، فمع عدم القرينه يحمل الألف على الأثواب بناء على الاستعمال الحقيقى، و على الدراهم بناء على الاستعمال المجازى، و تحقيق المسأله فى محله من الأصول.

(١) ضمير الفاعل راجع إلى الاستثناء، و مع الاستيعاب لا يكون الاستثناء مقبولاً، لعدم الفائدة حينئذ من ذكر المستثنى منه، نعم مع عدم الاستيعاب تبقى الفائدة بذكر المستثنى منه و هو الدليل الأول على صحة استثناء الأكثر و المساوى و الأقل.

(٢) و هذا هو الحكم الأول.

(٣) دليل ثان على صحه مطلق الاستثناء ما لم يستوعب المستثنى منه.

(٤) أى بكثره المستثنى منه.

ص: ٥٢٣

١- (١) سورة الواقعة، الآية: ٢٦.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٩.

٣- (٣) سورة الحجر، الآية: ٣٠.

و لوقوعه (١) فى القرآن و غيره (٢) من اللفظ الفصيح العربى.

(و) إنما يصح الاستثناء إذا (اتصل (٣) بالمستثنى منه (بما جرت به العادة) فيغترف التنفس بينهما (٤) و السعال و غيرهما (٥) مما لا يعد منفصلاً عرفاً، و لما كان الاستثناء إخراج ما لولاه (٦) لدخل (٧) فى اللفظ (٨) كان المستثنى و المستثنى منه متناقضين (٩).

(فمن الإثبات نفى (١٠)، و من النفى إثبات) أما الأول (١١) فعليه إجماع العلماء، و أما الثانى (١٢) فلأنه (١٣) لولاه (١٤) لم يكن «لا إله إلا الله» يتم به التوحيد، لأنه (١٥) لا يتم إلا بإثبات الإلهية لله تعالى (١٦)، و نفيها (١٧) عما عداه (١) دليل ثالث على صحه مطلق الاستثناء ما لم يستوعب، و الوقوع أكبر دليل على الإمكان.

(٢) غير القرآن.

(٣) و مع الانفصال لا يكون استثناء من الكلام السابق، لانعقاد ظهور السابق، فيكون الاستثناء كلاماً جديداً.

(٤) بين المستثنى و المستثنى منه.

(٥) غير التنفس و السعال.

(٦) أى لو لا الاستثناء.

(٧) ضمير الفاعل راجع إلى ما الموصوله فى قوله: (ما لولاه).

(٨) أى لفظ المستثنى منه.

(٩) لأن عموم المستثنى منه يقتضى إدخال المستثنى تحته، و الاستثناء يقتضى إخرجه، فالتناقض باعتبار الإدخال و الإخراج، أو باعتبار حكم المستثنى منه و حكم المستثنى.

(١٠) أى فالاستثناء من الإثبات نفى، و من النفى إثبات، و هذا هو الحكم الثانى.

(١١) و هو كون الاستثناء من الإثبات نفيًا.

(١٢) و هو كون الاستثناء من النفى إثباتًا.

(١٣) أى فلان الثانى.

(١٤) أى لو لا كون الاستثناء من النفى إثباتًا.

(١٥) أى لأن التوحيد.

(١٦) كما هو مفاد المستثنى.

(١٧) أى و نفى الألوهيه.

ص: ٥٢٤

تعالى (١)، و النفي هنا حاصل (٢)، فلو لم يحصل الإثبات (٣) لم يتم التوحيد.

و على ما ذكر من القواعد (فلو قال: له على مائه إلا تسعين فهو اقرار بعشره (٤)، لأن المستثنى منه إثبات للمائه، و المستثنى نفي للتسعين منها (٥) فبقى عشره.

في ما لو قال مائه: إلا تسعون

(و لو قال: الا تسعون) بالرفع (فهو اقرار بمائه)، لأنه (٦) لم يستثن منها (٧) شيئاً، لأن الاستثناء من الموجب (٨) التام (٩) لا يكون إلا- منصوباً، فلما رفعه (١٠) لم يكن استثناء، و إنما «إلا»، فيه (١١) بمنزله «غير» يوصف بها و بتاليها (١٢) ما قبلها، و لما كانت المائه مرفوعه بالابتداء كانت التسعون مرفوعه صفه للمرفوع و المعنى: له (١) كما هو مفاد المستثنى منه.

(٢) أى حاصل صراحه قبل الاستثناء بقوله: لا إله.

(٣) أى لو لم يحصل الإثبات من الاستثناء بعد النفي.

(٤) فهو تفریع على الحكم الثانى المذكور فى شرحنا، بل هو تفریع على بعضه، أعنى أن الاستثناء من الإثبات نفي، و على كل فلو قال: له على مائه إلا تسعين فهو إقرار بعشره، لأن هذا الاستثناء هو استثناء من الإثبات، و هذا ما يقتضى النفي، فإذا أثبت المائه ثم نفي منها تسعين فالباقي عشره و هو الذى أقرّ به، نعم لما نصب المستثنى، و نصب المستثنى من الموجب التام دليل على إرادته الاستثناء فتكون (إلا) استثنائه لا وصفيه.

نعم لو رفع المستثنى فقال (إلا تسعون)، و كان مراده الجريان على القانون العربى، فتكون (إلا) حينئذ وصفيه بمعنى غير إذ لو كانت استثنائه لنصب ما بعدها، و على كل فمعنى كلامه، له على مائه موصوفه بأنها غير تسعين، و عليه فقد أقر بالمائه و لم يستثنى منها شيئاً، و إن وصفها بوصف ما، و يكون حينئذ قد أقر بالمائه.

(٥) من المائه.

(٦) أى المقر.

(٧) من المائه.

(٨) و هو غير المنفى.

(٩) و هو الذى ذكر فيه المستثنى منه، و فى قبالة المفرغ.

(١٠) أى فلما رفع المستثنى لم يكن الاستثناء استثناء بل وصفاً.

(١١) فى الاستثناء المذكور.

(١٢) أى الذى يتلوها.

ص: ٥٢٥

علیّ مائه موصوفه بأنها غير تسعين، فقد وصف المقرّب به (١) و لم يستثن منه شيئا، و هذه الصفه مؤكده (٢) صالحه للإسقاط (٣)، إذ كل مائه فهى موصوفه بذلك (٤)، مثلها «فى نفخه واحده (٥)».

و اعلم أن المشهور بين النحاه فى، إلا الوصفيه، كونها وصفا لجمع منكر كقوله تعالى: «لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا» (٦) و المائه ليست من هذا الباب (٧)، لكن الذى اختاره جماعه من المتأخرين عدم اشتراط ذلك (٨)، و نقل فى المغنى عن سيبويه جواز «لو كان معنا رجل (٩) إلا زيد، لغلبنا»، أى غير زيد.

فى ما لو قال: ليس له على مائه إلا تسعون

(و لو قال (١٠): ليس له على مائه إلا تسعون فهو اقرار بتسعين)، لأن المستثنى من المنفى التام يكون مرفوعا فلما رفع التسعين علم أنه استثناء من (١) و هو المائه.

(٢) قال ابن هشام فى المغنى: (إن طابق ما بعد إلا موصوفها فالوصف مخصص له، و إن خالفه بإفراد أو غيره فالوصف مؤكّد، و لم أر من أفصح عن هذا) انتهى، فالوصف المخصص كما فى قوله: لو كان معنا رجل إلا زيد لغلبنا، و الوصف المؤكد كما فى قوله تعالى: لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا (١).

(٣) بحيث لو حذف من الكلام فلا إخلال بالمقصود.

(٤) بأنها غير تسعين.

(٥) فالتاء فى (نفخه) داله على الوحده، فالتوصيف بالواحده يكون من الوصف الصالح للإسقاط بحيث لو حذف فلا إخلال بالمقصود.

(٦) سورة الأنبياء، الآية: ٢٢.

(٧) لأن المائه الموصوفه ليست من الجمع المنكر.

(٨) أى عدم اشتراط كون موصوفها جمعا منكرا.

(٩) و الرجل هو الموصوف، و هو مفرد و ليس بجمع منكر.

(١٠) هذا تفرّيع على الحكم الثانى أيضا، و لكنه تفرّيع على بعضه، أعنى أن الاستثناء من النفى إثبات، فإذا نفى المائه ثم أثبت التسعين، فهو إقرار بالتسعين، لأنه استثنائها من المائه بدليل رفعها، لأن المستثنى من المنفى التام الذى ذكر فيه المستثنى منه لا بد أن يكون مرفوعا.

المنفى، فيكون (١) إثباتا للتسعين بعد نفي المائة (و لو قال: إلا تسعين) بالياء (فليس مقرا (٢)، لأن نصب المستثنى دليل على كون المستثنى منه موجبا (٣)، و لما كان ظاهره (٤) النفي حمل على أنّ حرف النفي داخل على الجملة المثبتة المشتمله على الاستثناء، أعنى مجموع المستثنى و المستثنى منه، و هى (٥): «له علىّ مائه إلا تسعين» فكأنه قال: المقدار الذى هو مائه إلا تسعين ليس له علىّ، أعنى العشره الباقيه بعد الاستثناء، كذا قرره المصنف فى شرح الارشاد على، نظير العبارة، و غيره.

و فيه نظر، لأن ذلك (٦) لا يتم إلا مع امتناع النصب (٧) على تقدير كونه

(١) أى الاستثناء.

(٢) كما هو المشهور كما فى المسالك، لأن نصب المستثنى من المنفى التام غير جائز، إلا إذا كان نصب المستثنى دليلا على جعل الاستثناء من الموجب التام، بجعل النفي داخلا على المستثنى و المستثنى منه فكأنه قال: المقدار الذى هو مائه إلا تسعين ليس له علىّ، و المعنى فالمقدار الذى هو عشره ليس له علىّ فلا يكون إقرارا بشيء.

و تنظر فيه الشارح فى المسالك بأن المستثنى من المنفى التام مما يجوز رفعه و نصبه باتفاق النحاء، و إن كان الرفع أكثر، و لذا قرئ بالنصب قوله تعالى: وَلَا يُلْتَفِتُ مِنْكُمْ أَحَدٌ إِلَّا أَمْرًا تَكَّ (١)، و قوله تعالى: مَا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلٌ مِنْهُمْ (٢).

ثم وجه قول المشهور بعدم الإقرار عند نصب المستثنى من المنفى التام، لأنه يحتمل الاستثناء و يحتمل عدمه، فإن جعلنا النفي داخلا على المستثنى فقط فالاستثناء و يكون إقرارا بالتسعين و إن جعلنا النفي داخلا على مجموع المستثنى منه و المستثنى كما قاله المشهور فلا استثناء، و لا يكون إقرارا بشيء، و مع الشك فى ثبوت الإقرار فأصالة البراءه جاريه.

(٣) أى غير منفى.

(٤) أى ظاهر المستثنى منه.

(٥) أى الجملة المثبتة المشتمله على الاستثناء.

(٦) و هو إدخال النفي على مجموع المستثنى و المستثنى منه.

(٧) أى نصب المستثنى.

ص: ٥٢٧

١- (١) سورة هود، الآية: ٨١.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٥٦.

المستثنى منه منفيًا تامًا، لكن النصب جائز حينئذ (١) اتفاقًا و إن لم يبلغ رتبة الرفع، قال ابن هشام (٢): النصب عربي جيد. فقد قرئ به (٣) في السبع «ما فعلوه إلا قليلاً» وَ لَا يَلْتَفِتُ مِنْكُمْ أَحَدٌ إِلَّا أَمْرًا تَكَّ .

فالأولى في توجيه عدم لزوم شيء في المسألة (٤) أن يقال - على تقدير النصب -: يحتمل كونه (٥) على الاستثناء (٦) من المنفى (٧) فيكون إقرارًا بتسعين، و كونه (٨) من المثبت (٩)، و النفي موجه إلى مجموع الجمله فلا يكون إقرارًا بشيء، فلا يلزمه شيء، لقيام (١٠) الاحتمال (١١) و اشتراك مدلول اللفظ (١٢) لغيره، مع أن حملة (١٣) على المعنى الثاني (١٤) مع جواز الأول (١٥) خلاف الظاهر، و المتبادر من صيغ الاستثناء هو الأول (١٦)، و خلافه (١٧) يحتاج إلى تكلف (١٨) لا- يتبادر من (١) أى حين كون المستثنى منه منفيًا تامًا.

(٢) في كتابه (أوضح المسالك إلى ألفيه ابن مالك).

(٣) أى في توجيه عدم الإقرار كما ذهب إليه المشهور عند نصب المستثنى، و المستثنى منه منفي تام.

(٤) بالنصب.

(٥) كون المستثنى.

(٦) خبر لقوله (كونه).

(٧) فيكون النفي داخلا على المستثنى منه فقط.

(٨) أى و يحتمل كونه، و الضمير فيه راجع إلى المستثنى.

(٩) و يكون النفي داخلا على المستثنى منه و المستثنى.

(١٠) تعليل لعدم لزوم شيء على القائل بالجمله السابقه عند نصب المستثنى.

(١١) أى احتمال كون النفي داخلا على المجموع فلا يكون إقرارًا.

(١٢) و المراد به لفظ المستثنى المنصوب فيحتمل أن يكون إقرارًا و يحتمل عدمه، و مع الاشتراك لا يحمل على أحد معنيه إلا مع القرينه، و هى مفقوده.

(١٣) أى حمل المستثنى.

(١٤) و هو كون النفي داخلا على مجموع المستثنى منه و المستثنى.

(١٥) و هو كون النفي داخلا على المستثنى منه فقط.

(١٦) و هو كون النفي داخلا على المستثنى منه فقط.

(١٧) أى و خلاف الأول.

(١٨) بجعل النفي داخلا على المجموع.

ص: ٥٢٨

الإطلاق، و هو (١) قرينه ترجيح أحد المعنيين المشتركين، إلا- أن فتوَاهم المنضم إلى أصاله البراءه و قيام الاحتمال فى الجمله يعين المصير إلى ما قالوه (٢).

فى ما لو تعدد الاستثناء و كان بعاطف أو لم يكن

(و لو تعدد الاستثناء و كان بعاطف (٣) كقوله: له على عشره إلا- أربعه، و إلا ثلاثه (أو كان) الاستثناء (الثانى أزيد من الأول) كقوله له على عشره إلا أربعه إلا خمسه (أو مساويا له) كقوله فى المثال: إلا أربعه إلا أربعه (رجعا جميعا إلى المستثنى منه).

(١) أى كون الأول هو الظاهر المتبادر الذى يحتاج خلافه إلى تكلف.

(٢) من عدم لزوم شىء عليه.

