



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه السلام

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسين الخليلي
والشيخ محمد باقر

٣٣٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١١	جواهر الكلام فى شرح شراىع الاسلام المجلد ٣٣
١١	اشاره
١٢	[اتتمه القسم الثالث فى الإيقاعات]
١٢	[كتاب الخلع و المباره]
١٢	اشاره
١٥	[كتاب الخلع]
١٥	اشاره
١٥	[النظر الأول فى الصيغه]
١٥	اشاره
٢٣	[أفروع]
٢٣	[الأول لو طلبت منه طلاقا بعوض فخلعها مجردا عن لفظ الطلاق لم يقع]
٢٤	[الثانى لو ابتداء فقال أنت طالق بألف أو و عليك ألف صح الطلاق رجعيا]
٢٩	[الثالث إذا قالت: طلقنى بألف كان الجواب على الفور]
٣٠	[النظر الثانى فى الفديه]
٥٠	[النظر الثالث فى الشرائط]
٦٥	[النظر الرابع فى الاحكام]
٦٥	[أو فيه مسائل]
٦٥	[المسأله الأولى لو أكرهها على الفديه فعل حراما]
٦٦	[المسأله الثانى لو خالعتها و الأخلاق ملتئمته لم يصح الخلع و لا يملك الفديه]
٧٠	[المسأله الثالثه إذا أتت بالفاحشه جاز عضلها]
٧٣	[المسأله الرابعه إذا صح الخلع فلا رجعه له]
٨٠	[المسأله الخامسه لو خالعتها و شرط الرجوع لم يصح]
٨١	[المسأله السادسه المختلعه لا يلحقها طلاق بعد الخلع]

- ٨١ [المسأله السابعه إذا قالت طلقنى ثلاثا بألف فطلقها قال الشيخ لا يصح]
- ٨٨ [المسأله الثامنه لو قالت طلقنى واحده بألف فطلق ثلاثا ولاء وقعت واحده]
- ٩٠ [المسأله التاسعه إذا قال أبوها طلقها و أنت برى ء من صداقها فطلق صح الطلاق رجعيا]
- ٩١ [المسأله العاشره إذا وكلت فى خلعها مطلقا صح]
- ٩١ [مسائل النزاع]
- ٩١ اشاره
- ٩٢ [المسأله الأولى إذا اتفقا فى القدر و اختلفا فى الجنس فالقول قول المرأة]
- ٩٤ [المسأله الثانيه لو اتفقا على ذكر القدر دون الجنس و اختلفا فى الإراداه قيل يبطل]
- ٩٥ [المسأله الثالثه لو قال خالعتك على ألف فى ذمتك فقالت بل فى ذمه زيد فاليمينه عليه و اليمين عليها]
- ٩٩ [كتاب المبرأه]
- ١٠٧ [كتاب الظهار]
- ١٠٧ اشاره
- ١١٠ [الأمر الأربعة فى الظهار]
- ١١٠ اشاره
- ١١٠ [الأمر الأول فى الصيغه]
- ١١٠ اشاره
- ١٢٤ [أفروع لو قال أنت طالق كظهر أمى وقع الطلاق]
- ١٣٠ [الأمر الثانى فى المظاهر]
- ١٣٥ [الأمر الثالث فى المظاهره منها]
- ١٤١ [الأمر الرابع فى الاحكام]
- ١٤١ [المسأله الاولى الظهار محرم لاتصافه بالمنكر و القول الزور]
- ١٤٢ [المسأله الثانيه لا تجب الكفاره بالتلفظ عندنا]
- ١٥١ [المسأله الثالثه إذا طلقها رجعيا ثم راجعها لم تحل له حتى يكفر]
- ١٥٤ [المسأله الرابعه لو ظاهر من زوجته الأمه ثم ابتاعها فقد بطل العقد]
- ١٥٥ [المسأله الخامسه إذا قال أنت كظهر أمى إن شاء زيد فقال شئت وقع على القول بدخول الشرط فى الظهار]
- ١٥٦ [المسأله السادسه لو ظاهر من أربع بلفظ واحد كان عليه عن كل واحده كفاره]

- ١٦١ [المسأله السابعه إذا أطلق الظهار حرم عليه الوطء حتى يكفر]
- ١٦٩ [المسأله الثامنه يحرم الوطء على المظاهر ما لم يكفر]
- ١٧٤ [المسأله التاسعه إذا عجز المظاهر عن خصال الكفار عدا الاستغفار قيل يجوزؤه]
- ١٧٨ [المسأله العاشره إن صبرت المظاهره على ترك الزوج وطءها فلا اعتراض]
- ١٨١ [الكلام فى الكفارات]
- ١٨١ اشاره
- ١٨١ [المقصد الأول فى ضبط الكفارات]
- ١٨١ اشاره
- ١٨٣ [الكفار المرتبه]
- ١٨٨ [الكفار المخيره]
- ١٩٢ [أما يحصل فيه الأمان]
- ١٩٢ [كفار الجمع]
- ١٩٣ [المقصد الثانى فيما اختلف فيه]
- ١٩٣ اشاره
- ١٩٣ [الأولى من حلف بالبراءه فعليه كفاره ظهار]
- ١٩٧ [الثانيه فى جز المرأه شعرها فى المصاب فعليها كفاره الصيام]
- ٢٠٠ [الثالثه يجب على المرأه فى نتف شعرها فى المصاب كفاره يمين]
- ٢٠٢ [الرابعه إنما يجب الكفار فى وطء الزوجه فى الحيض مع التعمد و العلم بالتحريم و التمكن من التكفير]
- ٢٠٢ [الخامسه من تزوج امرأه فى عدتها فارق و كفر بخمسه أصوع من دقيق]
- ٢٠٤ [السادسه من نام عن العشاء حتى تجاوز نصف الليل أصبح صائما من دون كفاره]
- ٢٠٦ [السابعه من نذر صوم يوم فعجز عنه]
- ٢٠٩ [المقصد الثالث فى خصال الكفارات]
- ٢٠٩ اشاره
- ٢٠٩ [القول فى العتق]
- ٢٠٩ اشاره
- ٢٠٩ [الأوصاف المعتبره فى الرقيه]

- ٢٠٩ اشارة
- ٢١٠ [الأول الإيمان]
- ٢٢٠ [الثاني السلامه من العيوب]
- ٢٢٥ [الثالث أن يكون تام الملك]
- ٢٤٣ [اشروط الإعتاق]
- ٢٤٣ اشارة
- ٢٤٣ [الشرط الأول النيه]
- ٢٤٣ اشارة
- ٢٥٦ [أفروع على القول بعدم وجوب التعيين]
- ٢٥٦ [الأول لو أعتق عبدا عن إحدى كفارتيه صح]
- ٢٥٧ [الثاني لو كان عليه كفارات ثلاث متساويه]
- ٢٥٨ [الثالث لو كان عليه كفاره و لم يدر سببه فأعتق و نوى القربه و التكفير أجزاء]
- ٢٥٩ [الرابع لو شك بين النذر و الكفاره فنوى التكفير لم يجز و كذا العكس]
- ٢٦٠ [الخامس لو كان عليه كفارتان و له عبدان فأعتقهما و نوى نصف كل واحد منهما عن كفاره صح]
- ٢٦٣ [الشرط الثاني تجريده عن العوض]
- ٢٦٦ [الشرط الثالث أن لا يكون السبب محرما]
- ٢٦٦ [القول فى الصيام]
- ٢٧٣ [القول فى الإطعام]
- ٢٩١ [مسائل أربع]
- ٢٩١ [المسألة الأولى كفاره اليمين مخيره]
- ٢٩٦ [المسألة الثانية الإطعام فى كفاره اليمين مد لكل مسكين]
- ٢٩٦ [المسألة الثالثة كفاره الإيلاء مثل كفاره اليمين]
- ٢٩٦ [المسألة الرابعه من ضرب مملوكه فوق الحد استحب له التكفير بعنته]
- ٢٩٨ [المقصد الرابع فى الأحكام المتعلقة بهذا الباب]
- ٢٩٨ اشارة
- ٢٩٨ [المسألة الأولى من وجب عليه شهران فان صام هلاليين فقد أجزأه و لو كانا ناقصين]

- المسأله الثانيه المعتبر في المرتبه حال الأداء لا حال الوجوب]----- ٢٩٩
- المسأله الثالثه إذا كان له مال يصل إليه بعد مده غالبا لم ينتقل فرضه بل يجب]----- ٣٠١
- المسأله الرابعه إذا عجز عن العتق فدخل في الصوم ثم وجد ما يعتق لم يلزمه العتق]----- ٣٠٢
- المسأله الخامسه لو ظاهر و لم ينو العود فأعتق عن الظهار لا يجزؤه]----- ٣٠٤
- المسأله السادسه لا تدفع الكفاره إلى الطفل]----- ٣٠٥
- المسأله السابعه لا تصرف الكفاره إلى من تجب نفقته على الدافع]----- ٣٠٦
- المسأله الثامنه في وجوب تقديم الكفاره على المسيس في الظهار]----- ٣٠٩
- المسأله التاسعه إذا وجب عليه كفاره مخيره كفر بجنس واحد]----- ٣٠٩
- المسأله العاشره لا يجزئ دفع القيمه في الكفاره]----- ٣١٠
- المسأله الحاديه عشره كفاره من قتل في الأشهر الحرم]----- ٣١٠
- المسأله الثانيه عشره كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز صام ثمانيه عشر يوما]----- ٣١١
- [كتاب الإيلاء]----- ٣١٦
- اشاره ----- ٣١٦
- الأمر الأول في الصيغه]----- ٣١٧
- الأمر الثاني في المؤلى]----- ٣٢٣
- الأمر الثالث في المؤلى منها]----- ٣٢٤
- الأمر الرابع في أحكامه]----- ٣٢٨
- الأمر الرابع:----- ٣٢٨
- المسأله الأولى لا ينعقد الإيلاء حتى يكون التحريم بالحلف]----- ٣٢٨
- المسأله الثانيه مده التربص في الحره و الأمه]----- ٣٣٠
- اشاره ----- ٣٣٠
- أفروع]----- ٣٣٨
- الأول لو اختلفا في انقضاء المده فالقول قول من يدعى بقاءها]----- ٣٣٨
- الثاني لو انقضت مده التربص و هناك مانع من الوطء كالحيض و المرض]----- ٣٣٨
- الثالث إذا جن بعد ضرب المده احتسب المده عليه و إن كان مجنوناً]----- ٣٤٠
- الرابع إذا انقضت المده و هو محرم ألزم بفئه المعذور]----- ٣٤٠

- ٣٤٠ [الخامس إذا ظاهر ثم آلى أو عكس صح الأمران]
- ٣٤٢ [السادس إذا آلى ثم ارتد لا تحتسب عليه مدة الردة]
- ٣٤٣ [المسألة الثالثة إذا وطأ فى مدة التبرص لزمته الكفاره إجماعاً]
- ٣٤٥ [المسألة الرابعة إذا وطأ المؤلى ساهيا بطل حكم الإيلاء]
- ٣٤٧ [المسألة الخامسة إذا ادعى الإصابه فأنكرت فالقول قوله مع يمينه]
- ٣٤٨ [المسألة السادسة المده المضروبه بعد الترافع لا من حين الإيلاء]
- ٣٥٠ [المسألة السابعة الذميان إذا ترافعا كان الحاكم بالخيار]
- ٣٥١ [المسألة الثامنة فنه القادر غيبوبه الحشفه فى القبل]
- ٣٥٢ [المسألة التاسعه إذا آلى الحر من الأمه ثم اشتراها و أعتقها و تزوجها لم يعد الإيلاء]
- ٣٥٣ [المسألة العاشره إذا قال لأربع: و الله لا وطأتكن لم يكن مؤلّيا فى الحال]
- ٣٦٠ [المسألة الحاديه عشره إذا آلى من المطلقه الرجعيه صح]
- ٣٦٢ [المسألة الثانيه عشره لا تكرر الكفاره بتكرر اليمين]
- ٣٦٥ [المسألة الثالثه عشره إذا قال و الله لا أصبتك سنه إلا مره لم يكن مؤلّيا]
- ٣٦٧ تعريف مركز

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالكلام [چاپ سنگی] / محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛ نویسنده متن: علامه حلی؛ کاتب: ابوالقاسم خوانساری؛ مصحح: موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.، ج ۱؛ قطع: ۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز: بسمله... الحمدلله الذى ختم الشرايع باسمهما طريقه و اوضحها حقيقه و اظهرها برهانا ... و بعد فيقول العبد القاصر العاشر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله اليهما ...

انجام:.... الاصحاب الثانى و الله اعلم الحمدلله اولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً على ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المكرم من سنه ۱۲۷۴ق. و انا الفقير الى الله الغنى ابن اسدالله ابوالقاسم خوانسارى.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت: ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تزئینات جلد:جلد مقوایی، روکش تیماج قهوه ای، عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق: تصحیحاتی اندک با نشان «صح» و توضیحاتی اندک با نشان «منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک: یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی " بسم الله الرحمن الرحيم و قد انتقل ذلك الكتاب مع مجلداته الاخر التي كانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان على المبلغ الف و خمس مائه توماناً المقابل ۱۵۰۰ریالاً- و وقع هذا الانتقال فی يوم الخامس المطباق با يوم الثانى من شهر جماديا لاولى من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبويه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسين الصالحى ... النجفى و التهرانى المسكن " (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است، و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن ۶۰۲-۶۷۶ق. - شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

خوانساری، ابوالقاسم، قرن ۱۳ق. کاتب

طهرانی، موسی، قرن ۱۳ق. مصحح

حسینی، فروشنده

ج ۳۳، ص: ۱

[تتمه القسم الثالث فی الإیقات]

[کتاب الخلع و المباره]

اشاره

كتاب الخلع و المبارأه بضم الخاء من الخلع بفتحها الذى هو بمعنى النزاع لغه، و شرعا إزاله قيد النكاح بفديه من الزوجه و كراهه منها له خاصه دون العكس، و كأنه لأن كلا منهما لباس الآخر كما قال سبحانه(١)«هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ» فخلعه إياها نزع منه لها، و المخالعه بينهما تكون بذلك منه و بفدائها نفسها و كراهتها له.

هذا و فى كشف اللثام «و مختلعه» بمنزله «طالق» لا «مطلقه» و كأنه أشار بذلك إلى دفع ما يقال من المنافاه بين ذلك و بين ما تقدم من عدم جواز الطلاق بقول:

«أنت مطلقه» و وجه الدفع إما بقراءتها بكسر اللام حتى تكون بمنزله «أنت طالق» أو أن المراد أنها بهذا المعنى و إن كانت بفتح اللام، كما عساه ظاهر الكفايه، و الأولى اختيار صيغه الماضى.

و كيف كان فالمبارأه بالهمز و تقلب ألفا لغه المفارقه، يقال: بارأ الرجل ريكة إذا فارقه، و شرعا إزاله قيد النكاح بفديه منها مع كراهه من الجانبين.

و كيف كان فشرعيه الخلع ثابتة كتابا و سنه و إجماعا من المسلمين قال الله

تعالى (١) «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» و أما السنه من طريق الخاصه فمتواتره (٢) و ستسمع طرفا منها فى أثناء المباحث، بل لعلها من طرق العامه أيضا كذلك، منها ما

روى عن ابن عباس (٣) «أنها جاءت امرأه ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وآله و هى بنت عبد الله بن أبى، و كان يحبها و تبغضه، فقالت: يا رسول الله صلى الله عليه وآله لا أنا و لا ثابت، و لا يجمع رأسى و رأسه شىء، و الله ما أعيب عليه فى دين و لا خلق، و لكن أكره الكفر بعد الإسلام ما أصفه بغضا، إنى رفعت جانب الخباء فرأيتة أقبل فى عده فإذا هو أشدهم سوادا و أخصرهم قامه و أقبحهم وجهاً، فنزلت الآية، و كان قد أصدقها حديقته، فقال ثابت:

يا رسول الله ترد الحديقته، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما تقولين؟ فقالت: نعم و أزيده، فقال: لا حديقته فقط، فاختلعت منه»

و ربما يستفاد من هذا و غيره عدم المرجوحه الشرعيه فيه.

بل ربما حكى عن الشيخ و أبى الصلاح و ابن البراج و ابن زهره و جوب الخلع عند تحقق موضوعه، قال الشيخ فى النهايه: «إنما يجب الخلع إذا قالت المرأه لزوجها: إنى لا أطيع لك أمراً، و لا أقيم لك حداً، و لا اغتسل لك من

جنابه، و لأوطن فراشك من تكرهه إن لم تطلقنى، فمتى سمع منها هذا القول و علم من حالها عصيانها فى شىء من ذلك و إن لم تنطق به و جب عليه خلعهما» و احتج له بأن النهى عن المنكر واجب، و إنما يتم بهذا الخلع، فيجب، و أوجب بمنع المقدمه الثانيه.

و ربما حمل كلام الشيخ على شدة الاستحباب، بل فى الحدائق حمل الوجوب

١- ١ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١ و غيره- من كتاب الخلع و المباره.

٣- ٣ كنز العمال ج ٣ ص ٢٢٤ مع الاختلاف فى اللفظ و ذكره الرازى فى تفسيره ذيل الآية ٢٢٩ من سورة البقره- ج ٢ ص ٣٧٥- ط عام ١٣٠٧ مرسلا مع الاختلاف فى صدر الحديث و كذلك الطبرى فى تفسيره عن ابن عباس ج ٢ ص ٤٦١ ط عام ١٣٧٣ و فيه «أخت عبد الله بن أبى» مع الاختلاف فى ذيل الحديث أيضا.

فى كلامه على الثبوت، بمعنى أنه لا يشرع ولا يثبت إلا بعد هذه الأقوال، نحو ما تضمنته

النصوص (١) من أنه «لا يحل له خلعه حتى تقول ذلك»

و ليس فى شىء منها أمر بذلك. و على كل حال فلا ريب فى ضعفه و منافاته أصول المذهب و قواعده.

[كتاب الخلع]

إشارة

و كيف كان فى النظر فى الصيغه و الفديه و الشرائط و الأحكام،

[النظر الأول فى الصيغه]

إشارة

أما الصيغه فى اللفظ الصريح فيه أن يقول: خلعتك على كذا، أو فلانه مختلعه على كذا بلا خلاف أجده فى المقام و إن توقفوا فى الجملة الاسميه فى العقود، بل قد عرفت الخلاف فى «أنت مطلقه» فى الطلاق، و إن كان التحقيق عندنا ما سمعته غير مره من عدم الاقتصار على

لفظ مخصوص ماده أو كيفيه، بل يكفى كل ما دل على إنشاء الخلع من لفظ صريح فى نفسه أو بالقرينه، كما أشبعنا الكلام فيه فى مقامات متعدده، و لعل وفاقهم على الجملة الاسميه هنا مما يؤيده، إذ لا دليل بالخصوص عليها فى المقام الذى هو كغيره بالنسبه إلى ذلك، بل و ما تسمعه من جميل من الاكتفاء بقول: «نعم» بعد سؤال الرجل ذلك، بل و غير ذلك مما سمعته فى محله، فلا فائده فى التكرار، و إن كان الاحتياط لا ينبغى تركه، فيقتصر على خصوص ما ذكره الأصحاب من الصيغ الخاصه فى كل باب.

و على كل حال فى هل يقع الافتراق بمجرد من دون اتباع بطلاق؟ المروى مستفيضا صحيحا و غيره نعم

قال الباقى عليه السلام فى خبر زرارته (٢): «لا- يكون الخلع حتى تقول: لا أطيع لك أمرا، و لا أبر لك قسما، و لا أقيم لك حدا، فخذ منى و طلقنى، فإذا قالت ذلك فقد حل له أن يخلعها بما تراضيا به من قليل أو كثير، و لا يكون ذلك إلا عند سلطان، فإذا فعلت ذلك فهى أملك بنفسها من غير أن يسمى طلاقا».

١- ١ الوسائل الباب- ١- من كتاب الخلع و المباره.

٢- ٢ ذكر صدره فى الوسائل فى الباب- ٤- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٥ و ذيله فى الباب- ٣- منه الحديث ١٠.

و قال الصادق عليه السلام فى صحيح الحلبي (١): «عده المختلعه عده المطلقه، و خلعهها طلاقها، و هى تجزئ من غير أن يسمى طلاقاً».

و فى

صحيح سليمان بن خالد (٢) «قلت له: أ رأيت إن هو طلقها بعد ما خلعهها أ يجوز؟ قال: و لم يطلقها و قد كفاه الخلع؟ و لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقها».

و فى

صحيح ابن بزيع (٣) «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارئ زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو هى امرأته ما لم يتبعها بالطلاق؟ فقال: تبين منه و إن شاءت أن يرد إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت، فقلت: إنه قد روى أنه لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق، قال: ليس ذلك إذا خلعا، فقلت: تبين منه؟ قال: نعم».

و صحيحه الآخر (٤) عنه عليه السلام «سألته عن المرأة تبارئ زوجها أو تختلع منه بشاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه؟ فقال: إذا كان ذلك على ما ذكرت ف نعم، قال: قلت: قد روى لنا أنها لا تبين منه حتى يتبعها بالطلاق، قال:

فليس ذلك إذا خلعا، فقلت تبين منه؟ قال: نعم».

و قال الصادق عليه السلام (٥): «المختلعه التى تقول لزوجها: اخلعنى و أنا أعطيك ما أخذت منك، فقال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول: و الله لا أبر لك قسماً، و لا أطيع لك

أمراً، و لآذنن فى بيتك بغير إذنك، و لأوطنن فراشك غيرك، فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حل له ما أخذ منها، و كانت تطليقه بغير طلاق يتبعها، و كانت بائناً بذلك، و كان خاطباً من الخطاب»

إلى غير ذلك من النصوص

١-١ الوسائل الباب-٣- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب-٣- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٨.

٣-٣ الوسائل الباب-٣- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٩.

٤-٤ أشار إليه فى الوسائل الباب-٣- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٩ و ذكره فى الكافى ج ٦ ص ١٤٣.

٥-٥ ذكر صدره فى الوسائل فى الباب-١- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٤ و ذيله فى الباب-٣- منه الحديث ٣.

بالخصوص.

مضافا إلى ما دل (١) على حصول البينونة بالخلع الصادق على المجرد عن الطلاق قطعا، إذ القائل باتباع الطلاق لا يجعله داخلا في مفهومه، وإنما هو من شرائط البينونة أو جزء سببها الذي هو الخلع المتبع بالطلاق.

بل ربما استظهر من صحيح ابن بزيع - بناء على نسخه النصب، بل و نسخه الرفع مع إضمار ضمير الشأن اسما ليس - اعتبار عدم اتباع الطلاق في مفهومه، و من هنا يكون جعل قراءه «خلع» فعلا و جعل «إذا» شرطا أولى، على معنى أن ذلك ليس شرطا إذا خلع، بخلاف ما إذا بارأ و إن كان قد يناقش بأن كون المراد اعتبار اتباع الطلاق في الخلع يتنافى كون ذلك خلعا، لما ستعرف من أن الخلع طلاق، لا أن المراد خروجها عن الخلع باتباع الطلاق، بل أقصاه كون الطلاق حينئذ لغوا.

و ربما كان ذلك تعريضا بمن عمل بالروايه المزبوره من العامه، بل لعل

قوله عليه السلام: «لو كان الأمر إلينا»

إلى آخره إشاره إلى ذلك، أو إلى عدم مشروعيه طلاق المختلعه من دون الرجوع بالفديه و الرجوع بالطلاق منه.

و على كل حال فلا محيص عن العمل بالنصوص المزبوره بعد ما عرفت، خصوصا بعد انجبارها بالشهره العظيمه، بل يظهر من المحكى عن المرتضى الإجماع عليه.

و قال الشيخ: لا يقع حتى يتبع بالطلاق و تبعه ابنا زهره و إدريس مدعيا أولهما الإجماع عليه، بل قال الشيخ: هو مذهب جعفر بن سماعه و الحسن بن سماعه و على بن رباط و ابن حذيفه من المتقدمين، و مذهب على بن الحسن من المتأخرين، و أما الباقر من فقهاء أصحابنا المتقدمين فلست أعرف لهم فتيا في العمل به.

و على كل حال فلا دليل إلا الأصل المقطوع، و الإجماع الممنوع، و الاحتياط الذى لا تجب مراعاته، و

خبر موسى بن بكر^(١) عن الكاظم عليه السلام قال: «قال على عليه السلام: المختلعه يتبعها الطلاق ما دامت فى العده»

الضعيف سندا القاصر دلالة، ضروره احتمال كون المراد منه جواز أن تطلق مره أخرى ما دامت فى العده، و ذلك بأن ترجع فى البذل فيراجعها الزوج ثم يطلقها، بل لعله أولى من دعوى إرادته اتباع الخلع الطلاق ما دامت فى العده الذى لا يقول به الخصم، إذ هو يعتبر

إتباع صيغته بصيغته، لا أنه يطلقها فى العده.

و أعجب من ذلك حمل تلك النصوص الكثيره على التقيه لمكان معارضه الخبر المزبور، مستدلين على ذلك ب

قول الصادق عليه السلام لزراره^(٢): «ما سمعت منى يشبه قول الناس فيه التقيه، و ما سمعت منى لا يشبه قول الناس فلا تقيه فيه»

إذ لا يخفى عليك أن ذلك مع معارضتها بما لا يشبه قول الناس، و ليس إلا الخبر المزبور الذى قد عرفت حاله.

و أغرب من ذلك استدلال ابن سماعه و غيره بأنه «قد تقرر عدم وقوع الطلاق بشرط، و الخلع من شرطه أن يقول الرجل إن رجعت فيما بذلت فأنا أملك ببضعك فينبغى أن لا تقع به فرقه» إذ هو كما ترى ممنوع أصلا و تفريعا، بل ذلك من أحكامه لا من شرائطه، و على تقديره فليس هو شرطا فى الخلع على وجه ينافى تنجيزه، و إنما هو اشتراط أمر آخر كما تسمعه فى المباره بناء على اشتراط قول ذلك فيها.

و من ذلك يعلم ضعف فقاهاه ابن سماعه و أن جميلا كان أفقه منه، فإنه قد

روى جعفر^(٣) أخوه «أن جميلا- شهد بعض أصحابنا و قد أراد ان يخلع ابنته من بعض أصحابنا، فقال جميل للرجل: ما تقول؟ رضيت بهذا الذى أخذت

١-١ الوسائل الباب-٣- من كتاب الخلع و المباره الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٣- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٧ عن عبيد بن زراره.

٣-٣ الكافي ج ٦ ص ١٤١.

و تركتها؟ فقال: نعم، فقال لهم جميل: قوموا، فقالوا: يا أبا على ليس يريد يتبعها بالطلاق؟ فقال: لا».

و كيف كان فى المسالك و كشف اللثام لا يقع عندنا بفاديتك مجردا عن لفظ الطلاق، و لا فاسختك و لا أبنتك (بتتك خ ل) و نحوها لأنها كنيات فلا- يقع بها كالطلاق، لأصالة بقاء الزوجيه، خلافا للعامه فأوقعوه بجميع ذلك، و جعلوها كنيات تتوقف على النيه، و بعضهم جعل اللفظين الأولين صريحين فيه، لورود الأولى فى قوله تعالى (١) «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» و لأن الثانيه أشد دلالة على حقيقته من لفظ الخلع بناء على أنه فسخ، و على تقدير كونه طلاقا فهو كناية قطعاً.

و يضعف الأول بأن مجرد و روده فى القرآن أعم من كونه صريحا، و لأنه لم يتكرر و لا شاع فى لسان أهل الشرع، فلا يلحق بالصريح، و مثله و رود الإمساك فى الرجعه (٢) و التسريح فى الطلاق (٣) و فك الرقبه فى العتق (٤) فإنها إطلاقات خفيه لا تظهر فى تلك المعانى إلا بانضمام القرائن.

قلت: كأن هذا الكلام مناف لما ذكره فى غير مقام من كتابه- حتى فى المقام- من عدم اعتبار ألفاظ خاصه، و عدم كونها بلفظ الماضى، و قياس المقام على الطلاق الوارد

فيه (٥) لفظ الحصر المراد منه التعريض بما عند العامه من الكنيات و غيره مع حرمة عندنا مع الفارق كما عرفت، و انضمام القرائن مع إفاده أصل المعنى الذى هو إنشاء معنى الخلع غير قادح، كما هو واضح لمن أحاط خيرا بما قدمنا هنا و هناك، اللهم إلا أن يكون إجماعا هنا بالخصوص.

و كذا لا يقع بالتقابل الذى قد عرفت عدم مشروعيته فى عقد النكاح الذى قام الطلاق و الخلع مقامه فيه، نعم لو قال الزوج بعد بذل

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٤- ٤ سورة البلد: ٩٠- الآيه ١٣.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب مقدمات الطلاق من كتاب الطلاق.

المرأه: «أقلتك على ما بذلت» مریدا به معنی الخلع و لو مجازا بقرینه إن صح ففیه البحث السابق.

و کیف كان ف بتقدیر الاجتزاء بلفظ الخلع هل یكون فسخا أو طلاقا؟ قال المرتضى و تبعه المشهور هو طلاق بل ظاهر ناصریات المرتضى أو صریحه الإجماع علیه بعد أن حکى عن بعض المخالفین أنه فسخ و مع ذلك هو المروى فی المعتره المستفیضه (١) التي مر علیک شرط منها، و

فی بعضها «خلعها طلاقها» (٢)

و فی آخر «و كانت عنده على تطليقتين» (٣)

و فی الثالث «و كان تطليقه بغير طلاق يتبعها» (٤)

و فی رابع «الخلع و المباره تطليقه بائن و هو خاطب من الخطاب» (٥)

إلى غير ذلك.

و قال الشيخ: الأولى أن يقال فسخ لأنه ليس بلفظ الطلاق، و هو لا يقع عندنا بالكنايه، و لأنه لو كان طلاقا لكان رابعا فی قوله تعالى (٦) «فلا جناح عليهما» لأن قبله «الطلاق مرتان» إلى آخرها، و بعده «فإن طلقها فلا تحل له» إلى آخرها، فذكر تطليقتين و الخلع تطليقه بعدها، و لأنها خلت من صريح الطلاق و نيته فكان فسخا كسائر الفسوخ و هو من الشيخ ره تخريج على القول بوقوعه مجردا، لما عرفت من أن مذهبه الاتباع بالطلاق، و رده غير واحد بالنصوص المزبوره (٧).

و على كل حال ف قد فرعوا على ذلك أن من قال هو فسخ لم يعتد

١-١ الوسائل الباب-٣ و ٥ و ١٠- من كتاب الخلع و المباره.

٢-٢ الوسائل الباب-١٠- من كتاب الخلع و المباره الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-٣- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٢.

٤-٤ الوسائل الباب-٣- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٣.

٥-٥ الوسائل الباب-٥- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٢.

٦-٦ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٩.

٧-٧ الوسائل الباب-٣- من كتاب الخلع و المباره.

به في عدد الطلقات بخلاف القائل بكونه طلاقاً.

قلت: كأن هذا البحث ساقط عندنا، لتظافر نصوصنا(١)بكونه طلاقاً، بل الفتاوى أيضاً كذلك، بل لو قلنا: إنه فسخ أمكن دعوى إجراء حكم الطلاق عليه للنصوص المزبورة بالنسبة إلى ذلك وغيره، و من هنا لم نعرف القائل

بذلك من أصحابنا، نعم مع قطع النظر عن النصوص المزبورة يتجه ما ذكره الشيخ، لأنه سبب آخر من أسباب الفراق، خصوصاً بعد أن أفردوا له كتاباً غير كتاب الطلاق الذي قد عرفت أنه الفراق بقول: «أنت طالق» و من هنا يظهر لك الحال على التقديرين بحيث يسقط القول الآخر.

كما أن ما في المسالك- من أن «هذا الخلاف متفرع على الخلاف السابق فإننا إن اعتبرنا اتباعه بالطلاق فالمعتبر في رفع النكاح هو الطلاق، و إضافه الخلع إليه قليله الفائدة، لأن تملك المال يحصل بالطلاق في مقابله العوض، بل بنيته مع سؤال المرأة»- لا يخلو من إجمال، ضروره إمكان دعوى القائل أن الخلع هو المملك لكن بشرط الطلاق، كما أنه يمكن جعل المجموع سبباً، بل يمكن القول بتوقف الفراق خاصه على الطلاق الذي لا- يصلح للتمليك المحتاج إلى إنشاء من الطرفين، و لعل هذا الاحتمال كاف في فساد هذا القول.

و كيف كان ف يقع الطلاق مع الفديه بئنا و إن انفرد عن لفظ الخلع و ذلك لأن المحصل من النص (٢)و الفتوى بل و آيه الفديه(٣)التي هي في البذل للطلاق كون الخلع نوعاً خاصاً من الطلاق الذي لا- ينافيه التعريف المزبور المحمول على إرادته الطلاق المقابل للخلع و المباره، لا المعنى الأعم الشامل لهما و إن اختص بلفظ «خلعت» عن باقي أفراد الطلاق، إلا أنه لا ينافي وقوعه بصيغته الطلاق بعد أن كان فرداً، إذ هو حينئذ كالسلف في البيع في كونه فرداً خاصاً منه، حتى إذا

١- ١ الوسائل الباب- ٣ و ١٠- من كتاب الخلع و المباره.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٢.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٩.

قلنا بعدم جواز عقد البيع غير السلم بلفظ «أسلمت» و «أسلفت» يجوز عقده بصيغته البيع، بل الظاهر عدم احتياجه إلى قصد السلميه بعد أن يكون الموضوع موضوعاً، لعدم كونه ماهية أخرى حتى يحتاج إلى قصدتها، بل يكفي في كونه سلماً قصد البيعه و كون الموضوع موضوع السلم قصده أو لم يقصده، بخلاف الماهيات المختلفه، فإنه مع اتحاد المورد فيها لا بد في ترتب كل واحد منها بالخصوص من قصد الخصوصية، و لا يكفي قصد المعنى المشترك بينها.

ففي المقام إذا أوقع الطلاق بالفديه مع الكراهه كان خلعا قصده أو لم يقصده بعد أن عرفت أنه قسم خاص منه، فيكفي في تحققه حينئذ قصد الطلاق فيما هو موضوع الخلع و إن لم يقصد الخلع، كما يكفي في كون البيع سلماً قصد البيع فيما هو موضوع السلم و إن لم يقصد السلميه، و من هنا كانت جميع شرائط الطلاق شرائط الخلع و لا عكس، كالسلم بالنسبه إلى البيع.

كما أنه بذلك يظهر أنه لا- وجه لدعوى أعميه الطلاق بالعوض من الخلع فيشترط الكراهه في الثاني دون الأول، كما وقع من ثاني الشهيدين في المقام و غيره، ضروره عدم الدليل، بل ظاهر الأدله خلافها، منها المعتره المستفيضه الداله على عدم حليه أخذ شىء من المرأه مع عدم الكراهه^(١) و إطلاق أدله الطلاق لا يقتضى

مشروعيته مع العوض و إن لم تكن كراهه، خصوصا بعد عدم قابليه الطلاق لتمليك المنافى لأصالة بقاء المال على ملك مالكه، و لذا لم يقبل شرطيه تمليك شىء من الأشياء، لا- من طرف المطلق و لا المطلقه، و هو واضح، و سيأتى لك زياده تحقيق لذلك، و إن كان مما ذكرنا يظهر لك النظر في كلام جملة من الأساطين فضلا عن غيرهم، و حينئذ فيمكن إرادته المصنف ما ذكرنا.