(٣) مسأله تعدد الاستثناء متفرعه على الحكم الثانى المتقدم فى الشرح، أعنى أن الاستثناء من الإثبات نفى، و من النفى إثبات، هذا من جهه و من جهه أخرى لو تعدد الاستثناء فيجب أن يرجع كل استثناء إلى متلوه، بلا خلاف فيه، لأنه الأقرب، و عوده إلى المستثنى منه عود إلى البعيد و هو مرجوح لا يصار إليه بدون دليل، و عوده إلى المستثنى منه و المستثنى موجب للتناقض، لأن المستثنى و المستثنى منه متخالفان نفيا و إثباتا، و عليه فلو قال: له على عشره إلا خمسه إلا ثلاثه لزمه ثمانية، و لك فى معرفه المتحصّل طريقتان:

الأولى: أن تسقط الأول و تجبر الباقي بالثانى، و تسقط الثالث و إن كان معك رابع فإنك تجبر به و هكذا إلى الأخير.

الثانية: أن تحطّ الآخر مما يليه، ثم باقيه مما يليه و هكذا إلى الأول.

فعلى الأولى فالاستثناء الأول ينفى من العشره المثبتة خمسه، و الثانى يثبت من الخمسه المنفيه ثلاثه فتتضمن إلى الخمسه الباقيه من العشره فيلزمه ثمانية.

و على الثانية فتسقط ثلاثه التى هى الاستثناء الأخير من خمسه التى هى الاستثناء الأول فالباقي اثنان، و تسقطها من المستثنى منه الذى هو عشره فيلزمه ثمانية.

و هذا كله إذا لم يكن الاستثناء الثانى مساويا للأول و لا- أزيد منه و لا معطوفا على الأول بواو العاطفه و إلا رجع الجميع إلى المستثنى منه، لأنه مع زياده الثانى أو مساواته فلو رجع إلى الأول لقربه للزم الاستغراق، و حتى يسان كلامه عن الهذر لا بد من عود الجميع إلى المستثنى منه، إن لم يلزم فى هذا العود استغراق المستثنى منه، و إلا لو لزم عود الجميع استغراق المستثنى منه للغى الثانى خاصه مثل قوله: له على عشره إلا- خمسه إلا- خمسه، فيلغو الثانى خاصه لأنه هو الذى أوجب الفساد و كان إقرارا بخمسه.

و مع عطف الثانى على الأول كقوله: له على عشره إلا- خمسه إلا- ثلاثه للزم عود الجميع إلى المستثنى منه قضاء لحق العطف القاضى باشتراك المتعاطفين فى الحكم.

أما مع العطف فلوجب اشتراك المعطوف و المعطوف عليه في الحكم، فهما كالجمله الواحده، و لا فرق (١) بين تكرر حرف الاستثناء و عدمه (٢)، و لا بين زياده الثاني على الأول، و مساواته له، و نقصانه عنه (٣).

و أما مع زياده الثاني على الأول (٤)، و مساواته (٥)، فلاستلزام عوده (٦) إلى الأقرب (٧) الاستغراق، و هو (٨) باطل فيصان كلامه (٩) عن الهذر بعودهما (١٠) معا إلى المستثنى منه.

و اعلم أنه لا يلزم من عودهما معا إليه (١١) صحتهما (١٢)، بل إن لم يستغرق الجميع (١٣) - المستثنى منه صح (١٤) كالمثاليين (١٥)، و إلا (١٦) فلا، لكن إن لزم الاستغراق من الثاني خاصه كما لو قال: له عليّ عشره إلا خمسه إلا خمسه لغى الثاني خاصه، لأنه هو الذى أوجب الفساد، و كذا (١٧) العطف، سواء كان الثاني (١) أى و لا فرق في العطف.

(٢) فمع تكرر حرف الاستثناء فالمثال كما تقدم في الروضه، و مع عدم تكرر حرف الاستثناء فالمثال كقوله: له عليّ عشره إلا أربعة و ثلاثه.

(٣) كل ذلك مع العطف.

(٤) بدون العطف كقوله: له عليّ عشره إلا ثلاثه إلا أربعة.

(٥) أى و مساواه الثاني للأول.

(٦) عود الثاني.

(٧) الذى هو الأول.

(٨) أى الاستغراق باطل لأنه مع الاستغراق لا تبقى فائده من ذكر الأول.

(٩) كلام المقر.

(١٠) أى بعود الأول و الثاني.

(١١) إلى المستثنى منه.

(١٢) أى صحه العودين، عود الأول و عود الثاني.

(١٣) جميع الاستثناءات.

(١٤) أى صح العود إلى المستثنى منه.

(١٥) و هما ما لو قال: له عليّ عشره إلا أربعة إلا خمسه، و إلا أربعة إلا أربعة.

(١٦) أى و إن استغرق الجميع المستثنى منه فلا يصح العود، و ظاهره أنه لا يصح عود الجميع، مع أن الفساد لعود الثانى فقط كما سينبه عليه، لأن الاستغراق من جانبه.

(١٧) أى و كذا إن لزم الاستغراق من الثانى خاصه لغى الثانى.

ص: ٥٣٠

مساويا للأول كما ذكر (١) أم أزيد كله عشره إلا ثلاثه و إلا سبعة، أم أنقص كما لو قدّم السبعة على الثلاثه.

(و إلا يكن) بعاطف، و لا مساويا للأول، و لا أزيد منه بل كان أنقص بغير عطف كقوله: له على عشره إلا تسعه إلا ثمانية (رجع التالى إلى متلوه) لقربه (٢) إذ لو عاد (٣) إلى البعيد (٤) لزم ترجيحه (٥) على الأقرب بغير مرجح، و عوده (٦) إليهما (٧) يوجب التناقض، إذ المستثنى و المستثنى منه متخالفان نفياً و اثباتاً كما مر، فيلزمه (٨) فى المثال تسعه، لأن قوله الأول (٩) اقرار بعشره حيث إنه إثبات، و الاستثناء الأول نفي للتسعه منها (١٠)، لأنه (١١) وارد على إثبات، فيبقى واحد، و استثناءه الثانى إثبات للثمانية، لأنه (١٢) استثناء من المنفى فيكون مثبتاً، فيضم ما أثبتته، و هو (١٣) الثمانية إلى ما بقى و هو (١٤) الواحد، و ذلك تسعه.

و لو أنه ضمّ إلى ذلك قوله: إلا سبعة إلا ستة حتى وصل إلى الواحد لزمه خمسة، لأنه (١٥) بالاستثناء الثالث (١٦)

(١) فيما لو قال: له على عشره إلا خمسة و إلا خمسة.

(٢) أى لقرب المتلوّ.

(٣) أى التالى.

(٤) الذى هو المستثنى منه.

(٥) أى ترجيح البعيد.

(٦) أى عود التالى.

(٧) إلى البعيد و المتلو، و هما المستثنى منه و المستثنى.

(٨) فيلزم المقرّب بناء على رجوع التالى إلى متلوه كما هو الأصل.

(٩) و هو المستثنى منه، و هو: له على عشره.

(١٠) من العشره.

(١١) أى الاستثناء الأول.

(١٢) أى الاستثناء الثانى.

(١٣) ما أثبتته.

(١٤) أى ما بقى.

(١٥) لأن المقر.

(١٦) و هو قوله: إلا سبعة.

ص: ٥٣١

نفي سبعة مما اجتمع و هو (١) تسعه فبقي اثنان، و بالرابع (٢) أثبت ستة (٣) فبقي ثمانية، و بالخامس (٤) يصير ثلاثة، و بالسادس (٥) يصير سبعة، و بالسابع (٦) أربعة، و بالثامن (٧) ستة، و بالتاسع (٨) و هو الواحد ينتفى منها واحد فيبقى خمسة.

و الضابط (٩): أن تجمع الاعداد المثبتة (١٠) و هي الأزواج، على حده، و المنفيه (١١) و هي الأفراد كذلك (١٢) و تسقط جملة المنفى من جملة المثبت، فالمثبت (١) ما اجتمع.

(٢) و هو قوله: إلا ستة.

(٣) لأن الاستثناء الرابع استثناء من النفي فيكون إثباتا.

(٤) و هو قوله: إلا خمسة، و هو استثناء من الإثبات فيكون نفيا، و إذا نفي من الثمانية خمسة فالباقي ثلاثة.

(٥) و هو قوله: إلا أربعة، و هو استثناء من النفي فيكون إثباتا، و إذا أثبت أربعة مع الثلاثة السابقة فيلزمه سبعة.

(٦) و هو قوله: إلا ثلاثة، و هو استثناء من الإثبات فيكون نفيا، و إذا نفي ثلاثة من السبعة فالباقي أربعة.

(٧) و هو قوله: إلا اثنان، و هو استثناء من النفي فيكون إثباتا، و إذا أثبت اثنين مع الأربعة السابقة فيلزمه ستة.

(٨) و هو قوله: إلا واحد، و هو استثناء من الإثبات فيكون نفيا، و إذا نفي واحدا من الستة السابقة فيلزمه خمسة.

هذا كله على الطريقة الأولى، و هناك طريقه أخرى، و هي أن تحط الآخر مما يليه، ثم باقيه مما يليه، و هكذا إلى الأول، فلو أسقطت الواحد من الاثنين فالباقي واحد، و تسقطه من ثلاثة فالباقي اثنان، و تسقطها من أربعة فالباقي اثنان، و تسقطها من خمسة فالباقي ثلاثة، و تسقطها من ستة فالباقي ثلاثة، و تسقطها من سبعة فالباقي أربعة، و تسقطها من ثمانية فالباقي أربعة، و تسقطها من تسعة فالباقي خمسة.

(٩) أى ضابط الطريقة الأولى.

(١٠) و هي التي أتت بعد الاستثناء من النفي، و هي مثبتة، لأن الاستثناء من النفي إثبات، و المثبت هو الذي فيه إقرار.

(١١) و هي التي أتت بعد الاستثناء من الإثبات، و هي منفيه، لأن الاستثناء من الإثبات نفي، و المنفى لا إقرار فيه.

(١٢) أى تجمعها على حده.

ثلاثون (١)، و المنفى (٢) خمسة و عشرون، و الباقي بعد الاسقاط خمسة.

و لو أنه لما وصل إلى الواحد قال: إلا اثنين، إلا ثلاثة إلى أن وصل إلى التسعة لزمه واحد (٣).

و لو بدأ باستثناء الواحد و ختم به (٤) لزمه خمسة، و لو عكس القسم الأول (٥) (١) لأن المثبت هو الثمانية و الستة و الأربعة و الاثنان، و هذا عشرون، و تضاف إلى العشرة التي أثبتها أولا فالمجموع ثلاثون.

(٢) و هو التسعة و السبعة و الخمسة و الثلاثة و الواحد، و هي خمسة و عشرون.

(٣) لأن الأزواج المثبتة قبل العود كانت ثلاثين، و بعد العود تكون عشرين حاصله من الاثنين و الأربعة و الستة و الثمانية، فالمجموع خمسون، و الأفراد المنفيه قبل العود كانت خمسة و عشرين، و بعد العود تكون أربعة و عشرين أيضا، و هي الثلاثة و الخمسة و السبعة و التسعة من دون الواحد، لأنه لم يتكرر في العود فالمجموع تسعة و أربعون، و إذا أسقطت النافي من المثبت فالباقي واحد.

(٤) أى بالواحد بأن قال: له على عشرة إلا واحدا إلا اثنين إلا ثلاثة إلى التسعة ثم قال: إلا ثمانية إلا سبعة إلى الواحد لزمه خمسة، لأن الأعداد المثبتة قبل العود أربعة و ستة و ثمانية و الحاصل ثمانية عشره تضاف إلى العشرة التي أثبتها أولا فالمجموع ثمانية و عشرون و لم نحسب الاثنين لسبب سيأتي ذكره، و المثبتة بعد العود ثمانية و ستة و أربعة و اثنان فالمجموع عشرون، و جميع الأعداد المثبتة قبل العود و بعده ثمانية و أربعون.

و المنفيه قبل العود الواحد و الاثنان و الثلاثة و الخمسة و السبعة و التسعة، فالحاصل سبعة و عشرون، و بعد العود سبعة و خمسة و ثلاثة و واحد فالحاصل ستة عشر، و المجموع ثلاثة و أربعون، و إذا أسقطنا المنفى من المثبت فالباقي خمسة.

و لم نجعل الاثنين قبل العود من الأعداد المثبتة، لأنه لما قال: له على عشرة فهو إثبات، و لما قال إلا واحدا فهو نفي فيكون قد أقرّ بتسعة، و لما قال إلا اثنين فهو إثبات بحسب الفرض و يلزمه أنه أقرّ بأحد عشر و هو مناقض لما قاله سابقا أنه عشره فيلزم أن يكون نفيًا بمعنى أن يرجع مع ما قبله إلى المستثنى منه. فلذلك يحسب مع المنفى لا مع المثبت.

(٥) القسم الأول الوارد في كلام الشارح هو ما لو قال: له على عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلى الواحد، فعكسه ما لو بدأ بالواحد و ختم بالتسعة فيلزمه واحد لأنه لما قال: له على عشرة فهو إثبات لها، و لما قال إلا واحدا فهو نفي فيكون قد أقرّ بتسعة، و لما قال إلا اثنين فهو إثبات بحسب الفرض و يلزمه أنه أقرّ بأحد عشر، و هو مناقض لما قاله سابقا أنه عشره، فيلزم أن يكون نفيًا بمعنى أن يرجع مع ما قبله إلى المستثنى منه فيلزمه

فبدأ باستثناء الواحد و ختم بالتسعه لزمه واحد، و هو واضح بعد الإحاطه بما تقدم من القواعد و رتب عليه ما شئت من التفریع.

فی ما لو استثنى من غير الجنس

(و لو استثنى من غير الجنس صح) (١)

سبعه، و لما قال إلا ثلاثه فهو نفى، لأنه استثناء من الإثبات المفروض فيلزمه أربعة، و لما قال إلا أربعة فهو إثبات فيلزمه ثمانية، و لما قال إلا خمسه فهو نفى فيلزمه ثلاثه، و لما قال إلا ستة فهو إثبات فيلزمه تسعه، و لما قال إلا سبعة فهو نفى فيلزمه اثنان، و لما قال إلا ثمانية فهو إثبات فيلزمه عشره، و لما قال إلا تسعه فهو نفى فيلزمه واحد.

(١) هذا تفریع على الحكم الثالث المتقدم فی شرحنا، أعنى جواز الاستثناء المتصل بلا خلاف، و جواز الاستثناء المنقطع على قول الأكثر، و المحققون منهم أنه استعمال مجازى.

و عليه فلو قال: له ألف إلا درهما، فإن معنا الاستثناء المنقطع فهو إقرار بتسعمائه و تسعه و تسعين درهما، لأن إخراج الدرهم من الألف دليل على كون الألف من جنس الدرهم، لمنع الاستثناء المنقطع، فيلزمه ألف درهم ما عدا واحد.

و كذلك لو قلنا بجواز الاستثناء المنقطع و أنه حقيقه، فيجب حمل الألف على جنس الدرهم، كما هو مقتضى الاستعمال الحقيقى، و لا يرفع اليد عنه إلا بقرينه و هى مفقوده فى المقام.

نعم لو قلنا بجواز الاستثناء المنقطع و أنه مجاز، فلا بد أن يرجع إليه فى تعيين الألف لعدم القرينه على بيان ماهيتها، فإذا فسّر الألف بالجوز مثلا نظر فى قيمتها عند الإقرار لا عند التفسير، و وضع منها الدرهم المستثنى، فإن بقى من الألف بقيه بعد إخراج الدرهم فهو المقرّب به، و إن لم يبق شىء كان الاستثناء مستغرقا لتمام المستثنى منه، و عليه فهل يبطل الاستثناء ليتوجه الإقرار، و تثبت الألف من ذلك الجنس الذى عينه، أو يبطل التفسير ليتوجه الإقرار و يكلف بتفسير الألف بشىء آخر، فقد ذهب إلى الأول ابن الجنيد و الفخر و الكركى و الشهيدان، لأن التفسير المذكور فى قوه المتقدم و إن كان متأخرا، لأنه تفسير للألف فهو فى قوه الإقرار بها، و بهذا يثبت الإقرار بالألف على نحو الذى فسره، و يكون البطلان قد جاء من الاستثناء الذى هو المتأخر، فيبطل الاستثناء خاصه لأنه وقع مستغرقا، و يلزمه الألف المفسره من دون استثناء شىء منها.

و ذهب إلى الثانى العلامه فى الإرشاد و جعله وجها فى المختلف، لأن الإقرار بالمستثنى منه و المستثنى قد وقع صحيحا و إنما طرأ البطلان عند عروض التفسير، فيبطل خاصه و يكلف بتفسير آخر.

هذا كله إذا قال: ألف و لم يحدده، و أما لو حدد جنسه بأن قال: درهم إلا ثوبا فقد

و إن كان (١) مجازاً، لتصريحه (٢) بإرادته (٣)، أو لإمكان تأويله (٤) بالمتصل (٥) بأن يضم قيمة المستثنى و نحوها مما يطابق المستثنى منه (و أسقط) المستثنى باعتبار قيمته (من المستثنى منه (٦) فإذا بقى) منه (بقيه) و إن قلت (لزمت (٧)، و إلا- بطل) الاستثناء، للاستغراق (كما لو قال: له علىّ مائه إلا ثوباً) هذا مثال الاستثناء من غير الجنس مطلقاً (٨) فيصح (٩) و يطالب بتفسير الثوب، فإن بقى من قيمته بقيه من المائه بعد إخراج قيمه (١٠) قبل (١١)، و إن استغرقها (١٢) بطل الاستثناء على الأقوى و الزم بالمائه (١٣) و قيل: بطل التفسير خاصه فيطالب بغيره (١٤).

صرح بإرادته المنقطع، و عليه فعلى القول بمنع الاستثناء المنقطع لغى الاستثناء و يثبت فى ذمته ألف درهم، و على القول بالجواز و أنه حقيقه أو مجاز، فهذا الوارد من الإقرار صحيح لوجود القرينه على إرادته المنقطع منه، و عليه فيصح الاستثناء و يرجع فى بيان قيمه الثوب إليه، فإن بقى للمستثنى منه بقيه فهو و إلا فالقولان السابقان من بطلان الاستثناء أو التفسير.

هذا و اعلم أنه قد صرح ابن الحاجب و العضدى و العلامه و جماعه بأنه لا بدّ من إضمار قيمه الثوب، و نسبوا ذلك إلى علماء الأمصار، و عليه فيكون الاستثناء متصلاً لا منقطعاً و يكون المعنى: له علىّ ألف إلا قيمه الثوب.

(١) أى الاستثناء من غير الجنس.

(٢) أى تصريح المقرّر.

(٣) أى بإرادته المجاز و ذلك عند بيان جنس الألف فى قوله: له علىّ ألف درهم إلا ثوباً.

(٤) أى تأويل الاستثناء من غير الجنس.

(٥) فى قبال المنقطع، و ذلك عند بيان جنس الألف كما لو قال: له علىّ ألف درهم إلا ثوباً.

(٦) من المستثنى منه.

(٧) أى لزمت البقيه بمعنى ثبتت فى ذمه القائل للإقرار بها.

(٨) سواء بقيت بقيه للمستثنى منه بعد الاستثناء أم لا.

(٩) أى يصح الاستثناء من غير الجنس.

(١٠) أى بعد إخراج قيمه الثوب من المائه.

(١١) أى قبل تفسير الثوب.

(١٢) أى استغرق الثوب المائه.

(١٣) و ألزم بالمائه بالمعنى الذى فسرهما إن لم تكن مفسره فى كلامه.

(١٤) أى يطالب بتفسير آخر.

ص: ٥٣٥

(و الاستثناء المستغرق باطل) اتفاقا (١) (كما لو قال: له) علىّ (مائة إلا مائه) و لا يحمل على الغلط، و لو ادعاه (٢) لم يسمع منه. هذا إذا لم يتعقبه استثناء آخر يزيل استغراقه (٣)، كما لو عقب ذلك بقوله: إلا تسعين فيصح الاستثناءان، و يلزمه تسعون، لأن الكلام (٤) جملة واحده لا يتم إلا بآخره، و آخره (٥) يصير الأول غير مستوعب، فإن المائة المستثناه (٦) منفيه لأنها استثناء من مثبت، و التسعين مثبتة، لأنها استثناء من منفي، فيصير جملة الكلام (٧) في قوه: «له تسعون» و كأنه (٨) استثنى من أول الأمر عشرة (٩).

في الاضراب

(و كذا) يبطل (الاضراب) عن الكلام الأول (بيل، مثل: له علىّ مائه، بل تسعون (١٠))

(١) هذا تفرّيع على الحكم الأول المتقدم في شرحنا، أعني جواز الاستثناء بشرط بقاء بقيه للمستثنى منه، سواء كانت أقل أم مساويه أم أكثر، و عليه فلو قال: له على درهم إلا درهما فيبطل الاستثناء لأنه مستغرق و يثبت الدرهم المقربه، بل لو ادعى الغلط لم يقبل منه بلا-خلاف في ذلك كله، نعم لو تعقبه باستثناء آخر يزيل استغراقه كما لو قال: له ثلاثه إلا ثلاثه إلا اثنين فيلزمه اثنان، لأن الاستثناءين بمنزله الاستثناء الواحد، و الثلاثه ما عدا الاثنين واحد، و هو المستثنى من الثلاثه فيلزمه اثنان.

(٢) أي ادعى الغلط.

(٣) أي استغراق الاستثناء الأول.

(٤) في المستثنى و المستثنى منه.

(٥) أي آخر الاستثناء.

(٦) بالاستثناء الأول.

(٧) أي كلام المستثنى منه و المستثنى.

(٨) أي المقرب.

(٩) أي كأنه استثنى عشرة باستثناء واحد بأن قال: له مائه إلا عشرة.

(١٠) لفظ (بل) حرف إضراب بما بعدها عما قبلها و عدول عنه، فيكون الأضراب في المثال المذكور إضرابا عن الإقرار الأول و رجوعا عنه و إنكارا له، و لا يسمع الرجوع عن الإقرار لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، و هذا بخلاف الاستثناء، لأن

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الإقرار حديث ٢.

(فيلزمه (١) فى الموضوعين) و هما (٢) الاستثناء المستغرق (٣) و مع الاضراب (مائه) لبطلان المتعقب فى الأول (٤) للاستغراق. و فى الثانى (٥) للاضراب الموجب لإنكار ما قد أقرّ به فلا يلتفت إليه (٦)، و ليس ذلك (٧) كالاستثناء، لأنه (٨) من متمامات الكلام لغه، و المحكوم بثبوته فيه (٩) هو الباقي من المستثنى منه بعده (١٠)، بخلاف الاضراب فإنه بعد الايجاب يجعل ما قبل «بل» كالمسكوت عنه بعد الاقرار به فلا يسمع (١١)، و الفارق بينهما (١٢) اللغه.

فى ما لو قال: له علىّ عشره من ثمن مبيع لم أقبضه

(و لو قال: له علىّ عشره من ثمن مبيع لم أقبضه (١٣) ألزم بالعشره) و لم الاستثناء جزء من الكلام و من متماماته، فلو قال: له عشره إلا واحده فهو إقرار بالتسعه، و كأن التسعه لها اسمان، أحدهما العشره إلا واحدا، فكأنه قال من رأس: له علىّ تسعه و لم تتحقق هنا إقرار بالعشره ثم رجوع عنها عند ما استثنى.

(١) أى يلزم المقر.

(٢) أى الموضوعين.

(٣) و هذا هو الفرع المتقدم.

(٤) و هو الاستثناء المتفرق، و المتعقب هو الاستثناء المذكور.

(٥) أى و لبطلان المتعقب فى الثانى، و المراد بالثانى الإضراب، و المتعقب هو ما بعد (بل).

(٦) أى إلى إنكار ما قد أقرّ به أولا.

(٧) أى الأضراب.

(٨) أى لأن الاستثناء.

(٩) فى الاستثناء.

(١٠) أى بعد الاستثناء.

(١١) أى لا يسمع الإضراب عما أقرّ به أولا.

(١٢) بين الأضراب و الاستثناء.

(١٣) إذا قال: له علىّ ألف و قطع الكلام، ثم قال: من ثمن مبيع لم أقبضه، لزمه الألف بلا خلاف فيه، لانعقاد ظهور السابق الدال على الإقرار، و حينئذ فقله أنه من ثمن مبيع لم أقبضه فلا يقتضى استقرار الثمن فى الذمه لجواز تلف المبيع قبل قبضه، و يقتضى عدم تسليم الثمن إلا بعد تسليم المثلن يكون مجرد دعوى بعدم استحقاق التسليم عليه فلا تسمع لانفصال الثانى عن الأول حكما

و لفظا.

و أما لو قال: له على ألف من ثمن مبيع و قطع الكلام ثم قال: لم أقبضه، لزمه الألف كما عن العلامة و الحلّى و الكركى و جماعه، لانعقاد ظهور السابق فى الإقرار، و الثانى مجرد

ص: ٥٣٧

يلتفت إلى دعواه عدم قبض المبيع، للتنافى (١) بين قوله: عليّ (٢)، و كونه (٣) لم يقبض المبيع (٤)، لأن مقتضاه (٥) عدم استحقاق المطالبه بثمنه مع ثبوته (٦) في دعوى بعدم استحقاق التسليم عليه فلا يسمع، و عن الشيخ في المبسوط و الخلاف و القاضى ابن البراج و قواه الفخر، و نفى العلامة عنه البعد قبول دعواه الأخيره بعدم استحقاق التسليم عليه، لأن قوله (من ثمن مبيع) مقبول من حيث اتصاله، و هو أعم من كونه مقبوضا و غير مقبوض، فإذا قال بعد ذلك: لم أقبضه، فقد ذكر بعض محتملاته، بل ذكر ما يوافق الأصل عند الشك، إذ الأصل عدم القبض، فعلى البائع حينئذ إثبات القبض.

و أما لو قال: له على الف من ثمن مبيع لم أقبضه بحيث أتى بمجموع الكلام متصلا، فيلزمه الألف و لا يسمع قوله (من ثمن مبيع لم أقبضه) كما عن العلامة و المحقق فى النافع و الشهيد فى اللمعه هنا، و هو المحكى عن الحلّى و ابن سعيد، لأن أول كلامه إقرار بالألف، و آخر كلامه مناف لذلك، لأن الإقرار بالألف يقتضى ثبوت المال فى ذمته على نحو يستحق أدائه عليه، و قوله: لم أقبضه يقتضى عدم تسليم المال، و هذا مناف للأول فلا يسمع.

و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و مال إليه الشارح فى المسالك أنه يسمع كلامه الثانى، لأن الكلام جملة واحده فلا ينعقد لأول الكلام ظهور حتى يتم، و لذا ورد فى صحيح هشام عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان أمير المؤمنين عليه السّلام لا يأخذ بأول الكلام دون آخره) (١)، و لإمكان صدقه فيما أخبر به، و أراد التخلص بالإقرار به، فلو لم يقبل منه و ألزم بخلاف ما أقر به لزم انسداد باب الإقرار بالواقع حيث يراد، و هذا مناف للحكمه، و على كل فالشهيديان هنا اقتصرنا على الصورة الثالثه فقط.

(١) تعليل للزوم العشره عليه مع عدم سماع دعواه الأخيره.

(٢) و هذا يقتضى وجوب أدائها عليه.

(٣) أى و كون المقرّ.

(٤) و هذا يقتضى عدم استقرار الثمن فى الذمه و عدم وجوب تسليمه إلى البائع قبل تسليم المثلث.

(٥) أى مقتضى (كونه لم يقبض البيع).

(٦) أى ثبوت الثمن فى ذمه المشتري المقرّ.

ص: ٥٣٨

الذمه، فإن البائع لا يستحق المطالبه بالثمن إلا مع تسليم المبيع.

و فيه نظر، إذ لا منافاه بين ثبوته في الذمه (١)، و عدم قبض المبيع (٢)، إنما التنافي بين استحقاق المطالبه به (٣) مع عدم القبض (٤) و هو أمر آخر (٥)، و من ثم ذهب الشيخ إلى قبول هذا الإقرار، لإمكان أن يكون عليه العشره ثمنا و لا يجب التسليم قبل القبض، و لأصالة عدم القبض و براءه (٦) الذمه من المطالبه به، و لأين للإنسان أن يخبر بما في ذمته، و قد يشتري شيئا و لا يقبضه فيخبر بالواقع، فلو ألزم بغير ما أقرّ به كان ذريعه إلى سد باب الإقرار (٧)، و هو (٨) مناف للحكمه.

و التحقيق أن هذا (٩) ليس من باب تعقيب الإقرار بالمنافي، بل هو اقرار بالعشره، لثبوتها في الذمه (١٠)، (١) كما هو مفاد لفظ (عليّ) في أول كلامه عند ما قال: له عليّ عشره.

(٢) كما هو مفاد آخر كلامه عند ما قال: من ثمن مبيع لم أقبضه، و عدم التنافي لأن الثمن يثبت ثبوتا غير مستقر.

(٣) بالثمن.

(٤) أى عدم قبض المبيع.

(٥) و فيه أن قوله (له على عشره) تقتضى ثبوت العشره في الذمه على نحو يستحق أدائها عليه حالا، و لذا وقع التنافي بينه و بين آخر كلامه.

(٦) أى و لأصالة براءه ذمه المشتري من المطالبه بالثمن.

(٧) أى إلى سد باب الإقرار بالواقع حيث يراد.

(٨) و هو قوله (لم أقبضه).

(٩) أى سدّ باب الإقرار بالواقع.