بل لعله أيضا هو مراد غيره ممن صحح وقوع الخلع بصيغته الطلاق، بل في كشف اللثام عن المبسوط نفى الخلاف فيه، لا أن المراد وقوعه بصيغته الطلاق مقصودا

بها الخلع على معنى أنها صيغته أخرى له، ضروره أن ذلك يتم لو جعلنا ماهيته غير ماهيه الطلاق، و الفرض أنه منه نصا(١) و فتوى، حتى عدوه فى أقسام الطلاق البائن سابقا. و بذلك يظهر لك ما فى قول المصنف.

[فروع]

[الأول لو طلبت منه طلاقا بعوض فخلعها مجردا عن لفظ الطلاق لم يقع]

الأول:

لو طلبت منه طلاقا بعوض فخلعها مجردا عن لفظ الطلاق لم يقع على القولين أى القول بأن الخلع فسخ، و القول بأنه طلاق، أما الأول فواضح، ضروره أنه غير ما طلبته، و أما الثانى فى المسالك «لأنه و إن جعلناه طلاقا لكنه طلاق مختلف فيه، و ما طلبته لا خلاف فيه، فظهر أنه خلاف مطلوبها على القولين».

و فيه أن الخلاف فيه لا ينافى كونه مصداقا لما طلبته بعد تنقيح الحال فيه، و هو ثمره النزاع، كالنذر و اليمين و غيرهما، و ليس معنى «طلقنى بعوض» أى اخلعنى بصيغته «أنت طالق بكذا» بل المراد حصول الطلاق بالعوض الذى لا- فرد له إلا- الخلع على الأصح، فهو عين ما طلبته، اللهم إلا أن يدعى انسياق الصيغته المخصوصه لكنها واضحه المنع، فإن أحدا لا يتخيل من قول: «بع لى هذا الكتاب» مثلا- إرادته نقله بيعا بصيغته «بعث» بحيث لو باعه بغيرها كان غير موكل فيه، و الفرض أنه بيع كما هو واضح بأدنى التفات، و هذا أحد المقامات التى أشرنا سابقا إلى عدم تنقيح الحال فيها عندهم، و إلا فلا إشكال فى حصول ما سألته بالخلع بناء على أنه طلاق بعوض.

و لو طلبت خلعاً بعوض فطلق به لم يلزم البذل على القول بوقوع الخلع بمجرد فسخه لأنه حينئذ مباين للطلاق و يلزم على القول بأنه طلاق أو أنه

يفتقر إلى الطلاق و ذلك لكون الطلاق الذى وقع مع فرض حصول موضوع الخلع خلعا منطبقا على سؤالها أو مع زياده، و لا يخفى عليك أن ذلك بعينه جار فى الأول بعد ما ذكرنا.

[الثانى لو ابتداء فقال أنت طالق بألف أو و عليك ألف صح الطلاق رجعيا]

الثانى:

لو ابتداء فقال للكارهه أنت طالق بألف أو و عليك ألف لم يصح خلعا مع عدم قبولها نعم صح الطلاق رجعيا فى قول ستعرف تحقيقه و لم يلزمها الألف و لو تبرعت بعد ذلك بضماتها أى الالتزام بها- لم ينفع فى صحته خلعا لأنه ك ضمان ما لم يجب فى عدم الالتزام به، لتظافر النص (١) و الفتوى بأن موضوع الخلع تقدم فدائها، و ألحق به مقارنته للطلاق بالعوض، و على كل حال فالترامها به بعد ذلك خارج عن موضوع الخلع و إلا لبقى موقوفا إلى زمن رضاها أوردتها، و هو معلوم البطلان، لأن الفضوليه لا تجرى فيه.

و حينئذ ف لو دفعتها إليه بعد مضى زمان القبول إن صح كانت هبه مستأنفه و إلا كان دفعا فاسدا، و وجب رد المال إليها إذا كانت قد دفعتها فديه و لا تصير المطلقه بدفعها بائه (١١) حينئذ، لخروجها عن كونها فديه بها يصير الطلاق بائنا.

و بالجملة ظاهر الأصحاب أنه يعتبر فى صيغه الخلع وقوعها على جهه المعاوضه بينه و بين الزوجه، و يتحقق ذلك بأحد أمرين: تقدم

سؤالها ذلك على وجه الإنشاء له، بأن تقول مثلا: «بذلت لك كذا على أن تخلعنى» مثلا فيقول: «خلعتك على ذلك» مثلا أو «أنت طالق بذلك» أو مجردا ناويا العوض، و الثانى ابتداءه به مصرحا بذكر العوض، فتقبل المرأه بعده بلا فصل ينافى المعاوضه، و بدون ذلك يقع

الخلع باطلا، بل لا أجد فيه خلافا بينهم.

نعم أظن في الحدائق مدعيا عدم ظهور النصوص في اعتبار الترتيب المزبور الذى هو كترتيب المعاوضه، بل يكفى تقدم فدائها ثم طلاقها عليه مع فرض استمرار عزمها على البذل، و الذى غره إجمال النصوص فى ترتيب سائر المعاوضات، لكن من المعلوم أن الأصل عدم الصحه، و لا ريب فى الشك فى حصول الخلع بالفرض الذى ذكره، و لا إطلاق معتد به صالحا للخروج به عن الشك المزبور، خصوصا بعد ظهور اتفاق الأصحاب عليه و إطلاق لفظ الشراء و الصلح على الحال المزبور فى النصوص،

فعن أمير المؤمنين عليه السلام (١): «لكل مطلقه متعه إلا المختلعه، فإنها اشترت نفسها»

و خبر البقباق (٢) عن الصادق عليه السلام «المختلعه إن رجعت فى شىء من الصلح يقول: لأرجعن، فى بضعتك»

بل و ظهور النصوص (٣) فى اعتبار إنشاء التراضى بينهما بذلك، و لا ريب فى أنه متى اعتبر الإنشاء من الطرفين كان لهما حكم سائر المعاوضه، فالفداء فى المقام إما معاوضه مستقلة أو قسم من أقسام الصلح، فلا بد من الترتيب بينهما على الوجه المزبور.

بل الأولى اعتبار الألفاظ الداله على ذلك بينهما، و إن كان يقوى الاكتفاء بالفعل منها بقصد الإنشاء، كما لو دفعت فاديه فخلعها على ذلك، و إن كان الأحوط خلافه، كما أنه يكتفى منه بإيقاع ما أنشأت الفداء له من الخلع أو الطلاق و إن لم يذكر الفداء لفظا، نعم ستعرف أن التحقيق عدم كون المقام من المعاوضات الحقيقيه و إن ثبت له بعض أحكامها لإجماع إن تم أو غيره.

هذا و ظاهر المصنف عدم الفرق بين الصيغتين فى الصحه مع حصول القبول منها الجارى على نحو المعاوضه و البطلان مع عدمه، و لعله لظهور إرادته إنشاء العوضيه فيهما عرفا، فلم يكن مانع من الصحه إلا تخلف ترتيب المعاوضه و فوريتها.

١-١ الوسائل الباب- ١١- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٣.

٢-٢ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل الباب- ١- من كتاب الخلع و المبارأه و الباب- ٧- منه الحديث ٤.

لكن أظن في المسالك و ادعى الفرق بينهما بأن الثانيه صيغه إخبار لا صيغه التزام مع عدم سبق البذل من المرأه «بل هي جمله معطوفه على الطلاق، فلا يتأثر بها، و تلغو في نفسها، كما لو قال: «أنت طالق و عليك حج»

حتى لو قبلت، لأن قبولها حينئذ رضا بما فعل، و الفرض عدم وقوع ما يقتضى المعاوضه منه بخلاف ما لو قالت: «طلقني و لك على ألف» أو «و على ألف» فأجابها بذلك، لوقوع الالتزام منها، و هو الذى يتعلق بها، و الزوج ينفرد بالطلاق، فإذا لم يأت بصيغه المعاوضه حمل كلامه على ما ينفرد به، و كفاه نيته حتى لو أطلق و قال: «أنت طالق» عقيب سؤالها بالعوض كفى ذلك و لزمها المال، لتحقق المعاوضه، و وقوعها من جانب من وظيفته الالتزام بها و وقوع التزامه به- إلى أن قال:- و بذلك ظهر الفرق بين الصيغتين اللتين أتى بهما المصنف، و جعلهما غير ملزومتين للمال، فان عدم لزومه فى الأولى مشروط بعدم لحوق القبول منها، إذ الفرض كونها غير ملتتمسه منه ذلك بخلاف الثانيه، فإنها لا توجب التزام المال، سواء قبلت أم لا، لعدم دلالتها على المعاوضه وضعا و إن قصد، إذ لا بد من التعبير باللفظ الدال على المعنى المطلوب كغيره من المعاوضات- ثم أظن بما يؤكد ذلك إلى أن قال:- و يتفرع على ذلك ما لو قال الرجل بعد قبولها: «قصدت فى الثانيه العوضيه، و أردت بقولى: و لى عليك ألف ما يعينه القائل بقوله: «طلقتك على ألف» فإنه لا يصدق، لأن ذلك خلاف مدلول اللفظ، فلا يكفى قصده فى لزوم العوض، و لو وافقته المرأه فوجهان: من أن اللفظ لا يصلح للالتزام، فلا يؤثر مصادقتها على قصده، و من أن الحق عليها، و من الجائر أن يريد لى عليك ألف عوضا عنه و نحو ذلك، و الأجود الأول» إلى آخر ما ذكره.

و قد اشتمل على غرائب و إن حكى عن الشيخ رحمه الله الموافقه على بعض ذلك، منها دعوى ظهور الصيغه فى الإخبار، و منها عدم الاعتبار بها حتى مع قصده إنشائه العوضيه بها، بل جعل الأجود ذلك و إن وافقته المرأه، مع أنه يكتفى فى العقود بأى لفظ و لو مجازا، بل اكتفى فى المقام بالنيه كما سمعت على تقدير الموافقه، و الفرض أن الحق منحصر فيهما، كما أن خطاب المعاوضه كذلك لا ينفى احتمال

عدم الاجتراء بذلك.

و بالجمله فما أدري ما الذى دعاه إلى هذا الاطناب مع خروجه عن السداد و الصواب؟! خصوصا على مذهبه فى غير المقام فضلا عنه الظاهر من النصوص (١) توسعه الأمر فيه.

و لو قال: «أنت طالق على أن عليك ألفا» صح مع تقدم سؤالها ذلك أو تأخر قبولها بحيث لم يخرج عن قبول المعاوضه، و دعوى أنها صيغه شرط فى الطلاق- فيكون قد علق طلاقها على شرط هو أن يكون عليها ألف لا على وجه المعاوضه- كما ترى خلاف المنساق عرفا منها.

و أوضح من ذلك فسادا دعوى البطلان فى جميع صور تأخر القبول من المرأه، لأن فيه شائبه التعليق باعتبار ترتب الطلاق على قبول بذل المال كباقى الشرائط، بخلاف ما لو تقدم

بذللها، فان الواقع حينئذ يصير معاوضه منجزه شبه الجعاله، لأنها تبذل المال فى مقابله ما يقع من الطلاق، فإذا أتى به وقع موقعه و حصل غرضها، كالجعاله التى تبذل فى مقابله ما يستقبل من العمل.

و فيه ما قد عرفت سابقا من أن التعليق المنافى المقتضى لمفارقة المسبب سببه، و الشائبه المزبوره هى مقتضى المعاوضه، فإن من ابتداء البيع و قال: «بعتك هذا» معناه أنك إن أعطيتنى العوض ملكتك المعوض، و لكنه ليس تعليقا و إنما هو تحليل للقصد بالمعاوضه، و مثله غير قاذح قطعاً.

و كيف كان فالبحث حينئذ فى صحه الطلاق فى جميع الصيغ المقصود بها المعاوضه و عدمه متحد، و قد صرح جماعة بصحه الطلاق مع فرض فساد العوضيه بعدم القبول أو غيره، و كونه رجعيا إن صادف موضوعه و إلا كان بائنا، لكن أشكله غير واحد بأن المقصود المقيّد الذى ينتفى مطلقه بانتفاء قيده، فدعوى صحه المطلق الذى لم يقصد منافيه لقاعده ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

و دعوى انحلال المقام إلى قصدين و إنشاءين: أحدهما إنشاء الطلاق، و الثانى إنشاء العوضيه، و فساد أحدهما لا يقتضى فساد الآخر- و ذلك لعدم اعتبار العوضيه فى الطلاق، لا أقل من أن يكون العوض هنا كالنكاح الذى قد عرفت عدم بطلانه بفساد المهر- يدفعها منافاتها للوجدان الذى لم يفرق بين تقييد المقام و تقييد غيره، و عدم اعتبار العوض فيه لا ينافى كون القصد المقيد الذى هو قصد واحد عرفا، و القياس على النكاح لا يوافق مذهبنا، و من هنا مال جماعه إلى عدم الصحه.

نعم قد يقال: إنه لا-عوضيه حقيقه فى المقام، و لذا لو رجعت بالبذل لم يبطل الطلاق، بل يكون رجعا نصا(١) و فتوى، بل ستسمع عدم الخلاف بينهم فى عدم فساد الطلاق لو كان البذل مما لا يملكه المسلم أو مغصوبا أو غير ذلك مما يقتضى عدم صحه بذله، و ليس ذلك إلا- لعدم المعاوضه المصطلحه التى من المعلوم انتفاء موضوعها بانتفاء عوضها، و إنما هى معاوضه بالمعنى الأعم، أى أن البذل منها باعث على إيجاد الطلاق الذى هو من قسم الإيقاع الذى لا يملك عوضا و لا شرطا، فهو حينئذ على معناه الأصلي، و لم ينقلب طلاق الخلع إلى قسم العقود حتى يكون «فلانه طالق - مثلا- بكذا» إيجابا، و قولها: «قبلت» قبولا، و لكن الشارع ذكر فى هذا القسم من الإيقاع صحه البذل الباعث على إيقاعه، و اعتبر فيه المقارنه له، و ارتفاع الينونه بارتفاعه، فهى حينئذ أحكام توهم من توهم منها إجراء حكم المعاوضه عليها، و غفل عما سمعت من الصحه نصا(٢) و فتوى مع الرجوع بالبذل و غيره مما عرفت.

و بذلك يتجه ما ذكره المصنف و غيره من الأساطين فى المقام و فى غيره مما ستسمع، بل و فى:

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه.

[الثالث إذا قالت: طلقني بألف كان الجواب على الفور]

الفرع الثالث: الذى هو إذا قالت: طلقني بألف كان الجواب على الفور الذى تقتضيه المعاوضه لما عرفت فإن تأخر على وجه ينافى ذلك لم يستحق عوضا و كان الطلاق رجعيا مع فرض اجتماع شرائطه، و إلا كان بائنا.

فمن الغريب ما فى المسالك من ميله إلى البطلان أولا لكن قال فى المقام:

«و ظاهر كلام المصنف عدم الفرق بين العالم بالحال و الجاهل، و هو يتم بغير إشكال على تقدير كون الطلاق رجعيا كما أطلقه، أما لو كان بائنا كطلاق غير المدخول بها مع تصريحه بقصد العوض و لم يتعقبه قبولها على الفور فالحكم بصحة الطلاق على هذا الوجه بغير عوض لا يخلو من إشكال، لعدم القصد إليه، نعم يتجه كلامه على إطلاقه على تقدير أن تقول: «طلقني بألف» فيترأخى ثم يقول: «أنت طالق» و لا- يذكر العوض، فإنه حينئذ طلاق مجرد عن العوض فلا يبعد القول بنفوذه كذلك، أما مع تصريحه بالعوض و جهله بالحال و تعذر الرجعه فهو محل الاشكال، و ما وقفت هنا لأحد من المعتمدين على شىء يعتد به» إذ هو كما ترى، ضروره عدم الفرق فى القصد بين كون الطلاق رجعيا و غيره، و لعل عدم ذكر أحد من المعتمدين له لوضوح الحال فيه بعد تنقيح أصل المسأله، من غير فرق بين الرجعى و غيره كما هو واضح.

و لا فرق فى بذل المرأه بين «طلقني بكذا» و بين «على كذا» أو «على أن على كذا» أو «على أن أعطيك كذا» بل فى المسالك «و فى معناها «إن طلقنتي» أو «إذا طلقنتي» أو «متى ما طلقنتي فلك كذا» بخلاف قول الرجل: «مهما أعطيتني كذا» أو «إن أعطيتني كذا» أو غير ذلك من أدوات الشرط، فإنه لا يقع» و إن كان قد يناقش بعدم الفرق بينهما فى منافاه هذا التعليق للإنشاء و عدمه، و لا ريب فى أن الأحوط عدمه فيهما إن لم يكن الأقوى، كما أن الأحوط ذكر العوض بصيغه الطلاق أو الخلع مع تقدم بذلها، و إن كان الأقوى الاكتفاء بنيتها.

[النظر الثاني في الفديه]

النظر الثاني في الفديه التي هي العوض عن نكاح قائم لم يعرض له الزوال لزوما و لا جوازا لكونه افتداء، و الافتداء إنما يصح إذا كانت في قيد النكاح، و لما عرفت من أنه طلاق فيعتبر في محله ما يعتبر فيه، و من هنا لا يقع الخلع عندنا في البائن، بل في القواعد «و لا بالرجعيه و لا بالمرتده عن الإسلام و إن عادت في العده» و في كشف اللثام «خلافا للعامه، فلهم قول بالوقوع بالرجعيه، لكونها كالزوجه، و بالمرتده موقوفا» قلت: قد عرفت فيما تقدم ما يقتضى احتمالاه في الأخيره عندنا.

و كيف كان فقد ذكر غير واحد من الأصحاب بل لا أجد فيه خلافا بينهم أن كلما صح أن يكون مهرا صح أن يكون فداء في الخلع، و مقتضاه أن كلما لا يصح أن يكون مهرا لا يصح أن يكون فداء حتى يتم كونه ضابطا، لكن لا أجد ذلك في شيء من النصوص، نعم

في بعضها (١) «حل له أن يأخذ منها ما وجد»

و في آخر (٢) «يحل له أن يخلعها بما تراضيا عليه من قليل أو كثير»

و في ثالث (٣) «حل له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه»

و في صحيح زراره (٤) عن الباقر عليه السلام «المبارأه يؤخذ منها دون المهر، و المختلعه يؤخذ منها ما شئت أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر، و إنما صارت المبارأه يؤخذ منها دون المهر و المختلعه يؤخذ منها ما شاء لأن المختلعه تعتدى بالكلام و تتكلم بما لا يحل لها»

إلى غير ذلك، مضافا إلى عموم الآية (٥) و لعلهم أخذوا الضابط

١-١ الوسائل الباب-٤- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٦.

٢-٢ الوسائل الباب-٤- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٥.

٣-٣ الوسائل الباب-٤- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٤.

٤-٤ الوسائل الباب-٤- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ١.

٥-٥ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٩.

المزبور من نصوص المهر(١) فإنه ملحوظ و لو بعنوان جواز الزيادة عليه، أو لمشاركه الفديه له فى عدم اعتبارها فى مفهوم الطلاق كعدم اعتباره فى مفهوم النكاح، أو لأنه لا- يعتبر فيه أزيد مما يعتبر فى أصل المعاوضات من كونه متمولا معلوما فى الجملة عينا أو

دينا أو منفعه قليلا كان أو كثيرا مقدورا على تسليمه.

و على كل حال ف لا تقدير فيه، بل يجوز و لو كان زائدا عما وصل إليها من مهر و غيره بلا خلاف أجده فيه نصا(٢) و فتوى.

فتحصل مما ذكرنا من مقتضى الكتاب (٣) و السنه(٤) جواز الفداء بكل متمول قل أو كثر، معلوما كان أو مجهولا، إلا جهاله لا تؤول إلى العلم و لم يثبت شرعيه الشارع لها فى المعاوضات و إن كانت من قبيل ما نحن فيه، مثل شىء من الأشياء، أو بعض ما يتمول أو نحو ذلك مما هو مثار النزاع، و لا تفى أدله المقام بشرعيته، فيبقى على أصل عدم الانتقال و عدم الخلع و غيرهما من الأصول.

لكن قال المصنف و تبعه غيره: إنه إذا كان غائبا فلا بد من ذكر جنسه ككونه فضه أو ذهبا مثلا و وصفه مع اختلاف أوصافه و قدره كقفيز و نحوه.

و فيه أنه لا- دليل على اعتبار ذلك، بل ظاهر الأدله السابقه عموما و إطلاقا خلافه، بل هو مناف لقلوله و قول غيره يكفى فى الحاضر المشاهده التى يمكن فرض مقدار ما يحصل من العلم منها فى الغائب الذى هو مال معين لكن لا يعرف وزنه و لا عدده و لا جنسه.

و أغرب من ذلك التزام عدم الصحه فيما لو بذلت له مالها فى ذمته من المهر أو الأعم منه و من غيره و لم يعلم مقداره، لأنه من الغائب الذى يعتبر معرفه مقداره،

١- ١ الوسائل الباب- ١- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٩ و الباب- ٤- منه الحديث ١ و الباب- ٧- منه الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من كتاب الخلع و المباره.

٣- ٣ سوره البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤- من كتاب الخلع و المباره.

مع أنك قد عرفت اقتضاء عموم الأدله و إطلاقها صحته كغيره من أفراد المجهول الذى يؤول إلى العلم، نحو ما فى الصندوق و ما فى كمى و نحوهما بعد العلم بوجود ما يصلح فيهما للبذل، و ليس فى شىء من أدله المقام ما يقتضى كونه كالمهر بالنسبه إلى ذلك على فرض اشتراطه به، خصوصا بعد كون المهر أدخل فى العوضيه من المقام.

و كيف كان فلا خلاف كما لا إشكال فى أنه ينصرف الإطلاق فيما لو قالت مثلا: «مائة دينار- أو- درهم» إلى غالب نقد البلد و إن تعدد، سواء كان ناقصا عن الدراهم الشرعيه أو زائدا، مغشوشا أو جيدا، و مع فرض عدم الغلبه التى ينصرف الإطلاق إليها لم يصح البذل، لما عرفت من كون مثل ذلك جهاله لا- تؤول إلى العلم، و مثار النزاع، فلم تثبت شرعيه التعاوض حتى فى مثل معاوضه المقام التى هى و إن كانت كما عرفت لكن لا ريب فى اشتراك حق المعاوضه بين المتعاضين، و ليس هو من قبيل الوصيه و نحوها مما يراد منه تحقق الامتثال، فمع فرض التعدد الذى لا يتسامح فيه لا ترجيح لأحدهما على الآخر فى ولايه التعيين، و الرجوع إلى معين آخر من قرعه و نحوها مناف لقاعده الشارع فيما شرعه من المعاوضات المبنيه على عدم احتياج أمر آخر غيرها فى استحقاق كل من عوضيهها، كل ذلك مع الإطلاق أما مع التعيين فلا إشكال فى الرجوع إلى ما عين بينهما و إن كان غير الغالب كما هو واضح.

و على كل حال فقد ظهر لك أنه لو خالعهما على ألف و لم يذكر المراد و لا قصده و لا قرينه تصرف الإطلاق إليه فسد الخلع للجهاله المضره بالمعاوضه كما عرفت، أما لو قصدا معينا صح و لزمها، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع، بل لا يبعد صحته فى غيره من المعاوضات كالبيع و غيره للعمومات، خلافا للمسالك و بعض من تبعها، بل أرسله إرسال المسلمات، و أبعد من ذلك احتمال الفساد فى المقام أيضا قياسا على غيره من المعاوضات، و قد عرفت الصحه فى المقيس عليه فضلا عن المقيس، لعدم الدليل على اشتراط ذكر العوض، بل ظاهر الأدله خلافه.

بل لا يبعد الصحة فى المقام لو كان القصد من أحدهما خاصه إلى معين و قبل الآخر على ذلك القصد و إن كان مجهولا عنده، لما عرفت من عموم الأدله و إطلاقها السالمين عن قرح مثل هذه الجهاله فى مثل هذه المعاضه، بل أقصاه كونه كبذل ما فى الصندوق، نعم لا تجوز فى البيع و نحوه مما يشترط فيه العلم للمتعاقدين.

بل لا- يبعد الصحة فى المقام أيضا مع قصد المعين من كل منهما و اتفقا فى اتحاد قصديهما على غير تواط، لعموم الأدله و إطلاقها و إن كان لا يخلو من تأمل.

و لو كان الفداء مما لا يملكه المسلم عالمين به كالخمر و الخنزير فسد البذل بلا إشكال و لا خلاف، لاشتراط المالىه فيه، بل قيل فسد الخلع لفساد المعاضه حينئذ و قيل و القائل الشيخ يكون الطلاق رجعيا لما عرفت من عدم اعتبار العوض فى مفهومه، و أن إنشاء الطلاق مستقل و إن كان الباعث له عليه البذل المزبور، إلا أن أقصاه عدم كونه بائنا، لفحوى ما تسمعه من النصوص (١) المتضمنه لكون الطلاق رجعيا لو رجعت بالبذل.

و لكن قال المصنف هو حق إن أتبع بالطلاق، و إلا كان البطلان أحق و لعله لأنه مع الاقتصار على الخلع لا يتحقق صحة الطلاق مع فساد العوض، لأن الخلع الذى يقوم مقام الطلاق أو هو الطلاق ليس إلا اللفظ الدال على الإبانه بالعوض، فبدونه لا يكون خلعاً، فلا يتحقق رفع الزوجيه بائنا و لا رجعياً، و إنما يتم إذا أتبعه بالطلاق ليكونا أمرين متغايرين لا يلزم من فساد أحدهما فساد الآخر فيفسد حينئذ الخلع لفوات العوض، و يبقى الطلاق المتعقب له رجعياً لبطلان العوض الموجب لكونه بائنا، و فى المسالك هو الأقوى.

و فيه (أولاً) أن الشيخ قد عرفت أنه ممن يوجب اتباع الخلع الطلاق،

فلا-وجه للتفصيل فى كلامه. و (ثانيا) أن الطلاق المتبع به الخلع لا يراد به إلا الطلاق بالعوض، و ليس هو إنشاء مستقلا، و قد سمعت سابقا من المسالك أنه هو المملك للعوض، و أن تقدم الخلع عليه قليل الفائدة، بل يمكن فرض مسأله المقام فى كون الخلع بلفظ «أنت

طالق بكذا من الخمر» من دون سبق الخلع، و لا-وجه للصحه فيه رجعيا إلا-بناء على ما ذكرناه من عدم المعاوضه فى ذلك حقيقه.

و منه ينقدح وجه الصحه رجعيا لو كانت الصيغه بلفظ «خلعت» أيضا و إن لم نجوز وقوع غير الطلاق بعوض بها، لما عرفت من كون الخلع طلاقا و إن كان مورده خاصا، فتاره يصح و اخرى يبطل لفقد شرط من شرائطه، و لكنه لا-يبطل أصل الطلاق الحاصل به كما يومئ إليه ما سمعه من النص (١) و الفتوى فى صيروره الطلاق رجعيا لو فسخت البذل و رجعت به، من غير فرق بين كون الخلع قد كان بلفظ «خلعتك على كذا» و بين «أنت طالق بكذا» و ما ذاك إلا لصحه وقوع الطلاق به فى مورده و إن لم يسلم بفسخ للبذل أو بفقد شرط من شرائطه، و احتمال الجمود على خصوص مورد النص مناف لقاعده الاستنباط المستفاده من فحاوى الأدله المشار إليها

قولهم عليهم السلام (٢): «لا يكون الفقيه فقيها حتى تلحن له بالقول فيعرف ما تلحن له»

و غيره، هذا كله مع العلم.

و أما مع الجهل كما لو خالعه على خل بزعمهما فبان خمرا صحح و كان له بقدره خلا بلا خلاف أجده فيه، قيل: لأن تراضيهما على المقدار من الجزئى المعين الذى يظنان كونه متمولا يقتضى الرضا بالكلى المنطبق عليه، لأن الجزئى مستلزم له، فالرضا به مستلزم الرضا بالكلى، فإذا فات الجزئى لمانع صلاحيته

للملك بقى الكلى، و لأنه أقرب إلى المعقود عليه.

١-١ الوسائل الباب-٧- من كتاب الخلع و المباره.

٢-٢ المستدرک الباب-١٥- من أبواب صفات القاضى الحديث ٥ من كتاب القضاء و البحار- ج ٢ ص ١٣٧ ط الحديث.

بل فى المسالك «لم ينقلوا هنا قولاً بفساده، و لا وىوب قيمته عند مستحليه كما ذكروه فى المهر، مع أن الاحتمال قائم فيه، أما الأول فلفقد شرط صحته، و هو كونه مملوكاً، و الجهل به لا يقتضى الصحه، كما لو تبين فقد شرط فى بعض أركان العقد، و أما الثانى فلأن قيمه الشىء أقرب إليه عند تعذره، و لأن المقصود من المعين ماليتة، فمع تعذرها يصار إلى قيمه، لأنه لا مثل له فى شرع الإسلام فكان كتعذر المثل فى المثلى حيث يجب، فإنه ينتقل إلى قيمته - ثم قال:-

و لو ظهر مستحقاً لغيره فالحكم فيه مع العلم و الجهل كما فصل.»

قلت: كأن ذلك مؤيد لما ذكرناه من عدم المعاوضه حقيقه هنا، و إلا كان مقتضاها الانتفاء من رأس بانتفاء العوض، كما هو واضح، و لكن لما كان إنشاء الطلاق مستقلاً أثر أثره، و الفداء لم ينتف بانتفاء ذلك المعين عرفاً بعد الإتيان بقدره خلا.

بل يمكن دعوى ذلك فيما لو كان الفداء خنزيراً بزعم أنه بقر مثلاً فبان خنزيراً أبداً بما ينطبق عليه من البقر و صح، لأنه قسم من الفداء، و القيمه بعيده عن مماثله المبذول فداء، كما هو واضح. و لا- يرد ذلك فى صوره العلم المنحله إلى عدم إرادته الفدائيه حقيقه، لعلمهما بعدم صلاحيته فداء، اللهم إلا أن يفرض فى صوره الجهل بالحكم شرعاً، و حينئذ يأتى احتمال مثله، و علم أحدهما كاف فى فساد البذل إجراء لحكم المعاوضه، فتأمل جيداً.

و لو خالغ على حمل الدابه أو الجاربه لم يصح مع عدم وجوده، لعدم كونه متمولاً عرفاً و شرعاً، نعم قد يقال بصحه بذل الثمره قبل وجودها للطمأنينه بحصولها، و كونها مالا و لو شرعاً بدليل جواز بيعها.

أما مع وجوده ففى المسالك كذلك أيضاً للجهاله، بل لعله ظاهر المتن و غيره أيضاً، بل ظاهر المسالك انصحار المخالف فى بعض العامه.

و لكن لا يخفى عليك أن المتجه الصحه بناء على ما ذكرناه و احتمالها فى

المسالك في المقام، ثم قال: «و مثله ما لو خالعتها على ما في كفها، فإنه لا يصح عندنا، سواء علم أن في كفها شيئاً متمولاً و جهل مقداره أو عينه أو لم يعلم، و من أجاز الأول صححه هنا مع العلم بوجود شىء في كفها يصلح للعرض، أو ظهور وجوده فيه، فان لم يظهر فيه شىء ففى وجوب مهر المثل - كما لو ظهر فساد العرض - أو وقوع الطلاق رجعياً أو لزوم ثلاثه دراهم، لأن المقبوض فى الكف ثلاثه أصابع، و هى ما عدا الإبهام و المسبحة، فيجب قدره من النقد؟ أوجه، أبعدها الأخير».

قلت: لا ريب فى فساده، بل و فساد الأول، لعدم الدليل، كما أن الوجه الصحه مع العلم بأن فى كفها ما يصلح للبدل، لما عرفت، فلو فرض ظهور عدمه انقلب الطلاق رجعياً على البحث السابق.

و يصح بذل الفداء منها بلا خلاف و لا إشكال، لأنه هو المنطبق على نسبه إليها كتاباً (١) و سنه (٢) و كذا من و كيلها القائم مقامها بعموم الوكاله و إطلاقها.

بل فى المسالك فى تفسير عبارته المتن و كذا ممن يضمه فى ذمته باذنها فيقول للزوج: «طلق زوجتك على مأه و على ضمانها» و الفرق بينه و بين الوكيل أن الوكيل يبذل من مالها باذنها و هذا يبذل من ماله باذنها ليرجع عليها بما يبذله بعد ذلك، فهو فى معنى الوكيل الذى يدفع العرض عن الموكل من ماله ليرجع به عليه، فدفعه له بمنزله إقراضه لها و إن كان بصوره الضمان، قلت: هو جيد لو دفع عينا عنها، أما لو بذل كلياً فى ذمته فلا يتصور قرضه لها، كما أنه لا يتصور شغل ذمته به للخالغ و شغل ذمتها له بإيقاع الخلع كما هو واضح.

بل هو إن صح يكون من مسأله المتبرع التى ذكرها بقوله و هل يصح من المتبرع و إن كان العقد إيجاباً و قبولاً من الزوج و الزوجه؟ فيه تردد،

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١ و ٤- من كتاب الخلع و المباره.

و الأشبه المنع عند المصنف و الشيخ و غيره من الأصحاب، بل فى المسالك «لم يعرف القائل بالجواز منا» قلت: لا لأن الخلع من عقود المعاوضه، فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوض - كالبيع لو قال: «بعتك كذا بمأه فى ذمه فلان» - لإمكان الجواب عنه بما عرفت من عدم كون المقام منها، خصوصا و المعوض هنا فكها من قيد النكاح، فهو من قبيل الصلح الإسقاطى الذى يصح وقوعه من المتبرع، بل لأن المستفاد من الكتاب (١) و السنه (٢) مشروعيه الفديه منها و لو بواسطه و كيلها، أما المتبرع فيبقى على أصل المنع، إذ قد عرفت أنه لا إطلاق و لا عموم يقتضى مشروعيه هذا القسم من طلاق الفديه المسمى بالخلع و طلاق العوض على وجه تجرى عليه أحكامه، من كونه طلاقا بائنا إلا مع رجوعها بالبذل و غيره من أحكامه، و من هنا كان فرض المقام على وجه الجعالة من الأجنبى خروجاً عن البحث، ضروره عدم جريان أحكام الخلع على ذلك على فرض صحته.

و لا فرق فيما ذكرنا بين القول بكون المقام من الفداء أو المعاوضه أو الطلاق أو الفسخ، إذ على كل حال مبنى المشروعيه على الأدله الخاصه التى لا شمول فيها للأجنبى، بل و لا للضامن باذنها على الوجه المزبور، فالمتجه منعه حينئذ إن لم يكن إجماعاً، إلا أن يرجع إلى الوكاله فى القرض فى صورته الدفع و نحوه مما يمكن إجراؤه على القواعد الشرعيه.

نعم قد يقال فيهما: إن الآيه (٣) و ما شابهها من السنه (٤) تقتضى جواز فداؤها نفسها بمال الغير مع الإذن على وجه لا رجوع به عليها، و ربما يدعى ظهور اتفاقهم فيما يأتى على جواز فداء الأمه نفسها بمال سيدها مع إذنه، بناء على مساواته لذلك، إذ كونه سيداً لا يقتضى كونه و كيلاً أو ولياً، و كون البضع له لا ينافى كون مشروعيه الفداء بشىء يتبعها بعد العتق.

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١ و ٤- من كتاب الخلع و المبارأه.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١ و ٤- من كتاب الخلع و المبارأه.