(١٠) لأن كلامه الأخير (لم أقبضه) وصف زائد عن الإقرار، فهو لا ينافي الإقرار كما لو وصف العشره بوصف ما، و بعبارة أخرى فالعشره ثابتة على كل حال و النزاع في قبول قوله الأخير و عدمه، و استحقاق المطالبه بالثمن و عدم قبض المثلث أمر آخر خارج عن مسأله الإقرار بالعشره كما صرح بذلك الشارح سابقا.

و فيه أن التنافي حاصل من ظهور قوله (له عليّ عشره) في استحقاق المطالبه حالا فلو ادعى عدم قبض المبيع فقد أتى بالمنافي، و لذا كان موردنا من باب تعقيب الإقرار بالمنافي، و لذا وقع النزاع بينهم في سماع كلامه الأخير و عدمه، لأنه مع السماع لا يكون الأول إقرارا لعدم تماميه الجملة، و مع عدم السماع يكون الأول إقرارا فلا يسمع منافيه الذى أتى في آخر الكلام.

و إن سلم كلامه (١) فهو (٢) اقرار منضم إلى دعوى عين من أعيان مال المقر له، أو شىء فى ذمته (٣) فيسمع الاقرار و لا تسمع الدعوى. و ذكره (٤) فى هذا الباب (٥) لمناسبه ما (٦).

(و كذا) يلزم بالعهده لو أقر بها (٧) ثم عقبه (٨) بكونها (٩) (من ثمن خمر أو خنزير (١٠)، لتعقيبه الاقرار بما يقتضى سقوطه (١١)، لعدم (١٢) صلاحية الخمر و الخنزير مبيعا يستحق به (١٣) الثمن فى شرع الإسلام.

نعم لو قال المقر: كان ذلك من ثمن خمر، أو خنزير فظننته لازما لى، و أمكن الجهل بذلك (١٤) فى حقه، توجهت دعواه و كان له تحليف المقر له على (١) أى كلام القائل و أنه أتى بالمنافى بعد الإقرار.

(٢) أى كلامه إقرار بحسب أوله، و منضم إلى دعوى عين عند المقر له، و أنها مبيع يجب تسليمها إلى المقر، هذا إذا كان المبيع عينا، و أما إذا لم يكن عينا فكلام المقر إقرار بالعهده مع دعوى لشىء مبيع ثابت فى ذمه المقر له، و أنه يجب تسليمه إلى المقر. (٣) أى ذمه المقر له.

(٤) أى ذكر قول القائل: له على عشره من ثمن مبيع لم أقبضه.

(٥) أى باب تعقيب الإقرار بالمنافى.

(٦) و هو توهم عدم إلزامه بما أقر، فلو سمعت دعواه الأخيره فلا يلزم بالدفع الآن و إن ثبتت العشره فى الذمه، و فيه أن إقراره الأول ظاهر فى ثبوت المقر به فى الذمه على نحو يقتضى الأداء فعلا فلذا يكون الثانى منافيا له، و يكون من باب تعقيب الإقرار بالمنافى.

(٧) بالعهده.

(٨) أى عقب الإقرار بالعهده.

(٩) أى بكون العشره.

(١٠) لزمه المال بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن قوله (له على عشره) يقتضى ثبوتها فى الذمه، و قوله (من ثمن خمر أو خنزير) يقتضى السقوط، لعدم إمكان ثبوت مال ما ثمننا للخمر أو الخنزير فى شرع الإسلام، فلا يقبل المنافى للإقرار بعد ثبوته.

(١١) أى سقوط الإقرار.

(١٢) تعليل لسقوط الإقرار عند تعقيبه بقوله (من ثمن خمر أو خنزير).

(١٣) أى بالمبيع المذكور.

(١٤) بلزوم ثمن الخمر أو الخنزير.

نفيه (١) إن ادعى (٢) العلم بالاستحقاق، و لو قال (٣): لا اعلم الحال، حلف (٤) على عدم العلم بالفساد، و لو لم يمكن الجهل بذلك في حق المقر لم يلتفت إلى دعواه.

(و لو قال: له عليّ قفيز حنطه. بل (٥) قفيز شعير لزمه): قفيز الحنطه (١) أي نفى الظن المذكور.

(٢) أي إن ادعى المقر له.

(٣) أي المقر له.

(٤) أي حلف المقر له.

(٥) لفظ (بل) حرف إضراب، فإن تلاها جملة كان معنى الإضراب إما إبطال ما سبق نحو قوله تعالى: وَ قَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ، بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ (١)، و إما الانتقال من غرض إلى آخر نحو قوله تعالى: قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى وَ ذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى بَلْ تُؤْثِرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا (٢) و إن تلاها مفرد فهي عاطفه، ثم إن تقدمها إيجاب مثل (قام زيد بل عمرو) فهي تجعل ما قبلها كالمسكوت عنه فلا يحكم عليه بشيء، و يثبت الحكم لما بعدها، و إن تقدمها نفى نحو (ما قام زيد بل عمرو) فهي لتقرير ما قبلها على حالته من النفي، و جعل ضده لما بعده.

فإذا تقدمها إيجاب و كان ما قبلها و ما بعدها مفردين فإن كانا مطلقين مختلفين كقوله: له على قفيز حنطه بل قفيز شعير، أو معينين كقوله: له على هذا الدرهم بل هذا الدرهم، لم يقبل إضرابه، فما قبل (بل) إقرار يؤخذ به و لا يسمع إضرابه عنه لأنه إنكار، و ما بعد (بل) إقرار أيضا يؤخذ، و عليه فيلزمه ما قبل بل و ما بعدها بعد أن كان كل منهما غير الآخر و لا يدخل فيه.

و إن كانا مطلقين كقوله: له على درهم بل درهم، أو أحدهما مطلق و الآخر معين مع اتحاد القدر و الصنف كقوله: له على درهم بل هذا الدرهم، أو له على هذا الدرهم بل درهم لزمه واحد، للأصل بعد احتمال أن يراد من الثاني عين الأول بمعنى أنه أضرب ليستدرك فذكر أنه ليس عليه إلا ذلك فأعاد الأول و لم يستدرك.

و عن العلامه في القواعد احتمال الاثنين، و مال إليه الكركي، و هو الأصح كما عن الفخر في الإيضاح، لأن (بل) للاستدراك، و الاستدراك متضمن للاعتراف بما قبلها و إنكاره و الاعتراف بغيره فيما بعدها، أو فقل إن شرط صحه استعمال (بل) مغايره ما

ص: ٥٤١

١- (١) سورة الأنبياء الآية: ٢٦.

٢- (٢) سورة الأعلى الآيات: ١٤ و ١٥ و ١٦.

و الشعير (١)، لثبوت الأول باقراره، و الثانى بالاضراب.

(و لو قال): له على (قفيز حنطه، بل قفيزان (٢) حنطه (فعلية قفيزان) و هما الأكثر خاصه (٣).

(و لو قال: له هذا الدرهم، بل هذا الدرهم فعلية الدرهمان (٤)، لاعترافه فى الاضراب بدرهم آخر مع عدم سماع العدول (٥).

(و لو قال: له هذا الدرهم، بل درهم (٦) فواحد)، لعدم تحقق المغايره بين المعين، و المطلق، لإمكان حمله عليه (٧).

و حاصل الفرق بين هذه الصور يرجع إلى تحقيق معنى «بل»، و خلاصته (٨) أنها حرف اضراب، ثم إن تقدمها إيجاب (٩) قبلها لما بعدها، و هذا ما يقتضى التعدد.

و إن كانا مطلقين و كان أحدهما أكثر لزمه الأ-كثر كما لو قال: له على قفيز بل قفيزان، لزمه الاثنان فقط بلا خلاف فيه بيننا، لظهور اللفظ فى إرادته دخول الأقل فى الأكثر، و لا أقل من الشك مع أصاله براءه الذمه عما زاد عن الاثنان.

و عن بعض العامه و هو داود و زفر أنه يلزمه ثلاثه، و هى مجموع ما قبلها و ما بعدها، و كذا نفس الكلام لو قال: له على قفيزان بل قفيز.

(١) أى و قفيز الشعير، و هذا إذا كانا مطلقين مختلفين، و هو مما لا خلاف فيه.

(٢) و هذا إذا كانا مطلقين و كان أحدهما أكثر.

(٣) بلا خلاف فيه سواء كان الأكثر متقدما أم متأخرا.

(٤) هذا إذا كانا معينين فعلية الدرهمان بلا خلاف فيه.

(٥) أى مع عدم سماع العدول عن الإقرار بالأول فيلزمه الاثنان.

(٦) فيما إذا كان أحدهما مطلقا و الآخر معينا مع اتحاد القدر و الصنف.

(٧) أى لإمكان حمل المطلق على المعين، و هناك قول بأنه يلزمه اثنان و هو احتمال العلامه و مال إليه الكركى و هو الأصح كما عن الفخر، لأن (بل) تقتضى مغايره ما قبلها لما بعدها.

(٨) أى خلاصه التحقيق.

(٩) و كذا لو تقدمها نفي فهى عاطفه، غايته مع الإيجاب سلب الحكم عما قبلها و جعله لما بعدها، و مع النفي تقرير لحكم ما قبلها و جعل ضده لما بعدها، و لكنه لم يذكر النفي، لأنها مع النفي لا يكون إقرارا بما قبلها.

و تلاها مفرد (١) جعلت ما قبلها كالمسكوت عنه فلا (٢) يحكم عليه (٣) بشيء و أثبت الحكم لما بعدها، و حيث كان الأول (٤) اقرارا صحيحا استقر حكمه بالاضراب (٥) عنه.

و إن تقدمها (٦) نفى فهي لتقرير ما قبلها على حكمه (٧)، و جعل ضده لما بعده، ثم إن كانا (٨) مع الايجاب مختلفين (٩)، أو معينين (١٠) لم يقبل اضرابه، لأنه (١١) إنكار للاقرار الأول و هو (١٢) غير مسموع.

فالأول (١٣) ك «له قفيز حنطه، بل قفيز شعير».

(١) و إلا لو كان بعدها جملة لا تكون عاطفه، بل يكون الأضراب بها إبطالها أى للدلاله على أن ما قبلها كلام باطل، و ذلك كما فى قوله تعالى: وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ، بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ (١)، أو يكون الإضراب بها انتقالها، أى لمجرد الدلاله على الانتقال من غرض إلى غرض آخر، نحو قوله تعالى: قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى وَ ذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى، بَلْ تُؤَثِّرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا (٢).

(٢) تفرغ على المسكوت عنه، و هو بيان للمسكوت المذكور.

(٣) أى على ما قبلها.

(٤) و هو ما قبلها.

(٥) الباء بمعنى (مع) و المعنى استقر حكمه كما يستقر حكم ما بعدها عند الأضراب عن الأول.

(٦) أى تقدم (بل).

(٧) أى على حكمه من النفي، و بما أن النفي لا إقرار فيه فلذا اقتصر على صورته الإيجاب.

(٨) أى كان ما قبلها و ما بعدها.

(٩) أى مختلفين فى الصنف كقوله: له على قفيز حنطه بل قفيز شعير.

(١٠) و إن كانا متحدتين فى الجنس كقوله: له على هذا الدرهم بل هذا الدرهم، و حكم الصورة الثانية كحكم الصورة الأولى.

(١١) أى الأضراب.

(١٢) أى الإنكار المذكور.

(١٣) و هو ما لو كانا مطلقين.

١- (١) سورة الأنبياء الآية: ٢٦.

٢- (٢) سورة الأعلى الآيات: ١٤ و ١٥ و ١٦.

و الثاني (١) ك «له هذا الدرهم، بل هذا الدرهم» فيلزمه القفيزان و الدرهمان، لأن أحد المختلفين، و أحد الشخصين غير داخل في الآخر.

و إن كانا (٢) مطلقين (٣)، أو أحدهما (٤) لزمه واحد إن اتحد مقدار ما قبل «بل» و ما بعدها ك «له درهم (٥)، بل درهم (٦)» أو «هذا الدرهم بل درهم» أو «درهم، بل هذا الدرهم (٧)» لكن يلزمه (٨) مع تعيين أحدهما المعين، و إن اختلفا (٩) كميته ك «له قفيز، بل قفيزان (١٠)» أو «هذا القفيز، بل قفيزان (١١)» أو بالعكس (١٢)، لزمه الأكثر (١٣)، لكن إن كان المعين هو الأقل (١٤) تعيين (١٥)، و وجب الإكمال.

و لو قال: هذه الدار لزيد، بل لعمرو (١٦) دفعت إلى زيد عملا بمقتضى

(١) و هو ما لو كانا معينين.

(٢) أى ما قبلها و ما بعدها.

(٣) أى غير معينين كقوله: له على درهم بل درهم.

(٤) أى أو أحدهما مطلقا و الآخر معينا مع اتحاد القدر و الصنف كقوله: له على هذا الدرهم بل درهم، أو له على درهم بل هذا الدرهم.

(٥) هذا إذا كانا مطلقين.

(٦) هذا إذا كان أحدهما معينا و الآخر مطلقا.

(٧) هذا إذا كان أحدهما مطلقا و الآخر معينا.

(٨) أى لكن يلزمه واحد مع تعيين أحدهما المعين بحيث كان أحدهما معينا و الآخر مطلقا.

(٩) أى اختلف ما قبلها و ما بعدها فى المقدار بحيث كان أحدهما أكثر من الآخر سواء كانا مطلقين كقوله: له على قفيز بل قفيزان، أو كان أحدهما مطلقا و الآخر معينا كقوله: له على قفيز بل القفيزان، أو بالعكس كقوله: له على القفيز بل قفيزان.

(١٠) هذا إذا كانا مطلقين.

(١١) هذا إذا كان أحدهما معينا و الآخر مطلقا.

(١٢) هذا إذا كان أحدهما مطلقا و الآخر معينا.

(١٣) أى الأكثر خاصة بلا خلاف فيه، و الخلاف من أهل الخلاف، و قد تقدم.

(١٤) كما فى المثال المتقدم: له على القفبز بل قفزان.

(١٥) أى تعين نفس الأقل و وجب إكمال الأكثر من غيره.

(١٦) قضى بها للأول و غرم قيمتها للثانى، أما القضاء بها للأول فلعوم (إقرار العقلاء على

ص: ٥٤٤

إقراره الأول (و غرم لعمرو قيمتها)، لأنه (١) قد حال بينه (٢) و بين المقر به بإقراره (٣) الأول، فيغرم له، للحيلولة الموجهه للغرم (إلا أن يصدقه (٤) زيد) في أنها لعمرو فتدفع (٥) إلى عمرو من غير غرم.

في ما لو أشهد بالبيع و قبض الثمن ثم ادعى الموطأه

(و لو أشهد (٦) أنفسهم جائز) (١)، و أما تغريم القيمة للثاني فلأنه قد حال بين الثاني و بين الدار بإقراره بأنها للأول، فيغرم له القيمة لتعذر وصول الثاني إلى العين بسبب إقراره بها للأول، و يكون كما لو أتلفها عليه ثم أقرّ بها له. و عن أبي حنيفة عدم التغريم للثاني، لأن الإقرار الثاني قد صادف ملك الغير لها فلا ينفذ.

و عن ابن الجنيّد أنه يرجع إلى مراد المقر و يقبل قوله إن كان حيا و إلا كان المقر به لهما متداعيين بشيء هو في يدهما فيأخذ ذو البيئه، و مع عدمها فيأخذ الحالف، و إن حلّفا اقتسماه.

(١) أي لأن المقرّ.

(٢) أي بين الثاني.

(٣) أي الباء للسبب، و المعنى بسبب إقراره الأول بالدار لزيد.

(٤) أي يصدق المقرّ.

(٥) أي الدار إلا إذا تلفت فعلا فيدفع القيمة.

(٦) هذه مسأله أخرى، و هي ما لو أشهد شاهدي عدل على أنه قد أقرّ بالبيع لزيد و قبض الثمن منه، ثم أنكر فيما بعد القبض و ادعى أنه أشهد بالقبض تبعا للعادة من غير أن يحصل قبض لإقامه الشهاده خوفا من تعذر الشهود وقت الإقباض، و هذا أمر معتاد بين المتعاملين.

فهل تسمع دعواه بإنكار القبض و لا يكون منافيا لإقراره السابق المشهود عليه كما هو المعروف بين الفقهاء، أو لا تسمع دعواه بإنكار القبض لأنها منافيه لإقراره السابق المشهود عليه كما هو قول في المسأله، و لم يعرف القائل به حتى من العامه على ما في الجواهر.

و سماع دعواه بإنكار القبض، لأنه معترف بإقراره المشهود عليه و لكن يدعيه على الوجه المزبور من كونه تبعا للعادة من دعوى القبض مع عدم حصوله حقيقه لإقامه الشهاده

ص: ٥٤٥

شاهدى عدل (بالبيع (١) لزيد (و قبض الثمن) منه (٢) ثم ادعى الموطأه) بينه و بين المقر له على الاشهاد، من غير أن يقع بينهما بيع (٣) و لا قبض (سمعت دعواه)، لجريان العاده بذلك (٤) (و أحلف المقر له) على الإقباض (٥)، أو على عدم الموطأه.

و يحتمل عدم السماع فلا يتوجه اليمين (٦)، لأنه (٧) مكذب لاقراره (٨).

و يضعف بأن ذلك (٩) واقع، نعم به البلوى فعدم سماعها يفضى إلى الضرر المنفى. هذا إذا شهدت البيه على اقراره بهما (١٠)، أما لو شهدت بالقبض (١١) لم يلتفت إليه (١٢)، خوفا من عدم الشهود وقت الإقباض الفعلى، و سماع دعواه لا بمعنى تقديم قوله، بل بمعنى سماع دعواه و توجه اليمين على المشتري إن لم يصدقه على ما قاله من عدم حصول القبض، و أما مع تصديق المشتري له بعدم القبض فلا إشكال.

هذا كله إذا كانت الشهاده على إقراره بالبيع و القبض ثم أنكر حصول القبض الفعلى، و أما لو شهد الشاهدان بمشاهده القبض لم يقبل إنكاره بعدم القبض، و لا- يمين على المشتري، لأن ذلك طعن فى البيه و تكذيب لها فلا- يلتفت لإنكاره، و عدم الالتفات ليس من باب تنافى الإقرار، بل من باب تكذيب الشهاده.

(١) بأن أشهد على إقراره بالبيع لزيد و قبض الثمن منه.

(٢) من زيد.

(٤) بالتواطؤ على دعوى القبض لإمامه الشهاده خوفا من تعذر الشهود وقت القبض الفعلى.

و فيه أن مفروض المسأله عدم إنكار البيع حتى يطالب المقر بالثمن من المشتري الذى أقر له سابقا بالقبض، و إلا فلو أنكر البيع بعد ما أقره ثم أشهد عليه لا يسمع إنكاره بعد الإقرار كما اعترف بذلك فى المسالك.

(٥) أى على أن المقر له قد قبض الثمن للمقر الذى أنكر القبض فيما بعد.

(٦) أى لا يتوجه اليمين على المقر له.

(٧) أى المقر عند ما ادعى الموطأه على القبض.

(٨) أى لإقراره بالقبض.

(٩) أى بأن الموطأه على القبض مع عدم تحققه واقع فى العرف.

(١٠) بالبيع و القبض.

(١١) أى بمشاهده القبض.

(١٢) أى إلى المقر عند ما ادعى الموطأه.

لأنه مكذب لها (١)، طاعن فيها، فلا يتوجه بدعواه يمين (٢).

الفصل الثالث – فى الإقرار بالنسب

إشارة

(الفصل الثالث – فى الإقرار بالنسب) (٣)

فى أنه يشترط فيه أهليه المقر وإمكان الإلحاق

(و يشترط فيه (٤) أهليه المقر (٥) للإقرار، ببلوغه و عقله (و إمكان الحاق المقرّ به): بالمقرّ شرعا (٦)
(١) للشهادة.

(٢) أى فلا يتوجه بدعواه الموطأه يمين على المقر له، و يلزم بما شهدت به البيه.

(٣) الإقرار بالنسب كالإقرار بالمال مقبول بلا خلاف فيه، لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، و لخصوص نصوص سيمرّ عليك بعضها.

(٤) فى الإقرار بالنسب.

(٥) الصفات المعتره فى المقر معتبره فى الإقرار بالنسب، و تزداد هنا شروط، فيشترط فى الإقرار بالولد ثلاثه شروط:

الأول: إمكان البنوه، بأن يكون ما يدعيه ممكنا، فلو أقرّ بنوه من هو أسنّ منه أو مساويه أو أصغر منه بحيث لا يمكن تولده منه عادة لم يقبل إقراره لتكذيب الحس له.

الشرط الثانى: جهاله النسب، فلو كان الولد معلوم النسب شرعا لغيره فلا يقبل إقراره لتكذيب الشرع له.

الشرط الثالث: عدم المنازع له، فلو نازعه منازع فى بنوته لم يقبل إقراره إلا بالبيه، لأنه مع المنازعه يتعارض الإقراران فلا يلحق الولد به إلا بالبيه إذا وجدت لإحدهما أو القرعه على تقدير عدم البيه، و القرعه لكل أمر مشكل.

هذا و لا- خلاف بينهم فى هذه الشروط الثلاثه، بلا فرق فى الولد بين الصغير و الكبير و الذكر و الأنثى، نعم لا يعتبر تصديق الصغير، بل و لا يلتفت إلى إنكاره بعد البلوغ، لثبوت النسب قبل البلوغ فلا ينتفى بإنكاره بلا خلاف فى ذلك كله.

و لكن لو أقرّ بنوه الكبير فيشترط تصديق الكبير له، فلو كذبه لم يثبت النسب، لأن الإقرار بالنسب متضمن للإقرار فى حق الغير، فهذا الإقرار يقتضى ثبوت النسب من جهه المقرّ، و لا يثبت من جهه الولد البالغ لأنه إقرار فى حق الغير إلا بتصديقه، و المجنون الكبير فى حكم الصغير لعدم أهليته.

(٦) قيد للإمكان، وهذا هو الشرط الثاني المتقدم

ص: ٥٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الإقرار حديث ٣.

(فلو أقر بينوه المعروف نسبه)، أو اخوته (١) أو غيرهما مما يغاير ذلك النسب الشرعي، (أو) أقر (بينوه من هو أعلى سنا) من المقر، (أو مساو) له، (أو أنقص) منه (بما لم تجر العاده بتولده منه (٢) بطل) الإقرار (٣)، و كذا المنفى عنه شرعا كولد الزنا و إن (٤) كان على فراشه (٥)، و ولد اللعان (٦) و إن كان الابن يرثه.

فى أنه يشترط التصديق و عدم التنازع

(و يشترط التصديق) أى تصديق المقر به للمقر فى دعواه النسب (فيما عدا الولد الصغير) ذكرا كان (٧) أم أنثى، (و المجنون) كذلك (٨) (و الميت (٩) و إن كان بالغا عاقلا و لم يكن ولدا (١٠)

(١) أى المعروف أخوته.

(٢) من المقر، و هذا هو الشرط الأول المتقدم.

(٣) أما بطلان الإقرار فى الأول لتكذيب الشرع له، و بطلانه فى الثانى لتكذيب الحس له.

(٤) أى ولد الزنا.

(٥) كما لو زنى بامرأه ثم تزوجها فأتت له بولد دون سته أشهر من حين الدخول بعد التزويج، و هذا لا يلحق به و إن أقر به لتكذيب الشرع له.

(٦) أى و كذا ولد اللعان لا يلحق به، و لو أقر به يبطل إقراره لتكذيب الشرع له، نعم بسبب إقراره يرثه الابن و هو لا يرث الابن على ما سيأتى تفصيله فى كتاب الإرث.

(٧) أى الولد الصغير.

(٨) أى ذكر أ كان أو أنثى.

(٩) أصل المسألة لو مات مجهول النسب فإن كان صبيا و قد أقر إنسان بينوته بعد الموت ثبت نسبه بلا خلاف فيه بين الأصحاب، و لا يشترط التصديق من الميت الصبى، لأن اشتراط التصديق ساقط عنه على فرض حياته.

و إن كان بالغا عاقلا و قد أقر إنسان بينوته بعد الموت فكذلك ثبت نسبه بلا خلاف فيه بيننا، و يكون ما تركه للمقر مع عدم وارث غيره، لأنه أبوه شرعا بالإقرار.

و عن أبى حنيفة أنه لو كان للميت مال فلا يلحق بالمقر لاحتمال أن يكون إقراره لتهمة الحصول على المال، و فيه أن احتمال التهمة غير قادم مع حياته و يساره و صغره مع فقر المقر فكذا بعد موته و كبره، و كذا.

(١٠) بحيث ادعى المقر بأن الميت أخوه، و ستعرف فيما بعد اشتراط التصديق فى الإقرار بالأقارب، و مراد الشارح أن تصديق

الميت ساقط حتى لو ادعى بأنه غير متولد منه بأن ادعى بأنه أخوه، و سقوط تصديق الميت لعدم إمكانه في حقه فيسقط اعتباره
كما سقط في حق الصغير.

ص: ٥٤٨

أما الثلاثة (١) فلا يعتبر تصديقهم، بل يثبت نسبهم بالنسبه إلى المقر بمجرد اقراره، لأن التصديق إنما يعتبر مع إمكانه (٢)، و هو (٣) ممتنع منهما (٤)، و كذا الميت مطلقا (٥).

و ربما أشكل حكمه (٦) كبيرا مما تقدم (٧). و من إطلاق اشتراط تصديق البالغ العاقل فى لحوقه (٨)، و لأن (٩) تأخير الاستلحاق إلى الموت بوشك أن يكون (١٠) خوفا من انكاره (١١)، إلا أن فتوى الأصحاب على القبول (١٢)، و لا يقدح فيه (١٣) التهمه (١٤) باستيثاق (١٥) مال الناقص (١٦)، و إرث الميت (١٧).

(١) أى الصغير و المجنون و الميت.

(٢) أى إمكان التصديق.

(٣) أى إمكان التصديق.

(٤) من الصغير و المجنون لسلب عبارتهما شرعا.

(٥) أى أصلا.

(٦) أى حكم المصنف بعدم اشتراط التصديق من الميت الكبير.

(٧) و الذى تقدم هو اعتبار التصديق حيث يمكن، و الإمكان هنا ممتنع و هذا وجه أحد طرفى الإشكال، و هذا ما يصحح عدم اشتراط التصديق، و الطرف الآخر للإشكال هو اشتراط تصديق البالغ العاقل، و الميت بالغ عاقل بحسب الفرض، و هذا ما يوجب اشتراط التصديق و لذا يشكل حكمه.

(٨) أى لحوق الكبير.

(٩) دليل ثان للإشكال على عدم اشتراط التصديق فى الميت الكبير.

(١٠) أى التأخير.

(١١) أى إنكار الكبير قبل موته.

(١٢) أى قبول الإقرار من دون اشتراط التصديق لعدم إمكانه.

(١٣) فى قبول الإقرار مع عدم اشتراط التصديق، و فى هذا رد على أبى حنيفه.

(١٤) لاحتمال أن يكون إقراره بسبب مال الميت ليرثه.

(١٥) الباء للسببيه، و هو تعليل لعدم قدح التهمه، و المعنى أنه لا تقدح التهمه فى نفوذ إقراره بنوه الميت الكبير لأنه محل الوثوق

لضبط مال الناقص من جنون أو صغر عند الإقرار بهما مع أن التهمة وارده، ولأنه محل الوثوق لإرث الميت الصغير مع أن التهمة وارده.

(١٦) و هو المجنون و الصغير.

(١٧) إن كان صغيرا.

ص: ٥٤٩

و المراد بالولد هنا (١) الولد الصلب فلو أقر بينوه ولد ولده فنازلا اعتبر التصديق كغيره (٢) من الأقارب (٣)، نص عليه المصنف وغيره.

و إطلاق الولد (٤) يقتضى عدم الفرق بين دعوى الأب و الأم و هو أحد

(١) أى فى قبول الإقرار بالبنوه.

(٢) أى كغير ولد الولد.

(٣) و سيأتى التعرض للإقرار بغير الولد من الأقارب، و يأتى التعرض لاشتراط التصديق هناك.

(٤) و إطلاقه فى عبارته الماتن، هذا و قد صرح غير واحد بعدم الفرق بين الأب و الأم فى الإقرار ببنوه الولد بالشروط المتقدمه، لإطلاق أدله الإقرار و لخصوص صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الحميل؟ فقال عليه السلام: و أى شىء الحميل؟ قلت: المرأه تسمى من أرضها و معها الولد الصغير فتقول: هذا ابنى، و الرجل يسبى فيلقى أخاه فيقول: هو أخى و يتعارفان، و ليس لهما على ذلك بينه إلا قولهما، فقال عليه السلام: ما يقول من قبلكم؟ قلت: لا يورثونهم، لأنهم لم يكن لهم على ذلك بينه، إنما كانت ولاده فى الشرك، فقال عليه السلام: سبحان الله إذا جاءت بابنها أو بنتها معها و لم تزل مقرّه، و إذا عرف أخاه و كان ذلك فى صحه من عقلهما و لم يزالا مقرين ورث بعضهم من بعض) (١) و مثلها غيرها.

و عن الفخر فى الإيضاح الاختصاص بالأب، لأن النص الوارد فى لحوق الولد بالإقرار إنما جاءت لصيغه الجمع المذكور و هى لا تتناول الإناث، و ردّ فى الجواهر (و إن كنا لم نتحققها)، و تابع الفخر على الاختصاص الشهيدان فى الدروس و الروضه هنا، و علّله الشارح فى المسالك بأن ثبوت النسب بالإقرار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على إقرار الرجل، مع وجود الفارق بين الرجل و المرأه لإمكان إقامتها البينه على الولاده، و هذا ما لا يمكن للرجل أن يقيم البينه عليه.