و بالجمله الفداء بمال الغير مع الاذن على وجه لا رجوع به عليها قد يقال بشمول الآيه و ما شابهها من الروايه له، فان كانت مسأله التبرع المجوز عنها من هذا القبيل أشكال القول بعدم الجواز إن لم يكن إجماعاً، فإن ما فرضناه متحقق فيه نسبة الفداء إليها و إن لم يكن المال قد أبيع لها افتداؤها به كالأمه، و ما فى بعض النصوص (١) من ذكر «مالها» لا يقتضى التقييد أو التخصيص، لعدم المعارضه، كما هو واضح، فتأمل جيداً.

و على كل حال فبناء على عدم جواز البذل من المتبرع لا وقع لكثير من الفروع المذكوره هنا على بذل الأجنبى، مع أن بعضها لا يخلو من نظر، كدعوى جواز رجوعه به دون المرأه التى لا تملكه، نعم لها الرجوع بالبذل من الضامن الذى يرجع عليها، لكونه كمالها، بخلاف بذل المتبرع، إذ قد يناقش بإمكان منع جواز رجوعه به، لأصالة اللزوم بعد حرمة القياس

على جواز رجوعها، و بإمكان عدم جواز رجوعها بالبذل من الضامن، إذ هو أيضا ليس مالا لها، فلا يشملها ما دل (٢) على جواز رجوعها بما بذلت الظاهر فى غير الفرض بناء على ما عرفت.

ثم لا يخفى عليك أنه بناء على الصحه لا فرق بين تقدم سؤاله و بين قول الزوج:

«هى طالق بألف فى ذمتك» فيقبل بلا تراخ.

كما لا فرق بين كونه و كيلا عنها و عدمه، إذ له دفع البذل بعنوان التبرع لا الوكاله التى على فرض إيقاعه بها يتجه مطالبه الزوج به لها مع التصريح بها و إلا تعلق به الفداء ظاهرا و رجع به على الزوجه، لأنه فى الواقع فى ذمتها مع فرض الوكاله كالمعاوضه، بل على فرض الجواز يجوز للأجنبى أن يوكل أجنبيا آخر على ذلك، بل له توكيل الزوجه و إن تخيرت بين بذلها نفسها و بعنوان الوكاله عن الأجنبى، كما لو كان هو و كيلا.

و لا ريب فى أن قول الزوجه للأجنبى: «اسأل زوجى يطلقنى بكذا» توكيل،

١- ١ الوسائل الباب- ٤- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه.

سواء قالت: «على» أو لم تقل، أما قول الأجنبي لها: «سلى زوجك يطلقك على كذا» فلا ظهور فيه فى التوكيل، بل فى المسالك «إن لم يقل: «على» لم يكن توكيلا فلو اختلعت كان المال عليها، وإن قال: «على» كان توكيلا فإن أضافت إليه أو نؤته ثبت على الأجنبي، و

لو قال أجنبي لأجنبي: «سل فلانا يطلق زوجته بكذا» كقوله للزوجه: «سلى زوجك» فيفرق بين أن يقول: «على» أو لا يقول.

و لو اختلع الأجنبي و أضاف العقد إليها مصرحا بالوكاله ثم بان أنه كاذب لم يقع البذل، و فى وقوعه طلاقا البحث السابق، إلى غير ذلك مما لا يخفى عليك إجراؤه على القواعد العامه، هذا كله فى بذل المتبرع من ماله.

أما لو قال: «طلقها على ألف من مالها و على ضمانها» أو «على عبدها هذا و على ضمانه» صح، فان رضيت بذلك فذاك و إن لم ترض بدفع البذل صح الخلع و ضمن المتبرع كما صرح به بعضهم و لكن فيه تردد بل منع، لأن مرجعه ضمان الأجنبي أيضا الذى قد عرفت عدم ثبوت شرعيته، بل هو من ضمان ما لم يجب، و ورود صحه ضمان ألق متاعك فى البحر و على ضمانه لو قلنا به لا يقتضى صحه الفرض بعد حرمة القياس عندنا، نعم المتجه فى الفرض كونه من الفضولى الذى يتوقف على إجازتها الكاشفه عن الصحه وقت البذل و عدمها، لما سمعته فى بحث الفضولى و أنه جار على الضوابط، و أما ضمانه ذلك فلا أثر له، اللهم إلا أن يكون بعنوان الشرطيه و التوسعه فى أمر الفداء، لكن بعد البناء على صحته من المتبرع، فتأمل جيدا.

و لو خالعت فى مرض الموت صح و إن بذلت أكثر من الثلث و كان من الأصل

لعموم (١) «الناس مسلطون على أموالهم»

المقتصر فى الخروج منها على التبرعات المحضه، كالصدقه و الهبه و نحوهما.

و فيه قول آخر بل فى المسالك أنه المشهور بين الأصحاب و المعمول به

بينهم و هو أن الزائد عن مهر المثل من الثلث لكونه كالمحابه في المعاوضات و هو أشبه عند المصنف بأصول المذهب و قواعده التي منها ما عرفت سابقا من أن تصرف المريض مقصور على ثلث ماله حيث يكون متبرعا به، و كان مهر المثل هو عوض البضع شرعا، كالقيمه في المتقومات، و من ثمة لو تصرف فيه متصرف على وجه يضمنه كوطء الشبهه و المكره يجب عليه مهر المثل، فبذلها فديه للطلاق يتقدر نفوذها من الأصل بمهر المثل، لأن العائد إليها البضع، فيعتبر قيمته شرعا، كما لو اشترت شيئا بثمن مثله فان بذلت من ذلك كان مقدار مهر المثل من الأصل و الزائد من الثلث، كالمحابه في المعاوضات، و حينئذ فلو كان مهر مثلها أربعين دينارا مثلا فبذلت مأه و لم يكن عندها غيرها صح للزوج ستون: أربعون في مقابله مهر المثل، و عشرون بالمحابه، هي ثلث باقى التركة، و يرجع إلى الورثه أربعون ضعف ما نفذت فيه المحابه.

و ربما قيل: إن الجميع يعتبر من الثلث، لأن العائد إليها غير متمول بالنسبه إلى الورثه، و الحجر على المريض إنما هو لحق الورثه، و في المسالك «هو قول موجه» و فيه أن الخروج من الثلث مخالف للعمومات التي ينبغى الاقتصار في الخروج منها على المتيقن الذي هو غير الفرض، بل يكفى الشك في بقائه على مقتضاها، بل لو لا الشهره لكان الأول في غايه القوه، و إن قال في المسالك، «إنه قول نادر غير موجه» ضروره عدم صدق المحابه فيه، لعدم مقدر عرفا و شرعا في البذل حتى يكون الزائد عليه محابه، و كون مهر المثل قيمه للبضع في بعض الأحوال لا يقتضى كونه قيمه للبذل، لا أقل من الشك، فيبقى على العمومات هذا كله إذا لم تبرا من مرضها، و لو برئت لزم الجميع كسائر المنجزات.

و أما مرض الزوج فلا يؤثر في الخلع، بل يصح خلعه في مرض الموت و إن كان بدون مهر المثل، لأن البضع لا يبقى للوارث، و إن لم يجر خلع فلا وجه للاعتبار من الثلث، و لأنه لو طلقها بغير عوض في مرض الموت لا يعتبر فيه الوضع من الثلث، فكذا إذا نقص عن مهر المثل، و الله العالم.

و لو كان الفداء إرضاع ولده منها أو من غيرها أو حضانتها صح عندنا للعمومات (١) لكن مشروطا بتعيين المده رفعا للجهااله القادحه فى أصل المعاوضه و إن كانت مثل المقام، نعم قد يقال بالاكْتفاء بأوان فظامه للتسامح فى مثل هذه المعاوضات، و لعموم الأدله التى عرفتها سابقا.

و كذا يصح لو طلقها على نفقته بعد الرضاع مثلا أو مضافه إليه، لكن فى المتن و غيره بشرط تعيين القدر الذى يحتاج إليه من المأكّل و الكسوه و المده بل فى المسالك و غيرها يعتبر تعيين ما ينفق عليه كل يوم من الإدام و الطعام و الكسوه فى كل فصل أو سنه، أو بضبط المثونه فى جملة السنه، و يوصف بالأوصاف المشروطه فى السلم.

و لا يخفى عليك ما فى ذلك بعد الإحاطه بما أسلفناه من العمومات التى مقتضاها بعد ضبط المده الاكْتفاء بالمتعارف له أكلا و شربا و كسوه فى كل فصل، كنفقه الزوجه و غيرها، و حينئذ يسقط تفريع إن خرج زهيدا و فضل من المقدار شىء فهو للزوج و إن كان رغيبا و احتاج إلى الزيادة فهو على أبيه إن كان الولد فقيرا.

و على كل حال ف لو مات قبل المده كان للمطلق استيفاء ما بقى، فإن كان رضاعا رجع بأجره مثله، و إن كان إنفاقا رجع بمثل ما كان يحتاج إليه فى تلك المده مثلا أو قيمه بناء على ما ذكرناه، و بالمقدر على ما ذكروه، لأن العوض له، و الولد إنما هو محل البذل، و عن العامه قول بانفساخ العقد، لتعذر الوصول إلى ما عين عوضا، فهو كالخلع على عين خرجت مستحقه أو كعوض تلف قبل القبض، و هو كما ترى. نعم يمكن القول بجواز الفداء إرضاعا و نفقه فى المده ما دام حيا على وجه يسقط استحقاقه بموته، لعموم قوله تعالى (٢) «فِيْمَا أَفْتَدْتْ بِهِ»

و «تراضيا عليه»

و غيرهما من الأدله السابقه.

١-١ الوسائل الباب- ١ و غيره- من كتاب الخلع و المبارأه.

٢-٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

و كيف كان ف لا يجب عليها دفعه أى العوض من الأجره و النفقه دفعه معجلا، لأن موت الولد لا مدخل له فى حلول الدين بل إنما يجب إدارا فى المده كما كان يستحق عليها لو بقى للأصل و غيره، خلافا لما عن العامه من القول بالحلول.

و لو تلف العوض المبذول قبل القبض لم يبطل الخلع بلا خلاف و لا إشكال، للأصل و العمومات التى خرجنا عنها بالبيع لدليله، بل فى المتن و غيره أنه باق على استحقاقه، و لزمها مثله أو قيمته إن لم يكن مثلها بل ظاهر كشف اللثام اتفاقنا عليه، نعم فيه للعامه قول بالانصراف إلى مهر المثل، و احتج له فى المسالك

بعموم «على اليد» (١)

قال: «و يدها أخذت العين و لم تؤدها إلى مالكةا، فتكون ضامنه لها- إلى أن قال:- و لا فرق فى ذلك بين تلفه باختيارها أو بآفه من الله تعالى شأنه أو بإتلاف أجنبى، لكن فى

الثالث يتخير الزوج بين الرجوع عليها و على الأجنبى، فإن رجع عليها رجعت على الأجنبى إن أتلفه على وجه مضمون».

و لا يخفى عليك ما فى التعليل المزبور، نعم قد يقال بعد الاتفاق ظاهرا على ذلك:

إن مقتضى المعاوضه و ما شابهها وجوب التسليم، و لذا اعتبر فى صحتها قدره عليه، بل ربما ظهر من بعض المحققين فى كتاب الإجاره اقتضاء التلف قبل القبض الانفساخ كالبيع، لفوات معنى المعاوضه التى مقتضاها تبادل ملك بملك و يد بيد، و إن كان فيه ما لا يخفى، لكن لا ريب فى اقتضاءها وجوب التسليم المستصحب بقاؤه إلى ما بعد التلف المعلوم قيام المثل أو قيمه معه، و هو معنى الضمان.

و لو خالعه بعوض موصوف فان وجد الزوج ما دفعته على الوصف المشترك فذاك و إلا كان له رده و المطالبه بما وصف (١١) الذى هو حقه، و له الرضا بالمدفوع و فاء عن حقه مع التراضى منهما بلا خلاف و لا إشكال، و إن كان ما دفعته معينا تخير بين قبوله و المطالبه بأرشه و بين رده و المطالبه بفرد آخر كما تقدم ذلك فى السلم.

و لو كان ما خالعتها عليه شيئاً معيناً فبان معيها رده إن شاء و طالب بمثله أو قيمته، و إن شاء أمسك مع الأرش، و كذا لو خالعتها على عبد على أنه حبشى فبان زنجياً أو على ثوب على أنه نقى فبان أسمر و علله فى المسالك بأن فوات الجزء الموجب للعيب أو للوصف (١) كتبعيض الصفقه، فيتخير بين رده و أخذ عوضه و بين إبقائه مع أرشه، ثم قال: «و هذا بخلاف البيع فإنه مع رده لا يرجع إلى عوضه، بل يوجب انفساخ البيع، و الفرق أن الطلاق المترتب على العوض قد وقع قبل الرد، و الأصل فيه اللزوم، و ليس هو كغيره من عقود المعاوضات القابلة للتفاسخ مطلقاً، بل يقف فسخه على أمور خاصه بدليل خاص لا مطلقاً، فلا وسيله إلا إلى تحصيل المطلوب من العوض بما ذكر» و كذا ذكر فى تخلف الوصف مع اتحاد الجنس.

إلا أنه كما ترى، ضروره اقتضاء تسلطه على الرد فسخ الملك الحاصل بسبب البذل و مقتضاه حينئذ عود الطلاق إلى الطلاق المجرد عن العوض - كما لو رجعت هى بالبذل، و ليس هذا فسخاً للطلاق - لا المطالبه بالمثل أو القيمه المحتاجين إلى مملك جديد، خصوصاً فى تخلف الوصف المسلط فى باب البيع و غيره من المعاوضات على الفسخ خاصه، و من هنا قال فى آخر كلامه: «و للنظر فى هذه المطالب مجال إن لم تكن إجماعيه، إذ لا نص فيها، و إنما هى أحكام اجتهاديه، و لو قيل فى فوات الوصف بتعين أخذه بالأرش كان حسناً».

و الذى أوقعه فى هذا الإشكال هنا و غيره من المقامات بناؤه على أنها معاوضه حقيقه، و المتجه على ذلك فى تخلف الوصف الرد، و انقلاب الطلاق إلى المجرد عن العوض، و فى العيب التخيير بين الرد - و يكون الحكم كذلك - و بين الأرش، بناء على أن ذلك مقتضى قاعده لا ضرر و لا ضرار فى البيع و غيره من المعاوضات، نعم يتجه

١- ١ هكذا فى النسخه الأصلية، و فى المسالك «فوات الجزء الموجب للعيب أو الوصف.» و هو الصحيح.

كلامهم هنا بناء على ما ذكرناه من أنه لا معاوضه حقيقه أو اصطلاحيه و إن كانت معاوضه بالمعنى الأعم التى هى كالباعث و الداعى، و المراد الفداء، و لا ريب فى تحققه عرفا بالمثل و القيمه فى المعيب و تخلف الوصف، و بالأرش فى المعيب، و تفاوت القيمه فى تخلف الوصف، بل لعل ذلك هو المتعارف فى تدارك الفداء.

و من ذلك يظهر الوجه فى قول المصنف و غيره أيضا أما لو خالعهما على أنه أى الثوب إبريسم فبان كنانا صح الخلع، و له قيمه الإبريسم، و ليس له إمساك الكتان لاختلاف الجنس و إن كان قد يناقش فى خصوص المثال بأنه من نحو تخلف الوصف بعد الاشتراك فى الثوبه التى هى جنس لهما، كالاشتراك فى العبيده بالنسبه للزنجى و الحبشى، إلا أنه يمكن التمثيل بما لو خالعهما بمعين على أنه ثوب مثلا فبان حيوانا مثلا، كان له المطالبه بالقيمه أو الثوبيه، و ليس له إمساك الحيوان إلا مع التراضى بينهما، و بالجمله قد عرفت أن المدار على تدارك الفداء مع فرض فواته بما يتدارك به عرفا، و هو معنى آخر غير معنى المعاوضه المصطلحه، و من هنا أثبتوا له أحكاما غير أحكام المعاوضه، كما نبهنا عليه غير مره، و الله العالم.

و لو دفعت ألفا و قالت: «طلقنى بها متى شئت» لم يصح البذل و إن قال الزوج بعدها بلا فاصل: «أنت طالق عليها» لعدم إنشاء فعلى، إذ المفهوم من هذه العبارة الإعلام بأنها باذله ذلك، و ليس هو إنشاء بذل نحو قول المشتري: «بعنى مالك هذا بدرهم متى شئت» و لو فرض دلالة القرينه على إرادته إنشاء بذل فعلى لذلك و قال الزوج: «أنت طالق» لم يكن إشكال فى الصحه.

و احتمال البطالان للفصل بين إنشائها و قوله بقولها: «متى شئت» لا ينبغى أن يذكر، ضروره عدم قدح مثل ذلك فى فوريه المعاوضات فضلا عن المقام.

بل ربما يرجع إلى ما ذكرنا ما يحكى من تعليل الشيخ البطالان بأنه سلف فى طلاق، و بأنه عوض على مجهول، أى للجهل بالطلاق الواقع، و إلا أمكن النظر فيه بأن هذه الصيغه كما تناولت الطلاق الباطل مع التراخى تناولت الفورى بعد هذه

الصيغه، و لا يلزم من بطلان التراخي بطلان مدلولها أجمع، و ليس هو حينئذ سلفا فى طلاق بعد فرض شمولها للحال، و كذا القول فى كونه عوضا على مجهول، خصوصا بعد عدم الدليل على البطلان بمثل هذه الجهاله.

و من هنا عدل فى المسالك إلى تعليل البطلان بأن المعتبر فى البذل الصحيح كونه فى مقابله الطلاق الواقع على الفور، فإذا جعلته فى مقابله الواقع مطلقا فكأنه قد جعلته فى مقابله طلاق باطل، و إن كان هو كما ترى أيضا إن لم يرد ما ذكرناه، و علله فى كشف اللثام بالتعليق المانع من القبول كالإيجاب، و لعله يرجع إلى ما قلناه أيضا.

و على كل حال ف لو طلق كان رجعيًا و الألف لها مع فرض كون مورده كذلك، و إلا كان بائنا على البحث السابق و إن جاء به على الفور لما عرفت.

و لو خالغ اثنتين فصاعدا بفديه واحده صح بلا- خلاف أجده فيه، و إن كان لولاه- لأمكن المناقشه فيه بخروجه عن أدله المشروعه التى لا- إطلاق فيها و لا عموم يشمل الفرض، و قد عرفت أنه على خلاف الأصل، اللهم إلا أن يدعى معلوميه إلغاء الوحده التى هى مورد تلك الأدله، كما ألغيت فى أصل الطلاق الذى من أدلته ما عرفت من الحصر بقول: «أنت طالق» بل قد يدعى صدق «أفتدت»^(١) على كل واحد منهما.

و على كل حال كانت الفديه المبذوله بينهما بالسويه كما عن الشيخ و الأ- كثر، لظهور أمثال ذلك فيها، و لا يقدر الجهل بالتقسيت كما لا يقدر فى غير المقام من المعاوضات المعتبر فيها المعلوميه فضلا عن المقام.

و ربما احتمل كون التقسيت على مهر المثل الذى هو الملحوظ فى قيمه البضع و عن القاضى أن التقسيت على المسمى فى النكاح، و لعله يريد مهر المثل الذى قد يؤيد

التقسيم عليه أنه المتعارف في قيمة البضع، مع منع ظهور العبارة في التسوية، على أن التقسيم في البيع و نحوه إنما هو لكون المبيع المجموع الذي يتوسط الثمن عليه بحسب قيمة المبيع، و لو أن العبارة ظاهره في التسوية لكان من الواجب الحكم بها لو كان المبيع لشخصين و إن اختلفت قيمه أحدهما، كما أنه لو كان المختلج في المقام المجموع على حسب البيع لم يصح خلع أحدهما خاصة عند قولهما أو قول و كيلهما:

«اخلعهما بألف» كما تسمعه، إذ ليس ذاك إلا- لكون كل منهما مقصوده بنفسها لا منضمه مع الأخرى، على أن المسألة في كلامهم مطلقه على وجه يشمل فرضها مع عدم قصد التسوية من الخالع و البازل، و دعوى أن الأصل في خلع المتعدد التسوية ممنوعه فليس حينئذ إلا التوزيع على نسبه مهر المثل، فتأمل جيدا، و كذا الكلام فيما لو ابتدأهما بطلاقهما على ألف و قبلا (قبلنا ظ) على الفور.

و لو قالتا طلقنا بألف فطلق واحده كان له النصف بناء على التسوية، و ما يقتضيه التوزيع على مهر المثل أو المسمى لها في النكاح على القولين الآخرين، و لا يقدح في الصحة اختلاف السؤال و الإيقاع، لأن كل واحده مقصوده بنفسها منفردة، كما لو قال رجلان: «رد عبدنا بكذا» فرد أحدهما دون الآخر، و ربما احتل في المقام إرادته كل واحده منهما طلاقهما معا، فيختلف السؤال و الإيقاع حينئذ، و لعله لذا استشكل في محكى التحرير في ثبوت النصف، لكنه في غير محله، كما أن فرق بعضهم بين الصورة المزبوره و بين ما لو ابتدأهما فقال: «خالعتكما بألف» فقبلت إحداهما خاصة- لأن القبول لم يوافق الجواب، كما لو قال: «بعتكما هذا العبد بألف» فقال أحدهما: «قبلت»- كذلك أيضا، ضروره ظهور كون كل منهما مقصوده بنفسها في المقام بخلاف المثال الظاهر في عدمه، و إلا لجاء الاحتمال في الصورة الاولى.

و كيف كان ف لو عقب بطلاق الأخرى كان رجعيًا إن كان مورده كذلك و لا عوض له لتأخر الجواب عن الاستدعاء المقتضى للتعجيل الذي قد عرفت اعتباره.

و لو خالعتها على عين فبانت مستحقه قيل و القائل الشيخ و تبعه غيره:

يبطل الخلع الذى هو معاوضه، لبطان أحد العوضين، لكن قد عرفت المناقشه فى ذلك غير مره و من هنا قال المصنف لو قيل يصح الخلع و يكون له القيمه أو المثل إن كانت مثليا كان حسنا لكون ذلك هو المتعارف فى تدارك الفدائيه، و أولى من تداركه بمثل العين على نحو الفداء فى الإحرام.

و ظاهر قول المصنف: «فبانت» أن مفروض المسأله الجهل لا مع العلم الذى ينحل إلى عدم إرادته الخلع عليه، للعلم بعدم سلامته كما تقدم الكلام فيه سابقا، و إن كان قد يناقش فيه بأن العلم بكونه مستحقا لا ينافى قصد الخلع عليه كباقي المعاوضه، نعم هو مؤيد لما ذكرنا من أنه لا معاوضه فى القصد، و إنما هو من الباعث و إن أعطى بعض أحكام المعاوضه لإجماع إن كان أو غيره، و قد تقدم سابقا بعض الكلام فيما لو كان الفداء الخمر، و ظاهر ثانى الشهيدين هنا أن حكم المغصوب حكمه فى حالى الجهل و العلم، و لكن جزم فى المقام بالفساد، كما أن المصنف قد جزم هناك بالصحه فيما لو خالعتها على خل فبان خمرًا بخلاف المقام، و قد يتخيل الفرق بين المقامين، لكنه غير تام، و التحقيق ما عرفت.

و يصح البذل من الأمه بلا خلاف أجده فيه، بل لعله إجماع، و لولاه لأمكن المناقشه- فى أصل جواز ذلك منها على أن تتبع به بعد العتق- بأنه مناف لما دل على عدم قدره العبد على شىء (١) خصوصا المعاوضات، و الضمان بالإتلاف ليس قدره منه على شىء، و لا يوجب وجود ذمه له على وجه يصح منه إيجاد شىء فيها، كما تقدم نظير ذلك فى الضمان، و من السيد بما عرفت من كونه كالفداء من المتبرع فى عدم تناوله أدله المشروعه إلا على الوجه الذى ذكرناه و أيدناه بكلامهم فى المقام.

و على كل حال فلو أذن لها مولاهم بالافتداء انصرف الإطلاق

إلى الافتداء بمهر المثل كإصراف إطلاق الأمر بالشراء إلى قيمة المثل، و يكون في ذمه السيد لا في كسبها إن كانت ذات كسب، و لا في

خصوص ما في يدها من مال السيد، كما تقدم تحقيق ذلك في محله.

و لو بذلت زياده عنه قيل: يصح الخلع و لكن تكون الزيادة لازمه لذمتها تتبع بها بعد العتق و اليسار و أما مقدار مهر المثل فعلى السيد للاذن، و لكن قد يناقش بمنع حصول الاذن بمهر المثل فى الفرض، لظهور إذنه بكونه الفديه لا بعضها، و لعله لذا نسبه المصنف إلى القيل مشعرا بتمريضه، لأن المتجه حينئذ كون الجميع فى ذمتها، و ذلك لأنه لا خلاف و لا إشكال عندهم فى أنها تتبع بأصل البذل مع عدم الاذن بعد العتق و اليسار، و هذا منه، فتأمل جيدا.

و لو بذلت عينا من أعيان سيدها فأجاز المولى صح الخلع و البذل كما لو أذن ابتداء و إلا صح الخلع دون البذل، و لزمها قيمته أو مثله تتبع به بعد العتق و اليسار، لكونه حينئذ كما لو ظهر مستحقا، و هو مؤيد لما قلناه من أن المقام ليس من المعاوضات و إلا كان المتجه الفساد لعدم الإجازة.

و ظاهر المصنف و غيره هنا عدم الفرق بين علمه بالحال و جهله، و هو كذلك لما عرفت من إمكان تدارك الفدائيه بالإبدال، كما ذكرناه غير مره.

و لو بذل سيدها رقبتها فى صحه الخلع و الالتزام بالمثل أو القيمه أو بطلان الخلع و جهان، اختار ثانيهما فى المسالك، و أما احتمال الصحه فلم أجد من احتمله، و لعله لمنافاه الطلاق و الملكيه اللذين هما أثر الخلع على وجه لا- يتحد زمانهما، مثل الزوجيه و الملكيه فيما لو تزوجها فى أن شراء و كيله لها مثلا بخلاف شراء الزوجه المسبب للملك المزيل للزوجيه.

و نحوه بذل رقبه زوجته فى خلع زوجته الأخرى، فإنه جائز، و لكن بناء على ما ذكرنا من عدم المعاوضه فى المقام و عدم التقييد فى قصد الطلاق يتجه حينئذ الصحه و الالتزام بتدارك الفداء لا البطلان، كما سمعته فى نظائره، إذ أقصاه تعذر

الفداء، فيتدارك بما عرفت.

و كيف كان ف يصح ال بذل من المكاتبه المطلقه و لو من المال الذى فى يدها و لا اعتراض للمولى عليها بلا خلاف أجده، نعم أشكله فى المسالك و تبعه غيره بما يأتى فى بحث المكاتبه من عدم جواز التصرف المنافى للاكتساب و مسوغ فيه، من غير فرق بين المكاتب المطلق و المشروط.

و يدفعه بعد تسليمه أنه يمكن فرض المقام كذلك و لو بإرادته التكبب بالعقد المنقطع مثلا و فرضه أيضا بأن المبدول مهر المثل فأقل بناء على عدم جواز تكسبها بالأزيد، إذ المراد أن المكاتبه غير الأمه بالنسبه إلى ذلك. فمن الغريب قوله بعد ذلك: «و لو قيل بأن اختلا-ع المكاتبه مطلقا كاختلاع الأمه كان وجهها، لكن لا أعلم به قائلًا من أصحابنا، فينبغى التوقف إلى أن يظهر الحال أو وجه الفرق الذى ادعوه» ضروره كفايه ما ذكرناه فرقا.

نعم قد يناقش فيما جعله واضحا- من قوله و أما المشروطه فكالغن معللا بأنها لا تخلص من محض الرق إلا بأداء جميع المال، فهى قبله بحكم القن- بأن ذلك إذا كان منها للتكسب على الوجه الذى فرضناه يتجه جوازه أيضا و ستعرف تحقيق الحال فى ذلك فى بحث المكاتبه إنشاء الله.

[النظر الثالث فى الشرائط]

النظر الثالث فى الشرائط و لا خلاف كما لا إشكال فى أنه يعتبر فى الخالع شروط أربعة:

البلوغ و كمال العقل و الاختيار و القصد سواء قلنا بأنه طلاق أو فسخ ف إنه على كل حال لا يقع مع الصغر و الجنون اللذين قد عرفت الإجماع على سلب عبارته معهما فى مثل ذلك. و كذا لا يقع مع الإكراه الذى قد عرفت تحقيق الحال فيه فى البيع، بل و فى الطلاق و فى الفروع المتعلقة به. و لا مع السكر و لا مع الغضب الراجع للقصد كغيره من الإيقاع و المعاوضه، و لا مع الغفله و السهو و العبث و نحو ذلك مما سمعته فى الطلاق الذى قد مر البحث فى ذلك فيه و فى الرجوع إليه بدعوى عدم القصد و غيره من المباحث، كدعوى الإكراه و نحوه، فلاحظ و تأمل.

و لو خالع ولى الطفل بعوض صح إن لم يكن طلاقاً مع المصلحه أو مع عدم المفسده و بطل مع القول بكونه طلاقاً لما عرفته سابقاً من عدم صحته من ولى الطفل، بل قد يقال بعدم صحته منه و إن لم نقل: إنه طلاق، باعتبار النصوص (١) التى إن لم نقل أنها لبيان فرديته فلا ريب فى أن المراد منها تنزيلة منزلته، فيثبت له أحكامه الظاهره بناء على أن ذلك منها على وجه يشملها إطلاق المنزل، و لكن قد عرفت أنه من أفرادها و إن لم يندرج فى تعريفه المعتبر فيه صيغته «أنت طالق» المنزل على أنه للطلاق المقابل للخلع لا له بالمعنى الأعم الشامل له، و حينئذ

فكل شرط يثبت للطلاق يثبت له، ويزيد بما ستعرفه من اعتبار الكراهه.

و كيف كان ف يعتبر في المختلعه البلوغ و العقل في محكى المبسوط و الجامع، و اختاره في كشف اللثام، لانتفاء الكراهه منها، و عن التحرير لأنه لاحظ لها في إسقاط مالها، و فيه مالا يخفى، و في صريح القواعد و محكى النهايه الجواز، و الظاهر فرضه في حال تحقق الكراهه منها، ضروره عدم منافاه حصولها للصغيره المميز و المجنون الذى يمكن فرض سبق الكراهه منه في حال العقل ثم استمرت إلى حال الجنون، و دعوى عدم اعتبار كراهتهما يدفعها أنه لا دليل على العدم، بل ظاهر الأدله الشرطيه التى هى من أحكام الوضع الشامله للمكلف و غيره، كالضمان و الحدث و نحوهما، و لعل ذلك هو الظاهر من المصنف، حيث لم يذكرهما في الشرائط، و قد عثرنا على نسخه لكشف اللثام قد غير فيها ما حكيناه عنه أولاً، قال: «و هو الوجه في صغيره لا يتصور الكراهه منها» و هذا منطبق على ما ذكرناه.

و على كل حال فقد ذكر هو و غيره بل لا أجد فيه خلافا بل الإجماع بقسميه عليه أنه لا بد (يعتبر خ ل) في المختلعه أن تكون طاهرا طهرا لم يجامعها فيه إذا كانت مدخولا بها غير صغيره و لا يائسه و كان حاضرا معها على حسب ما سمعته في الطلاق الذى قد عرفت كون الخلع فردا منه، فكل ما دل على اشتراطه فيه يشترط في الخلع، مضافا إلى

قول الصادق عليه السلام في خبر حمران (١): «لا يكون خلع و لا تخيير و لا مباراه إلا على طهر من المرأه من غير جماع و شاهدين يعرفان الرجل و يريان المرأه و يحضران التخيير و إقرار المرأه أنها على طهر من غير جماع يوم خيرها»

و قول الباقر (٢) عليه السلام: «لا طلاق و لا خلع و لا مباراه و لا خيار إلا على طهر من غير جماع»

و غيرهما من النصوص (٣) الداله على اعتبار ذلك فيه.

و لعله لذا كان المحكى عن الخلاف الاتفاق على اعتبار ذلك فيه، سواء قلنا:

إنه طلاق أو فسخ، و لعله كذلك، نعم عن المراسم «و شروط الخلع و المباراه شروط

١-١ الوسائل الباب-٦- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب-٦- من كتاب الخلع و المباراه الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل الباب-٦- من كتاب الخلع و المباراه.

الطلاق إلا- أنهما يقعان على كل زوجه» و هو يغطي وقوعهما في الحيض و طهر مواقعه كما في كشف اللثام، لكن عن ابن إدريس يريد أنه بائن لا رجعه مع واحد منهما، سواء كان مصاحبا للطلقه الأولى أو الثانيه، قال: «لأنه لما عدد البوائن ذكر ذلك، فالمعنى أنهما يبينان كل زوجه» و في كشف اللثام «حكى عن الراوندى أنه أراد المتمتع بها- و قال:- و هذا خطأ محض، لأن المباره لا بد فيها من طلاق، و المتمتع بها لا يقع بها طلاق».

و كذا يعتبر في الخلع أن تكون الكراهيه من المرأه خاصه لا- منه وحده، فلا يجوز أخذ العوض، و لا منهما فيكون مباراه، و لا خلاف في أصل اشتراط الكراهيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى استفاضه النصوص (١) أو تواترها في ذلك.

إنما الكلام في الاكتفاء بمطلق الكراهه، كما هو ظاهر المصنف و غيره من المتأخرين، بل هو ظاهر الآيه (٢) التي جعل المدار فيها على خوف عدم إقامه حدود الله تعالى شأنه، و لا- ريب في تحققه معها، أو أن المعتبر إسماع معاني الأقوال المذكوره في النصوص (٣) كما هو المحكى عن الشيخ و غيره من المتقدمين، بل عن ابن إدريس «أن إجماع أصحابنا منعقد على أنه لا يجوز الخلع إلا- بعد أن يسمع منها ما لا- يحل ذكره من قولها: «لا اغتسل لك عن جنبه، و لا أقيم لك حدا، و لأوطنن فراشك من تكرهه» أو يعلم ذلك منها فعلا».

و الأصل في ذلك

قول الصادق عليه السلام في حسن الحلبي (٤): «المختله لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها و الله لا أبر لك قسما، و لا أطيع لك أمرا، و لا اغتسل

١- ١ الوسائل الباب- ١- من كتاب الخلع و المباره.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من كتاب الخلع و المباره.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٣ و ذكر ذيله في الباب- ٣- منه الحديث ٢.

لك من جنبه، و لأوطنن فراشك من تكرهه، و لآذنن عليك من تكرهه بغير إذنك، و قد كان الناس يرخصون فيما دون هذا، فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حل له ما أخذ منها- إلى أن قال:- يكون الكلام من عندها»

و قوله عليه السلام فى حسن ابن مسلم (١): «لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول: و الله لا أبر لك قسماً، و لا أطيع لك أمراً، و لآذنن فى بيتك بغير إذنك، و لأوطنن فراشك غيرك، فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حل له ما أخذ منها» إلى آخره،

و مضمّر سماعه (٢) «سألته عن المختلعه، فقال: لا يحل لزوجها أن يختلعه حتى تقول: لا أبر لك قسماً، و لا أقيم حدود الله فيك، و لا اغتسل لك من جنبه، و لأوطنن فراشك، و لا دخلن بيتك من تكرهه من غير أن تعلم هذا، و لا يتكلمون

هم، و تكون هى التى تقول ذلك، فإذا هى اختلعت فهى بائن، و له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه»

إلى غير ذلك من النصوص التى ظاهرها ذلك، مؤيدا بأصالة عدم الصحة بدونه.