و ظاهر كلامه أن الخبر وارد فى إقرار الرجل فيقتصر عليه فى مقام مخالفه الأصل، و الخبر الوارد فى الرجل هو خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (إذا أقر الرجل بالولد ساعه لم ينف عنه أبدا) (٢).

و فيه أن صحيح عبد الرحمن المتقدم وارد فى المرأه فلا بد من الخروج عن الأصل فى الأب و الأم معا.

ص: ٥٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ميراث ولد الملاعنه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ميراث الملاعنه حديث ٤.

القولين في المسألة، وأصحهما - وهو الذى اختاره المصنف فى الدروس - الفرق، و أن ذلك (١) مخصوص بدعوى الأب، أما الأم فيعتبر التصديق لها، لورود النص على الرجل فلا- يتناول المرأه. و اتحاد طريقهما (٢) ممنوع، لإمكان إقامتها بينه على الولاده دونه (٣)، و لأن ثبوت نسب غير معلوم (٤) على خلاف الأصل يقتصر فيه (٥) على موضع اليقين (٦).

فى أنه يشترط فى نفوذ الإقرار عدم المنازع

(و) يشترط أيضا فى نفوذ الإقرار (٧) مطلقا (٨) عدم المنازع (٩) له فى نسب المقر به (فلو تنازعا) فيه (اعتبرت بينه) و حكم لمن شهدت له (١٠) (١١)، فإن فقدت (١٢) فالقرعه، لأنها لكل أمر مشكل (١٣)، أو معين (١٤) عند الله مبهم عندنا، و هو (١٥) هنا كذلك (١٦).

هذا إذا اشتركا (١٧)

(١) بيان للفرق، و ذلك إشاره إلى قبول الإقرار بينه الغير مع عدم اشتراط التصديق.

(٢) أى طريق الأب و الأم، لاستوائهما فى نسبه الولد إليهما.

(٣) دون الأب.

(٤) أى ثبوته بالإقرار، فثبوت النسب فى حق المقر بالإقرار على مقتضى الأصل، و ثبوته فى حق المقر به بإقرار غيره على خلاف الأصل.

(٥) فى هذا الثبوت.

(٦) و موضع اليقين هو الرجل لورود النص فيه، و فيه أنك قد عرفت ورود النص فى الأم أيضا.

(٧) أى الإقرار بينه الغير.

(٨) سواء كان الغير صغيرا أم مجنوننا أم ميتا أم غيرهم.

(٩) و هذا هو الشرط الثالث المتقدم.

(١٠) للمقر.

(١١) فى نسب المقر به.

(١٢) أى بينه.

(١٣) أى مشكل واقعا و ظاهرا.

(١٤) أى لأنها لكل أمر معيّن عند الله مبهم عندنا.

(١٥) أى مورد القرعه.

(١٦) أى معيّن عند الله مبهم عندنا.

(١٧) أى المتنازعان.

ص: ٥٥١

فى الفراش (١) على تقدير دعوى البتوه. أو انتفى عنهما (٢) كواطئ (٣) خاليه عن فراش لشبهه، فلو كانت فراشا لأحدهما حكم له به (٤) خاصه، دون الآخر و إن صادقه (٥) الزوجان (٦)، و لو كانا (٧) زانين انتفى عنهما، أو أحدهما (٨) فعنه، و لا عبره فى ذلك كله (٩) بتصديق الأم (١٠).

فى ما لو تصادق اثنان على نسب غير التولد

(و لو تصادق اثنان) فصاعدا (على نسب غير التولد (١١) كالأخوه (صح) (١) كما إذا كانت زوجه لكل منهما فى زمنين، و يحتمل تولد الولد فى زمن زوجه كل منهما، بأن لا يتجاوز تولد الولد من طلاق الأول أقصى الحمل، و لا يتجاوز تولد الولد من دخول الثانى أقل الحمل.

(٢) أى أو انتفى الفراش عنهما.

(٣) تمثيل لكل واحد من المتنازعين.

(٤) أى حكم لصاحب الفراش بالولد خاصه دون المنازع الآخر.

(٥) أى صادق الآخر.

(٦) ظاهر كلامه مشكل، لأنه لو كان أحد المتنازعين هو صاحب الفراش فكيف يفرض لها زوج حينئذ يصدق المنازع الآخر، و يرتفع الإشكال بأن يكون أحد المتنازعين صاحب فراش فى زمن سابق يصلح لتولد الولد منه، و قد طلقها و تزوجت بغيره، و بعد الزواج من الغير تنازع المطلق و غيره فى الولد، فالولد للمطلق و إن صادق الزوج الفعلى المنازع الآخر.

(٧) أى المتنازعان.

(٨) أى و لو كان أحدهما زانيا فينتفى الولد عنه.

(٩) من صور التنازع.

(١٠) لأن تصديقها إقرار عليها فلا ينفذ فى حق الغير.

(١١) قد تقدم ثبوت النسب بالإقرار فى بنوه الولد إلا- إذا كان كبيرا فيشترط تصديقه، و أما فى غير الولد فلا يثبت النسب إلا بتصديق المقر به، و إلا لزم نفوذ الإقرار فى حق الغير فإذا قال: هذا أخى كان معناه أنه ابن أبى أو أمى، و كذا لو قال: هذا عمى كان معناه أنه ابن جدى أو جدتى، و فى هذا إلحاق بغير المقر فلا بد من تصديق المقر به، و مع تصديق الغير يثبت النسب بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن المتقدم (١)، و صحيح الأعرج عن أبى عبد الله عليه السلام (عن

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ميراث الملائكة حديث ١.

تصادقهما (و توارثا (١)، لأن الحق لهما (و لم يتعداهما التوارث) إلى ورثتهما لأن حكم النسب إنما ثبت بالاقرار و التصديق، فيقتصر فيه (٢) على المتصادقين إلا مع تصادق ورثتهما أيضا.

و مقتضى قولهم (٣) «غير التولد» أن التصادق في التولد (٤) يتعدى «مضافا إلى ما سبق من الحكم بثبوت النسب (٥) في الحاق الصغير مطلقا (٦)، و الكبير مع التصادق، و الفرق بينه (٧) و بين غيره من الأنساب مع اشتراكهما في اعتبار رجلين حميلين جيء بهما من أرض الشرك فقال أحدهما لصاحبه: أنت أخي، فعرفا بذلك ثم أعتقا و مكثا مقرين بالإخاء، ثم إن أحدهما مات، قال عليه السلام: الميراث للأخ يصدقان(١) و مثلها غيرها.

نعم لو قال: هذا ابن ابني فهو إقرار مشروط بتصديق المقر به، لأنه إقرار في حق الغير، و دعوى أنه ولد فلا يشترط تصديقه مردوده لأن قبول الإقرار في بنوّه الولد مع عدم تصديقه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين، و هو خصوص الولد الصلبي دون غيره ثم مع تصديق الغير في دعواه النسب يتوارثان، بلا خلاف فيه للأخبار المتقدمه، بشرط عدم وارث غيرهما، و أما مع وجود وارث لهما فلا ينفذ الإقرار على الوارث، و بعبارته أخرى أن التوارث لا يتعدى إلى غيرهما، فلو كان للمقر ورثه مشهورون و قد أقر بوجود وارث جديد، فهو إقرار يقتضى منعهم عن جميع المال إن كان الوارث الجديد أقرب منهم إلى المقر، أو يقتضى منعهم عن بعض المال إن كان الوارث الجديد مساويا لهم في الرتبة، و من المعلوم أن الإقرار غير نافذ في حق الغير، و هذا بخلاف الإقرار في بنوّه الولد فالنسب لا يقتصر عليهما بل يتعداهما إلى ورثه المقر لإطلاق النصوص الواردة في بنوّه الولد، و قد تقدم بعضها.

(١) حيث لا وارث لهما.

(٢) في النسب.

(٣) أى قول الفقهاء.

(٤) إذا كان الولد كبيرا، لأنه في هذه الصورة يجرى اشتراط التصديق.

(٥) من دون تقييده بالمقر و المقر به.

(٦) مع التصديق و عدمه.

(٧) بين الولد الكبير.

ص: ٥٥٣

التصادق غير يبين (١).

في أنه لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه

و لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه (٢) بنسب (٣) المعترف به صغيرا (٤)، و كذا المجنون بعد كماله، لثبوت النسب قبله (٥) فلا يزول بالإنكار اللاحق، و ليس له (٦) إخلاف المقر أيضا (٧)، لأن غايته (٨) استخراج رجوعه (٩)، أو نكوله (١٠) و كلاهما الآن (١١) غير مسموع، كما لا يسمع لو نفى (١٢) النسب حينئذ (١٣) صريحا.

في ما لو أقر العم بأخ للميت

(و لو أقر العم) المحكوم بكونه وارثا ظاهرا (بأخ (١٤) للميت وارث (دفع) (١) و الفارق هو إطلاق أدله ثبوت النسب بالإقرار بالولد، بخلاف الإقرار بغيره فالمحكم عموم أدله الإقرار، و هي جاريه فيما لو أقر على نفسه، و أما لو أقر على غيره فالإقرار غير نافذ إلا بتصديق ذلك الغير.

(٢) كما تقدم، لأن النسب ثبت قبل البلوغ فلا ينتفى بإنكاره بعد البلوغ بلا خلاف فيه.

(٣) متعلق بقوله (بإنكار الصغير).

(٤) حال للضمير في قوله (به).

(٥) قبل البلوغ بالنسبه للصبى، و قبل الكمال بالنسبه للمجنون.

(٦) للصبى بعد البلوغ و المجنون بعد الكمال.

(٧) كما ليس له الإنكار بعد البلوغ و الكمال.

(٨) أى غايه الحلف.

(٩) أى رجوع المقر عن إقراره حتى لا يحلف إذا كان كاذبا واقعا.

(١٠) أى نكول المقر عن الحلف.

(١١) بعد الإقرار.

(١٢) أى المقر.

(١٣) أى حين ثبوت الإقرار.

(١٤) لو أقر الوارث ظاهرا كالعم بمن هو أولى منه كالأخ، نفذ إقرار العم في التركة التي تحت يده، لأنه إقرار في حق نفسه، ثم

لو أقر بعد ذلك بمن هو أولى من المقر به السابق كالولد، فإن صدقه الأخ دفع جميع التركة إلى الولد لأنه أول منهما.

وإن كذبه الأخ فلا خلاف بينهم في دفع التركة للأخ لأنه استحقها بالإقرار الأول، لأن الإقرار الثاني للعم مناف للإقرار الأول فلا يسمع في حق الأخ، فالإقرار الثاني من العم بالنسبة للأخ إقرار في حق الغير فلا ينفذ، والمشهور على أن العم يغرم للولد قيمه

ص: ٥٥٤

(إليه (١) المال)، لاعترافه (٢) بكونه (٣) أولى منه بالإرث (فلو أقرّ العم بعد ذلك بولد) للميت وارث (و صدّقه الأخ دفع إليه (٤) المال)، لاعترافهما (٥) بكونه (٦) أولى منهما.

(و إن أكذبه) أى اكذب الأخ العمّ فى كون المقرّ به ثانيا ولدا للميت (لم يدفع إليه) (٧) لاستحقاقه (٨) المال باعتراف ذى اليد له، و هو (٩) العم، و لم و تعلم أولويه الثانى (١٠)، لأن العم حينئذ (١١) خارج (١٢) فلا يقبل إقراره فى حق الأخ (١٣) (و غزم العم له) أى لمن اعترف بكونه ولدا (ما دفع إلى الأخ) من المال، لاتلافه له (١٤) بإقراره الأول مع مباشرته (١٥) لدفع المال. التركة، لأنه فوتها عليه بسبب إقراره الأول فكأنه قال: هذه العين لفلان بل لفلان.

و أشكل عليهم بأن التفرير متعين إذا دفع العم للأخ التركة ثم أقر بمن هو أولى من الأخ كالولد فيكون العم بمنزله المتلف للتركة حينئذ فيضمن، و أما على تقدير عدم الدفع فإقراره بأن الأول أخ للميت لا يستلزم كونه وارثا، بل هو أعم، فلو أقر بمن هو أولى من الأخ فلا يكون الإقرار الأول تفويتا للتركة على الثانى حتى يضمن.

(١) إلى الأخ.

(٢) أى لاعتراف العم.

(٣) أى بكون الأخ أولى من العم بالإرث.

(٤) بعد الإقرار بالأخ.

(٥) إلى الولد.

(٦) أى لاعتراف العم و الأخ.

(٧) أى بكون الولد.

(٨) أى لم يدفع المال إلى الولد.

(٩) أى لاستحقاق الأخ المال بالإقرار الأول من العم.

(١٠) أى صاحب اليد.

(١١) أى الولد.

(١٢) أى حين الإقرار الثانى.

(١٣) لأنه قد أقرّ بالأخ، فالإقرار بالولد إنما هو إقرار فى حق الغير.

(١٤) أى لإتلاف العم للمال الذى دفعه إلى الأخ.

(١٥) أى مباشره العم لدفع المال إلى الأخ.

ص: ٥٥٥

و نبه بقوله: غَرَمَ ما دفع، على أنه (١) لو لم يدفع إليه (٢) لم يغرم (٣) بمجرد اقراره بكونه أخا، لأن ذلك (٤) لا يستلزم كونه (٥) وارثا، بل هو (٦) أعم، و إنما يضمن (٧) لو دفع إليه المال لمباشرته اتلافه حينئذ (٨).

و فى معناه (٩) ما لو أقرّ بانحصار الارث فيه (١٠)، لأنه (١١) باقراره (١٢) بالولد بعد ذلك (١٣) يكون (١٤) رجوعا عن اقراره الأول فلا يسمع (١٥)، و يغرم (١٦) للولد بحيلولته (١٧) بينه (١٨) و بين التركة بالاقرار (١٩) الأول، كما لو أقر بمال لواحد ثم أقر به لآخر، و لا فرق فى الحكم بضمانه حينئذ (٢٠) بين حكم الحاكم عليه (٢١)

(١) على أن العم.

(٢) إلى الأخ.

(٣) أى لم يغرم قيمه التركة للولد بمجرد إقراره الأول.

(٤) أى إقراره الأول بكونه أخا للميت.

(٥) أى كون الأخ.

(٦) أى بل الأخوه أعم من الوارثيه.

(٧) أى و إنما يضمن العم لو دفع إلى الأخ المال، و الضمان بسبب مباشرته الإتلاف.

(٨) أى حين الدفع إلى الأخ.

(٩) أى و فى معنى الدفع إلى الأخ.

(١٠) فى الأخ.

(١١) أى لأن الشأن و الواقع.

(١٢) أى بإقرار العم بالولد.

(١٣) أى بعد إقرار العم بالأخ و دعوى انحصار الإرث فيه.