لكن

قول الباقر عليه السلام فى صحيح ابن مسلم (٣): «إذا قالت المرأة لزوجها جملة: لا أطيع لك أمراً مفسراً و غير مفسر حل له أن يأخذ منها، و ليس له عليها رجعه»

و خبر سماعه (٤) قال للصادق عليه السلام: «لا يجوز للرجل أن يأخذ من المختلعه حتى تتكلم بهذا الكلام كله، فقال: إذا قالت: لا أطيع الله فيك حل له أن يأخذ منها ما وجد»

شاهدا عدل على عدم اعتبار تلك الأقوال، مضافا إلى اختلافها فى تلك الألفاظ و الإجماع فى الرياض، بل قضيه جميله (٥) المتقدمه التى هى الأصل فى نزول آيه الخلع (٦) خاليه من ذكر الأقوال المزبوره.

١-١ الوسائل الباب-١- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب-١- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٥ و ذكر ذيله فى الباب-٤- منه الحديث ٤.

٣-٣ الوسائل الباب-١- من كتاب الخلع و المباره الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب-١- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٢.

٥-٥ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣١٣.

٦-٦ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

بل يقوى فى النظر من ذلك كله أن المدار على الكراهه، إلا أنها لما كانت لا تعلم غالبا إلا بالقول أو الفعل - بل الأخير منهما لا دلالة فيه غالبا إلا بأن تفعل المخالفه لزوجها

- فلم يبق إلا القول الدال على ذلك، كما قالت جميله زوجه ثابت (١)و إلا فالمدار على المدلول دون الدال، و من هنا اكتفى المصنف و من تأخر عنه- بل فى كشف اللثام نسبتة إلى الأصحاب- بالكراهه منها، سواء علم ذلك من قولها أو فعلها أو غيرهما، لأن بها يتحقق خوف عدم إقامة حدود الله تعالى فيما بينهما.

و من ذلك يظهر لك النظر فيما فى الرياض من عدم الاكتفاء بالكراهه و إن وافق على عدم اعتبار العبارات المخصوصه، لكن قال: «لا بد من الوصول إلى هذا الحد الذى فى النصوص، و هو تعديها فى الكلام بما يدل على خوف وقوعها مع عدم الطلاق فى الحرام» بل قال: لا وجه لإطلاق المتن و غيره الاكتفاء بالكراهه محتجا بظاهر النصوص المزبوره قال: «بل ربما دل بعضها على أن الاكتفاء بأقل من ذلك قول العامه» إلا أنه كما ترى حتى ما ذكره أخيرا، فإن

قوله عليه السلام فى حسن الحلبي(٢): «و قد كان الناس»

إلى آخره ليس إشاره إلى العامه، و إنما المراد حكاية فعل الناس، و أنهم يرخصون بأقل من هذا الكلام المنفر لكل أحد، بل مقتضاه فساد الخلع لكثير من النساء التى تختلع فى عصرنا هذا و ما قاربه بمحضر من أعظم علمائه.

و أغرب منه ما حكاه فى الحدائق عمن عاصره من مشايخ بلاد البحرين من اعتبار الكراهه

الذاتيه، قال: «و قد حضرنا فى غير موضع مجلس الخلع، و كان لا يوقعونه إلا بعد تحقيق الحال و مزيد الفحص و السؤال فى ثبوت الكراهه الذاتيه، و عدم الكراهه العارضه، و السعى فى قطع الأسباب الموجهه للكراهه التى تدعيها المرأه، ليعلم

١- ١ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣١٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٣.

كونها ذاتيه غير عارضيه، فإذا تحقق ذلك و علموا أنه لا يمكن رفعها بوجه من الوجوه أوقعوا الخلع بها» و هو من الغرائب التي لا يساعد عليها كتاب و لا سنه و لا فتاوى أصحاب لا فى المقام و لا فى غيره، بل كلامهم فى باب الشقاق بين الزوجين صريح فى خلافه، و الله الهادى إلى الصواب.

كما أن كلام المتأخرين مثل المصنف و غيره ظاهر أو صريح فى عدم خلاف فى المسأله حملاً لكلام المتقدمين الذى منه ما سمعته من ابن إدريس على إرادته تحقق الكراهه منها، لا ما فهمه فى الرياض من أنه لا بد معها من التعدى فى الكلام على وجه يخاف وقوعها مع عدم الطلاق فى الحرام.

بل فى الحدائق «لم يشترط أحد فيما أعلم ممن تقدم أو تأخر البلوغ إلى هذا الحد المستفاد من هذه الأخبار و توقف الخلع على كلامها بشىء من هذه العبارات» و لعله كذلك، ضروره استبعاد دعوى اشتراط الاسماع المزبور تبعدا بحيث لا تجزئ الكراهه المتحققه التي يخاف معها من أمثال ذلك، بل يمكن دعوى القطع بعدمه خصوصا بعد ما سمعته (١) من بعض عبارات الأصحاب فى المسأله الآتية.

و فرض حصول الكراهه مع الأمن من هذه الأحوال فى امرأه لقوه دينها- كما يحكى عن امرأه كانت تحت شخص قد تمرض مرضا شديدا فبالغت فى خدمته، فلما برىء أراد جزاءها على ذلك، فقال لها: اقترحي على جزاء، فقالت له:

اسكت عن هذا الكلام، ثم ألح عليها، فأجابته بأنى أريد منك جزائى طلاقى، لأنى كارهه لك من أول الأمر، و لكن فعلت ما فعلت خشيه من الله تعالى شأنه فى التصيير فى حقك- مع أنه فى غايه البعد- و لذا طلبت المرأه المزبوره أن يكون جزاءها طلاقها مخافه الوقوع فى المحرم عليها من ترك حقوق الزوجيه- يمكن أن يقال:

إن الشارع اكتفى بالكراهه التي من شأنها وقوع مثل ذلك، فلا ينافى تخلفها فى بعض الأفراد النادره، كما أنه لا يكتفى بالمخالفه و التصيير فى حقوق الزوج مع عدم كونه عن كراهه، و لكن لضعف دين أو غيره، فتنقح من ذلك كله أن اعتبار

١-١ هكذا فى النسخه الأصلية المبيضة و فى المسوده «تسمعه» و هو الصحيح.

المتأخرين مطلق الكراهه فى محله، و لعله مراد المتقدمين أيضا، بقريته عدم ذكر الخلاف فى المسأله، و حينئذ تكون الكلمه متفقه على ذلك.

و كيف كان ف لو قالت: لأدخلن عليك من تكره لم يجب خلعهها للأصل، و ظاهر نفى الجناح و

الحل فى الكتاب (١) و السنه (٢) بل لا دليل فى شىء منهما على استحبابه و إن قال المصنف و غيره يستحب إلا أنه- للتسامح فيه- يمكن أن يكون وجهه الخروج من شبهه الخلاف و لما أرسله فى المتن من أن فيه روايه بالوجوب و إن كنا لم نقف عليها كما اعترف به غيرنا أيضا، إلا أنه لا ينافى ذلك الاستدلال على الندب المتسامح فيه بها.

و من ذلك يظهر لك ضعف المحكى عن الشيخ و القاضى و جماعه من القول بالوجوب إذا قالت ذلك أو خيف عليها الوقوع فى المعصيه، استنادا إلى أن ذلك منكر منها و النهى عن المنكر واجب، و إنما يتم بالخلع.

و رده فى المسالك و تبعه عليه غيره بمنع انحصار النهى فى الخلع، بل تأديه بالطلاق المجرد من البذل أقرب إليه و أنسب بمقام الغيره و النخوه من مراجعتها على بذل المال الحقيق.

و فيه (أولا) منع كون القول نفسه من دون تعقبه بفعل منها منكرا.

و (ثانيا) منع وجوب الفراق عليه فضلا عن الخلع و إن أصرت هى على فعل الحرام، إذ الواجب من النهى عن المنكر القول أو الفعل الذى لا يستلزم فوات حقه، و إلا لوجب عليه تحرير العبد المصر على ترك طاعه سيده، و هو معلوم البطلان إذ لا يجب على الغير رفع يده من ماله أو حقه مقدمه لخلص الآخر عن الحرام القادر على تركه بدون ذلك.

هذا و ظاهر القواعد بل و المتن و النافع اختصاص الخلاف فى ذلك فيما لو

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من كتاب الخلع و المبارأه.

قالت القول المزبور، والمحكى عن الشيخ «وإنما يجب الخلع إذا قالت المرأة لزوجها إني لا أطيع لك أمرا، ولا أقيم لك حدا، ولا أغسل لك من جنبه، ولأوطئن فراشك من تكرهه إن لم تطلقني، فمتى سمع منها هذا القول أو علم من حالها عصيانه فى شىء من ذلك و إن لم تنطق به وجب عليه خلعها».

و عن ابن إدريس حملة على تأكيد الاستحباب قال: «وإلا فهو مخير بين خلعها و طلاقها و إن سمع منها ما سمع بغير خلاف، لأن الطلاق بيده، و لا أحد يجبره على ذلك».

و عن ابن زهره «و أما الخلع فيكون مع كراهه الزوجه خاصه، و هو مخير فى فراقها إذا دعته إليه حتى تقول له: لئن لم تفعل لأعصين الله بترك طاعتك، و لأوطئن فراشك غيرك، أو يعلم منها العصيان فى شىء من ذلك، فيجب و الحال هذه طلاقها».

و عن ابن حمزه «و ما يوجب الخلع أربعة أشياء: قول من المرأة أو حكمه، فالقول أن تقول: أنا لا أطيع لك أمرا، و لا أقيم لك حدا، و لا اغتسل لك من جنبه، و لأوطئن فراشك من تكرهه، و الحكم أن يعرف ذلك من حالها» و الأمر فى ذلك سهل بعد ضعف القول المزبور على كل حال.

و يصح خلع الحامل مع رؤيه الدم كما يصح طلاقها و لو قيل إنها تحيض لأنها إحدى الخمس التى يطلقن على كل حال، و قد عرفت أن الخلع طلاق أو كالطلاق فى الأحكام، مضافا إلى

خبر زراره و محمد(١) عن أبى عبد الله عليه السلام «الخلع تطليقه بائه و ليس فيه رجعه، قال زراره: لا يكون إلا على مثل موضع الطلاق، إما طاهرا و إما حاملا بشهود»

فما عن بعض الأصحاب- من أنها إن حاضت لم يجر خلعها و إن جاز طلاقها- واضح الضعف و إن قيل: إنه مبنى على كونه فسحا مع عموم ما سمعته من الخبرين (٢) لكنه كما ترى.

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٣ و ٤.

و كذا التي لم يدخل بها و لو كانت حائضا، و تخلع اليائسه و أن وطأها في طهر المخالعه.

و يعتبر في العقد حضور أى شهاده شاهدين دفعه بمعنى سماعهما صيغه العقد على نحو ما سمعته في الطلاق الذى قد عرفت أن الخلع بإيجابه و قبوله فرد منه، بل إن لم نقل أنه فرد منه يعتبر فيه ذلك لإطلاق المنزله، و النصوص (١) الخاصه التي مر عليك بعضها، فلا إشكال في المسأله و حينئذ ف لو افترقا لم يقع لكن في المسالك «و اعلم أن إثبات هذا المطلوب من النصوص على القول بكونه فسحا لا يخلو من إشكال، و لعل الاستناد إلى الإجماع أسهل» و فيه ما لا يخفى.

و يعتبر فيه أيضا تجريده عن شرط يقتضى تعليقه، للأدله التي سمعتها في الطلاق و غيره، فما في المسالك من أن دليله غير صالح، و عموم الأدله على مشروعيته يتناول المشروط، و ورود النص (٢) بجواز تعليق الظهار على الشرط يؤنس كونه غير مناف للصحه في الجملة قد عرفت ما فيه في الطلاق، فلا حاجه إلى إعادته، و كفى بالإجماع المحقق هنا دليلا.

و يصح الخلع من المحجور عليه لتبذير أو فلس بلا خلاف بل و لا إشكال، لإطلاق الأدله و عمومها السالمه عن معارضه الحجر الذى لا ينافى ذلك، سواء أذن الولي أم لم يأذن، و سواء كان العوض بقدر مهر المثل أو دونه، فان ذلك لا يزيد على الطلاق مجانا الذى هو نافذ منهما، لعدم منافاته للحجر في المال، فما عساه يظهر من قواعد الفاضل - من اعتبار كون المبذول عوض المثل، و عن التذكرة التردد في ذلك - في غير محله، لعدم الدليل على الحجر عليه في ذلك، بل ظاهر الأدله خلافه.

نعم لا يجوز للمرأة تسليم المال إلى السفيه، بل تسلمه إلى الولي، فإن سلمته إلى السفيه و كان الخلع على عين أخذه الولي من يده، فان تلفت في يد السفيه قبل

١-١ الوسائل الباب -٦- من كتاب الخلع و المبارأه.

٢-٢ الوسائل الباب -١٦- من كتاب الظهار.

علم الولي بالحال ففى المسالك و غيرها «رجع على المختلعه بمثلها أو قيمتها، لحصول التلف قبل قبض المستحق للقبض، و لو علم و

تركها فى يده حتى تلفت مع تمكنه من قبضها ففى ضمان الولي أو الدافع وجهان، أجودهما الثانى و إن أثم الولي بتركها فى يده.

و إن كان الخلع على دين رجع الولي على المختلعه بمثله، لأنه لم يجر قبض صحيح تحصل به البراءة، و تسترد المختلعه من السفية ما سلمته إليه، فإن تلف قبل رده ففى ضمانه له وجهان تقدما فى بابه، و لا ضمان هنا على الولي و إن أمكنه انتزاعه منه بغير إشكال، لأنه ليس عين الحق. هذا كله إذا كان التسليم إلى السفية بغير إذن الولي، فإن كان بإذنه ففى الاعتداد به وجهان: من أنه تسليم مأذون فيه ممن له الولاية فكان مبرئا، و من الشك فى نفوذ مثل هذا الإذن إذ ليس للولي أن يفوض إلى السفية الأمر فى ماله إلا أن يفرض مراعاته له بحيث لا يخرج عن يده، فيتجه البراءة، و هذا التفصيل حسن، و أطلق فى القواعد البراءة مع إذنه، و لا يخلو من إشكال».

قلت: قد تقدم تحقيق الحال فى تصرفات السفية فى بابه، لكن المتجه هنا ضمان السفية ما دفعته إليه، إذ ليس هو كالمجنون الذى يكون الدافع إليه أقوى فى الإلتلاف، لأنه عاقل، و قد دفع إليه المال على وجه مخصوص لا-مجانا، فلا ريب فى أنه أقوى من السبب، و من هنا كان المحكى عن التذكرة نفي البأس عن التضمين مطلقا بعد فك الحجر عنه.

و حينئذ فما فى القواعد نحو ما سمعته من المسالك- من أنه ليس لها الرجوع على السفية بعد فك الحجر عنه، لأنها سلطته على إلتافه بتسليمه- لا يخلو من نظر خصوصا مع الجهل بحاله، بل قد يقال: لها المطالبة لوليه بذلك قبل فك الحجر عنه، بل قد يقال بحصول التهاتر قهرا معها، لا اشتغال ذمته لها بما اشتغلت ذمتها له، و بذلك يظهر لك أن ما فى المسالك و كشف اللثام تبعاً للقواعد لا يخلو من غبار فتأمل، هذا

كله فى الخالع إذا كان سفيها أو مفلسا.

أما المختلعه السفيهه فلا ريب فى فساد بذلها بدون إذن الولي كما فى القواعد و غيرها، و كذا المفلسه مع فرض بذلها شيئا مما تعلق به حق الغرماء، نعم لو بذلت شيئا فى ذمتها صح، بل قد يقال بصحة ذلك فى السفيهه أيضا على وجه تتبعه به بعد فكك الحجر عنه كالأمه.

و كذا يصح الخلع من الذمى بل و الحربى بلا خلاف و لا إشكال لإطلاق الأدله و عمومها، بل لو كان البذل خمرا أو خنزيرا صح معامله لهم بدينهم و إن لم يجز بين المسلمين نعم لو أسلما أو أحدهما قبل الإقباض ضمننت القيمه عند مستحليه للتعذر الشرعى المنزل منزله التعذر الحسى، و قد يحتمل سقوط حقه منه لو كان المسلم هو، كما سمعت حكاية المصنف له قولا فيما لو أسلمت قبل قبض المهر و كان خمرا.

و لو ترافعا إلينا و كان الخلع بعوض صحيح قبل الإسلام أو بعده منهما أو من أحدهما قبل القبض أو بعده كلا أو بعضا أمضاه الحاكم و إن كان العوض فاسدا.

ثم إن ترافعا بعد التقابض فلا اعتراض و إن كان قبله لم يأمر الحاكم بقبضه، بل يوجب عليهما القيمه، و كذا لو أسلما ثم تقابضا ثم ترافعا أبطل القبض، و لا شىء عليهما إلا إذا كانا علما الحرمة، فيعزرها كما عن المبسوط.

و كيف كان ف الشرط الذى يتوقف صحه الطلاق الخلعى على تجرده منه إنما يبطل إذا لم يقتضه العقد، فلو قال: فان رجعت رجعت لم يبطل ب هذا الشرط، لأنه مقتضى الخلع، و كذا لو شرطت هى الرجوع فى الفديه (١١) الذى هو لها شرطت أو لم تشرط، بل فى المسالك «الضابط فى كل شرط لا يصح تعليق العقد عليه هو الشرط الخارج عن مقتضى العقد، فلو شرط ما هو مقتضاه- بمعنى أن مضمونه يتناوله العقد و إن لم يشترط- لم يضر و كان ذلك بصوره الشرط لا بمعناه، كقوله: إن رجعت فى البذل رجعت فى الطلاق، فان ذلك أمر ثابت مترتب على صحه الخلع شرط أم لم يشرط، و كذا قولها: على أن لى الرجوع فيه فى العده

و نحو ذلك» وقد تبعه غيره على هذا الكلام.

لكنه لا يخلو من غبار، ضروره أنه إن كان المراد من الشرط فى المقام هو ما يلزم به نحو الشرائط الإلزاميه فى العقود فهو خارج عما نحن فيه من الشرط التعليقى الذى قد تقدم اعتبار تجرد الطلاق عنه، و إنما هى مسأله أخرى لا مدخلية لها فى اشتراط مقتضى العقد و عدمه، بل مبناها على قابليه الطلاق بل و غيره من الإيقاعات للشرائط الإلزاميه على نحو العقود أو خصوص الخلع منه باعتبار مشابهته للعقد،

لعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١)

و عدمها إلا ما دل عليه الدليل فى العتق، و لعل الأقوى عدم قبول الإيقاع و خصوص الطلاق الذى هو بمنزله الإيقاع فى العقود و الفسخ بالعيب و نحوه حتى الخلع منه للشرط بالمعنى المزبور، و ذلك لأن الإيقاع معنى متحد يتحقق بانتهاء صيغته، و ليس هو كالعقد المركب من القصدین الذى يقع القبول فيه لما يذكر فى الإيجاب من العوض و الشرط و غيرهما، و من هنا يتسلط على الفسخ بعدم الوفاء بالشرط فى العقد، باعتبار كون المراد عند التحليل عدم الالتزام بالعقد إذا لم يحصل الشرط الذى هو فيه جزء من العوض أو المعوض، و هذا المعنى لا- يمكن التزامه فى الإيقاع، خصوصاً فى مثل الطلاق الذى هو بمنزله الفسخ بالعيب و نحوه حتى الخلع منه، بناء على ما عرفت من عدم إرادته المعاوضه الحقيقيه فيه. و على كل حال فهذه مسأله خارجه عما نحن فيه.

و إن كان المراد بالشرط هنا هو الذى يقتضى تعليق إنشاء الإيقاع، فتحقيق الحال فيه أن الإجماع بقسميه على اعتبار التنجيز فى العقد و الإيقاع، و لا ريب فى منافاه التعليق له، و قد ذكرنا فى السابق أن وجه البطلان فى المقتضى تأخير الأثر- سواء كان على أمر محتمل أو متيقن الحصول- هو منافاته لمقتضى التسيب المستفاد من أدله شرعيه هذه الأسباب.

و أما لو علق على أمر مقارن كقول: «أنت طالق إن كانت الشمس طالعه»

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

فقد ذكر بعضهم أنه يبطل أيضا إذ كان مترددا في ذلك بخلاف ما لو كان عالما بحصولها، فإنه لا تعليق حقيقه فيه، وإنما هو صورته تعليق، و كذا الكلام في «إن كانت زوجتي فهي طالق» و «إن كان ملكي فقد بعثك».

لكن قد يناقش بأن العلم بحصول المعلق عليه لا ينافي صدق تعليق الإنشاء حقيقه، ضروره كون الإنشاء كيفيه نفسانيه، و لا ريب في اختلافها بحسب التنجيز و التعليق، سواء كان المعلق عليه معلوم الحصول أو لا، فيتحقق حينئذ عدم التنجيز المفروض اعتباره في العقد و الإيقاع.

اللهم إلا أن يدعى منع الإجماع بقسميه على اعتبار التنجيز بهذا المعنى، لكنه كما ترى، إذ التنجيز معنى متحد، فمع فرض كونه معقد الإجماع الذى هو دليل المسأله يتجه البطلان، لعدم حصوله قطعا، إذ لا مدخلية لوجود المعلق عليه و عدمه فى صدق التعليق المنافى للتنجيز حقيقه فى نحو قوله: «بعثك هذا إن كانت السماء فوقنا و الأرض تحتنا».

و حينئذ فمقتضيات العقد المذكور استثنائها لا تزيد على المعلق عليه المعلوم الحصول، فلو قال: «خلعتك إن كان لى الرجوع برجوعك بالبذل» كان تعليقا، خصوصا إذا كان جاهلا بالحال، و كذا لو قال: «بعثك إن كان لى الخيار فى المجلس» أو «إن كان لى الخيار فى الحيوان إلى ثلاثة أيام» بل و كذا لو قال:

«بعثك إن كنت أملك الثمن» و هكذا.

نعم لا- بأس بأن يقول بعد الخلع: «إن رجعت بالبذل رجعت بالبضع» على وجه لا يكون تعليقا للعقد، و كذا لو قالت هى بعد البذل: «و لى الرجوع بذلك فى العده» فإنه لا يقتضى التعليق فى الإنشاء الذى قد عرفت أنه كيفيه نفسانيه، و الفرض حصولها من دون تعليق، فليس هو إلا منجزا، و الشرط المزبور إنما هو لغو، بل لا يتعقل فيه معنى الشرطيه، و بذلك اتضح لك تحقيق الحال، و ربما يأتى لك زياده تحقيق.

و من الغريب أنه فى المسالك أعرض عن إشكال المسأله بما ذكرت و ذكر

إشكالها بتخلل كلام بين الإيجاب و القبول فى الأول على تقدير تأخر القبول، و تخلله بين الاستدعاء و الإيجاب فى الثانى على تقدير تقدم الاستدعاء، و قد تقدم اعتبار الفورى بينهما المعلوم اندفاعه بأن ذلك لا يقدر، لأنه بناء على الصحة من توابع العقد و متعلقاته، فلا يضر فصله، بل لا فصل فيه، كما هو واضح. هذا كله فى التعليق على الأمر الحاصل المقارن أو على خصوص ما اقتضاه.

أما لو قال: «خالعتك إن شئت» لم يصح و إن شاءت مقارنا لتمام إيجابه لأنه شرط ليس من مقتضاه و رافع للتنجيز المفروض اعتباره، خصوصا بعد أن كان التعليق على كلى المشيئة الذى لا ريب فى بطلانه و إن كان أحد أفرادها المقارن.

و كذا لو قال: إن ضمنت لى ألفا أو أعطيتنى أو ما شاكلة و كذا باقى أدوات التعليق نحو متى أو مهما أو أى وقت أو أى حين و من الواضح الفرق بين ذلك و بين قوله: «خالعتك بألف» مثلا من غير أن يتقدم سؤالها و إن كان فى المعنى هو مشروطا بقبولها، لكنه تعليق شرعى لا لفظى من المنشئ الذى لو قال مثلا: «بعتك كذا بكذا إن قبلت» بطل قطعا، لكونه تعليقا من المنشئ منافيا للتنجيز المفروض اعتباره.

و من الغريب ما فى المسالك حيث إنه بعد أن ذكر البطلان فى هذه الأمثلة معللا لها بالتعليق و غيره قال: «و فى الحقيقة هذه الأحكام كلها راجعه إلى صور الشرائط المرتبطة بالألفاظ، و إلا فالمعنى متحد، و إثبات الأحكام بمثل هذه الاعتبارات لا يخلو من تكلف».

و فيه ما لا يخفى من عدم تنقيحه لما هو المدار فى المسألة، و إلا فلا ريب فى عدم التنجيز فى هذه الأمثلة و ما شابهها، و هى شرائط حقيقية لا- صورىه، و الفرق بين التعليق الشرعى و الإنشائى فى كمال الوضوح، كالفرق بين الإنشاء التنجيزى و التعليقى سواء كان المعلق عليه متوقع الحصول أو معلومه أو هو حاصل فعلا و من مقتضى

العقد أو غيره.

و أغرب من ذلك قوله متصلا بما سمعت: «و بقى البحث فى تعليق الاستدعاء على الشرط، و قد تقدم تجويله و فى التحرير لو قالت إن طلقنى واحده فلك على ألف فطلقها فالأقرب ثبوت الفديه، و هو تعليق محض، إلا أن يقال بأن الاستدعاء يتوسع فيه، و من ثم لم يختص بلفظ بخلاف الخلع الواقع من الزوج، و فى الحقيقه كل لفظ يتقدم منهما فهو معلق على الآخر، و من ثم قلنا: إنه مع تأخير القبول من جانبها يكون فى الخلع شائبه الشرط، إلا أنهم اعتبروا فى نفس الخلع الذى هو عبارته عن اللفظ الواقع من الزوج تجرده عن صورته الشرط بخلاف اللفظ الواقع منها، و لو جعلنا الخلع عبارته عن العقد المركب منهما أشكل الفرق، و على ما ذكره فى تعريف الخلع فى التحرير- من أنه عبارته عن بذل المرأه المال للزوج فديه لنفسها- يقوى الاشكال، خصوصا فى حكمه الذى حكيناه عنه».

قلت: هو من غرائب الكلام، و مناف لما أسلفه سابقا جازما من جواز التعليق فى استدعائها الذى هو عنده أحد ركنى المعاضه، و قد تقدم مناقشتنا له فى ذلك، و التوسع فى الاكتفاء عنه بكل لفظ لا مدخله له فى جواز التعليق، ضروره ثبوت التوسع فى القبول فى سائر العقود الجائزه المعلوم عدم جواز التعليق فيها و أغرب من ذلك قوله: «و فى الحقيقه كل لفظ» إلى آخره، إذ قد عرفت أن ذلك تعليق شرعى لا إنشائى.

نعم قد يقال: إن ذلك منهم بناء على جواز التعليق عندهم فى بذلها مؤيد لما قلناه من عدم كونها معاضه حقيقه مشتمله على الإيجاب و القبول، بل البذل منها داع على صدور الطلاق منه عليه، فحينئذ لا- يقدر تعليق، إذ ليس قبول إيجاب و إنشاء معاضه، و إن جرى عليه بعض أحكامها من الفوريه مثلا- و غيره، للإجماع أو لأنه المتيقن من صحه الخلع المخالف للأصل، كما عرفت ذلك مكررا.

[النظر الرابع فى الاحكام]

[و فيه مسائل]

[المسأله الأولى لو أكرهها على الفديه فعل حراما]

الأولى:

لو أكرهها على الفديه فعل حراما بلا خلاف ولا إشكال، ضروره كونه ظلما محرما، و يتحقق الإكراه عليها بنحو ما سمعته من الإكراه على الطلاق وغيره من العقد و الإيقاع، إذ الإكراه حقيقه واحده فى الجميع، و ليس منه ترك ما لا يجب عليه من الأمور المتعلقة بالزوجيه و إن تأذت بذلك و التجأت إلى الفداء حتى الإغاره بزوجه، بل و إن قصد بذلك بذلها الفداء، بل ليس منه ترك حقوقها الواجبه عليه مع فرض عدم قصد إرادته البذل منها بذلك، نعم متى قصد بالترك بذل الفداء بتحقيق الإكراه كما تقدم الكلام فى ذلك فى باب الشقاق بين الزوجين.

و على كل حال ف لو طلق به أى الإكراه صح الطلاق و لم تسلم له الفديه التى فرض الإكراه عليها و كان له الرجعه إن كان المورد مما له الرجعه فيه، و إلا بطل أصل الطلاق أو كان بائنا على البحث السابق، أو هو بائن على كل حال، لكون التقصير فى المقام من جانبه.

نعم لا خلاف معتد به فى صيروره الطلاق رجعيا إذا كان مورده كذلك، و لا يستلزم بطلان الفداء بطلانه، و لعله لما عرفت من عدم المعاوضه الحقيقه، بل كان الفداء باعثا، و ربما كان كلامهم فى المقام مؤيدا لذلك، ضروره كون المتجه على

المعاوضه حقيقه بطلان أصل الطلاق، لمعلوماته بطلان المعاوضه ببطلان العوض الذى هو أحد أركانها، ولذا قال فى المسالك من غير نقل خلاف: «إنه إن كان الواقع خلعا بطل، و إن قلنا: إنه طلاق فلا يكون رجعيا، لأن ماهيته لا تتحقق بدون صحه البذل عندنا» و إن كان قد يناقش بأن عدم صحته خلعا لا ينافى صحته طلاقا فالأولى تعليله بعدم وقوع الطلاق بلفظ «خلعت» بل هو كناية فى غير الخلع من الطلاق، و فيه التأمل الذى ذكرناه سابقا.

[المسألة الثانية لو خالعا والأخلاق ملتئم لم يصح الخلع و لا يملك الفديه]

المسألة الثانية:

لو خالعا والأخلاق ملتئم أى لا كراهه بينهما لم يصح الخلع و لا يملك الفديه بلا خلاف و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى السنه (١) المستفيضه أو المتواتره التى قد مر كثير منها، بل و ظاهر اعتبار الخوف من عدم إقامة حدود الله تعالى (٢) المنتفى فى الفرض.

و لو طلقها و الحال هذه بعوض لم يملك العوض، و لكن صح الطلاق، و له الرجعه مع فرض كون مورده رجعيا، و إلا كان بائنا أو باطلا على البحث السابق بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى النصوص المستفيضه على عدم حل أخذ شىء منها مع عدم الكراهه.

هذا و لكن فى المسالك بعد أن ذكر الحكم الأول قال: «هذا بالنسبه إلى الخلع، و أما الطلاق بعوض فمقتضى كلام المصنف و الجماعه كونه كذلك، لاشتراكهما فى المعنى، بل عده فى المبسوط خلعا صريحا حيث قسمه إلى واقع بصريح الطلاق، و إلى واقع بغيره، و جعل الأول طلاقا و خلعا، و جعل الخلاف فى

١- ١ الوسائل الباب- ١ و ٢- من كتاب الخلع و المباره.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

الثانى هل هو طلاق أم لا، و هذا إن كان إجماعاً فهو الحجة فى حكمه، و إلا فلا يخلو من إشكال، لأن النصوص (١) إنما دلت على توقف الخلع على الكراهه، و ظاهر حال الطلاق بعوض أنه مغاير له و إن شاركه فى بعض الأحكام» و

قد تكرر منه هذا الكلام فى المسالك و الروضه، و أنكر عليه سبطه معترفا بعدم الموافق له على ذلك من المتقدمين و المتأخرين.

و قد أظن فى الحدائق فى بيان فسادها بعد أن حكى ما وقع له من ذلك فى المسالك و الروضه فى مواضع، و حكى عن بعض معاصريه موافقته له فى ذلك، و أنهم طلقوا بالعوض جملة من النساء مع عدم الكراهه، فضلا عن الجهل بالحال.

و لقد عثرت على رساله كبيره مصنفه فى هذه المسأله للعالم الربانى المحقق المدقق الميرزا أبى القاسم القمى قدس سره و هو و إن أبدع فيها و ذكر فيها أنه منذ أربعين سنه أو أزيد كان على خلاف ما ذكره الشهيد و لكنه ظهر له بعد ذلك صحته، و صنف الرساله المزبوره التى هى و إن أبدع فيها لكنها أوفق بفقهاء الأعاجم المبنى على التجشم و التدقيق المعلوم كونه على خلاف طريقه المعتدلين من أهل الفن، و كان منشأ الوهم ما وقع للمصنف و غيره من ذكر حكم الخلع مستقلاً، و ذكر حكم الطلاق بعوض غير مره، و ما وقع لبعضهم كالنخ و المقصداد و أبى العباس فى تعريف الخلع مما يقتضى كون الطلاق بعوض مفهوم ما آخر غير الخلع، و من ذلك و نحوه نشأ الوهم فى أنه شىء مستقل يوافق الخلع و يفارقه، بل ظاهر بعض كلمات القمى فى رسالته المزبوره أنه حيث يكون موافقاً للخلع يقصد به معنى الخلع لا الطلاق و لقد أشرت سابقاً إلى ما يفسد هذا كله، فلاحظ و تأمل.

و لكن نزيدك هنا أنه ليس فى شىء من النصوص طلاق العوض أو طلاق الفداء، نعم

فيها «أن الخلع و المبارأه طلاق (٢)»

و ظاهرها كالفتاوى إرادته الفرديه

١- ١ الوسائل الباب - ١ - من كتاب الخلع و المبارأه.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٥ - من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٢ و فيه « الخلع و المبارأه تطليقه بائن».

منه لا- المشاركة في الحكم، بل ظاهر آية الفداء(١) التي هي في مقام الطلاق، فعلم من ذلك أعميه الطلاق منه على نحو ما قررناه في السلم الذي هو قسم من البيع، ولا- ينافي ذلك تعريف الطلاق سابقا بما لا يشمل الخلع المبني على إرادته تعريف المقابل للخلع منه لا المعنى الأعم الشامل له ولغيره، وحينئذ فلا يحتاج إلى قصد معنى الخلع بلفظ الطلاق المستعمل في مورد الخلع، بل يقصد معناه و يكون خلعا باجتماع شرائطه، كما يكون البيع في مقام السلم سلما، و حينئذ فلا ريب في أن مفهوم الطلاق بالعوض و مفهوم الخلع متباينان، و لكن لا مصداق لهما إلا مورد الخلع، و من هنا افترق الخلع عن الطلاق بالعوض في صيروره الثاني رجعيا ببطلان بعض شرائط الخلع بخلاف الأول، فإنه يبطل من أصله.

و من الغريب دعوى الفاضل المزبور تحقق الطلاق بالعوض في غير مورد الخلع، و ذكر له أقساما ستة: أولها الطلاق بالعوض، و الثاني الصلح عن الطلاق بكذا، و الثالث الهبة المعوضه بالطلاق، و الرابع الجعالة على الطلاق، و الخامس اشتراط الطلاق بعقد بيع مثلا، و السادس الطلاق مع شرط العوض، و ذكر أن دليل صحه ما عدا الأول و الثاني منها عمومات الصلح و الهبة و الجعالة و البيع.

ثم أظن في اقتضاء الطلاق الواقع في المذكورات البيئونه إلا مع التقايل و التفاسخ أو يكفى وقوعه و إن جاز له الرجوع به حيث يكون رجعيا، و تجشم لكونه كالخالع حينئذ بكون المراد في الصلح و الهبة و الجعالة و الشرط في البيع طلاقا لا رجعه له فيه، فهو حينئذ في قوه اشتراط عدم الرجعه به و إن كان لو لا- ذلك لكان رجعيا، و جعل دليل الأول قوله تعالى (٢) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» الشامل و لو للعقد الجديد و ما دل على الوفاء بالميثاق أو العهد المحتمل إرادته أيضا من الوفاء بالعقود، و دليل الأخير

«المؤمنون عند شروطهم»(٣)

الشامل للإلزام بالعوض على جهه

١- ١ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٩.

٢- ٢ سورة المائده: ٥- الآية ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ من كتاب النكاح.

الشرطيه و لو فى ضمن الإيقاع كالشرط فى العتق، إلى غير ذلك مما ذكره فيها الذى لولا الأدب معه لقلنا فيه ما قلنا.

و من هنا ذكرنا أنها أوفق بفقهاء الأعاجم، وليته بقى على حاله قبل الأربعين سنه، ضروره خروج مفهوم الطلاق بعوض عن المذكورات أجمع، فإنه فيها قد وقع عوضاً، لا أنه بعوض الذى يراد منه أنت طالق بكذا على وفق الخلع، على أنه يمكن المناقشه فى صحه الصلح عن الطلاق، بل و جعله عوضاً عن الهبه، بل و فى كونه عملاً بجعل و إن صرح بجوازه ثانى الشهيدين و بعض من تأخر عنه.

و أغرب من ذلك كله الاستدلال على الأول بعموم «أوفوا»^(١) و غيره الذى من المعلوم عدم تناوله للمفروض، و على الثانى

بعموم «المؤمنون عند»^(٢)

إلى آخره الذى قد ذكرنا غير مره عدم تناوله للإيقاع.

و بالجمله هذه الكلمات و نحوها مما لا ينبغى أن تسطر فى أثناء كتب الشيعة التى هى معدن أسرار النبوه، و مبرأه من أمثال هذه الكلمات اللاتقه بكتب العامه لا الخاصه.

و أغرب من ذلك كله الاستدلال على صحته بعوض أو بشرط إلزامى بعمومات الطلاق الذى هو مجرد إنشاء الفسخ الذى هو غير قابل للنقل أو الإلزام بشىء.

و من ذلك كله و غيره ظهر لك الوجه فيما اتفق الأصحاب عليه من عدم صحه الطلاق بعوض إلا فى مورد الخلع، و حينئذ تلحقه أحكامه من الرجوع بالبذل و غيره، كما هو واضح.

١- ١ سورة المائدة: ٥- الآيه ١.

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

[المسأله الثالثه إذا أت بالفاحشه جاز عضلها]

المسأله الثالثه:

إذا أت بالفاحشه جاز عضلها عندنا لتفدى نفسها لقوله تعالى(١):

«وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضٍ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ» و قيل: هو منسوخ بآيه الحد(٢) التي هي غير منافية له و لم يثبت النسخ، بل و لا- القائل به منا، كما اعترف به فى المسالك و كشف اللثام، قال فى الأول منهما: «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 فى المبسوط يحكى أقوالهم و يختار منها ما ترجح عنده، و قد نقل القول بكونها منسوخه بقول و قيل، و هو ضعيف المستند».

و المراد بالعضل هنا مضاره الزوجه و التضييق عليها بسوء العشره لتضطر إلى الافتداء منه بمالها، لأن أصل العضل على ما عن الهروى و غيره: التضييق و المنع، يقال: أردت أمرا فعضلنى عنه زيد إذا منعه و ضيق عليه، و أعضل فى الأمر إذا ضاق.

و أما الفاحشه ففى المسالك «قيل: هو الزنا، و قيل: ما يوجب الحد مطلقا، و قيل: كل

معصيه- ثم قال:- و كون الحكم على خلاف الأصل ينبغى الاقتصار منه على محل الوفاق، و هو الأول، لأنه ثابت على جميع الأقوال».

و فى كشف اللثام «هى كل معصيه كما فى التبيان و مجمع البيان و أحكام القرآن للراوندى أو ما مر من أقوالها إذا كرهت الزوج، كما فى تفسير على

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ١٩.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤- الآيه ٢.

و في الحدائق «و أما ما يتعلق بهذه الآية (٢) من الأخبار فلم أقف إلا على ما ذكره أمين الإسلام الطبرسي في كتاب مجمع البيان، حيث قال «إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ» أى ظاهره، قيل: و فيها قولان: أحدهما يعنى: إلا أن يزني، عن الحسن و أبى قلامه (٣) و السدى، و قالوا: إذا اطلع منها على زنيه فله أخذ الفديه منها، و الآخر أن الفاحشه النشوز، عن ابن عباس، و الأولى حمل الآية على كل معصيه، و هو المروى عن أبى جعفر عليه السلام (٤) و اختاره الطبرى».

هذا و فى المسالك «هل يتقيد جواز العضل ببذل مخصوص كمقدار ما وصل إليها؟ ظاهر المصنف و الأكثر عدمه، لإطلاقهم الجواز إلى أن تفدى نفسها، لإطلاق الآية، و لعدم هذا خلعا،

و هو غير مقيد، و رجح الشهيد فى بعض تحقیقاته تقييده بما وصل إليها منه من مهر و غيره حذرا من الضرر العظيم، و استنادا إلى

قوله صلى الله عليه و آله لزوجه ثابت بن قيس (٥) و قد قالت أزيدة: «لا، حديقته فقط» و فى بعض ألفاظ الخبر «أما الزيادة فلا، و لكن حديقته» (٦)

و حمل كلام الأصحاب على غير صورته العضل، أو على ما إذا بذلت الزيادة من قبل نفسها- ثم قال- و فى الاحتجاج من الجانبين معا نظر، لأن الاستثناء فى الآية وقع من إذهاب الأزواج ببعض ما آتوهن لا بجميعة، و الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل فى اللفظ، و الجميع غير داخل فيه، فإطلاق الاستثناء لا يفيد، فلا حجه فيها للفريقين، و أما الخبر فلا دلالة فيه أيضا على

١- ١ تفسير على بن إبراهيم ص ٧٣ و نقله فى تفسير البرهان ج ١ ص ٣٥٥.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآية ١٩.

٣- ٣ فى هامش النسخة الأصلية أبى قدامه خ ل إلا أن الموجود فى الحدائق و مجمع البيان «أبى قلابه».

٤- ٤ مجمع البيان ج ٢ ص ٢٤ ط صيدا- سورة النساء: ٤ ذيل الآية ١٩.

٥- ٥ المتقدم فى ص ٣.

٦- ٦ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣١٤.

موضع النزاع، لأن المرأة المذكورة ليست من هذا الباب، ولا -عضلها زوجها، وإنما كان يريد لها لو رضيت عنه، وإنما هي الكارهة له على أصل قاعده الخلع، وتقييده صلى الله عليه وآله بالحديقه لكون الزوج طلبها، وإلا لجازت الزيادة إجماعاً، وأما حملة لكلام الأصحاب على غير صورته العضل ففيه أنهم أطلقوا فيها، على أنك قد عرفت عدم الدليل على التقييد بقدر ما أخذت منه لا من الآيه و

لا من الخبر، وليس ذلك من باب الخلع و المباره ليبحث عن تقييده بذلك و شبهه، و أما حديث الإضرار فحسن، لكنه غير مقيد بكون البذل بمقدار ما وصل إليها، بل بما يحصل معه الإضرار و عدمه، و الأظهر الاقتصار في تقدير العضل على بعض ما وصل إليها مطلقاً، عملاً بظاهر الآيه و وقوفاً فيما خالف الأصل على محل اليقين» و نحو ذلك قد ذكر في الروضه أيضاً.

قلت: صريح كلامه أن المقام ليس من الخلع و المباره بعد أن اعترف سابقاً أنهم قد عدوه في بابه، و ظاهرهم كون المقام منه، و إلا فقد صرحت النصوص (١) المستفيضه أو المتواتره بعدم حل أخذ شيء منها بدون كراهتها الظاهره بالأقوال المزبوره، و قد عرفت أن الطلاق بالعوض لا مصداق له غير مورد الخلع.

بل لعل التأمل في كلامهم في المقام و ذكرهم الفديه و نحوها يشرف الفقيه على القطع بكون الفرض من مقام الخلع، و إلا لذكروا له أحكاماً مستقلة من كونه طلاقاً بائناً حينئذ أو رجعيًا، و أنه يجوز له الرجوع بما أفدته أو لا، إلى غير ذلك من الأحكام.

على أنه بناء على إرادته كل معصيه من الفاحشه ينبغي القول بجواز إكراه المرأة على إفدائها بكل ما يقترحه عليها أو بمقدار ما وصل إليها منه أو بعضه بمجرد غيبه أو كذبه أو غير ذلك من المعاصي و إن كانت المرأة كارهه للفراق و محبه لزوجها، و هو

حكم غريب لم يذكره فقيه، و لا بحثوا عنه، و لا ذكروا له

أحكاما.

و كذا لو قلنا بأن المراد منها الزنا أو ما يوجب الحد، بل لعل القول بجواز الإكراه لها بما لا يجوز له قبل الفاحشه من سائر أفراد الظلم حتى تفدى نفسها من المستنكرات.

فالأولى أن يقال: إن المراد جواز إكراه المرأة الكارهه لزوجها التي هي موضوع الخلع إذا جاءت بالفاحشه، و هي نشوزها و خروجها عن طاعته، لكراهتها له بالتضييق عليها من الهجر و قطع النفقه و غير ذلك مما هو جائز لها حتى تفدى نفسها منه بما يشاء منها، و هو في الحقيقه ليس إكراها بما لا يجوز له، بل هو إكراه بحق فتأمل جيدا، فان المقام غير محرر في كلماتهم، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا صح الخلع فلا رجعه له]

المسأله الرابعه:

إذا صح الخلع فلا- رجعه له بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، و هو الحجج بعد الأصل و النصوص المستفيضه أو المتواتره التي منها

قول الرضا عليه السلام في صحيح ابن بزيع (١) «تبين منه، و إن شاءت أن يرد إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت»

و في ذيل

صحيح ابن سنان المروى في المحكى عن تفسير على بن إبراهيم (٢) «لا- رجعه للزوج على المختلعه، و لا- على المباره إلا أن يبدو للمرأة، فيرد عليها ما أخذ منها»

بل و مفهوم

موثق أبى العباس (٣) عن الصادق عليه السلام «المختلعه إن رجعت في شىء من الصلح يقول: لأرجعن في بضعك»

و غيرها من النصوص (٤) الصريحه و الظاهره، و إنما ذكرنا هذه خاصه منها لجمعها بين

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المباره.

الدلالة على ذلك و على أن لها الرجوع فى الفديه ما دامت فى العده و إن لم يرض الزوج بذلك.

نعم مع رجوعها يرجع إن شاء الذى لا أجد فيه خلافا، أيضا إلا من ابن حمزه، فاعتبر التراضى منهما مع إطلاقهما، أما إذا قيدا أو أحدهما كان للمرأة الرجوع بما بذلت، و له الرجوع بها إن شاء، و لا ريب فى ضعفه و إن نفى عنه البأس فى المختلف، ضروره كونه كالاجتهاد فى

مقابله النص الحاكم على قاعده كون ذلك مقتضى المعاوضه بعد تسليم كونها كذلك حقيقه.

إنما الكلام فى اشتراط جواز رجوعها بإمكان صحه رجوعه و عدمه، صريح جماعه كما عن ظاهر الشيخ الأول، بل ربما نسب إلى الشهره، و ظاهر غير واحد ممن أطلق جواز الرجوع بها حتى المصنف الثانى.

و لعل الأقوى الأول،

لقاعده «لا ضرر و لا ضرار»

و غيرها، مضافا إلى ظاهر النصوص المزبوره، حتى الأول (١) منها الذى مقتضاه اشتراط الجواز المستفاد من قوله عليه السلام «فعلت» برد ما أخذت منه، و كونها امرأه له المنزل على إرادته بحكم امرأته، باعتبار جواز الرجوع له حينئذ، للإجماع على عدم رجوعها زوجه له بمجرد رجوعها بالبدل، فلا يجوز لها رد ما أخذت منه، و لا تكون امرأه له كما فى المطلقه ثلاثا.

و أما الموثق (٢) فدلالته ظاهره و إلا لبقى الشرط بلا جزاء، بل لعل اتفاق الأصحاب على تقييد جواز رجوعها بالبدل بما إذا كان فى العده مع خلو النصوص عنه مبنى على التلازم المزبور، للعلم بعدم جواز الرجوع له بعدها، لصيروره المرأه أجنبيه حينئذ كالصغيره و اليائسه اللتين لا عده لهما اللتين قد استفاضت النصوص (٣) بكون طلاقهما حيث يقع

بائنا، فتقيد جواز رجوعها بالعده مقدمه لجواز رجوعه

-
- ١- ١ الوسائل الباب-٣- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٩.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب-٧- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٣.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب-٢ و ٣- من أبواب العدد من كتاب الطلاق.

حينئذ، كما أن الإجماع و إطلاق النصوص (١) على جواز الخلع لمن لا عده لها أو كانت عدتها عده بائن كالمطلقه ثلاثا، فلا يتوهم اقتضاء النصوص المزبوره اختصاص مورد الخلع بالرجعيه باعتبار ما فيها من أنه إن رجعت رجعت رجوعا، بدعوى كون ذلك كاللزام لماهيته، إذ هو كما ترى.

فتحقق حينئذ أنه لا رجوع لها حيث لا رجوع له لعدم عده أو لانقضائها أو لغير ذلك، لا أقل من أن يكون ذلك هو المستفاد من النصوص (٢) المزبوره، فيبقى عدم جواز رجوعها في غيره على أصاله عدم الجواز.

بل قد يقوى بملاحظه الأخير عدم صحه رجوعها مع فرض عدم علمه بذلك إلى انقضاء محله، لأن الثابت من الأدله المزبوره رجوعها في حال العلم بذلك، أما الصحيح الأول (٣) الذي قد اعتبر في شرطه كونها امرأه له فأقرب مجازاته حال علمه الذي يكون فيه حينئذ أحق ببضعها، و أما الموثق (٤) فجواب الشرط فيه الخطاب بقول: «الأرجعن ببضعك» الذي لا ينطبق إلا على حال العلم، و أما الثالث (٥) فاختصاص دلالته في حال العلم واضح، و لم نقف على

غيرها، فيبقى في غير مفادها على أصاله المنع، مؤيدا

بقاعده «لا ضرر و لا ضرار».

و دعوى ظهورها في أن الشرط ثبوت رجوعه شرعا أعم من أن يرجع أم لا- و متى كانت العده رجعيه كان رجوعه جائزا سواء علم أم لم يعلم، كما لو طلق رجعيًا و لم يعلم بجواز الرجوع فيها فترك إلى انقضاء العده، فإن ذلك لا يخرج العده عن كونها رجعيه- و اضحه المنع بعد الإحاطه بما ذكرنا من انحصار الدليل في النصوص المزبوره التي لا ينكر عدم استفاده حكم غير الفرد المزبور منها، لعدم

١-١ الوسائل الباب-١- من كتاب الخلع و المباره.

٢-٢ الوسائل الباب-٧- من كتاب الخلع و المباره.

٣-٣ الوسائل الباب-٣- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٩.

٤-٤ الوسائل الباب-٧- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٣.

٥-٥ الوسائل الباب-٧- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٤.

تعرض فيها لغيره، فيبقى على أصل المنع بعد فرض عدم إطلاق يندرج فيه.

و كذا دعوى كون المحصل من الأدلة كون رجعتها شرطا في جواز رجوعه، و الشرط لا يتوقف وجوده على وجود المشروط بالفعل و إلا دار.

بل هي أوضح من الأولى منعا، خصوصا ما ذكر من الدور فيه المعلوم عدمه في المقام الذي حاصله عدم صحه رجوعها إلا في حال علمه بذلك.

و حينئذ فما في القواعد و غيرها من الحكم بالصحة لا يخلو من نظر، و كان منشأ الاشتباه استفاده الحكم الوضعي من النصوص [\(١\)](#) المزبوره، و هو غير مقيد، و هو كذلك لو أن الأدلة أفادته على الوجه المفروض، و إنما

إفادته على النحو الذي ذكرناه، و لا شمول فيه قطعا.

و على كل حال فبناء على عدم اعتبار العلم في جواز رجوعها لو أنشأ الرجوع جاهلا برجوعها فصادف سبق رجوعها فالظاهر الصحة، من غير فرق بين الذاهل و غيره، لإطلاق ما دل على سببته، كما تقدم البحث في نظائر ذلك غير مره.

ثم إنه حيث ترجع المرأه بالبذل و يكون للزوج حق الرجوع فهل تكون بذلك مطلقه رجعيه يثبت لها جميع أحكامها من النفقه و التوارث و غيرهما كما هو أحد الوجهين أو القولين، لعدم كون الرجعيه إلا- من جاز الرجوع فيها، و إيماء الخبرين [\(٢\)](#) المزبورين إلى ذلك أم لا، لأنها ابتدأت على بينونه و سقطت هذه الأحكام، فعودها بعد ذلك يحتاج إلى دليل، و الأصل بقاء الأحكام السابقه، و لا يلزم من جواز رجوعه على الوجه المزبور كونها رجعيه مطلقا، لجواز أن يراد بالرجعيه ما يجوز للزوج الرجوع فيها مطلقا، بل في المسالك هو الظاهر.

قلت: قد يقال- بعد تسليم عدم دلالة الخبرين المزبورين على صيرورتها حينئذ

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٣ و ٤.

رجعيه و لو باتحاد التعبير عنهما أو ما يقاربه، و عدم ظهور الأدله فى كون الخلع طلاقا، و أن بينوته إنما هى من جهه الفداء الذى هو كالشراء أو الصلح، فمع فرض رجوع

البذل عاد الطلاق إلى أصله كما لو فسد، بل قد يدعى ظهور الأدله حتى آيه «وَبُعُولَتُهُنَّ» (١) فى أن الأصل فى الطلاق أن يكون رجعيًا: إن

الصحيح الأول (٢) باعتبار قوله عليه السلام فيه: «و تكون امرأته»

دال على أن المختلعه كالزوجه، نحو ما ورد (٣) فى الرجعيه، فان لم نقل باندراجها فيها أمكن استفاده أحكامها من ذلك، نحو ما استفيد أحكام الرجعيه.

و لعله لذلك و غيره أطلق الأصحاب فى كل مقام يبطل الخلع فيه صيروره الطلاق رجعيًا، و حينئذ فلا يجوز له نكاح الأخت و لا الرابعه بعد رجوعها بالبذل، أما قبله فلا إشكال فى الجواز، و إن ذكر بعض وجهًا للعدم، باعتبار تنزيله، لإمكان رجوعها، لكنه فى غير محله، إذ هو حينئذ كالاتجاه فى مقابله إطلاق النصوص (٤) أنه تطليقه بانه، و خصوص

صحيح أبى بصير (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أ يحل له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضى عدّه المختلعه؟ قال: نعم قد برئت عصمتها منه، و ليس له عليها رجعه»

الظاهر - و لو بقريته ما فى ذيله الذى هو كالتعليل - فى جواز التزويج بها، مضافا إلى

صدق عدم الجمع بين الأختين و تزوج الخمسه فى الفرض، و غير ذلك.

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٨.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٩.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب أقسام الطلاق و الباب- ١٣- منها الحديث ٦ و الباب- ٢٠- منها الحديث ١١ و الباب- ١٨ و ٢٠ و ٢١- من أبواب العدد من كتاب الطلاق.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٥- من كتاب الخلع و المبارأه.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٢- من كتاب الخلع و المبارأه.

و هل لها الرجوع بالبذل حيثئذ و إن لم يجز له الرجوع باعتبار كون المانع من قبله، مع أنه يتمكن منه أيضا و لو بتطبيق الأخت مثلا- بائنا- كما مال إليه بعض الناس- أو لا يجوز الرجوع، لعدم تناول النصوص (١) المزبوره المنحصر فيها دليل جواز رجوعها للفرص خصوصا الأول (٢) منها بل و الثاني (٣) و الثالث (٤)؟ و لعله الأقوى، و لا ينافي شيئا مما ذكرنا ما فى شرح الإرشاد و غيره من نفى الخلاف أو الاتفاق على كون البذل جائزا من جهتها المعلوم إرادته ذلك فى الجملة منه خصوصا بعد عدم ذكرهم له فى سياق المسأله، و إنما ذكر فى أثناء كلام لهم فى غير المقام، كما هو واضح بأدنى ملاحظه.

ثم إنه لا يخفى عليك ظهور الموثق (٥) المزبور،

و قوله عليه السلام فى صحيح ابن سنان (٦): «ينبغى»

إلى آخره المعلوم منه إرادته استحباب اشتراط مقتضى الخلع فيه جواز (٧) رجوعها ببعض البذل،

و أنه يثبت له حق الرجوع بذلك و لا ينافي ذلك

قوله عليه السلام فى الصحيحين (٨): «ما أخذ منها»

الظاهر فى جميعه بعد أن لم يكن ظاهرا فى الشرطيه، و أقصاه أن ذلك أحد أفراد الرد، فلا ينافي استفادته جواز الفرد الآخر له و هو رد البعض من الموثق و الصحيح، مؤيدا ذلك بأنه إذا صح لها الرجوع بالجميع صح لها الرجوع بالبعض، لأن الحق لها، فلها إسقاط بعضه، كما لها إسقاط جميعه، فان عدم الرجوع فى قوه الإسقاط، إذ لا يلزم منه رجوع العوض الآخر.

و من ذلك بان لك ضعف احتمال عدم جواز رجوعها بالبعض، لأن ذلك يقتضى

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٩.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٤.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٣.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٣.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٤.

٧- ٧ هكذا فى النسختين الأصليتين و الصحيح «فى جواز».

٨- ٨ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٣ و ٤.

صيروره الطلاق رجعيا، و هو مشروط بعدم الاشتمال على العوض، و الفرض بقاء البعض عوضا، إذ لا فرق بين القليل و الكثير، و من ثم لو جعل ابتداء ذلك القدر الباقي أو أقل منه كفى فى البينونه، و الجمع بين كون الطلاق رجعيا و بقاء العوض فى مقابلته جمع بين متنافيين، إذ هو كالاتجاه فى مقابله النص، على أن العوض هنا المجموع دون البعض الباقي و إن كان صالحا لأن يكون عوضا لو وقع الخلع عليه، فيصدق حينئذ بانتفاء البعض انتفاء العوض، و يثبت حكم الرجوع.

و من الغريب ميله إلى ذلك فى المسالك مستدلا له بما سمعت قال: «و فى صحيح ابن بزيع (١) ما يرشد إليه، لظهوره فى اعتبار رد الجميع، لأن «ما» من صيغ العموم، فلا- يترتب عليها الحكم بالبعض، و هو العمده فى الباب لصحته» و فيه مالا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرناه.

و أضعف منه احتمال جواز رجوعها بالبعض، لأن البذل جائز من جهتها، و لكن لا يجوز له الرجوع، لأن بقاء شىء من العوض مانع من رجوعه و هو حاصل، إذ هو مع ما فيه مناف لقاعده الإضرار، و التحقيق ما عرفت.

نعم الظاهر وجوب رد الجميع عليه إذا اختار الرجوع، لظهور ذيل صحيح ابن سنان (٢) فى ذلك، بل هو مقتضى المعاوضه.

بقى شىء، و هو أن ظاهر النص (٣) و الفتوى فى المقام عدم الفرق فى صيرورتها بحكم الرجعية فى جواز الرجوع بها بين فراقها بصيغه الخلع أو الطلاق كما ذكرناه سابقا، و هو مؤيد لما ذكرناه سابقا من احتمال صيرورتها مطلقه رجعيه لو بان فساد البذل و إن كان بصيغه «خلعت» و لو لم يكن إجماعا منهم لأمكن القول هنا أيضا بأنه إن كانت الصيغه هنا بلفظ «خلعت» و رجعت بالبذل فسد الخلع من أصله و عادت الامراه امرأه له بلا رجوع منه، بل ربما أمكن تنزيل صحيح ابن

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من كتاب الخلع و المبارأه.

بزيع (١) عليه، بخلاف ما إذا كان الخلع بلفظ الطلاق، فإنه حينئذ يبطل الخلع، و يبقى الطلاق رجعياً أو غيره على حسب مورده، كما عرفته سابقاً، و بذلك حينئذ تنتظم كلماتهم التي منها قوله:

[المسألة الخامسة لو خالعهما و شرط الرجوع لم يصح]

المسألة الخامسة:

لو خالعهما و شرط الرجوع (الرجوع خ ل) لم يصح الشرط، لكونه مخالفاً للسنه (٢) المقتضيه كون الخلع طلاقاً بائناً، بل يبطل الخلع أيضاً، كما صرح به في المسالك، لكنه شبهه بالمعاوضه التي قد عرفت بطلانها بطلان الشرط فيها في محله، خلافاً لابن إدريس كما تقدم تحقيق الحال فيه في كتاب البيع، و لا يكون الخلع بطلان الشرط طلاقاً، لما عرفت من عدم انعقاد الطلاق به عندهم، و أن العوض عندهم جزء مفهومه و منه الشرط، فمع فرض بطلانه يبطل أصل الخلع.

و كذا يبطل الشرط لو طلق بعوض لأنه شرط باطل على كل حال، من غير فرق بين كون الخلع بصيغته «خلعت» أو صيغته الطلاق بعوض، نعم في المسالك هنا أنه ينبغي أن يقع الطلاق رجعياً إن خلا- من موجبات البينونه، و إلا اتجه بطلانه، و هو مبنى على مذاقه الذي قد تقدم النظر فيه، ضروره عدم الفرق في القصد بين كون مورد الطلاق رجعياً و غيره، فمع فرض عدم اقتضاء فساد العوض أو الشرط فساد أصل الطلاق لكونهما قصدين متباينين يتجه صحه الطلاق

كيفما كان مورده، و إلا بطل فيهما، و ظاهر الأصحاب عدم مدخلية العوض في صحه قصد الطلاق، فيتجه في المقام المفروض فيه بطلان الشرط صحه الطلاق و إن بطل المعنى المعاوضي الذي به صار خلعا على طريقه المعاوضه التي تبطل بطلان

١- ١ الوسائل الباب -٧- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب -٥- من كتاب الخلع و المبارأه.

الشرط فيها و إن كان للنظر فى أصل دعوى تمايز قصدى الطلاق و العوض و عدم الارتباط بينهما على نحو المعاوضه لا فى العوض و لا فى الشرط مجال.

[المسأله السادسه المختلفه لا يلحقها طلاق بعد الخلع]

المسأله السادسه:

المختلفه لا يلحقها طلاق بعد الخلع عندنا بلا خلاف و لا إشكال لأن وقوع الثانى بها مشروط بالرجعه و الفرض انتفاؤها، و كذا الظهار و الإيلاء المعتبر فى مورد هما كونها زوجته، و هى بالخلع الذى هو تطبيقه بائنه صارت كالأجنبيه. نعم لو رجعت فى الفديه فرجع هو بها جاز استئناف الطلاق لصيرورتها زوجته حينئذ، كما هو واضح.

[المسأله السابعه إذا قالت طلقنى ثلاثا بألف فطلقها قال الشيخ لا يصح]

المسأله السابعه:

إذا قالت: «طلقنى ثلاثا بألف» فطلقها قال الشيخ فيما حكاه المصنف و الفاضل فى محكى التحرير عنه لا يصح عندنا لأنه طلاق بشرط و فيه ما لا يخفى من أنه لا شرط فى الفرض. و لذا قال المصنف مشيرا إلى النظر فيه الوجه أنه طلاق فى مقابله بذل، فلا يعد شرطاً (١١) لكن فى المسالك «الذى رأيناه فى كلام الشيخ خلاف ذلك، و أنه نقل البطلان معللا بالشرط فى كلام آخر يخالف ما نقله المصنف فى اللفظ و المعنى، و هو أنه جعل مورد الشرط ما لو قالت:

«طلقنى على أن لك على ألفا» و هذا اللفظ هو المحتمل للشرط دون ما عبر به المصنف، لأن الباء صريحه فى العوض، قال فى موضع من المبسوط: إذا قالت لزوجها:

«طلقنى ثلاثا بألف درهم» فقال لها: «قد طلقتك ثلاثا بألف درهم» صح عند المخالف، و عندنا لا يصح، لأن الطلاق الثلاث لا يقع عندنا بلفظ واحد، و لا يجب أن نقول هنا أنها تقع واحده، لأنها إنما بذلت العوض فى الثلاث، فإذا لم يصح

الثلاث وجب أن يبطل من أصله، ثم قال: إذا قالت له: «طلقني ثلاثا على أن لك على ألفا» فطلقها صح الخلع، و لزمها الألف، و انقطعت الرجعة، و عندنا لا- يصح، لما قلناه، و لأنه طلاق بشرط، و قال في موضع آخر إن قالت له: «طلقني ثلاثا بألف» فطلقها ثلاثا فعليها الألف، و إن طلقها واحده أو اثنتين فعليها بالحصه، و عندنا أنه لا يصح أصلا، و قد مضى. و إن قالت له: «طلقني ثلاثا على ألف» فالحكم فيه كما لو قالت بألف، و قال قوم في هذه: «إن طلقها ثلاثا فله ألف، و إن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق، و لم يجب عليها ما سمي، و فصل بينهما بأن قال: إذا قالت بألف فهذه باء البذل، و البذل يقتضى أن يقسط على المبدل، كما لو باعه ثلاثه أعبد بألف، و إذا قال: «على ألف» علق الطلاق الثلاث بشرط هي الألف، فإذا لم يوقع الثلاث لم يوجد الشرط، فلم يستحق شيئا».

قلت: لا- ريب في أن تعليل البطلان في العبارة المزبوره بصوره التعبير بعلى لا الباء، مع أن مختاره كونها كالباء في إفاده العوضيه و إن حكى عن بعضهم الشرطيه، لظهور قوله تعالى (١) «أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ» في العوض، بل هو المراد من قوله تعالى (٢) «اتَّبِعْكَ عَلَى أَنْ تُعَلِّمَنِ مِمَّا عَلِّمْتَ رُشْدًا» الآيه، و أوضح منه «فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَ بَيْنَهُمْ» (٣) إلى آخرها.

مضافا إلى إمكان دعوى فهم العرف منها ذلك من سائر استعمالاتها في أمثال المقام، خصوصا بعد أن لم يذكر أحد أنها من أدوات الشرط و إن كان لا مانع من قصد معناه فيها في بعض المقامات بضرب من التجوز أو غيره.

على أن الأمر في ذلك سهل، لأنها مسأله لفظيه، فلا وجه للإطناب فيها كما في المسالك، على أن المصنف لم يسند ذلك إلى الشيخ في المبسوط، و لعله في

١- ١ سورة القصص: ٢٨- الآيه ٢٧.

٢- ٢ سورة الكهف: ١٨- الآيه ٦٦.

٣- ٣ سورة الكهف: ١٨- الآيه ٩٤.

الخلاف، بل لعله فى المبسوط فى موضع غير ما نقله، فان من لاحظ المبسوط يعلم تشويشه و كثره تفرعه على مذاهب العامه و الخاصه على وجه يشتهبه الحال فى كثير من مقاماته، بل لا تنقيح فى كثير من عباراته، و لعله لذا هجر استعماله فى هذه الأزمنه، و اقتصر على المنقول عنه فى الكتب المعروفه.

و كيف كان ف تحقيق الحال فى مفروض المسأله على أصولنا أنها إن قصدت الثلاث ولاء من دون تخلل رجعه بزعم صحتها مفيده للبينونه سواء كان التثليث مترتباً أو مرسلًا لم يصح البذل لكونه بذلاً على أمر باطل، ضروره معلوميه عدم وقوع الثلاث عندنا بذلك و إن طلقها ثلاثاً مرسلًا بأن قال: «أنت طالق ثلاثاً» فضلاً عن المترتب الذى يقع فيه الثانى و الثالث على المطلقه، لما عرفت من عدم وقوعه بذلك ثلاثاً عندنا على كل حال، بل هو فى المرسل إما باطل أو يقع واحده على الخلاف السابق، فلا يملك البذل حينئذ بذلك. لأنه لم يفعل ما سألته من الطلاق الثلاث المقتضى للبينونه، اللهم إلا أن تريد التلفظ بذلك، و هو خروج عما نحن فيه.

و قيل كما عن موضع من المبسوط بناء على وقوع الواحده بالأخير يكون له الثلث من الألف، و كذا المترتب ل أنه هو بعد أن جعل عوضاً كان موزعاً على الثلاث و الفرض وقوع الواحده قطعاً فى المترتب، و فى قول فى المرسله، فيكون لها ثلث الألف، و فيه أن الظاهر جعل البذل فى مقابله المجموع الذى ينتفى بانتفاء بعضه، فلا يستحق شيئاً، و لذا كان المحكى عن موضعين آخرين من المبسوط عدم استحقاق شىء.

أما لو قصدت الثلاث التى يتخللها رجعتان فى القواعد و غيرها صح (١١) و ظاهرها صحه ذلك خلعا، لكونه حينئذ بذلاً على شىء صحيح له فائده فقصد، و فيه منع عموم أو إطلاق فى أدله الخلع على وجه يتناول الفرض بحيث تجرى عليه أحكام الخلع التى قد عرفت مخالفتها للأصل.

نعم قد يقال بصحته جعله على إشكال تقدمت الإشارة إليه، و يأتي تحقيقه في محلها، بل و كذا الإشكال في صحته صلحا كما أشرنا إليه سابقا.

بل ربما أشكل كونه خلعا أيضا بأن وقوع الثلاث على هذا الوجه يستدعى تأخر الطلقتين الآخرتين عن استدعائها بتخلل الأول بينهما و بتخلل الرجعتين، و ذلك مناف لعقد الخلع كما سلف، و بأن البذل في مقابل الطلقات الثلاث و رجوعه في كل واحده متوقف على رجوعها قبله بالبذل، فان لم يحصل لم تصح الطلقات، لكونها بائنه يتوقف على رجوعها ثم رجوعه ليصح الطلاق المتعقب، و إن حصل لم يتحقق استحقاقه الألف، لأن رجوعها بالبذل يرفع استحقاقه له، فلا يكمل له الألف في الثالثه، و لو قيل بأن البذل في مقابله الثالثه خاصه ليسلم من توقعه على رجوعها لم يحصل الفوريه بين طلبها و جوابه أصلا.

و عن بعض الجواب عن الأخيرين باعتبار الفوريه في الطلاق الأول خاصه، و جعل الباقي من تتمه المقصود، و اعتبر رجوعها في البذل بين الطلقات، لتوقف ما طلبته عليه، و التزم توقف ملكه للألف على الثالثه، لأن بها حصل ما طلبته فاستحق ما بذلته، فيكون الأولتان شرطا في استحقاق البذل على الثالثه لا جزء من المطلوب.

و عن بعض آخر الجواب بأن شرطها ذلك إذن منها له و توكيل في الرجوع عنها في البذل، لاستلزام وقوع الثلاث على هذا الوجه تخلل الرجوع، فإذا بذلت عليه العوض فقد أذنت له في فعل ما يتوقف عليه صحتها، فإذا طلق واحده جاز له الرجوع عنها في البذل لتصير رجعيه، ثم يرجع و يطلق، ثم يرجع في البذل كذلك ثم يرجع هو و يطلق.