(١٤) أى إقرار العم بالولد.

(١٥) لأنه إقرار فى حق الأخ، و لا يسمع الإقرار فى حق الغير.

(١٦) أى العم.

(١٧) أى بسبب حيلولة العم، و هو تعليل للتغريم.

(١٨) أى بين الولد.

(١٩) أى بسبب الإقرار الأول، و هو تعليل للحيلولة.

(٢٠) أى حين دعوى العم بانحصار الإرث فى الأخ.

(٢١) على العم.

ص: ٥٥٦

بالدفع إلى الأخ، و عدمه (١)، لأنه (٢) مع اعترافه بإرثه (٣) مفوت (٤) بدون الحكم.

نعم لو كان دفعه (٥) في صورته عدم اعترافه (٦) بكونه (٧) الوارث بحكم (٨) الحاكم اتجه عدم الضمان، لعدم (٩) اختياره (١٠) في الدفع، و كذا الحكم في كل من أقر بوارث أولى منه، ثم أقر بأولى منهما. و تخصيص الأخ و الولد مثال، و لو كان الاقرار الأول بمساو (١١) للثاني كأخ آخر فإن صدقه (١٢) تشاركاً (١٣) و إلا- غرم للثاني (١٤) نصف التركة على الوجه (١٥) الذي قررناه.

في ما لو أقرت الزوجه بولد

(١) لو أقرت الزوجه بولد) للزوج المتوفى (١٦)، (١) أى عدم حكم الحاكم.

(٢) أى لأن الواقع.

(٣) أى مع اعتراف العم بإرث الأخ.

(٤) أى مفوت للتركة على الولد و إن لم يحكم الحاكم عليه بالدفع إلى الأخ.

(٥) أى دفع العم للمال إلى الأخ.

(٦) أى عدم اعتراف العم.

(٧) أى بكون الأخ.

(٨) متعلق بقوله (إن كان دفعه) و المعنى إن كان دفع العم بسبب حكم الحاكم عليه اتجه عدم الضمان إن لم يعترف العم بانحصار الإرث في الأخ.

(٩) تعليل لعدم الضمان.

(١٠) أى اختيار العم.

(١١) من دون أولويه لأحدهما.

(١٢) أى صدق المقر به الأول للمقر في إقراره الثاني.

(١٣) أى تشارك المتساويان في التركة.

(١٤) أى و إلا غرم المقر للثاني.

(١٥) من أنه يضمن في صورته الدفع للأول، و في صورته دعوى انحصار الوارث في الأول، و لا يضمن في صورته عدم الدفع و في

صوره عدم دعوى انحصار الوارث فى الأول، و لا يضمن فى صوره الدفع بحكم الحاكم إن لم يعترف بكونه الوارث.

(١٦) لو كان للميت إخوه و زوجه فلها الربع لعدم الولد للميت، فلو أقرت بولد للميت فيكون لها الثمن قضاء لحق إقرارها، و الثمن هو نصف نصيبها على تقدير عدم الإقرار.

ص: ٥٥٧

و وارثه (١) ظاهرا اخوته (فصدّقها الاخوه) على الولد (أخذ) الولد (المال) الذى بيد الاخوه أجمع (٢)، و نصف ما فى يدها (٣)، لاعترافهم (٤) باستحقاقه ذلك.

(و إن أكذبوها دفعت (٥) إليه) ما بيدها زائدا عن نصيبها على تقدير الولد، و هو (٦) (الثلث)، لأن بيدها ربعا نصيبها على تقدير عدم الولد، فتدفع إلى الولد نصفه (٧)، و يحتمل أن تدفع إليه (٨) سبعة أثمان ما فى يدها (٩)، تنزيلا للاقرار على الاشاعه (١٠)، فيستحق (١١) فى كل شىء سبعة أثمانه (١٢) بمقتضى اقرارها.

(و لو انعكس) الفرض بأن اعترف الاخوه بالولد دونها (١٣) (دفعوا إليه) جميع ثم ينظر فإن صدقها الأخوه على ذلك كان الباقي من التركة للولد دون الأخوه.

و لو لم يصدقها الأخوه فلهم ثلاثه أرباع التركة، لأنها حصتهم من التركة على تقدير عدم الولد مع وجود زوجه لها الربع، و يكون للزوجه الثلث لوجود ولد للميت بحسب إقرارها، و كان للولد ثمن، و هو التفاوت بين حصه الزوجه على تقدير عدم الولد و حصتها على تقدير وجود الولد.

(١) أى وارث الزوج المتوفى، و الواو حالیه.

(٢) و هو ثلاثه أرباع التركة.

(٣) ما فى يدها الربع فىأخذ نصفه و هو الثلث، و يترك لها الثلث الذى هو حصتها على تقدير الولد كما هو مقتضى إقرارها.

(٤) أى لاعتراف الأخوه باستحقاق المقر به أن له الباقي بعد نصيب الزوجه.

(٥) أى دفعت الزوجه إلى الولد.

(٦) أى الزائد عن نصيبها على تقدير الولد.

(٧) أى نصف الربع.

(٨) أى أن تدفع الزوجه إلى الولد.

(٩) أى سبعة أثمان الربع الموجود فى يدها.

(١٠) أى على إشاعه حق الوارث فى جميع التركة، فالزوجه معترفه بأنه ولد، و ما فى يدها ربع التركة، فله سبع أثمان الربع و لها الثلث الأخير، و يكون الأخوه قد غضبوا الزوجه و الولد ثلاثه أرباع التركة بحيث للولد سبعة أثمان ما عند الأخوه و لها الثلث الأخير.

(١١) أى يستحق الولد باعتبار أنه وارث.

(١٢) أى سبعة أثمان ما فى يدها، و كذا يستحق سبعة أثمان ما عند الأخوه من التركة.

(١٣) أى دون الزوجه.

ص: ٥٥٨

ما بأيديهم، وهو (١) ثلاثة أرباع، ولو أقرّ الولد (٢) بآخر دفع إليه النصف (٣)، لأن ذلك (٤) هو لازم إرث الولدين المتساويين ذكوريه و أنوثيه (فإن أقرّا) معا (بثالث (٥) دفعا إليه الثلث (٦) أى دفع كل واحد منهما ثلث ما بيده. و على هذا لو أقر الثلاثة برابع دفع إليه كل منهم ربع ما بيده (٧).

(و مع عداله اثنين) من الورثه المقربين (يثبت النسب و الميراث (٨)، لأن (١) أى جميع ما بأيديهم، لأن الولد أولى بالإرث من الأخوه بخلاف الزوجه، فإنها على تقدير الولد لها الثمن و على تقدير عدمه فلها الربع فلذا لما أقرت بالولد أعطته الفارق بين التقديرين فقط.

(٢) أى ولد الميت.

(٣) أى نصف ما فى يده.

(٤) أى دفع النصف.

(٥) أى بولد ثالث.

(٦) أى ثلث ما بيدهما فيكون قد أعطى ثلث النصفين الذى هو ثلث التركة.

(٧) فيكون قد أعطى ربع الأثلاث الثلاثة، و هو ربع التركة.

(٨) ذهب المشهور إلى عدم ثبوت النسب برجل و امرأتين، و برجل و يمين، و عن الشيخ فى المبسوط ثبوت برجل و امرأتين بعد اتفاق الجميع على ثبوت برجلين عدلين، لأنهما البيئه، و قد تقدم الكلام فيه فى باب الشهادات.

و عليه فلو شهد عدلان من الورثه يثبت النسب بلا خلاف فيه كما عن حواشى الشهيد، بل قيل: إنه محل وفاق حتى من العامه لما دل على حجيه البيئه، و إذا ثبت النسب ثبت الميراث على المشهور.

و عن الشيخ فى المبسوط أنه إذا ثبت الميراث لزم الخلف فى مسأله ما لو شهد أخوان عدلان باين للميت، و بيان الدور أن الابن لو ورث لحجب الأخوين و خرجا عن كونهما وارثين فيبطل إقرارهما، لأنه إقرار ممن ليس بوارث فلا يسمع، و إذا بطل إقرارهما بطل النسب، و إذا بطل النسب بطل الإرث فيلزم من ثبوت الميراث عدمه، و ما يلزم من وجوده العدم فهو خلف محال كمحاليه الدور.

و ردّ بأن الإرث قد ثبت لثبوت النسب، و ثبوت النسب للشهاده لا للإقرار، و شهاده العدلين تثبت النسب و إن كان الشاهد أجنبيا.

نعم يتوجه الخلف فيما لو أقر بعض الورثه بمن هو أولى منه، و كان إقراره ليس بشهاده

النسب إنما يثبت بشاهدين عدلين، و الميراث لازمه (١) (و إلا) يكن في المعترفين عدلان (فالميراث حسب)، لأنه (٢) لا يتوقف على العدالة بل الاعتراف (٣) كما مرّ.

في ما لو أقرّ بزواج للميته

(و لو أقرّ بزواج للميته (٤)

كما لو كان المقر واحدا أو غير عدلين فيقال: لو ورث الابن لحجب الأخوين و خرجا عن كونهما وارثين فيبطل إقرارهما، لأنه إقرار ممن ليس بوارث فلا يسمع، و إذا بطل الإقرار بطل النسب، و إذا بطل النسب بطل الميراث فيلزم من ثبوت الإرث عدمه.

و مع ذلك فلا- خلف، لأن النسب غير ثابت بإقرارهما و هما غير عدلين، و إنما ثبت الإرث قضاء لإقرارهما، فلو ورث الابن لحجب الأخوين قضاء لحق الإقرار، و لو حجبهما فلا- يبطل إقرارهما، لأنه إقرار في حق أنفسهما، نعم لا يثبت النسب لعدم عدالتهما.

(١) لازم النسب.

(٢) لأن الميراث.

(٣) أى بل متوقف على الاعتراف خاصة، و لكن الإرث المتوقف على الاعتراف إنما هو من حصه المعترف خاصة كما تقدم.

(٤) لو أقر الوارث بزواج للميته دفع المقر إلى الزوج نصف ما فى يده بنسبه نصيب الزوج، لأن الزوج يرث من الزوجه النصف مع عدم الولد، هذا إذا لم يكن المقر ولدا للميته، و أما لو كان ولدا فيدفع الربع مما فى يده، لأن نصيب الزوج من الزوجه الربع على تقدير الولد، و هذا الحكم أطلقه المحقق فى الشرائع و النافع و العلامه فى القواعد و الشهيد فى اللمعه هنا و هذا الإطلاق غير مستقيم كما استشكله المحقق الثانى و تبعه الشارح فى المسالك، و الروضه هنا، لأن كلامهم - من دفع الوارث المقر إلى الزوج نصف ما فى يده بمقدار نصيب الزوج من الزوجه على تقدير عدم الولد - إنما يتم إذا كان المقر أخوا للميته، و أما لو كان المقر أحد الأبوين للميته فقد يدفع نصف ما فى يده للزوج و قد يدفع الأقل و قد لا يدفع شيئا و إليك التفصيل.

فلو كان المقر هو الأب فله تمام التركة ظاهرا قبل الإقرار فلو أقر بوجود زوج دفع له نصف ما فى يده الذى هو نصف التركة، و هو نصيب الزوج من زوجته على تقدير عدم الولد.

و كذا الأم فلها تمام التركة ظاهرا قبل الإقرار فلو أقرت بوجود زوج للميته، دفعت له نصف ما فى يدها الذى هو نصف التركة، و أما لو كان المقر أحد الأبوين أو كليهما مع وجود الولد الذكر، فلو اعترف الأبوان أو أحدهما بوجود الزوج فلا يدفع المقر شيئا إلى

(أعطاه (١) النصف)، أى نصف ما فى يده (٢) (إن كان المقر) بالزوج (غير ولدها)، لأن نصيب الزوج مع عدم الولد النصف (و إلا) يكن كذلك بأن كان المقر ولدها (فالربع)، لأنه (٣) نصيب الزوج معه (٤).

و الضابط: أن المقر يدفع الفاضل (٥) مما فى يده عن نصيبه على تقدير وجود المقر به، فإن (٦) كان أخا للميتة و لا ولد لها دفع النصف، و إن كان (٧) ولدا دفع الربع.

و فى العبارة قصور عن تأديه هذا المعنى (٨)، لأن قوله: «اعطاه النصف إن كان المقر غير ولدها» يشمل اقرار بعض الورثة المجامعين (٩) للولد كالأبوين فإن الزوج، لأن نصيب الأبوين أو أحدهما على تقدير الولد الذكر واحد سواء وجد الزوج أم لا، فليس فى يد المقر حينئذ زياده يلزمه دفعها بإقراره.

و لو كان المقر الأبوين مع وجود الولد الأثنى فنصيب الأبوين معها على تقدير عدم الزوج الخمسان و على تقدير وجود الزوج السدسان، و التفاوت بينهما هو الذى يلزم المقر دفعه إلى الزوج، و هو لا يبلغ ربع ما فى يدهما. و هناك صور أخرى لا يتم فيها إطلاق كلامهم السابق.

نعم دفع الأشكال منهم صاحب الجواهر بأن كلامهم محمول على صورته اتحاد الوارث المقر أبا كان أو أما أو أخا أو ولدا فيعطى الربع إن كان المقر ولدا، و يعطى النصف إن كان غيره، و الذى يدل على أن مرادهم صورته اتحاد الوارث المقر هو اتحاد الضمير فى كلامهم.

(١) ضمير الفاعل راجع إلى الوارث المقر، و ضمير المفعول إلى الزوج.

(٢) أى يد الوارث المقر، باعتبار أن جميع التركة له ظاهرا لانحصار الوارث فى المقر.

(٣) لأن الربع.

(٤) مع الولد.

(٥) إن تحقق الفاضل سواء بلغ أحد المقدارين من الربع أو النصف أم لا.

(٦) أى المقر.

(٧) أى المقر.

(٨) من دفع المقر للفاضل سواء بلغ أحد المقدارين أم لا.

(٩) أى يصح اجتماعهم مع الولد.

أحدهما لو أقر بالزوج مع وجود ولد يصدق أن المقر غير ولدها مع أنه (١) لا يدفع النصف، بل قد يدفع ما دونه (٢) و قد لا يدفع شيئا، فإن الولد إن كان ذكرا و المقر أحد الأبوين لا يدفع (٣) شيئا مطلقا (٤) لأن نصيبه (٥) لا يزداد على السدس على تقدير وجود الزوج وعدمه، و إنما حصه الزوج مع الابن (٦)، و إن كان (٧) أنثى و المقر الأب يدفع الفاضل مما فى يده عن السدس (٨)، (١) أى مع أن المقر إذا كان أحد الأبوين مع وجود الولد.

(٢) دون النصف.

(٣) أى المقر.

(٤) أى أصلا لا نصفا و لا غيره.

(٥) أى نصيب أحد الأبوين فهو السدس على تقدير الولد الذكر سواء كان هناك زوج أم لا، فأقراره بالزوج لا يوجب تغيير نصيبه.

(٦) فالابن قد أخذ خمسه أسداس التركة قبل الإقرار، و بعد الإقرار فإن صدق الابن و المقر على إقراره دفع له ربع التركة الموجودة تحت يده و يبقى للابن سبعة من اثني عشر من التركة تحت يده.

(٧) أى الولد.

(٨) هذا فى صورته تعدد البنات واضح، لأن الأب مع البنات له السدس و البنات لهن الثلثان قبل الإقرار، و يبقى سدس يردّ عليهم بحسب نصيبهم أى يرد عليهم أخماسا، فلو أقر الأب بالزوج فيجب على الأب دفع ما زاد عن السدس حينئذ.

و أما فى صورته اتحاد البنت فالأب له السدس و البنت لها النصف، كل ذلك بحسب الفرض و المجموع أربعة أسداس، و الباقي يرد عليهما بحسب نصيبهما فيرد على الأب ربع السدسين الذى هو نصف سدس، و على البنت ثلثه أرباع السدسين الذى هو سدس و نصف، فإذا أقر الأب بالزوج فلو أوجبنا على الأب دفع ما زاد عن السدس كما هو ظاهر عبارته الشارح لأوجبنا على البنت دفع ما زاد عن النصف الذى هو فرضها، فيدفع الأب نصف السدس و البنت سدسا و نصفا، و المجموع سدسان، و هذا ثلث التركة، و الثلث أكثر من الربع الذى هو نصيب الزوج.

نعم فى هذه الصورة مع وجود الزوج فالأب له السدس و الزوج الربع و البنت لها النصف فالمجموع ١٢/١١ حاصله من اثنين للأب و ثلثه للزوج و ستة للبنت، و الباقي و هو ١٢/١ يرد عليهم بحسب نصيبهم، و إذا كان كذلك فيرد الأب فى مثالنا المتقدم نصف السدس الفاضل عن السدس باستثناء ما يردّ على الأب من واحد على اثني عشر من التركة.

و كذا (١) إن كان (٢) الأم و ليس لها حاجب (٣) و مع الحاجب لا تدفع شيئا، لعدم زياده ما فى يدها عن نصيبها (٤).

و لو كان المقر أحد الأبوين مع عدم وجود الولد الذى هو (٥) أحد ما تناولته العبارة (٦) فقد يدفع نصف ما فى يده. كما لو لم يكن وارثا غيره (٧) أو هو الأب مطلقا (٨)، و قد لا يدفع (٩) شيئا كما لو كان (١٠) هو الأم مع الحاجب (١١).

(١) أى يدفع الفاضل عن السدس.

(٢) أى المقر.

(٣) و هذا يتم فيما لو فرض أبوان و بنت قبل الإقرار، فالنصف للبنت فرضا و للأبوين الثلث، و المجموع أربعة أخماس، و الباقي و هو السدس يرّد على الأبوين و البنت بالنسبة للسهم، هذا كله مع عدم وجود حاجب للأم من الأخوة للميت بحجبها عما زاد عن السدس، و إلا فمع وجوده فيردّ الباقي على الأب و البنت فقط بالنسبة للسهم المختص بهما فقط.

و على كل فلو ردّ على الأم عند عدم الحاجب ثم اعترفت بالزوج فتدفع إليه ما زاد عن السدس مما فى يدها، و هذا الزائد هو أقل من نصف ما فى يدها كما هو واضح.

(٤) و هو السدس.

(٥) ضمير عائد إلى أحد الأبوين مع عدم وجود الولد.

(٦) أى عبارة الماتن.

(٧) اسم (لم يكن).

(٨) أى و إن كان مع وارث آخر، هذا و أما مع عدم وارث آخر فقد تقدم، و أما مع وجود وارث آخر و لا بدّ أن يكون الأم لأن المفروض هو عدم وجود الولد، و عليه فلو وجد الأبوان فالأم لها الثلث و الباقي للأب فإذا أقر الأب بالزوج فالأم لها الثلث فرضا و الزوج النصف فرضا كذلك و الباقي و هو السدس للأب بالقراه، و عليه فيدفع الأب للزوج نصف التركة الموجوده تحت يده و منه تعرف ما فى عبارته الشارح من دفع نصف ما فى يده فهو كما ترى، لأن المدفوع نصف التركة و الباقي تحت يد الأب سدسها فكيف يصح ما قاله الشارح من دفع نصف ما فى يده.

(٩) أى المقر.

(١٠) أى المقر.

(١١) و قد تقدم لا بديه فرض وجود الأب معها فى مسأله الحاجب و المفروض عدم وجود الولد فلو ترك الميت أبوين و له إخوة فالأم لها السدس فرضا و الباقي للأب فلو أقرت بالزوج

و تنزيل ذلك (١) على الاشاعه (٢) يصحح المسأله (٣)، لكن يفسد (٤) ما سبق من الفروع (٥)، لأنها (٦) لم تنزل عليها (٧).

و لقد قصّر كثير من الأصحاب في تعبير هذا الفرع فتأمله في كلامهم.

(و إن أقرّ) ذلك المقرّ بالزوج ولدا كان (٨) أم غيره (بآخر (٩) و اكذب نفسه) فلا تدفع شيئا لأن ما في يدها هو عين نصيبها من السدس سواء وجد الزوج أم لا.

(١) أى الإقرار بالزوج للميته.

(٢) أى أنه يستحق من كل جزء من أجزاء التركة نصيبه المفروض، فله مما تحت يد المقر النصف مع عدم الولد، و له الربع مع الولد، كما أن الموجود من التركة عند الغير يقسّم على هذا الأساس.

(٣) أى المسأله التي قالها المصنف من إعطاء المقر للزوج النصف إذا كان المقر غير ولدها.

(٤) أى هذا التنزيل على الإشاعه.

(٥) من إقرار الزوجه و إقرار الأخوه، و إقرار الولد بولد آخر مما قد تقدم.

(٦) أى الفروع.

(٧) أى الإشاعه.

(٨) أى المقر.

(٩) أى بزواج آخر، إذا أقرّ بزواج آخر لم يقبل الإقرار الثانى فى حق الزوج الأول بلا- خلاف فيه و لا إشكال بمعنى أن ما ثبت للأول لا يزول بسبب إقراره الثانى.

و إنما الكلام بينهم فى تغريم المقر للثانى، فهل يعزم للثانى بمجرد إقرار الثانى أم لا بدّ من تكذيب نفسه بالنسبه لإقراره الأول، فالمشهور على الثانى، لأنه مع تكذيب نفسه فى إقراره الأول يكون قد اعترف بثبوت الحق للثانى من التركة، و قد حال بينه و بين حقه بسبب إقراره الأول فيعزم له، أما مع عدم التكذيب فالإقرار الثانى غير مسموع مع الحكم بصحة الأول لأنه لا يعقل وجود زوجين للمرأة على وجه تموت عنهما، فلا يترتب على الإقرار الثانى حينئذ أثر.

و عن المحقق الثانى و الشارح فى المسالك و الروضه هنا أنه يعزم للثانى بمجرد إقراره من دون اشتراط تكذيب نفسه بالنسبه لإقراره الأول لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، مع عدم العلم بطلان زواجه الثانى بل من الممكن هو الزوج و قد كان إقراره

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الإقرار حديث ٢.

(فى) الزوج (الأول أغرم له (١) أى للآخر الذى اعترف به ثانيا، لاتلافه (٢) نصيبه (٣) باقراره الأول (٤)،(و إلا) يكذب نفسه (فلا شىء عليه (٥) فى المشهور، لأن الاقرار بزواج ثان اقرار بأمر ممتنع شرعا فلا يترتب عليه أثر.

و الأقوى أنه (٦) يغرم للثانى مطلقا (٧) لأصالة «صححة اقرار العقلاء على أنفسهم» مع إمكان كونه (٨) هو الزوج، و أنه (٩) ظنه الأول فأقر به (١٠) ثم تبين خلافه، و الغاء الاقرار فى حق المقر مع إمكان صحته (١١) منافع للقواعد الشرعية.

نعم لو أظهر لكلامه (١٢) تأويلا ممكنا فى حقه (١٣) كتزوجه (١٤) إياها فى عده الأول فظن (١٥) أنه يرثها زوجان فقد استقرب المصنف فى الدروس القبول، و هو متجه.

للأول غلطا أو خطأ، مع أن إلغاء الإقرار فى حق المقر مع إمكان صحته منافع للقواعد الشرعية.

نعم إن أظهر لإقراره الثانى تأويلا مقبولا كما لو تزوجها الثانى فى عده الأول فظن المقر أنه زوج يرثها أيضا فالوجه القبول كما استقربه المصنف فى الدروس.

و أشكل على هذا القول أن العرف لا يفهم من الثانى إلا اللغويه بعد امتناع زوجين لها على الوجه المذكور، و لا أقل من الشك فى كون الثانى إقرارا و الأصل البراءة.

(١)أغرم المقر للآخر.

(٢)أى لإتلاف المقر.

(٣)أى نصيب الآخر.

(٤)أى بسبب إقراره الأول.

(٥)على المقر.

(٦)أن المقر.

(٧)سواء كذب نفسه فى إقراره الأول أم لا.

(٨)كون الثانى.

(٩)و أن المقر قد ظن الثانى هو الأول.

(١٠)بالأول.

(١١)صححة الإقرار.

(١٢) أى لكلامه الثانى.

(١٣) فى حق المقر.

(١٤) أى تزوج الثانى.

(١٥) أى فظن المقر أن الواقع حينئذ أنه يرثها زوجان.

ص: ٥٦٥

فى ما لو أقر بزوجه للميت

(و لو أقر (١) بزوجه للميت فالربع (٢) إن كان المقر غير الولد (أو الثمن (٣) إن كان المقر الولد. هذا (٤) على تنزيله فى الزوج.

و على ما حققناه (٥) يتم (٦) فى الولد خاصه، و غيره (٧) يدفع إليها (٨) الفاضل مما فى يده عن نصيبه (٩) على تقديرها و لو كان بيده (١٠) أكثر من نصيب الزوجه اقتصر على دفع نصيبها.

فالحاصل: أن غير الولد يدفع أقل الأمرين من نصيب الزوجه و ما زاد عن نصيبه على تقديرها إن كان معه زياده، فأحد الأبوين مع الذكر لا يدفع شيئاً (١١)، و مع الأنثى يدفع الأقل (١٢)، (١) أى الوارث الظاهرى.

(٢) لأن الربع نصيب الزوجه على تقدير عدم الولد للميت، و هذا يتم فى الأخ و أحد الأبوين على تقدير انحصار الوارث فى أحدهما.

(٣) لأن الثمن نصيب الزوجه على تقدير وجود ولد للميت.

(٤) أى هذا الحكم المطلق يتم على تنزيل الإقرار على الإشاعه كما فعلنا فى مسأله الإقرار بالزوج.

(٥) من عدم تنزيل الإقرار على الإشاعه.

(٦) أى الحكم، و هو دفع الثمن فى الولد خاصه، و كذلك يتم الحكم بدفع الربع فى الأخ و فى أحد الأبوين إذا انحصر الوارث فى أحدهما.

(٧) أى غير الولد.

(٨) إلى الزوجه.

(٩) أى نصيب المقر على تقدير وجود الزوجه و المعنى ما يحصله المقر على تقدير عدم الزوجه زياده عن نصيبه على تقدير وجودها يدفعه إليه إذا اعترف بها.

(١٠) من الفاضل المذكور.

(١١) لأن السدس لأحد الأبوين و الباقى للذكر قبل الإقرار، و بعد الإقرار يبقى السدس لأحد الأبوين فلا يدفع شيئاً و تأخذ الزوجه من الذكر إن اعترف بها.

(١٢) فأحد الأبوين له السدس و البنت لها النصف، و المجموع أربعة أسداس، و الباقى سدسان يرّد عليهما بالنسبه، فيكون لأحد الأبوين سدس من الفرض و ربع السدسين من الرد و المجموع سدس و نصف فلو اعترف بالزوجه فيرد عليها نصف السدس الذى هو الفاضل و هو أقل من نصيب الزوجه الذى هو الثمن.

و الأخ يدفع الربع (١) و الولد الثمن كما ذكر.

(٢) فإن أقر (٢) بأخرى (٣) و صدقته الزوجه (الأولى اقتسامه (٤) الربع، أو الثمن، أو ما حصل (٥)،(و إن اكذبتها غزّم) المقر (لها (٦) نصيبها) و هو نصف ما غزّم للأولى إن كان باشر تسليمها كما مر. و إلا فلا.

(و هكذا) لو أقر بثالثه، و رابعه فيغزّم للثالثه مع تكذيب الأولين ثلث ما لزمه دفعه، و للرابعه مع تكذيب الثالث ربعه (٧).

و لو أقر بخامسه فكالاتقرار بزوجه ثان فيغرم لها (٨) مع اكذاب نفسه (٩)، أو مطلقا (١٠) على ما سبق (١١)، بل هنا (١٢) أولى، لامكان (١٣) الخامسة الوارثه فى المريض إذا تزوج بعد الطلاق و انقضاء العده و دخل (١٤) (١) لأن الأخ يرث الجميع قبل الإقرار، و بعد الإقرار فيدفع لها الربع لعدم الولد للميت.

(٢) أى الوارث الظاهرى.

(٣) أى بزوجه أخرى، هذا و اعلم أن الإقرار بزوجه أخرى كالاتقرار بوارث مساو للأول، فإن صدقته الأولى فيقسّم الربع أو الثمن عليهما، و إن لم تصدقه فإن كذب نفسه بالنسبه للإقرار الأول فيغزّم للثانيه نصف نصيب الزوجيه من الربع أو الثمن على تقدير تسليم النصيب للزوجه الأولى، و مع عدم التسليم فلا يغزّم للثانيه شىء على ما تقدم تفصيله فيما لو أقر بعين لواحد ثم أقر بها للآخر.

(٤) التذكير باعتبار المقر بهما.

(٥) على تقدير إقرار بعض الورثه دون البعض الآخر.

(٦) للثانيه.

(٧) أى ربع ما لزمه دفعه.

(٨) للخامسه.

(٩) فى إحدى الزوجات السابقات هذا على المشهور.

(١٠) أى و إن لم يكذب نفسه كما هو قول المحقق الثانى و الشارح.

(١١) أى ما سبق فى الزوج.

(١٢) أى فى الزوجه.

(١٣) تعليل للأولويه.

(١٤) أى دخل فى الخامسة.

ص: ٥٦٧

و مات فى سنته (١) كما تقدم و يمكن فيه (٢) استرسال الاقرار و لا يقف (٣) عند حد إذا مات فى سنته مريضاً.

(١) فى سنه الطلاق فترته المطلقه و الجديده معا.

(٢) فى المريض.

(٣) أى الإقرار.

ص: ٥٦٨

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

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