و قد يناقش في الأول بأن رجوعها يمنع من تملكه للعوض المفروض في مقابله الطلقه المرجوع في عوضها، فلا يمكن الجمع بين كون الألف مبدوله في مقابله الثلاث و بين ثبوتها في مقابله الأخيره، لأن ثبوتها في مقابله الأخيره خاصه يقتضى كون الأولتين رجعتين، فلا يفتقر إلى رجوعها في العوض، و أيضا فإن مقتضى

لفظها كون العوض فى مقابله المجموع لا الثالثه خاصه.

و فى الثانى بأن صريح لفظها إنما هو بذل الألف فى مقابله طلاقه لها أما فعل ما يتوقف عليه من رجوعها فلا، و لا يلزم من عدم صحه طلاقه بدون رجعتها إذنها له فى الرجعه، لجواز أن يوقع هو الطلاق ثم يتوقف على رجوعها بنفسها فى العوض، و أيضا فالمحذور السابق من جعل البذل فى مقابله الجميع و سقوط ما قابل المرجوع فيه آت هنا.

و ربما ظهر من بعضهم أنه لا حاجه إلى دعوى التوكيل منها، بل يجوز له الرجوع بالأولتين و إن كانتا متقابلتين، لعدم تمام الخلع الذى يتوقف رجوعه على رجوعها بالبذل، و هو كما ترى أيضا، و لعل الأولى منه جعل البذل فى مقابله الثالثه التى بها يتحقق الخلع، و الأولتان مقدمه لتحقيق كونها ثالثه، و هما رجعتان، إلا أن فيه أيضا أنه خلاف ظاهر اللفظ، و مناف لترتيب صيغه الخلع بالفصل بطلقتين و رجعتين، و الفرض عدم كونهما من متعلقات صيغه الخلع.

و من هنا جعل فى المسالك «الحق فى الجواب عنهما أن يقال: البذل إنما دفع فى مقابله المجموع من حيث هو مجموع، لا فى مقابله كل واحد من الثلاث على وجه التوزيع، و لا- فى مقابله الثالثه خاصه، و حينئذ فلا يتحقق استحقاقه العوض إلا بتمام الطلقات الثلاث، فالأوليان تقعان رجعتين محضا، فله الرجوع فيهما من غير أن يتخلل رجوعها فى العوض، فإذا تمت الثلاث استحق العوض بتمامه، لا- فى مقابله الثالثه كما قيل، بل فى مقابله المجموع من حيث هو مجموع، و كانت حينئذ بائنه بوجهين: كونها فى مقابله عوض، و كونها ثالثه، و الأوليان رجعتان، لعدم بذل عوض فى مقابلهما من حيث إنهما مفردتان، بل من حيث إنهما جزء من المجموع، و ذلك لا- يقتضى استحقاق شىء فى مقابلهما، فارتفع الإشكال الثانى. و أما الأول فيرتفع بفوريه الطلاق الأول لاستدعائها و اتباعه بالباقي مع تخلل الرجعتين على الفور، لأن مجموع ذلك مطلوب واحد و عقد واحد، فيكفى ترتب

أوله على استدعائها و إن بعد الجزء الأخير، كما لا يقدر بعد الجزء الأخير من الطلاق الواحد عن الاستدعاء، و هما مشتركان هنا في الوحدة من حيث اتحاد المطلوب، و كون البذل في مقابله، و إن افتراقا بتعدد أحدهما في نفسه فان ذلك أمر آخر».

قلت: لكن فيه ما ذكرناه من الاشكال، و هو عدم صلاحية تناول أدله الخلع لمثل المفروض، خصوصا بعد تخلل الرجعه المقتضية لعودها زوجة المنافيه لكونها جزء الخلع كما هو واضح، بل قد يقال بعدم معقوليه ما ذكره، ضروره كون حاصله أن المجموع من حيث هو كذلك هو المقابل بالعوض، فينبغي أن يكون هو الخلع، و لا يتعقل كون مجموع طلاقات مستقلة طلاقا واحدا خلعيًا، إذ هو كدعوى كون مجموع بيع مالا بيعا واحدا، كما أنه لا يتعقل أيضا كون كل من الثلاث طلاقا خلعيًا، و لذا يتوقف رجوعه على رجوعها في الأولتين، و أنه بالتمام يكون الطلاق طلاقا واحدا خلعيًا، إذ هو كما ترى، خصوصا مع ملاحظه ما ورد من النصوص (١) بأن الخلع تطليقه بانه، بل ظاهر جميع النصوص كون الخلع تطليقه واحده بانه، فلا تتناول المركب من الطلاقات المتعدده بل

المركب منها ليس طلاقا شرعيا، بل هو نحو المركب من البيوع المتعدده، أقصى ما هنا جعل الشارع الطلاق الثالث محرما لنكاحه لها حتى تنكح زوجا غيره، كما أنه جعل التاسع في بعض الوجوه محرما أبدا، فالمتجه حينئذ دعوى الصحة في الفرض لا على جهه الخلع، نعم يصح جعله على البحث السابق.

و حينئذ فإن طلق ثلاثا فله الألف، و إن طلق واحده كما عن المبسوط قيل له: ثلث الألف، لأنه جعلته في مقابله الثلاث، فافتضى تقسيط المقدار على الطلاقات بالسويه، و فيه تردد، منشأه جعل الجملة في مقابله الثلاث بما هي فلا يقتضى التقسيط مع الانفراد خصوصا و الطلقه ليست متقومه، و العمده هنا الثالثه إن لم يختص بها البذل.

و لو كانت معه على طلقه مثلا فقالت طلقني ثلاثا بألف فطلق واحده لا بنيه الأقل منه كان له ثلث الألف لقاعده التوزيع.

وقيل و القائل الشيخ فى محكى المبسوط له الألف إن كانت عالمه بعدم بقاء غير الواحده و أنها تبين منه بها، لأن ذلك يكون قرينه على إرادته بذلها فى مقابلتها و أن عرضها الحرمه الكبرى، على معنى كمل لى الثلاث بألف و الثلث إن كانت جاهله لقاعده التوزيع و فيه الاشكال السابق.

وقيل: يستحق الألف على كل حال لحصول المراد بالثلاث بالواحد، و هى الحرمه الكبرى، و قيل: لا يستحق شيئا، لعدم حصول ما استدعته، بل هو لا يملكه فلا يمكنه، و التوزيع قد عرفت ما فيه، و دعوى كون علمها بالحال قرينه على ما عرفت ممنوعه، و مع فرضها يكون خروجها عن محل النزاع، و هو الذى اختاره فى المسالك.

و لو سألت الثلاث على هذا الوجه و كان يملك طلقتين فطلقها واحده فله ثلث الألف على الأول، و كذا على الثانى مع جهلها، و مع علمها فالنصف توزيعا للألف على الطلقتين، و لا شىء له على الرابع، و الثالث منتف هنا، نعم لو طلقها تطليقتين استحق تمام الألف عليه، و ثلثيه على الأول، بل و على الثانى مع الجهل، و تمام الألف مع العلم، و لا شىء على الرابع.

[المسألة الثامنة لو قالت طلقني واحده بألف فطلق ثلاثا ولاء وقعت واحده]

المسألة الثامنة:

لو قالت: «طلقني واحده بألف» فطلق ثلاثا ولاء بأن قال: «أنت طالق ثلاثا» وقعت واحده بناء على حصولها بذلك وحينئذ يكون له الألف لإتيانه بما سألت إلا مع احتمال إرادتها الواحدة التي تحصل بغير التركيب المزبور لغرض من الأغراض لها، فإن المتجه حينئذ صحته طلاقا لا خلعا، لعدم كونه جوابا لما سألت، كما هو واضح. ولا فرق في الأول بين العالم بالحال والجاهل.

لكن في المسالك «لو قيل بالفرق و تخصيص الحكم المذكور بالعالم كان وجهها، ويبقى الكلام في الجاهل الذي يجوز وقوع الثلاث، فإن قصد الألف في مقابله الأولى فكذلك، وإن قصدتها في مقابله غيرها أو مقابله الجمع توجه عدم لزوم الألف، لأنه لم يقصد تملكها في مقابله الطلاق الصحيح، بل علق تملكها على أمر لم يتم له كما لو طلقها ثلاثا ولاء وقصدتها في مقابله غير الأولى» وفيه أن المفروض كون الوقوع بالإرسال الذي لا يتصور فيه أولى و ثانيه و ثالثه، اللهم إلا أن يريد التقدير.

و حينئذ يتجه فيه ما تسمعه فيما لو قالت: طلقني واحده بألف فقال: أنت طالق فطالق فإنه لا خلاف عندنا ولا إشكال في أنها متى قالت:

ذلك طلقت بالأولى ولغا الباقي، فإن قال: الألف في مقابله الأولى فالألف له، وكانت الطلقه بائه لتحقق الخلع بها، ولغت الثانيه و الثالثه، لوقوعهما على بائه.

و لو قال في مقابله الثانيه كانت الأولى رجعيه لأنها لم يقصد مقابلتها بعوض و إن سألته هي، فإن المدار على قصده و بطلت الثانيه و الفديه فضلا عن الثالثه، لعدم صحه الطلاق عندنا على المطلقه و إن كانت رجعيه، و كذا لو قصد في مقابله الثالثه.

و لو قال: فى مقابله الكل قال الشيخ: وقعت الأولى و له ثلث الألف بناء على التوزيع، و تبطل الثانية و الثالثة و ما خصهما من التقسيط، لوقوعهما على مطلقه.

و فيه إشكال من حيث إيقاعه ما التمسته و هو الطلقه الصحيحه، فينبغى استحقاقه الجميع إن نوى كون الفداء فى مقابل الكل، لأن الخلع ليس معاوضه محضه حتى يبطل باختلاف الإيجاب و القبول فى العوض، كما لو قال: «بعتك هذه العبيد الثلاثة بألف» فقال: «قلت واحدا معينا منها» فإنه لا يصح قولاً واحداً، و قد يدفع بأنه و إن لم يكن معاوضه محضه لكنه لما قصد كون الألف فى مقابله الجميع فقد نوى فعل الأول بثلث الألف فلا يستحق الجميع، لأن هذا الاستدعاء شبه الجعالة، و مع بذل الجاعل عوضاً- فقبل القابل بنيه التبرع أو بنيه الأقل- لا يستحق الجميع، فكذا هنا.

نعم هذا يتم لو لم ينو شيئاً، فإنه حينئذ يكون قد فعل ما التمسته، فيستحق ما بذلته، و يجعل جوابه بقوله: «أنت طالق» أولاً مطابقاً لما التمسته أما مع جعله فى مقابل الكل فلا.

و لا يشكل ذلك بأن المتجه حينئذ عدم استحقاقه شيئاً، لعدم مطابقه الجواب السؤال، إذ هو حينئذ كما لو قالت: «طلقنى بألف» فقال: «أنت طالق بخمسماه» لأننا نقول: الظاهر الصحه فى المشبه به أيضاً، كما عن الشيخ، لأنه زاد جزاء خيراً، و لأنه قادر على إيقاعه بغير عوض، فأولى أن يقدر على إيقاعه ببعض العوض المبذول الذى قد حصل إنشاؤه فى ضمن إنشاء بذل الجميع، و قد عرفت أن المقام ليس كالمعاوضات المحضه، بل هو من قبيل الداعى.

و كذا لا- يشكل ما هنا بأنه مناف عدم الحكم بالتوزيع فى المسأله السابقه لوضوح الفرق بين المقامين، فإنه فى الأول قد أتى ببعض ما التمسته من الطلقات و هو غير موافق لغرضها، بخلاف المقام الذى قد أتى فيه بملمستها بأنقص م

العوض الذى بذلته، فان مرجعه إلى التبرع بالزائد عن الثلث، و ليس كل ما فعل ما التمسته يستحق عليه ما بذلته، فإنه لو نوى التبرع بالطلاق الملتمس بغير عوض لا على وجه الجواب المطابق لم يستحق شيئا فكذا هنا بالنسبة إلى بعض العوض.

[المسألة التاسعة إذا قال أبوها طلقها و أنت برى ء من صداقها فطلق صح الطلاق رجعيا]

المسألة التاسعة:

إذا قال أبوها: طلقها و أنت برى ء من صداقها أو بعضه بمعنى أنه بذل له مالها فى ذمته على طلاقها فطلق صح الطلاق رجعيا إن كان مورده كذلك و لم يلزمها الإبراء، و لا يضمه الأب الذى هو أجنبى بالنسبة إلى ذلك مع بلوغ البنت و رشدها، و الفرض عدم وكالته، فلا ضمان عليه للزوج و لا للبنت بعد عدم حصول الخلع و البراءة، نعم لو أجازت هى ذلك و قلنا بصحة الفضولى فى ذلك صح البذل و كان خلعا.

بل فى المسالك «إن كان ولى عليها بصغر أو جنون أو سفه لم يصح أيضا، لأنه إنما يملك التصرف فيما له فيه غبطه و حظ، و لا حظ لها فى هذا، كما لو كان لها دين فأسقطه- بل قال:- لا فرق فى ذلك بين إبرائه من الجميع أو البعض و إن جوزنا له العفو عن بعضه، لأن العفو أمر آخر غير جعله عوضا عن الطلاق، و أيضا فإن العفو عن البعض مشروط بوقوعه بعد الطلاق، كما تشعر به الآيه، و البراءة هنا تكون بنفس الطلاق فلا يقع» و إن كان فيه لا ما يخفى، ضروره كون هذا التصرف بمالها كغيره من أموالها يتبع فيه عدم المفسده أو المصلحه على القولين، بل أقواهما الأول فى الولى الإيجابى، و لا خصوصيه للمقام، فينبغى بناء صحته و فساده على ذلك لا الجزم بعدمه مطلقا، و لعل كلام المصنف و غيره منزل على الكبيره الرشيدى لا غيرها من المولى عليها التى يدور الحكم فيها على ما عرفت، من غير فرق بين الولى الإيجابى و غيره.

ثم إن ذكره السفهه هنا مع الصغيره و المجنونه لا يخلو من شىء، لأن السفهه

محجر عليه في التصرف فيما له، و ليس عبارته مسلوبه ليقوم الولي مقامه في البذل، كما تقدم تحرير الكلام فيه في محله.

[المسألة العاشرة إذا وكلت في خلعها مطلقا صح]

المسألة العاشرة:

إذا وكلت في خلعها مطلقا صح، لمعنونه عدم اعتبار المباشرة في البذل، فتشمله عمومات الوكاله و اقتضى إطلاق الوكاله الذي هو بمعنى الاقتصار على التوكيل من غير ذكر المقدار لا عموما و لا خصوصا خلعها بمهر المثل فما دون نقدا بنقد البلد بناء على انصرافه من الإطلاق المزبور على نحو التوكيل في البيع و الشراء و إن كان لا يخلو من نظر.

و كذا الكلام في الزوج إذا و كل في الخلع و أطلق على الوجه المزبور اقتضى أيضا الخلع بمهر المثل فما فوق نقدا بنقد البلد فان بذل و كيلها المزبور ال زياده على مهر المثل بطل البذل أو كان موقوفا على الإجازة، فان لم تحصل بطل و وقع الطلاق رجعيا إن كان مورده كذلك، و كان الخلع بصيغه الطلاق و لا يضمن الوكيل للأصل و غيره.

و لو خلعها و كيل الزوج بأقل من مهر المثل بطل الخلع (١١) إن لم تحصل الإجازة و لو طلق بذلك البذل لم يقع (١٢) الطلاق فضلا عن الخلع مع فرض عدم الإجازة لأنه فعل غير مأذون فيه (١٣) فيكون طلاق أجنبي، بخلاف ما لو طلق الزوج بعوض بذله الوكيل فبان غير و كيل مثلا، فإنه يبطل الخلع و يصبح طلاقا كما هو واضح.

[مسائل النزاع]

إشارة

و يلحق ب (١٤) فصل الأحكام مسائل النزاع و هي (١٥) كثيرة لا يخفى حكمها المبني على قواعد التداعي، و من هنا اقتصر المصنف منها على ثلاث:

[المسألة الأولى إذا اتفقا في القدر و اختلفا في الجنس فالقول قول المرأة]

الأولى:

إذا اتفقا في القدر كالمائه و نحوها و اختلفا في الجنس كالدرهم و الدينار و الإبل و الغنم مثلا فالقول قول المرأة بيمينها، كما عن المبسوط و الجواهر، بل في المسالك نسبته إلى الأكثر، لأنها هي المدعى عليها، و الموافق قولها لأصل البراءة، فتحلف يميننا على نفى دعواه، و في المسالك «تحلف يميننا جامعه بين نفى ما يدعيه و إثبات ما تدعيه» و فيه أن ما تدعيه لا حاجة لليمين عليه، لثبوته بإقرارها.

و على كل حال ليس للزوج أخذه لاعترافه بعدم استحقاقه له، و في المسالك «نعم لو أخذه على وجه المقاصه اتجه جوازه» و فيه أنه مناف لقاعده ذهاب اليمين بما فيها.

و كيف كان فقد أشكل في المسالك القول المزبور بأن «كلا منهما مدع و مدعى عليه، و الآخر ينكر ما يدعيه، و القاعده في نظائره كالبيع و الإجاره التحالف- إلى أن قال:- فلو قيل: إنهما يتحالفان و يسقط ما يدعيانه بالفسخ أو الانفساخ و يثبت مهر المثل إلا أن يزيد عما يدعيه الزوج كان حسنا، و لا يتجه هنا بطلان الخلع، لاتفاقهما على صحته، و إنما يرجع اختلافهما إلى ما يثبت من العوض، و يحتمل أن يثبت مع تحالفهما مهر المثل مطلقا لتسلط الدعويين بالتحالف، خصوصا إذا كان الواجب منه مغايرا لما يدعيه الزوج حتى لا يدخل في ضمن دعواه».

و في كشف اللثام بعد أن حكى عن الجامع قولاً- بالتحالف، و عن المبسوط أنه حكاه عن العامه قال: «و هو أولى، فإذا تحالفا ثبت مهر المثل».

قلت: لا يكاد يخفى وجه التحالف على مثل المصنف و الفاضل و غيرهما، خصوصا بعد أن ذكروا ذلك في نظائره، إلا أن ذلك منهم هنا مؤيد لما ذكرناه سابقا من

عدم كون الخلع عندهم من المعاوضات الصرفه، بل هو قسم من الفداء، وحيث يتجه ما ذكره، لعدم تعلق الدعوى بالمعاوضه، خصوصا بعد ما عرفته غير مره من عدم بطلان الخلع بفساد العوض، و ليس هو إلا لكونه أمرا مستقلا لا تلحقه أحكام المعاوضه، فليس الزوج إلا مدعيا به، و ليست الامراه إلا منكره لما يدعيه، و لا ينافى ذلك إقرارها له بغير ما ادعاه، و فى الحقيقه ليست هى مدعيه على الزوج شيئا.

ثم لو سلم كونه كالمعاوضات كان المتجه فسخ الخلع أو انفساخه لا الرجوع إلى مهر المثل، و اتفاقهما على الصحه غير مجد كما لا يجدى فى البيع، للحكم شرعا بنفى ما ادعاه كل منهما باليمين و لو اتفقا على عدم غيره.

ثم إن ما احتمله فى المسالك أخيرا لا يتصور له وجه فى صورته زياده مهر المثل على ما ادعاه الزوج، فان الحكم به له مع اعترافه بعدم استحقاقه له غير معقول، كما هو واضح، هذا كله فى الاختلاف فى الجنس بعد الاتفاق على القدر.

أما لو انعكس بأن اتفقا على الجنس و اختلفا فى القدر فلا-ريب فى أن القول قول المرأه فى دعوى الأقل، للأصل كما فى المعاوضات، و إن ذكرنا احتمال التحالف فيها هناك إذا كان النزاع فى تشخيص ما وقع عليه العقد، و مثله يجرى هنا بناء على أنه كالمعاوضه، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

[المسألة الثانية لو اتفقا على ذكر القدر دون الجنس و اختلفا في الإرادة قيل يبطل]

المسألة الثانية:

لو اتفقا على ذكر القدر و هو المأه مثلا- دون الجنس و اختلفا في الإرادة قيل و القائل الشيخ في محكى المبسوط يبطل و هو كذلك بناء على كون المراد بالاختلاف في الإرادة أن كلا منهما أراد غير ما أراد الآخر، ضروره سماع كل منهما في الاخبار عن إرادته، فيتحقق حينئذ اختلاف المرادين.

نعم لو كان المراد الاختلاف فيما اتفقا عليه من الإرادة وقت العقد بأن يقول أحدهما: أردنا كذا و الآخر يقول: أردنا كذا يتجه حينئذ ما قيل من أن على الرجل البيه ضروره كونه كالمسألة السابقه إذ لا مدخله للذكر بعد فرض العلم بالإرادة.

و لعله لذا قال المصنف و هو أشبه لما عرفت من كون مختاره في السابقه ذلك، و عن العامه قول بالتحالف كالمسابقه.

و لو كان اختلافهما في أصل الإراده مع اتفاقهما على عدم ذكر الجنس فقال أحدهما: أردنا جنسا معينا و قال الآخر: إنا لم نرد بل أطلقنا ففي المسالك «يرجع النزاع إلى دعوى الصحه و الفساد، و من المعلوم تقديم مدعى الصحه بيمينه» قلت:

لكن عن التحرير إطلاق تقديم قول المرأه هنا كما في القواعد، قال: «لو اتفقا على ذكر القدر و اختلفا في ذكر الجنس بأن ادعى ألف درهم، فقالت: بل ألف مطلقا فان صدقته في قصد الدراهم فلا بحث، و إلا قدم قولها و بطل الخلع» و لعل ذلك لأن دعوى الفساد ترجع إلى إنكار كون العوض المزبور المدعى به في ذمتها للزوج، و لذا كان القول قولها فيه، و إلا- فحق البيئونه هو للزوج، و قد ثبت عليه بإقراره الذي لا يعارضه دعوها الفساد، لأن القول قوله فيها، و هذا بخلاف دعوى الصحه

و الفساد فى عقود المعاوضه التى مقتضى دعوى الفساد فيها ترتب المطالبه بالعوض أو المعوض، و على ذلك مبنى كلامهم فى:

[المسأله الثالثه لو قال خالعتك على ألف فى ذمتك فقالت بل فى ذمه زيد فالبينه عليه و اليمين عليها]

المسأله الثالثه: التى هى لو قال: خالعتك على ألف فى ذمتك فقالت: بل فى ذمه زيد فالبينه عليه و اليمين عليها كما عن الشيخ و المتأخرين. و حينئذ يسقط العوض عنها مع يمينها، و لا يلزم زيد للأصل و اعتراف الزوج بكون البذل فى ذمتها، و لكن تكون بائه عنه لاعترافه بخلعها على الوجه الصحيح رعا.

و كذا لو قالت فى جواب دعواه بل خالعتك فلان و العوض عليه من غير فرق بين ذكرها على وجه يقتضى صحه الخلع أو فساده، لأن مبنى المسأله ما ذكرناه، لا مدعى الصحه و الفساد الذى يقدم فيه مدعى الصحه على مدعى الفساد أما لو قالت فى جواب دعواه خالعتك بكذا و ضمنه عنى فلان أو يزنه عنى فلان لزمها الألف لإقرارها ما لم تكن بينه على دعواها، لأنها دعوى محضه، و لا يثبت على فلان شىء بمجرد دعواها.

و كان الفاضل فى القواعد شرح عباره الشرائع بقوله «و لو ادعى عليها الاختلاع فأنكرت و قالت: اختلعتنى أجنبى قدم قولها فى نفى العوض عنها، و بانت بقوله، و لا شىء له على الأجنبى، لاعترافه، و كذا لو قال: خالعتك على ألف فى ذمتك فقالت: بل فى ذمه زيد، أما لو قالت: خالعتك بكذا و ضمنه عنى فلان أو يزنه عنى لزمها الألف ما لم يكن لها بينه» و لعل الصحيح «يؤديه عنى فلان» ضروره أن دعواها الوزن لا- تنافى دعواه و إن أقامت البينه، و إنما الذى ينافيها دعوى ضمان الغير عنها أو الالتزام بتأديته عنها بوجه شرعى.

و على كل حال فما عن ابن البراج- من أن القول قوله و عليها البينه لأن

الأصل فى مال الخلع أن يكون فى ذمه الزوجه- واضح الضعف، و الأصل المزبور غير أصيل، خصوصا بعد ما عرفت غير مره أن العوض فى الخلع ليس من أركانه، لا بمعنى صحته بدونه، بل المراد عدم اشتراط صحته بصحته، فالدعوى فيه حينئذ لا مدخلية لها فى الخلع.

و من هنا حكم الأصحاب بأن القول قولها فى نفيه و إن أجابت الدعوى بما يقتضى فساد البذل، لعدم كون المقام من مدعى الصحه و الفساد، خصوصا بعد أن اقتضى إقرار الزوج بالخلع الصحيح تلف المعقود عليه، لعدم تمكنه من رد البضع على كل حال، فدعواها الفساد حينئذ ترجع إلى دعوى نفى حق له عليها، لا- إلى إثبات حق لها عليه، نعم لو كانت دعوى الفساد منه و دعوى الصحه منها اتجه حينئذ تقديم قولها بيمينها، لأنها تريد إثبات حق اليمينه لها عليه، و هو بدعوى الفساد يريد أن يثبت حق الرجوع له عليها، فتأمل جيدا، فإن المسأله فى غاية الدقه.

و لذا خفى مدركها على ثانى الشهيدين و بعض من تبعه، فإنه- بعد أن حكى عن الشيخ القول الأول و نسبه إلى عمل المتأخرين، و عن ابن البراج القول الثانى قال:- «و القولان مطلقا غير منقحين، و التحقيق أن نقول: دعواها وقوع المخالعه منها على الألف فى ذمه زيد، إما أن يكون بمعنى أن لها فى ذمه زيد ألفا فخالعتة بها، أو بمعنى أنها خالعتة بألف يثبت له فى ذمه زيد ابتداء من غير أن يكون لها عند زيد ألف، فإن أرادت المعنى الأول فلا يخلو إما أن يوافقها الزوج على أن لها فى ذمه زيد ألفا أولا، و على تقدير عدم موافقتها إما أن يكون زيد مقرا لها بالألف أو لا، فان كان الزوج موافقا لها على ثبوت الألف فى ذمه زيد و زيد مقر لها بنى قبول قولها على أن العقد على دين فى ذمه الغير هل يجوز أم لا، و كلامهم هنا قد يؤذن بجوازه، لكن لم ينبهوا عليه فى الفديه و شرائطها، و جوازه فى البيع محل نظر، و أما هنا فلا يبعد الجواز للتوسع فى هذا العقد بما لا يتوسع به فى المعاوضه المحضه،

فإن جوزنا ذلك فالقول قولها، لاتفاقهما على خلع صحيح على التقديرين، و هو مع ذلك يدعى شغل ذمتها بالعوض، و مجرد الخلع أعم منه، و الأصل براءة ذمتها منه، و إن لم نجوز ذلك أو لم يكن زيد مقرا بالحق و لم يعترف الزوج بشوتها في ذمته فالنزاع يرجع إلى صحة الخلع و فساده، لأن دعواها تقتضى فساده، حيث لم يسلم فيه العوض، و هو يدعى صحته، و مقتضى القاعده المستمره تقديم قوله، و إن أرادت بكونها في ذمه زيد المعنى الثانى- و هو أنها خالعتة بعوض لا يثبت في ذمتها، بل في ذمه زيد ابتداء، بأن كان ذلك مع دعواها الوكاله عنه في الخلع و وافق- بنى على جواز خلع الأجنبى المتبرع، و إن لم تدع ذلك أو لم يوافق لدعواها يرجع إلى فساد الخلع، و هو يدعى صحته فيكون قوله مقدا. و قد ظهر بذلك أن تقديم قولها في هذه الصوره مطلقا غير جيد. و الظاهر أن موضوع المسأله ما إذا وقع الخلع بدين لها في ذمه زيد ليتصور بناء الصحه على التقديرين، و ربما تعارض على هذا التقدير الأصل و الظاهر، لأن الأصل براءة ذمتها و عدم التزامها بالمال، و الظاهر من المخالعه التزام العوض. و على كل حال فهذه الصوره مفروضه في اتفاقهما على وقوع العقد بينهما لا بينه و بين الأجنبى، لأن ذلك يأتى في الصوره الثانیه».

و هو من غرائب الكلام، و ما كنا نرجو وقوع مثله من مثله، فإنه قد اشتمل على عجائب نسأل الله تعالى العصمه منها، خصوصا توقفه في البيع بشىء مثلا- في ذمه زيد، و خصوصا حمل كلامهم مع إطلاقه بل ظهوره في غير ما ذكره على خصوص ما إذا كان لها في ذمه زيد مأه مع إقراره بها و علم الزوج بذلك، على أن المتجه فيه بناء على مذاقه في المسأله التداعى و التحالف و الرجوع إلى مهر المثل، ضروره أنه كالاختلاف بالجنس. بل هو منه كما هو واضح. و كذا كلامه في الصوره الثانیه التى حكمها حكم الأولى كما عرفت و إن كان هو دون ذلك.

قال: «الثانيه أن يدعى أنه خالعه بألف في ذمتها أيضا فأنكرت وقوع العقد معها مطلقا، و قالت: بل اختلعتنى فلان الأجنبى و المال عليه، و قد أطلق

المصنف تبعاً للشيخ تقديم قولها أيضاً في نفي العوض، لأصالة براءه ذمتها منه، ولا شيء للزوج على الأجنبي لاعترافه بأن الخلع لم يجر معه و تحصل البيئونه بقول الزوج، ولا يقال: إنه أقر بعقد أنكرته المرأه و صدقناها بيمينها فيلغو و يستمر النكاح، كما لو قال: «بعتك هذه العين بكذا» فأنكر صاحبه و قبلنا قوله بيمينه، فان العين تبقى للمقر، و ذلك لأن الخلع يتضمن إتلاف المعقود عليه، و هو البضع، و البيع لا- يتضمن إتلاف المعقود عليه، ألا ترى أن البيع يفسخ بتعذر العوض، و البيئونه لا تسترد، فإذا كان كذلك فأقراره بالخلع المتضمن للإتلاف إقرار بالإتلاف فلا يرد، و نظيره من البيع أن يقول: بعتك عبدى هذا بكذا فأعتقته و أنكر فإنما يصدق بيمينه (١) و يحكم بعق العبد بإقراره، فهذا تحرير الحكم المذكور، و هذا البحث إنما يتم إذا قلنا بأن خلع الأجنبي المتبرع صحيح ليكونا متفقين على وقوع العقد صحيحاً، أما على ما يذهب إليه المصنف و الشيخ بل الأكثر أشكال تقديم قولها، لأنها حيثئذ تدعى فساد الخلع، و هو يدعى صحته، فينبغى تقديم قوله، إلا أن يقال: إن مرجع اختلافهما إلى وقوع عقد المعاوضه معها و هى تنكر ذلك، فيقدم قولها، لأصالة عدم التزامها بذلك، كما لو ادعى أنه باعه شيئاً فأنكر و أضاف إلى ذلك دعوى بيعه من فلان، فإنه لا يسمع فى حق الغير، و يقدم قوله فى نفيه، و لا يخلو ذلك من نظر، و لا ما بين المسألتين من الفرق، و على التقديرين يحكم عليه بالبيئونه بمجرد دعواه، لاعترافه بها، و إنما الكلام فى ثبوت العوض».

قلت: كأنه رحمه الله لم يحم حول المسأله أصلاً، و ليته تنبه مما ذكره أخيراً من أن البيئونه ثابتة على كل حال و الكلام فى ثبوت العوض،

ضروره أنه إذا كان الأمر كذلك فليس هو إلا مدع و هى منكره، فضلاً عن إساءه الظن بمثل

١- ١ هكذا فى النسختين المخطوطتين: المبيضة و المسوده و فى المسالك «فانا نصدقه».

هؤلاء الأساطين أنه خفى عليهم ما لا يخفى على أصاغر الطلبة: من قاعده تقديم مدعى الصحه على مدعى الفساد، خصوصا بعد أن ملؤوا كتبهم منها، فما احتمل في نفسه أن ذلك منهم لأمر آخر يحتاج إلى التأمل، و هو ما ذكرناه، و لعله قد ظهر له حقيقه الحال فى الروضه، و لذا لم يذكر شيئا من ذلك فيها، بل ذكر كما ذكر الأصحاب، فلاحظ و تأمل، و الله العالم. هذا تمام الكلام فى الخلع.

[كتاب المباره]

و أما المباره التى بمعنى المفارقة ف هى قسم من الخلع، كما اعترف به فى كشف اللثام، بل هو مقتضى إثباتهم لها أحكام الخلع من دون دليل دل على تنزيلها منزلته، بل هو مقتضى استدلالهم بآيه الفديه(١)على الخلع و بعض أحكامه، مع أنها فى المباره باعتبار ظهورها فى كون المورد خوف عدم إقامتهما حدود الله تعالى الذى هو كناية عن حصول الكراهه منهما، إلى غير ذلك من الأمارات الداله على أنها ضرب من الخلع، إلا- أنها اختصت باسم خاص لمكان انفرادها عن مطلق الخلع ببعض الأحكام، كما يومئ إليه قولهم: إنها تزيد على الخلع بأمر ثلاثه و غيره، فهى حيثئذ كالمرابحه و المواضعه و المساومه و المحاقله و المزابنه فى البيع، و بذلك عطف على الخلع فى النصوص (٢)و استحقت ذكر الكلام فيها بالخصوص.

بل ربما كان ذلك هو السبب فى تعريف الخلع بما لا يشملها، كما أنهم عرفوا الطلاق بما لا يشمل الخلع، مع أنك قد عرفت كونه قسما من أقسامه، بل لعله

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٢ و ٤ و الباب- ٦- منه الحديث ١.

لذا توهم بعض الناس و جعل المباره إيقاعا مستقلا مقابلا للخلع، و لم يعلم أن مقابلتها باعتبار المعنى الخاص للخلع لا مطلقه، على نحو مقابله السلم للبيع، و إلا فهى قسم من المعنى العام للخلع الذى هو عبارته عن فديه الزوجه نفسها الكارهه لإرادته الفك من قيد الزوجيه، سواء كان ذلك مع كراهه الزوج أو لا، و إن كان للقسم الأول بعض الأحكام الخاصه التى استحق بها اسم المباره التى توهم من ذلك لها أنها إيقاع خاص ينبغى اشتقاق صيغه له من اسمه كغيره من أسماء العقود و الإيقاعات. بل تعارف فى لسان الفقهاء أن المباره هو أن يقول: بارأتك على كذا فأنت طالق.

و كيف كان ف هى تترتب على كراهه كل واحد من الزوجين صاحبه بلا-خلاف أجده فيه بينهم، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى

موثق سماعه(١) عن أبى عبد الله و أبى الحسن عليهما السلام «سألته عن المباره كيف هى؟ فقال:

يكون للمرأة شىء على زوجها من صداق أو من غيره و يكون قد أعطاه بعضه، فيكره كل منهما صاحبه، فتقول المرأة لزوجها: ما أخذته منك فهو لى و ما بقى عليك فهو لك و أبارؤك، فيقول لها الرجل: فإن أنت رجعت فى شىء مما تركت فأنا أحق ببضعك».

إنما الكلام فى كون الكراهه هنا من المرأة هى الكراهه التى مر الكلام فيها فى الخلع أو أنه يكفى هنا مطلقها و إن قلنا بعدم الاكتفاء به فى الخلع، بل لا بد من زياده تلك الألفاظ أو ما فى معناها؟ قد يظهر من ذكرهم اعتبار كراهه الزوج هنا زياده على الخلع أن الكراهه منها متحدده فيهما، و إنما زادت باعتبار كراهه الزوج، و لهذا لم يتعرضوا للبحث فيها بالنسبه إليها- كغيرها مما مر فى الخلع من المباحث- اتكالا على المساواه بينهما فيما لم يثبت زيادته، لأنها كما عرفت خلع بالمعنى الأعم.

و قد يقال: إن إطلاقهم اعتبار الكراهه هنا مع شدة البحث فيها هناك يقتضى كون المعبر هنا ماهيتها بخلافها فى الخلع، بل لعل ذلك هو ظاهر

صحيح زواره(١) عن أبى جعفر عليه السلام «المبارأه يؤخذ منها دون الصداق، و المختلعه يؤخذ منها ما شئت، أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر، و إنما صارت المبارأه يؤخذ منها دون الصداق و المختلعه يؤخذ منها ما شاء لأن المختلعه تتعدى فى الكلام، و تتكلم بما لا يحل لها».

و لكن لا ريب فى أن الأقوى الأول، و المراد من الصحيح المزبور أن المختلعه بالمعنى الأخص التى تختص الكراهه بها تعتدى بالكلام، و تتكلم ما لا يحل لها بلا كراهه من الزوج تقتضى ذلك بخلاف المبارأه، فإنها و إن كانت كذلك أيضا إلا أنها فى مقابله كراهه الزوج لها، خصوصا بعد ملاحظه اقتصار الأصحاب هنا على غيره من الفوارق بينها و بين الخلع.

على أن ذلك كله ساقط عندنا، لما عرفت من حمل تلك النصوص (٢) على إرادته بيان أصل الكراهه لا خصوص فرد منها، بل قلنا: إن مراد المشهور ذلك أيضا، و حينئذ لا فرق بينهما فى اعتبار أصل الكراهه، بل قد عرفت هناك قوه الاكتفاء بها مع العلم بها و إن لم يصدر منها ما يدل على ذلك.

و على كل حال فلا خلاف فى أنه يشترط اتباعه أى القول المزبور فى المبارأه بلفظ الطلاق بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منه مستفيض أو متواتر، و حينئذ فلو اقتصر المبرأ على لفظ المبارأه لم يقع به فرقه، و لو قال بدلا من «بارأتك»: «فاسختك» أو «أبتك» أو غيره من الألفاظ صح إذا تبعه بالطلاق، إذ المقتضى للفرقه التلفظ بالطلاق لا

غيره من الألفاظ المزبوره التى هى كنايات فى الطلاق و الخلع، و قد عرفت عدم عقد الخلع فضلا عن الطلاق بشىء منها، كما أنك قد عرفت كون المبارأه قسما من الخلع الذى لا ينعقد بشىء

١-١ الوسائل الباب-٤- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-١- من كتاب الخلع و المبارأه.

من ذلك.

نعم لو بارأها بلفظ الخلع اتجه حينئذ عدم الاتباع بالطلاق، بناء على عدم اعتبار اتباعه به، و أنه بنفسه فاسخ للنصوص (١) السابقة التي مثلها في المقام صريحا أو ظاهرا، ك

خبر حمران (٢) «سمعت أبا جعفر عليه السلام يحدث يقول:

المبارأه تبين من ساعتها من غير طلاق، و لا ميراث بينهما، لأن العصمه بينهما قد بانت ساعه كان ذلك منها و من الزوج»

و موثق جميل بن دراج (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «المبارأه تكون من غير أن يتبعها الطلاق»

و غيرهما من النصوص (٤) الظاهره في ذلك أيضا التي هي كنصوص الخلع بالنسبه إلى ذلك المبنيه على أن المبارأه خلع، و الخلع لا يحتاج إلى الأتباع بالطلاق إذا وقع بصيغته لا إذا وقع بالكنايات.

و بذلك انكشفت الغمه التي وقعت على جملة من المصنفين في المقام، حيث أنكروا على الأصحاب اشتراط اتباع المبارأه بالطلاق مع اتفاق النصوص (٥) صريحا و ظاهرا على خلافه، فمنهم من قدم إجماعهم عليها، و منهم من قدمها عليه، و لم يعلموا أن كلام الأصحاب مبني على ما ذكروه من صيغ المبارأه التي هي كنايات في الطلاق و الخلع، كما صرحوا به في صيغه الخلع، كما أنهم لم يعلموا أن ما في النصوص مبني على المبارأه التي هي الخلع المؤداه بصيغته، لأنها قسم منه، و ليست إيقاعا جديدا اشتق لها صيغه من لفظها، بل هي كالمرابحه و المحاقله و المزابنه التي لا يشتق لها صيغه تقوم مقام البيع من لفظها، لأنها أقسام من البيع، و صيغتها صيغته، و لكن اختصت بأسماء لمكان بعض أحكام، و كذلك المبارأه التي هي خلع، و لذا استفاضت النصوص بعدم احتياجها إلى الأتباع بالطلاق كالخلع.

١- ١ الوسائل الباب - ٥ - من كتاب الخلع و المبارأه.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٤.

٤- ٤ الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الخلع و المبارأه.

٥- ٥ الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع و المبارأه.

و بذلك يظهر لك أنه لا حاجة إلى الاستدلال للأصحاب ب

خبر (١) «ليس ذاك إذا خلع»

بناء على قراءته فعلا- حتى يستدل بمفهومه على احتياج المبارأه للطلاق، مع أن صدره مناف لذلك، و التحقيق ما عرفت، و الحمد لله رب العالمين.

و بما ذكرناه مكررا في باب الخلع و في المقام يظهر لك الوجه فيما اتفقوا عليه من أنه لو اقتصر في مورد المبارأه على قوله: أنت طالق بكذا صح، و كان مباراه إذ هي عبارته عن الطلاق بعوض مع منافاه بين الزوجين، بل قد عرفت أن الطلاق بالعوض لا مورد له إلا- الخلع و المبارأه، كما أنك قد عرفت عدم اعتبار قصد الخلع و المبارأه في صحته ذلك مع فرض وقوعه في موردهما، لأنهما من الطلاق، فيكفي في تحققهما قصد الطلاق، و كون المورد صالحا لهما.

و بذلك يظهر لك فساد ما في المسالك هنا المبني على مشروعيه الطلاق بعوض من دون خلع و لا مباراه، فاعتبر قصد الخلعيه و المبارأه مع فرض الوقوع بصيغته «أنت طالق بكذا» و مع عدم القصد و لو لعدم الشرائط يكون طلاقا بعوض مشروعاً في نفسه، و قد عرفت مخالفته للكتاب (٢) و السنه (٣) و الإجماع على عدم جواز حل الفديه للزوج بدون ذلك، كما تقدم الكلام فيه مفصلا.

و كيف كان فلا- خلاف في أنه يشترط في المبرأ و المبارأه ما يشترط في المخالع و المخالعه بل و لا إشكال، بناء على ما ذكرناه من كونها قسما من الخلع الذي قد عرفت وفاء الأدله بما سمعت من أحكامه المتعلقة بهما و بالفديه و غير ذلك.

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٩.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من كتاب الخلع و المبارأه.

و من ذلك يعلم أنه تقع الطلقة مع العوض بآئنه ليس للزوج فيها رجوع إلا- أن ترجع الزوجه فى الفديه، فيرجع ما دامت فى العده، و للمرأة الرجوع فى الفديه ما لم تنقض عدتها كما سمعت دليل ذلك كله فى الخلع، مضافا إلى

قول الصادق عليه السلام فى خبر زراره و محمد بن مسلم(١): «المبارأه تطليقه بآئنه، و ليس فى شىء من ذلك رجعه»

و قول أحدهما عليهما السلام فى خبر إسماعيل الجعفى(٢): «المبارأه تطليقه بآئنه، و ليس فيها رجعه»

و إلى غير ذلك مما تقدم من النصوص التى اشتمل بعضها على اشتراط الزوج عليها أنها إن رجعت بشىء من البذل فهو أملك ببضعها الظاهر فى الحكمين معا، نحو

قول الصادق عليه السلام فى صحيح أبى بصير(٣): «المبارأه تقول المرأة لزوجها: لك ما عليك و اتركنى، أو تجعل له من قبلها شيئا، فيتركها إلا أنه يقول: فان ارتجعت فى شىء فأنا أملك ببضعك و لا يحل لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه»

و فى

موثق ابن سنان(٤): «المبارأه: تقول لزوجها: لك ما عليك و بارئنى فيتركها، قال: قلت:

فيقول لها: إن ارتجعت فى شىء فأنا أملك ببضعك، قال: نعم»

و فى

صحيح الحلبي(٥): «المبارأه أن تقول المرأة لزوجها: لك ما عليك و اتركنى فيتركها، إلا أنه يقول لها: إن ارتجعت فى شىء منه فأنا أملك ببضعك».

إلا- أن ما فيها من اعتبار اشتراط ذلك فى المبارأه لم أجد به قائلا، بل ظاهر اقتصارهم على غيره من الفرق بينها و بين الخلع عدمه، و من هنا وجب حمله على ضرب من الندب، و ذلك لأن ذلك له إذا رجعت، كما أن لها أن ترجع و إن لم يذكر هذا الشرط بينهم كما سمعته فى الخلع، و كذا بقيه أحكامه التى

١-١ الإستبصار ج ٣ ص ٣١٩.

٢-٢ الوسائل الباب- ٩- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب- ٨- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٤.

٤-٤ الوسائل الباب- ٨- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ٥.

٥-٥ الوسائل الباب- ٨- من كتاب الخلع و المبارأه الحديث ١.

لا خلاف في جريانها في المقام بل ولا إشكال، لما عرفت من أنها قسم من الخلع، بل من هذه النصوص يستفاد حكم الرجوع ببعض الفديه الذي قد عرفت البحث فيه سابقا.

و كيف كان ف المباره كالخلع في جمع ما تقدم لكن المباره تفترق عنه بأمر ثلاثه:

أحدها: أنها تترتب على كراهه كل من الزوجين ل صاحبه، و يترتب الخلع المقابل لها على كراهه الزوجه خاصه.

و ثانيها: أنه يأخذ في المباره بقدر ما وصل إليها منه من المهر و لا يحل له زياده و في الخلع جائز لما عرفت، بلا خلاف أجده في عدم جواز زياده، بل الإجماع بقسميه عليه، بل عن جماعه من الأصحاب عدم جواز أخذ المساوي، بل لا بد أن يقتصر على الأقل، لما سمعته من صحيح زراره(١) السابق الصريح في أن المباره يؤخذ منها دون الصداق، و

المرسل في الفقيه (٢) «أنه روى أنه لا ينبغي له أن يأخذ منها أكثر من مهرها، بل يأخذ منها دون مهرها»

إلا أن ذلك لما كان منافيا لعموم تسلط الناس على أموالهم (٣) و قوله تعالى (٤):

«فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ» و «فِيْمَا أَقْتَدْتُمْ» (٥) و غير ذلك و معارضا بصحيح أبي بصير(٦) السابق و جب إرادته المهر فما دون من العبارة المزبوره التي عبر

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من كتاب الخلع و المباره الحديث ١.

٣- ٣ البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ط الحديث.

٤- ٤ سورة النساء: ٤- الآية ٤.

٥- ٥ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٩.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٨- من كتاب الخلع و المباره الحديث ٤.

بمثله عن ذلك في غير مقام، و من هنا كان الأقوى ذلك وفاقا للمشهور.

و ثالثها: أنها تقف الفرقه في المباره التي فسرها المصنف بأن يقول: بارأتك على التلفظ بالطلاق اتفاقا منا بقسميه. و في الخلع على الخلاف السابق الذي عرفت الحال

فيه، كما أنك عرفت التحقيق في المباره، و الله العالم.

كتاب الظهار الذى هو مصدر «ظاهر» مثل «قاتل» مأخوذ من الظهر، لأن صورته الأصلية أن يقول الرجل لزوجته: «أنت على كظهر أمى» و خص الظهر لأنه موضع الركوب، و المرأة مركوبه وقت الغشيان، فركوب الأم مستعار من ركوب الدابة، ثم شبه ركوب الزوجه بركوب الأم الذى هو ممتنع، و هو استعاره لطيفه، و كان طلاقاً فى الجاهليه محرماً أبداً، و حرم فى الإسلام، فقال «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ» (١) إلى آخرها.

و السبب فى نزولها على ما فى

خبر حمران (٢) عن أبى جعفر عليه السلام المروى عن تفسير على بن إبراهيم قال: «إن امرأه من المسلمات أتت النبى صلى الله عليه و آله، فقالت:

يا رسول الله إن فلانا زوجى، و قد نشرت له بطنى و أعتته على دنياه و آخرته، لم ير منى مكروها أشكوه إليك، قال: فبم تشكينه؟ قالت: إنه قال: أنت على حرام كظهر أمى و قد أخرجنى من منزلى، فانظر فى أمرى، فقال لها رسول الله صلى الله عليه و آله. ما أنزل الله تبارك و تعالى كتاباً أقضى فيه بينك و بين زوجك، و

أنا أكره أن أكون من المتكلفين، فجعلت تبكى و تشكى ما بها إلى الله تعالى عز

١-١ سورة المجادلة: ٥٨- الآيه ٣.

٢-٢ الوسائل الباب- ١- من كتاب الظهار الحديث ٢ و ذكر ذيله فى الباب- ٢- منه الحديث ١، و البحار ج ١٠٤ ص ١٦٦ ط الحديث.

و جل و إلى رسول الله صلى الله عليه و آله. و انصرفت، قال: فسمع الله تبارك و تعالى مجادلتها لرسول الله صلى الله عليه و آله في زوجها و ما شكت إليه، فأنزل الله عز و جل في ذلك قرآنا:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ 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 أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ، وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا، وَ إِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ(١) قال: فبعث رسول الله صلى الله عليه و آله إلى المرأة فأتته، فقال: جئني بزوجهك فأنت به، فقال له: قلت لامرأتك هذه: أنت على حرام كظهر أمي؟ فقال: قد قلت لها ذلك، فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله: قد أنزل الله تعالى فيك و في امرأتك قرآنا، فقرأ عليهما الايات، ثم قال: فضم إليك امرأتك، فإنك قد قلت منكرا من القول و زورا، و قد عفى الله عنك و غفر لك و لا تعد، قال: فانصرف الرجل و هو نادم على ما قال لامرأته، و كره الله عز و جل ذلك للمؤمنين بعد، و أنزل الله تعالى شأنه (٢) «وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا»

يعنى ما قال الرجل الأول لامرأته: أنت على حرام كظهر أمي، قال: فمن قالها بعد ما عفى الله و غفر للرجل الأول فإن عليه تحرير رقبه من قبل أن يتماسا، يعنى مجامعتها، ذلكم توعظون به، و الله بما تعملون خبير، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، يعنى من قبل أن يتماسا، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، قال: فجعل عقوبه من ظاهر بعد النهي هذا، ثم قال: ذَلِكَ لِيُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَ رَسُولِهِ، وَ تَلْمِذِكُمْ حُدُودُ اللَّهِ، قال: هذا حد الظهار، قال حمران: و قال أبو جعفر عليه السلام: و لا يكون ظهار في يمين و لا في غضب، و لا يكون ظهار إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين».

و هذا الرجل المزبور الذى هو مورد نزول آيه الظهار أوس بن الصامت،

١- ١ سورة المجادلة: ٥٨- الآيه ١ و ٢.

٢- ٢ سورة المجادلة: ٥٨- الآيه ٣.

و زوجته خوله بنت المنذر، ل

خبر ابن أبي عمير عن أبان (١) وغيره، عن أبي عبد الله عليه السلام المروى فى الفقيه، قال: «كان رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يقال له:

أوس بن الصامت كان تحته امرأه يقال لها: خوله بنت المنذر، فقال لها ذات يوم:

أنت على كظهر أُمى ثم ندم، فقال لها: أيتها المرأة ما أظنك إلا وقد حرمت على، فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله، فقالت يا رسول الله: إن زوجى قال لى: أنت على كظهر أُمى،

و كان هذا القول فيما مضى يحرم المرأة على زوجها، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله: ما أظنك إلا وقد حرمت عليه، فرفعت المرأة يدها إلى السماء، وقالت:

أشكو إلى الله تعالى فراق زوجى، فأنزل الله تعالى يا محمد «قَدْ سَمِعَ» - إلى آخرها - ثم أنزل الله عز وجل الكفارة فى ذلك، فقال «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ» إلى آخرها.»

و إن لم يكن بالتفصيل المزبور الذى فيه أن الكفارة على غير الرجل المزبور ممن يفعل فعله بعد نزول الآية.

لكن عن

المرتضى فى رساله المحكم والمتشابه نقلا من تفسير النعمانى (٢) بإسناده إلى على عليه السلام «و أما المظاهرة فى كتاب الله تعالى فان العرب كانت إذا ظاهر رجل منهم من امرأته حرمت عليه إلى آخر الأبد، فلما هاجر رسول الله صلى الله عليه وآله كان بالمدينه رجل من الأنصار يقال له: أوس بن الصامت، و كان أول رجل ظاهر فى الإسلام، فجرى بينه وبين امرأته كلام، فقال لها: أنت على كظهر أُمى، 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 فسألته عن ذلك،

فجاءت المرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فأخبرته، فقال لها: ما أظنك إلا قد حرمت عليه إلى آخر الأبد، فجزعت و بكت، وقالت: أشكو إلى الله فراق زوجى، فأنزل الله عز وجل قَدْ سَمِعَ - إلى قوله - وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله: قولى لأوس زوجك: يعتق نسمة، قالت: و أنى له نسمة، و الله ما له خادم غيرى، قال: فيصوم شهرين متتابعين، فقالت: إنه شيخ كبير لا يقدر على الصيام، فقال: مريه فليصدق على ستين مسكينا،

١-١ الوسائل الباب-١- من كتاب الظهار الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-١- من كتاب الظهار الحديث ٤.

فقلت: و أنى له الصدقه، فو الله ما بين لابيئها أحوج منا، قال: فقولى له فليمض إلى أم المنذر فليأخذ منها شطر وسق تمر، فليصدق على ستين مسكينا»

و هو ظاهر فى أن الكفاره كانت على الرجل المزبور، و الأمر فى ذلك سهل.

[الأمر الأربعة فى الظهار]

اشاره

و كيف كان ف النظر فيه أى فى كتاب الظهار يستدعى بيان أمور أربه.

[الأمر الأول فى الصيغه]

اشاره

الأول فى قول الصيغه و هو يتحقق ب أن يقول: أنت على كظهر أمى بلا- خلاف نصا(١) و فتوى، بل الإجماع بقسميه عليه من المسلمين فضلا عن

المؤمنين و كذا يتحقق لو قال بدل «أنت» هذه أو «زينب» أو ما شاكل ذلك من الألفاظ الداله على تمييزها بلا خلاف أجده فيه أيضا، لظهور المثاليه فيما ورد من النصوص (٢) بلفظ «أنت» نعم قد يقال باعتبار التلفظ بما يدل عليها، فلو قال: «كظهر أمى» مضمر لا سمها لم يقع، للأصل و غيره.

و كذا لا عبره باختلاف ألفاظ الصلوات كقوله: أنت منى أو عندى (١١) أو لدى أو على أو نحو ذلك، لظهور اختلاف ما ورد من النصوص (٣) فيها

١- ١ الوسائل الباب- ١- من كتاب الظهار.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من كتاب الظهار و الباب- ٢- منه الحديث ٢ و ٣- ٤- منه الحديث ٢ و ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من كتاب الظهار و الباب- ٢- منه الحديث ٢ و الباب- ٤- منه الحديث ٢ و ٣ و الباب- ٩- و الباب- ١٣- الحديث ٥ و الباب- ١٦- منه.

بعدم اعتبار لفظ مخصوص منها، بل الظاهر عدم اعتبارها أصلاً، فلو قال: «أنت كظهر أمي» صح كما لو قال: «أنت طالق» و احتمال الفرق بينهما- باحتمال صيغته الظهار مجردة عن الصلته كونها محرمة على غيره حرمة ظهر أمه عليه، بخلاف الطلاق، فإنه لا طلاق و هي في حبسه دون حبس غيره- لا وجه له بعد ظهور إرادته الظهار له، فما عن التحرير من التوقف مع حذف الصلته لا يخلو من نظر، و كذا لا- يعتبر في التشبيه لفظ الكاف قطعاً، بل يكفي «مثل» و نحوها و في الاكتفاء بدون أداه التشبيه وجه، لكن الأحوط إن لم يكن الأقوى خلافه.

و كيف كان ف لو شبهها بظهر إحدى المحرمات نسبا أو رضاعاً كالأُم و الأخت فيه روايتان:

صحيح زرارة(١)«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهار فقال: هو من كل ذى محرم: أم أو أخت أو عمه أو خاله، و لا يكون الظهار في يمين، قال: قلت: كيف يكون؟ قال: يقول الرجل لامرأته و هي طاهر في غير جماع: أنت على حرام مثل ظهر أمي أو أختي و هو يريد بذلك الظهار»

و صحيح جميل بن دراج (٢)«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يقول لامرأته: أنت على كظهر عمته أو خالته، قال: هو الظهار»

و مرسل يونس (٣)«الآتي عن أبي عبد الله عليه السلام «و كذلك إذا هو قال: كبعض المحارم»

له على تحقق الظهار مؤيده بإطلاق أدلته.

و صحيح سيف التمار(٤)«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يقول لامرأته:

أنت على كظهر أختي أو عمتي أو خالتي، قال: إنما ذكر الله الأمهات، و إن هذا لحرام»

مؤيدا بالأصل.

و لكن لا يخفى عليك أن أشهرهما روايه و فتوى الوقوع لانقطاع

١- ١ ذكر صدره في الوسائل الباب-٤- من كتاب الظهار الحديث ١ و ذيله في الباب-٢- منه الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب-٤- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب-٤- من كتاب الظهار الحديث ٤.

٤- ٤ الوسائل الباب-٤- من كتاب الظهار الحديث ٣.

الأصل بالنصوص المزبوره المعلوم رجحانها على صحيح سيف القابل لإرادته بيان أن المذكور فى

الآيه الأمهات، و هو كذلك، و لكن لا ينافى ثبوت التحريم من السنه و أن

قوله عليه السلام: «و ان هذا لحرام»

جواب للسائل، فيكون حينئذ كالأخبار السابقه، فلا ريب فى أن الأقوى الوقوع.

إنما الكلام فى تنزيل الرضايات منزله النسيات فى ذلك، فليل به، ل

قوله صلى الله عليه و آله (١): «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»

و لعموم قوله عليه السلام فى الصحيح (٢) السابق: «كل ذى محرم»

و قيل: لا يقع، للأصل و انسياق النسيات من المحرم و المحارم، و التنزيل المزبور إنما هو فى التحريم خاصه لا ما يشمل انعقاد صيغه الظهار.

و من الغريب ما فى المسالك من رد ذلك بأن «من» فى الخبر إما تعليليه، مثلها فى قوله تعالى (٣) «مِمَّا خَطِيئَاتِهِمْ أُغْرِقُوا» أو بمعنى الباء، كما فى قوله تعالى (٤):

«يَنْظُرُونَ مِنْ طَرْفٍ خَفِيٍّ» و التقدير يحرم لأجل الرضاع أو بسببه ما يحرم لأجل النسب أو بسببه، و كلاهما مفيد للمطلوب، لأن التحريم فى الظهار بسبب النسب ثابت فى الجمله

إجماعاً، فيثبت بسبب الرضاع كذلك، إذ هو كما ترى أجنبي عن انعقاد صيغه الظهار به.

و من هنا بان لك أن الأقوى عدم الوقوع بالأمر الرضايعه فضلاً عن غيرها، كما أنه بان لك الوقوع بالتشبيه بالمحارم كالأخت و العمه فضلاً عن الجدات التى هن أمهات حقيقه فى أحد القولين و إن كان الظاهر انسياق الوالده بلا واسطه من الام، بل بان لك أيضاً الحال فى الصور الست المذكوره فى المسالك.

و لو شبهها أى الزوجه ب أن قال: هى أو ما قام مقام ذلك عليه ك يد

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث ١ من كتاب النكاح.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من كتاب الظهار الحديث ١.

٣- ٣ سوره نوح ع: ٧١- الآيه ٢٥.

٤- ٤ سوره الشورى: ٤٢ الآيه ٤٥.

أمه أو شعرها أو بطنها أو غير ذلك من أجزائها- من غير فرق بين ما يتوقف حياتها عليه أو لا يتوقف و لا بين ما حلته الحياه من الأجزاء و بين غيره- قيل:

لا يقع و القائل المرتضى، بل قيل و المتأخرون، بل في انتصاره أنه مما انفردت به الإماميه اقتصارا فيما خالف الأصل بل الأصول على منطوق الآية(١)و غيرها من أدله الظهار المنساق غير المفروض منها و لو من ملاحظه المبدأ.

و لكن بالوقوع روايه فيها ضعف و هي

روايه سدير(٢)عن الصادق عليه السلام «قلت له: و الرجل يقول لامرأته: أنت على كظهر أمي أو كقبلها أو كبطنها أو كرجلها، قال: ما عني؟ إن أراد به الظهار فهو الظهار»

و لكن هي منجبره بما عن الشيخ في الخلاف من الإجماع على ذلك، بل و بعمل الصدوق و القاضي و ابن حمزه، فإن ذلك مع روايتها في التهذيب الذي هو أحد الكتب المعتمده المتبينه كاف في جواز العمل بها، خصوصا بعد اعتضاها

بمرسل يونس(٣)عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل قال لامرأته: أنت على كظهر أمي أو كيدها أو كبطنها أو كفرجها أو كنفسها أو ككعبها أ يكون ذلك الظهار؟ و هل يلزم فيه ما يلزم المظاهر؟ فقال: المظاهر إذا ظاهر امرأته فقال: هي على كظهر أمي أو كيدها أو كرجلها أو كظهرها أو كشيء منها ينوي بذلك التحريم فقال:

لزمه الكفاره في كل قليل منها أو كثير، و كذلك إذا قال هو: كبعض ذوات المحارم فقد لزمته الكفاره»

و لا معارض لذلك سوى انسياق صوغ الصيغه من الاسم، و هو غير صالح للمعارضه، خصوصا بعد ملاحظه صوغ الصيغه في سائر العقود من غير مبدأ

١- ١ سورة المجادله: ٥٨- الآية ٢ و ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من كتاب الظهار الحديث ٢ و فيه «ككفها» بدل «كقبلها» كما في التهذيب ج ٨ ص ١٠.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٩- من كتاب الظهار الحديث ١ و ذكر ذيله في الباب- ٤- منه الحديث ٤.

اسمها، و سوى ما فى صحيح زرارہ (١) و خبر جميل (٢) السابقين الذين لم يسق الحصر فيهما لما ينافى ذلك، و على تقديره فلا يصلح لمعارضه المنطوق المزبور، و هذا كله فى التشبيه بغير الظهر من الأم.

أما لو شبهها بغير امه بما عدا لفظه الظهر من اليد و الرأس و غيرهما لم يقع قطعاً للأصل السالم عن معارضه ما دل على (٣) إلحاق المحارم بالأم بعد أن كان فى خصوص التشبيه بالظهر، و لكن فيه أنه و إن كان مورده ذلك إلا أنه ظاهر - خصوصاً مرسل يونس (٤) منها - فى كون غير الأم كالأم فى تحقق الظهار بالتشبيه بها، سواء كان بالظهر أو غيره، خصوصاً بعد معلوميه كون الظهار معنى متحداً، فالأقوى الصحه إن لم يكن إجماعاً، كما عساه يشعر به لفظ القطع فى عبارته المتن، لكن عن المختلف أن بعض علمائنا قال بوقوعه، و آخرين بعدمه، و نحوه عن ابن إدريس.

و لو شبه الجملة بالجملة بأن قال: أنت على كأمى أو مثل أمى قيل و القائل الشيخ و من تبعه يقع إن قصد به الظهار و لعله الأقوى، لفحوى الخبرين (٥) السابقين بل قيل: إنه أولى بالتحريم، لاشتمالها على تلك الأجزاء التى منها الظهر الذى هو محل النص (٦) و الفتوى، مؤيداً ذلك بإطلاق أدله الظهار الذى صار معناه و لو بمعونه النصوص (٧) إنشاء تحريم الزوجه عليه، و أنها كأمه أو باقى محارمه،

خلافاً للأكثر كما فى المسالك، و هو مبنى على اعتبار ذكر الظهر فى الحرمة، و قد عرفت ما فيه.

و منه يعلم ما فى قول المصنف و فيه إشكال منشأ اختصاص الظهار بمورد الشرع و التمسك فى الحل بمقتضى الأصل (العقدخ ل).

١-١ الوسائل الباب-٤- من كتاب الظهار الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٤- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-٤- من كتاب الظهار.

٤-٤ الوسائل الباب-٤- من كتاب الظهار الحديث ٤.

٥-٥ الوسائل الباب-٩- من كتاب الظهار الحديث ١ و ٢.

٦-٦ الوسائل الباب-١- من كتاب الظهار.

٧-٧ الوسائل الباب-١- من كتاب الظهار.

و لو شبه بعض أجزاء الزوجه بجمله الام مريدا به الظهار فالظاهر الصحه أيضا بناء على ظهور الخبرين (١) في الاكتفاء بالكنايه فى تحقق الظهار مع القصد، و هذا منها.

و كذا لو شبه جزء الزوجه بظهر الام، بل و كذا لو شبه الجزء بالجزء، كما لو قال: «يدك على كيد أمى» مريدا به الظهار، و أولى من ذلك ما لو شبه جملة الزوجه بجمله غير الام من المحارم.

و بالجمله فالمدار على إنشاء تحريم الزوجه عليه بتشبيها بإحدى المحرمات النسبيه من غير فرق بين الصريح و الكنائى.

نعم لو شبهها بمحرمه بالمصاهره تحريما مؤيدا كأم الزوجه و بنت زوجته المدخول بها و زوجه الأب و الابن لم يقع الظهار للأصل بعد انصراف المحرم أو المحارم إلى النسبيات، فما عن المختلف من التحريم أيضا لا يخلو من نظر.

و كذا لو شبهها بأخت الزوجه أو عمته أو خالتها مما يحرم فى حال لا مطلقا، ضروره كون حكمها حكم الأجنبيه فى جميع الأحكام، لأن تحريمها يزول بفراق الام و الأخت، كما يحرم جميع نساء العالم على المتزوج أربعا و يحل له كل واحده ممن ليست محرمه بغير ذلك على وجه التخيير بفراق واحده من الأربع، بل عمه الزوجه و خالتها لا تحرم عينا و لا جمعا، إنما تحرم على وجه مخصوص، كما هو واضح.

و أولى من ذلك بعدم حصول التحريم لو قال: كظهر أبى أو أخى أو عمى فإنه لم يكن شيئا بلا خلاف أجده، بل فى المسالك هو محل وفاق، للأصل و لأن الرجل ليس محلا للاستمتاع، و لا فى معرض الاستحلال، خلافا لبعض، فحرمه قياسا على محارم النساء و كذا لو قالت: هى أنت على كظهر أبى أو أمى لأن الظهار من أحكام الرجال كالطلاق إجماعا.

و يشترط في وقوعه حضور عدلين يسمعان نطق المظاهر على نحو الطلاق بلا- خلاف أجده فيه نصا(١) و فتوى، بل الإجماع بقسميه عليه، نعم في المسالك «و أما اشتراط كونهما عدلين فلا دليل عليه إلا من عموم (٢) اشتراط العدالة في الشاهدين، و في إثبات الحكم هنا بمثل ذلك ما لا يخفى من الاشكال، و قد تقدم في الطلاق

روايه(٣) بالاجتزاء فيهما بالإسلام، كما أطلق هنا» و قد عرفت البحث معه هناك.

و لو جعله يمينا جزاء على فعل أو ترك- قصدا للزجر عنه أو البعث على فعل، سواء تعلق به أو بها، كقوله: إن كلمت فلانا أو إن تركت الصلاة فأنت على كظهر أمي- لم يقع بلا خلاف أجده فيه، فإنه لا يمين بغير الله، و لقول أبي جعفر عليه السلام في

صحيح زواره(٤) السابق: «لا يكون الظهار في يمين»

و في حسن حمران(٥) «لا يكون ظهار في يمين و لا في إضرار و لا في غضب»

و لا يقاس جوازه على جوازه معلقا بناء عليه، لحرمة القياس عندنا، و اتحاده في الصورة مع مفارقتها له في المعنى و القصد- لأن المراد من الشرط مجرد التعليق و في اليمين الزجر و البعث- لا يقتضى جوازه، خصوصا بعد ما سمعت من النص و الفتوى، و الله العالم.

و لا- يقع إنشاؤه إلا منجزا، فلو علقه بانقضاء الشهر أو دخول الجمعة أو نحوهما من التعليق على الوقت لم يقع على القول الأظهر بل الأشهر، بل المشهور، بل لا ينبغي الخلاف فيه، لمنافاه ذلك للإيقاع، بخلاف التعليق على

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من كتاب الظهار.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤١- من كتاب الشهادات.

٣- ٣ استدلال في المسالك للاجتزاء بالإسلام في الشاهدين في الطلاق بما رواه في الوسائل الباب- ١٠- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٤ من كتاب الطلاق.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤- من كتاب الظهار الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الظهار الحديث ٢.

الشرط الذى هو- مع أنك ستسمع النص (١)فيه- غير مناف لنفس الإنشاء، ضروره رجوعه إلى تأخير مقتضاه و إلى متعلق الإنشاء، نحو التعليق «فى أكرم زيدا غدا» و فى النذر و نحوهما مما كان التعليق فيه لمتعلق الإنشاء لا له نفسه، فإنه غير متصور التحقق فضلا عن صحته و فساده، بخلاف تعليق الآثار و متعلق الإنشاء، فإنه متصور و صحيح مع فرض الدليل عليه بالخصوص، بل ربما اكتفى بعضهم فى مشروعيته بالعمومات و إن كان فيه أنه مناف لما دل على تسببه لمسببه بمجرد وقوعه و حصوله، و من هنا كان من المسلم عند الأصحاب عدم جواز التعليق المزبور فى كل عقد أو إيقاع إلا ما خرج بالدليل، من غير فرق بين الوصف و الشرط.

و قيل و القائل الشيخ فى محكى المبسوط يقع للعمومات المعلوم عدم شمولها للمفروض الذى ذكرناه، فان مرجعه حينئذ إلى عدم الإنشاء، قيل:

و لفحوى وقوعه معلقا على شرط، بل لعله أولى، و فيه ما لا يخفى بناء على كون المراد بالمعلق الخارج بقيد التنجيز الذى إنشاؤه معلق لا المعلق أثره أو متعلقه على أمر محقق كأنقضاء الشهر و دخول الجمعة، كما توهمه غير واحد فاستدل بالدليل المزبور، و لا- ريب فى أنه متجه، إذ احتمال جواز المحتمل دون المتيقن كما ترى، بل الأدله لا تساعد عليه، إذ لا تعرض فيها لكون المعلق عليه معلوم الوقوع لدى المعلق أولا.

و لعله لذا قال المصنف مشيرا إلى القول المزبور الذى مقتضاه جواز التعليق فى نفس الإنشاء و هو نادر إذ لم نعرف من وافقه عليه، بل لعله لا قائل به بالمعنى المزبور، فتخرج المسألة عن الخلاف بعد حمل كلام القائل على إرادته تعليق الأثر و المتعلق.

و هل يقع فى إضرار؟ قيل كما عن النهايه و الوسيله لا يقع ل

قول الباقر عليه السلام فى حسن حمران (٢): «لا يكون ظهار فى يمين و لا فى إضرار»

و فيه

١-١ الوسائل الباب-١٦- من كتاب الظهار.

٢-٢ الوسائل الباب-٧- من كتاب الظهار الحديث ٢.

إشكال منشأ التمسك بالعموم و الإطلاق كتاباً(١) و سنه(٢) بل لعل ظاهر الأكثر الوقوع، لعدم ذكر ذلك في شرائطه، فلا يقوى حينئذ الخبر المزبور على التخصيص و التقييد، و لكن لا- يخفى عليك إمكان منع ذلك بعد قبول الخبر للحجيه، خصوصاً بعد حكاية الشهره كما عن الكفايه على مضمونه، و إمكان تأييده

بقاعده «لا ضرر و لا ضرار»

اللهم إلا أن يقال: إن مبنى مشروعيه الظهر على الضرار.

و كيف كان ف في وقوعه موقوفاً على الشرط تردد و خلاف أظهره الجواز وفاقاً للمحكي عن الصدوق و الشيخ و ابن حمزه، بل و أكثر المتأخرين، فلو قال: «أنت على كظهر أمي إن دخلت الدار» أو «إن شاء زيد» فدخلت الدار و شاء وقع، ل

قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن الحجاج(٣): «الظهر ضربان: أحدهما فيه الكفاراه قبل المواقعه، و الآخر بعدها، فالذى يكفر قبل المواقعه الذى يقول: أنت على كظهر أمي، و لا- يقول إن فعلت بك كذا و كذا، و الذى يكفر بعد المواقعه الذى يقول: أنت على كظهر أمي إن قربتك»

و نحوه

مضمرة الآخر(٤): «الظهر على ضربين في أحدهما الكفاراه، إذا قال: أنت على كظهر أمي، و لا يقول أنت على كظهر أمي إن قربتك»

و قوله عليه السلام أيضاً في صحيح حريز(٥) «الظهر ظهران: فأحدهما أن يقول: أنت على كظهر أمي ثم يسكت، فذلك الذى يكفر قبل أن يواقع، فإذا قال: أنت على كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا ففعل فحنت فعليه الكفاراه حين يحنت»

و خبر عبد الرحمن بن أبى نجران(٦) قال: «سأل صفوان بن يحيى عبد الرحمن بن الحجاج و أنا حاضر عن الظهر، قال:

١- ١ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١ و غيره- من كتاب الظهر.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٦- من كتاب الظهر الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٦- من كتاب الظهر الحديث ٨.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٦- من كتاب الظهر الحديث ٧.

٦- ٦ الوسائل الباب- ١٦- من كتاب الظهر الحديث ١٢ و ليس فيه سأل صفوان. و ذكره بعينه فى الاستبصار ج ٣ ص ٢٦٠.

سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا قال الرجل لامرأته: أنت على كظهر أمي لزمه الظهار، قال لها دخلت أو لم تدخلي خرجت أو لم تخرجي أو لم يقل شيئاً فقد لزمه الظهار»

مضافاً إلى العموم كتاباً (١) و سنه (٢) حتى

قوله صلى الله عليه وآله (٣): «المؤمنون عند شروطهم»

بل و موافقه الحكمة، فإن المرأة قد تخالف الرجل في بعض مقاصده، فتفعل ما يكرهه و تمتنع عن ما يرغب فيه، و يكره الرجل طلاقها من حيث يرجو موافقتها، فيحتاج حينئذ إلى تعليق ما يكرهه بفعل ما تكرهه أو ترك ما تريده، فإما أن تمتنع و تفعل فيحصل غرضه، أو تخالف فيكون ذلك جزاء معصيتها، لضرر جاء من قبلها.

و خلافاً للسيد و بنى زهره و إدريس و سعيد و البراج، بل عن الغنية و السرائر الإجماع عليه، لمعلوميه منافاه التعليق لإنشاء العقد و الإيقاع إلا ما خرج، و ل

خبر الزيات (٤) «قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: إنى ظهرت من امرأتى، فقال: كيف

قلت؟ قال: قلت: أنت على كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا، فقال: لا شىء عليك، فلا تعد»

و مرسل ابن بكير (٥) «قلت لأبي الحسن عليه السلام إنى قلت لامرأتى: أنت على كظهر أمي إن خرجت من باب الحجره فخرجت، فقال:

ليس عليك شىء، قلت: إنى قوى على أن أكفر، فقال: ليس عليك شىء، فقلت:

إنى قوى على أن أكفر رقبه و رقبتي، قال: ليس عليك شىء قويت أو لم تقو»

و مرسل ابن فضال (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا يكون الظهار إلا على موضع الطلاق»

و قد عرفت عدم وقوع الطلاق معلقاً، فلا يقع الظهار.

و لا يخفى عليك ما فى الجميع، ضروره و جوب الخروج عن قاعده التنجيز

١- ١ سورة المجادلة: ٥٨ الآية ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١ و غيره- من كتاب الظهار.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ من كتاب النكاح.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٦- من كتاب الظهار الحديث ٤.

٥-٥ الوسائل الباب-١٦- من كتاب الظهار الحديث ٣.

٦-٦ الوسائل الباب-٢- من كتاب الظهار الحديث ٣.

بالأدلة السابقة، كالنذر و اليمين و غيرها مما جاز فيها التعليق، و الأخبار- مع الضعف فيها المانع من أصل القبول فضلا عن المعارضه، و احتمال الأول منها نفى الشىء عليه قبل حصول الشرط، أو لعدم حضور الشاهدين و غير ذلك و اليمين، كالثانى.

و ظهور الثالث فى إرادته المرأه من الموضوع فيه- لا تصلح معارضه للأخبار السابقه، و الإجماعان المزبوران موهونان بما عرفت.

هذا و لكن فى القواعد «فى الفرق بين الفرض و بين المعلق نظر» و فى شرحها للأصبهاني «من خروج التعليق عن النصوص، و من أن الوقوع مشروطا يدل على عدم اشتراط التنجيز و إرادته الإيقاع بنفس الصيغه فيه، و إذا لم يشترط ذلك لم يكن فرق بين الشرط و التعليق، بل قد يكون التعليق أولى بالوقوع».

و من الغريب ما وقع فى المسالك فى المقام و كان نسخته التى شرح عبارتها فيها سقط، كما لا يخفى على من لاحظ شرحه لها فى المقام الذى قد جعل فيه الكلام فى المسأله الثانيه شرحا للمسأله الاولى، و حكى عن المصنف القول بالعدم، و أنه نسب القول بالجواز إلى الندره، مع أن صريح كلامه الجواز بعد التردد، و كذا كلامه فى النافع. و أغرب منه موافقه الرياض له على ذلك، و ما ندرى أن السبب فى ذلك اختلاف النسخ أو عدم التماميه فى الملاحظه؟ و لعل الذى غرهما التعبير باعتبار التنجيز المراد منه فى غير المقام عدم التعليق مطلقا، و لكن التدبر فى العبارة يقتضى ما ذكرناه، و احتمال الفرق بين الشرط و الوصف فى غايه البعد، بل يمكن القطع بفساده.

و لو قيد مده كأن يظهر منها شهرا أو سنه أو يوما قال الشيخ:

لا يقع للأصل، و لأنه لم يؤبد التحريم، فأشبهه ما إذا شبهها بامرأه لا تحرم عليه على التأيد، و ل

صحيح سعيد الأعرج (١) عن الكاظم عليه السلام «فى رجل ظاهر من

١- ١ الوسائل الباب- ١٦- من كتاب الظهار الحديث ١٠ و فيه «فوفى» بدل «يوما» كما فى التهذيب ج ٨ ص ١٤ الرقم ٤٥ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٦٢ الرقم ٩٣٦. و الوافى ج ١٢ ص ١٣٩. الا- أن فيه و فى بعض النسخ «يوما» مكان «فوفى» كما يشير الى ذلك قريبا.

مرأته يوماً، قال: ليس عليه شيء».

و لكن فيه إشكال مستند إلى عموم الآية (١) و الرواية (٢) فإن مقتضاهما الجواز، مضافاً إلى

خبر سلمه بن صخر (٣) قال: «كنت امرأة قد أتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيري، فلما دخل رمضان ظهرت من امرأتى حتى ينسلخ رمضان خوفاً من أن أصيب في ليلتي شيئاً فاتابع في ذلك إلى أن يدركني النهار ولا أقدر أن أترك، فبينما هي تخدمني من الليل إذا انكشف لي منها شيء فوثبت عليها، فلما أصبحت غدوت على قومي فأخبرتهم خبري، و قلت لهم: انطلقوا معي إلى رسول الله صلى الله عليه و آله فأخبروه بأمرى، فقالوا: والله لا نفعل، نتخوف أن ينزل فينا قرآن، و يقول فينا رسول الله صلى الله عليه و آله مقالته يبقى علينا عارها، لكن اذهب أنت فاصنع ما بدا لك، فخرجت حتى أتيت النبي صلى الله عليه و آله، فأخبرته بخبري، فقال لي: أنت بذاك، فقلت: أنا بذاك، فقال: أنت بذاك، فقلت: أنا بذاك، فقال: أنت بذاك، فقلت: نعم ها أنا ذا فامض في حكم الله عز و جل

فأنا صابر له، قال: أعتق رقبه، فضربت صفحة رقبتي بيدي، فقلت: لا و الذي بعثك بالحق ما أصبحت أملك غيرها، فقال: فصم شهرين متتابعين، فقال يا رسول الله صلى الله عليه و آله:

و هل أصابني ما أصابني إلا من الصوم؟ قال: فتصدق، قلت: و الذي بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا و ما لنا عشاء، فقال: اذهب إلى صاحب صدقه بنى رزين فقل له فليدفعها إليك، فأطعم عنك وسقا من تمر ستين مسكينا، ثم استعن بسائره عليك و على عيالك، قال: فرجعت إلى قومي، فقلت: وجدت عندكم الضيق و سوء الرأى، و وجدت عند رسول الله صلى الله عليه و آله السعه و البركه، و قد أمر لي بصدقتكم فادفعوها إلي،

١-١ سورة المجادلة: ٥٨- الآية ٢.

٢-٢ الوسائل الباب- ١ و غيره- من كتاب الظهار.

٣-٣ سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٠ و المستدرک الباب- ١- من كتاب الظهار الحديث ٤.

فدفعوها إلى»

و فى روايه اخرى (١) «إن النبى صلى الله عليه و آله أعطاه مكتلا فيه خمسه عشر صاعا، فقال: أطعمه ستين مسكينا، و ذلك لكل مسكين مد».

إلا- أن هذا الخبر لم نجده فى طرقنا، و إنما هو من طرق العامه، كما اعترف به غيرنا أيضا، و إطلاق الأدله لا تناول فيه للفرض، بل المنصرف منه غيره، خصوصا بعد أن كان الظهار فى الجاهليه لحرمة الأبد و لم يشرعه الشارع، بل جعله من المحرمات و أنه لا يفيد حرمة و

لكنه يوجب الكفاره، فالإطلاق حينئذ ليس إلا- للظهار المزبور، بل لعل قوله تعالى (٢) «ما هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ» مشعر بذلك، بل إن شرع الإطلاق المزبور التقييد بالوقت فليشرع أيضا التقييد بالمكان و بغيرهما من الأحوال الذى لم نعرف له أثرا فى كلام الأصحاب، فلا ريب فى أن المتجه بحسب الأصول العدم، مؤيدا بالصحيح (٣) المزبور و إن قيل:

إنه مختلف النسخ، ففى بعضها ما سمعت، و فى آخر عوض «يوما» «وفى» و حينئذ يخرج عن الدلاله على المقام، ضروره كون المراد أنه وفى بظهاره، أى لم يقرب، بل ظاهر الوافى أن هذه النسخه هى المعتمده، بل قيل: لا دلالة فيه على النسخه الأخرى أيضا، إذ يمكن أن يكون نفى الشىء عليه لوفائه بما قال باعتبار قصر اليوم، لكن هذا كله لا ينافى التأييد، للأصول و لو للظهور أو الاحتمال على بعض النسخ، و الله العالم.

هذا و ربما قيل: إن قصرت المده عن زمان التربص لم يقع لأن الظهار يلزمه التربص مده ثلاثه أشهر من حين الترافع و عدم الطلاق، و هو يدل بالاقضاء على أن مدته تزيد عن ذلك، و إلا لا لانتفى اللازم الدال على انتفاء الملزوم، بل عن المختلف اختياره و إن كنا لم نتحققه، بل فى المسالك لا بأس به، و الروايه

١- ١ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٠.

٢- ٢ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٢.

٣- ٣ المتقدم فى ص ١٠٩.

الصحيحه(١) لا تنافيه.

و لكن هو كما ترى تخصيص للعموم بالحكم المخصوص من غير مقتضى، و الحكم بالتربص تلك المده على تقدير المرافعه لا يوجب تخصيص العام، لأن المرافعه حكم من أحكام الظهار و هى غير لازمه، فجاز أن لا ترافعه، فيحتاج إلى معرفه حكمه على هذا التقدير، و جاز أن لا- يعلمها بإيقاعه و يريد معرفه حكمه مع الله تعالى شأنه، و الحكم بتربصها تلك المده على تقدير المرافعه محمول على ما إذا كان مؤبداً أو موقتا بزياده عنها، فإذا قصرت كان حكمه تحريم العود إلى أن يكفر من غير أن يتوقف على المرافعه.

و من هنا كان فيه أى القول المزبور ضعف واضح، ضروره أنه لا دلالة فيما ذكره على مشروعيه الموقت، بل لعل ظاهر إطلاق الحكم بتربص المده المزبوره يقتضى كون الظهار مبنياً على الدوام، فهو إن لم يدل على العدم فلا- دلالة فيه على مشروعيه التوقيت قطعاً، فالأصول المزبوره حينئذ بحالها، كما هو واضح.

نعم لو ثبت دليل التوقيت أمكن القول بعدم منافاه ذلك له لما عرفت، و الله العالم.

[فروع لو قال أنت طالق كظهر أمى وقع الطلاق]

فروع لو قال: أنت طالق كظهر أمى وقع الطلاق إذا قصده، لوقوع صيغه صحيحه و لغا الظهار،

قصده بأن أراد أنت طالق و أنت كظهر أمى أو لم يقصده و إن جاز وقوعه بالمطلقه الرجعيه، لعدم تماميه الصيغه بسبب عدم ذكر الموضوع.

و قال الشيخ: إن قصد الطلاق و الظهار صح إذا كانت المطلقه رجعيه، فكأنه قال: أنت طالق أنت كظهر أمى، و فيه تردد، لأن النيه لا تستقل بوقوع

الظهار ما لم يكن اللفظ الصريح الذى لا احتمال فيه كما فى غير الظهار من العقود والإيقاعات، و لكن لا يخفى عليك إمكان دفعه بناء على ما تكرر منا من أن المدار فى صيغ العقود والإيقاعات على إنشاء معناها باللفظ الدال عليها حقيقه كان أو مجازا إلا ما خرج بالدليل على التعبد بلفظ خاص، و حينئذ فالمتجه الصحه مع فرض معلوميه قصده الظهار بالعباره المزبوره، و الفرض أنها صحيحه بمقتضى القواعد العربيه.

نعم لو لم ينو الظهار به أو نوى به التأكيد للطلاق لم يصح قطعا، بل فى المسالك «و كذا إذا قصد بالجميع الظهار، فإنه يحصل الطلاق أيضا دون الظهار، أما حصول الطلاق فللفظه الصريح، و الصريح لا يقبل صرفه إلى غيره، حتى لو قال لزوجته: أنت طالق ثم قال: أردت به من وثاق غيرى أو نحو ذلك لم يسمع و حكم به عليه، بخلاف ما لو أتى بالكنايه حتى يصححه بها، و الأصل فى ذلك و نظائره أن اللفظ الصريح إذا وجد نفاذا فى موضوعه لا ينصرف إلى غيره بالنيه، و أما عدم حصول الظهار فلأن الطلاق لا ينصرف إلى الظهار، و الباقي ليس بصريح فى الظهار كما بيناه، و هو لم بنوبه الظهار و إنما نواه بالجميع، و يحتمل هنا لزوم الظهار أخذا بإقراره» و إن كان فيه مالا يخفى.

بل كأنه من غرائب الكلام إن لم يحمل على صورته التداعى، فيراد حينئذ من قوله: «قصد» أنه ادعى قصد الظهار بالمجموع، كما عساه يومئ إليه تعليله و قوله أخيرا: «أخذا بإقراره» و إن كان فيه ما فيه أيضا على هذا التقدير أيضا فتأمل.

و كذا قوله أيضا متصلا بذلك: «رابعها أن يقصد الطلاق و الظهار جميعا نظر، فان قصدهما بمجموع كلامه حصل الطلاق دون الظهار لما تبين، و إن قصد الطلاق بقوله: أنت طالق و الظهار بقوله: كظهر أمى ففيه الخلاف» إلى آخر ما ذكره، ضروره أن المتجه عدم حصول كل منهما مع فرض قصد حصولهما بمجموع كلامه، لعدم كونه صيغه طلاق و لا ظهار، اللهم إلا أن يحمل على ما عرفت،

أو يقال: إن قصد المجموع منهما لا ينافي وفاء صيغته الطلاق به، فتأمل. وكذا إذا قصد بالمجموع الطلاق أو الظهار، كما هو واضح.

ولو عكس فقال: أنت كظهر أمي طالق وقصدهما معا بما دل على كل منهما وقعا بناء على ما ذكرناه، وفي المسالك «وقع الظهار لصراحته، وفي وقوع الطلاق الوجهان، لأنه من النيه وأنه ليس في لفظ الطلاق مخاطبه ولا ما في معناها» وقد عرفت ما فيه، وفي القواعد بعد أن ذكر ما ذكر المصنف قال: «و يقعان معا لو قال: أنت كظهر أمي طالق وقصدهما على إشكال» وكأنه فرق بين المسألتين بسبب إمكان الاجتزاء بصيغته الطلاق بتقدير موضوع المطلقة، لفحوى الاكتفاء بقول: «نعم» بخلاف الظهار، والحق عدم الفرق بينهما بعد فرض صحه ذلك في العريه.

وأغرب من ذلك قول المصنف وكذا لو قال: أنت حرام كظهر أمي مریدا عدم صحه الظهار به أيضا كالأولى، كما عن الشيخ في المبسوط والخلاف مدعيا فيهما الإجماع على ذلك، ولعله لأنه غير المعهود من صيغته الظهار في النصوص، فالأصل عدم ترتب حكمه عليها.

لكن فيه أنك قد سمعت ما في

صحيح زراره (١) عن الباقر عليه السلام جواب سؤاله عن كفيته من قوله: «يقول لامرأته وهي طاهر في غير جماع: أنت على حرام مثل ظهر أمي أو أختي»

وهو نص في الباب، وكذا ما في

خبر حمران (٢) عنه عليه السلام أيضا في سبب نزول الآية (٣) من «أن الرجل قال لها: أنت على حرام كظهر أمي - إلى قوله -: لما قال الرجل الأول لامرأته: أنت على حرام كظهر أمي قال: إن قالها بعد ما عفى الله و غفر للرجل فان عليه تحرير رقبه»

ولأن قوله:

«حرام» تأكيد لغرضه، فلا ينافيه، فان قوله: «أنت كظهر أمي» لا بد له من

١-١ الوسائل الباب-٢- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب-١- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٣-٣ سورة المجادلة: ٥٨- الآية ٢.

القصد إلى معناه، و هو يستلزم القصد إلى الحرمة، فإذا نطق به كان أولى.

و العجب من تجويز الشيخ وقوعه بالكناية، و ما هو أبعد من هذه مع خلوها عن نص يقتضى صحتها، و منعه من هذه الصيغة مع ورود النص الصحيح بها بل مع قطع النظر عنه يتجه الصحة، لتحقيق معنى الظهار بها و صراحتها فيه. و من هنا جزم في المسالك بالصحة تبعاً للمحكي عن الفاضل في التحرير و المختلف، بل و القواعد و إن قال: «على إشكال».

نعم لو قال: «أنت على حرام» ففي القواعد «ليس بظهار و إن نواه» و لعله للأصل بعد فرض ظهور النصوص في اعتبار التشبيه به، مضافاً إلى ظهور الأخبار ك

خبر زراره (١) «سأل الباقر عليه السلام عن رجل قال لامرأته: أنت على حرام، فقال:

لو كان عليه سلطان لأوجعت رأسه، و قلت: الله أحلها لك فما حرّمها عليك، إنه لم يزد على من أكذب فزعم أن ما أحل الله له حرام، و لا- يدخل عليه طلاق و لا كفاره، فقال زراره: قول الله عز و جل (٢) «يا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ؟» فجعل فيه الكفاره، فقال: إنما حرم

عليه جاريه ماريه، فحلف أن لا يقربها، وإنما جعل عليه الكفاره في الحلف، و لم يجعل عليه في التحريم»

و غيره من النصوص (٣).

أما لو قال: «أنت على كظهر أمي حرام» أو «أنت على حرام كظهر أمي» و «أنت طالق أنت كظهر أمي للرجعه» و «أنت كظهر أمي طالق» وقع من غير إشكال إذا قصد، لإتيانه بالصيغة كاملة من غير تخلل شيء، و غايه ما زاده أن يكون لغوا مع فرض أنه قصد بحرام في الأولى و «طالق» في الأخيره كونه خبراً ثانياً.

و لو ظاهر إحدى زوجتيه إن ظاهر ضررتها ثم ظاهر الضره وقع الظهاران المنجز و المعلق عليه، بل في المسالك «لو قال: إن ظهرت من إحداكما أو أيكما

١- ١ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٢ من كتاب الطلاق.

٢- ٢ سورة التحريم: ٦٦- الآيه ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب مقدمات الطلاق من كتاب الطلاق.

ظاهرت منها فالأخرى على كظهر أمى ثم ظاهر من إحداهما صار مظاهرا من الأخرى أيضا و إن كان هو كما ترى، اللهم إلا أن يكون مبنيًا على صحه وقوع الظهار بالمبهم، نحو ما سمعته فى الطلاق، فيراد حينئذ أنه ظاهر إحداهما باللفظ المزبور، فإذا ظاهر الأخرى ثم الظهاران، لكنه أيضا هو كما ترى، فتأمل.

و لو ظاهرها إن ظاهر فلانه الأجنبيه و قصد النطق بلفظ الظهار صح الظهار عند مواجهتها به، و إن قصد الظهار الشرعى لم يقع ظهار

لاشتراط الصحيح منه بالوقوع على الزوجه، و إن أطلق ففيه وجهان، كما عن المبسوط و التحرير من احتمالى التعليق على الاسم و الصفه. و كذا لو قال: أجنبيه على الحالیه أو اقتصر عليها من دون ذكر فلانه.

و لو قال فلانه من غير وصف بالأجنبيه ثم تزوجها و ظاهرها قال الشيخ: يقع الظهاران، و هو حسن و إن كان قد يحتمل العدم، لكون الشرط حين إيقاع الصيغه غير مشروع، و ربما قيل: إن الشرط هو الذى يجوز وقوعه حال التعليق و عدمه، و من المعلوم أن ظهار الأجنبيه حال التعليق غير صحيح، و المفروض عدم إرادته مجرد الصورة، فكان ذلك أشبه بالصيغه المتأخره عن التعليق و إن كان هو كما ترى، ضروره عدم خروجه بذلك عن أصل الشرطيه التى يكفى فيها التجويز بحسب الذات و إن تخلف لفقد شرط من شروطه، على أنه لا دليل لغه و لا عرفا على اعتبار إمكان حصول الشرط حال التعليق فى مفهوم الشرط، كما هو واضح.

و لو نكح فلانه الأجنبيه التى علق ظهار الزوجه على ظهارها و ظاهرها فى المسالك «فى وقوع الظهار بالزوجه الأولى وجهان: من خروجها بالنكاح عن كونها أجنبيه فلا يقع، و من تعليق ظهارها بظهار فلانه، و الوصف بالأجنبيه للتعريف لا للشرط، نحو ما لو حلف على أن لا- يدخل دار زيد هذه فباعها زيد ثم دخلها، فان فى حنثه الوجهين أيضا، و منشأهما ترجيح الإشاره على الوصف أو بالعكس».

نعم لا يقع الظهار إذا علقه عليها مریدا به الشرعى حال كونها أجنبيه و إن نكحها و ظاهرها، لعدم حصول المعلق عليه الذى هو مستحيل شرعا، كما لو قال:

«أنت على كظهر أمى إن بعث الخمر» و أراد البيع الشرعى، و الله العالم.

و لو علقه بمشيئه الله تعالى شأنه و قصد الشرط لم يقع، لعدم العلم بوقوعه إن لم يكن معلوما عدمه، نعم لو قصد التبرك و وقع، لكونه منجزا حينئذ.

و لو قال: «أنت على كظهر أمى إن لم يشأ الله تعالى» فلو كان عدليا يعتقد أنه تعالى لا يريد القبائح و المعاصى وقع إن عرف التحريم، لأنه منجز فى المعنى، و إن كان أشعريا ففى القواعد إشكال، و لعله من الجهل بوقوع الشرط الموجب لاستصحاب الحل و الحكم بعدم وقوع الظهار، و من لزوم وقوعه شاء الله أو لم يشأ، فإنه إن شاء لم يجز أن لا يقع، لكون المشيئه عندهم سببا تاما لوقوع الشىء، و إن لم يشأ تحقق الشرط، فيتحقق المشروط، و لزوم عدم وقوعه على التقديرين، فإنه إن شاء فقد انتفى الشرط فانتهى المشروط، و إن لم يشأ لم يقع، إذ ما من شىء إلا بمشيئه الله تعالى، و ربما دفع بأنه يلزم منه بطلان التعليق، فلا يقع الظهار، لأنه إنما أوقعه معلقا.

و لو علق بالنقيضين كأن قال: «أنت على كظهر أمى إنشاء الله أو لم يشأ» أو «إن دخلت الدار أو لم تدخل» وقع لأنه فى معنى نفى التعليق.

و لو علق بأمرين على الجمع لم يقع مع وقوع أحدهما، بل لا بد من وقوعهما و لو على البدل، إلا أن ينص على اجتماعهما دفعه، نعم يقع بوقوع أحدهما لو علقه بهما على البدل، كما هو واضح، إلى غير ذلك من الفروع التى ذكرها العامه فى صورته تعليق الطلاق بناء على مذهبهم فيه، فان مثلها يأتى فى المقام بناء على جواز التعليق فى الظهار و إن لم تجوزه فى الطلاق، و الله العالم.

[الأمر الثانى فى المظاهر]

الأمر الثانى فى المظاهر ولا خلاف فى أنه يعتبر فيه البلوغ و كمال العقل و الاختيار و القصد بل و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، فلا- يصح ظهار الطفل و لا المجنون و لا المكره و لا فاقد القصد بالسكر أو الإغماء أو الغضب أو النوم و السهو و نحو ذلك، للأدلة العامه على ذلك كله، نحو

قوله صلى الله عليه و آله (١): «إنما الأعمال بالنيات»

و «رفع القلم» (٢).

و نحوهما، بل لم يحك أحد الخلاف هنا فى المراهق و إن عرفت البحث فيه فى الطلاق، و لعله لخصوص أدلته هناك بخلاف المقام الذى ظاهر أدلته كتابا (٣) و سنه (٤) كون المظاهر مكلفا، و لذا وصف بالمنكر و الزور، و وجب عليه الكفاره.

و الأمر سهل بعد وضوح الأمر من الأدله العامه فضلا عما ورد هنا فى بعض الشرائط، ك

موثق عبيد بن زراره (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق، و لا ظهار إلا ما أريد به الظهار»

و حسن حمران (٦) السابق عن أبى

١-١ الوسائل الباب- ٥- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ١٠ من كتاب الطهاره.

٢-٢ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ٢ من كتاب القصاص.

٣-٣ سورة المجادل: ٥٨- الآيه ٢.

٤-٤ الوسائل الباب- ١- من كتاب الطهار.

٥-٥ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الظهار الحديث ١.

٦-٦ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الظهار الحديث ٢.

جعفر عليه السلام «لا يكون ظهار في يمين ولا في إضرار ولا في غضب»

وقال الرضا عليه السلام في صحيح ابن أبي نصر (١): «الظهار لا يقع على الغضب»

وفي موثق عمار (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن الظهار الواجب، قال: الذي يريد به الرجل الظهار بعينه»

وغيرها.

ولعل من ذلك

خبر حمزه بن حمران (٣) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل قال لأخته: أنت على كظهر أمي

يريد أن يرضى بذلك امرأته، قال: يأتيها ليس عليه شيء»

باعتبار عدم النية فيه أو أنه أراد اليمين لها على ذلك، وقد عرفت عدم انعقاده بالظهار، نحو

موثق ابن بكير (٤) قال: «تزوج حمزه بن حمران ابنه بكر، فلما أراد أن يدخل بها قال له النساء: لسنا ندخلها عليك حتى تحلف لنا، ولسنا نرضى أن تحلف بالعتق، لأنك لا تراه شيئاً، ولكن احلف لنا بالظهار، وظاهر من أمهات أولادك و جواريك، فظاهر منهن، ثم ذكر ذلك لأبي عبد الله عليه السلام، فقال: ليس عليك شيء، ارجع إليهن»

ولعل هذا الحلف كان على عدم طلاقها، كما يفصح عنه

خبر آخر (٥) في معناه، وفيه «أنهم قالوا له: أنت مطلق، فنخاف أن تطلقها، فلا ندخلها عليك حتى تقول: إن أمهات أولادك عليك

١-١ الوسائل الباب-٧- من كتاب الظهار الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٣- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-٦- من كتاب الظهار الحديث ٩.

٤-٤ الوسائل الباب-٦- من كتاب الظهار الحديث ٣ عن عبد الله بن المغيرة قال،، الا أن الموجود في الاستبصار ج ٣ ص ٢٥٨ و التهذيب ج ٨ ص ١١ عن ابن المغيرة عن ابن بكير قال،، وفي الجميع «تزوج حمزه بن حمران ابنه بكير».

٥-٥ الوسائل الباب-٦- من كتاب الظهار الحديث ٢ وفيه «أنت لا- تبالي بالطلاق و ليس هو عندك بشيء و ليس ندخلها عليك حتى تظاهر من أمهات أولادك قال: ففعل» و كذلك في الكافي ج ٦ ص ١٥٤ و ما في الجواهر نقل بالمعنى أخذه من بيان المحدث الكاشاني.

كظهر أمك أن طلقتهما».

و كيف كان فلا- إشكال فى شىء من الشرائط المزبوره. فما عن العامه- من عدم اعتبار النيه- واضح الفساد، كالمحكى من قولهم أيضا من وقوعظهار السكران، و ما أبعد ما بين ذلك و بين ما فى الحدائق من أن إطلاق الخبرين المذكورين شامل لمطلق الغضب ارتفع معه القصد أو لم يرتفع، و تبعه فى الرياض، فقال: «و كذا لا يقع فى حال غضب مطلقا و إن لم يرتفع معه القصد أصلا و لا سكر بلا خلاف فى الظاهر فيهما، و هو حجه فيهما كالأدله القاطعه فى الثانى و الصحيح و الموثق فى الأول» و إن كان هو كما ترى مناف لإجماع الأصحاب على الظاهر و لجميع ما دل على وقوع الظهار مع حصول الشرائط المزبوره الذى لا يعارضه إطلاق الخبرين المزبورين اللذين يعارضهما ما دل على تحقق الظهار بإرادته الظهار من وجه، و لا ريب فى أن الترجيح لذلك عليهما من وجوه، و من هنا كان ظاهر الأصحاب تقييد الغضب بالرفع للقصد، كما هو واضح.

و على كل حال فقد بان لك مما هنا و ما تقدم سابقا أنه لو ظاهر و نوى الطلاق لم يقع طلاق، لعدم اللفظ (التلفظ خ ل)المعتبر فيه و هو أنت طالق و لا ظهار، لعدم القصد و كذا لو طلق و قصد الظهار لم يقع ظهار، لعدم اللفظالمعتبر فيه، و لا طلاق لعدم القصد بلا خلاف فى شىء من ذلك عندنا و لا إشكال، خصوصا بعد

قول الصادق عليه السلام (١): «لا يقع ظهار عن طلاق و لا طلاق عن ظهار»

خلافًا للعامه، فجوزوا وقوع الطلاق بلفظ الظهار مع النيه حتى لو قال: «أنت طالق

كظهر أمى» و نوى الطلاق بالأخيره وقع عليه طلاقان إن كان الأول رجعيا و بطلانه واضح عندنا.

و يصح ظهار الخصى و المجهوب و إن لم تبق لهما ما يتحقق به الجماع من إدخال الحشفه أو قدرها إن قلنا بتحريم ما عدا الوطاء فى الظهار مثل

الملاصمه و غيرها من ضرور الاستمتاع، لإطلاق أدله الظهار الممكن تحقق فائدته بامتناع غير الوطاء من الاستمتاع نعم لو قلنا باختصاصه بالوطء لم يقع منهما ظهار، لعدم فائدته، بل فى المسالك «هذا كله إذا لم نشترط الدخول بالمظاهرة، و إلا لم يقع منهما مطلقا، حيث لا يتحقق منهما الدخول» قلت: قد يفرض عروض ذلك لهما بعد الدخول، و الأمر سهل.

و زاد فى القواعد الخنى، و أورد عليه بأنه يجوز أن يكون امرأه و آله الرجل زياده، فلا يتحقق الوطاء الصادر من الرجال الذى هو مناط الظهار. و فيه أن المتجه عدم جواز تزويج الخنى المشكل من أصله، لعدم العلم بكونه رجلا، و يمكن أن يريد العنين من الخنى فى كلامه، لغلبيه التعنين فى الخنثى، و الله العالم.

و كذا يصح الظهار من الكافر وفاقا للأكثر نقلا إن لم يكن تحصيلا، لإطلاق الأدله و لكن منعه الشيخ و تبعه القاضى و سبقه الإسكافى فيما حكى عنهما، بل ظاهر مبسوط الأول الإجماع عليه التفاتا إلى تعذر الكفاره منه التى هى من لوازم الظهار إذ هى عباده لا تصح منه، و إلى أنه حكم شرعى فكيف يصح ممن لا يقربه و لا ريب فى أن المعتمد المزبور لهم فى المنع ضعيف غير صالح لتخصيص العموم، و ذلك لإمكانها أى الكفاره منه بتقديم الإسلام القادر عليه، و لذلك كان مكلفا بالفروع.

و ما يقال من أن الذمى يقر على دينه فحمله على الإسلام لذلك بعيد، و أن الخطاب على العباده البدنيه لا يتوجه على الكافر الأصلى فى المسالك «أنه أجيب عنه بأننا لا نحمل الذمى على الإسلام و لا نخاطبه بالصوم، و لكن نقول: لا نمكنك من الوطاء إلا هكذا، فإما أن يتركه أو يسلك طريق الحل» قلت: هذا مع الترافع إلينا.

و إنما الكلام فى صحه وقوعه من الكافر و ترتب حكمه عليه، و لا ريب فى صحته و ترتب أحكامه عليه بناء على تكليفه بالفروع أقر بالشرع أو لم يقر إذ ذلك من باب الأسباب التى لا تفاوت فيها بين المقر و المنكر، هذا إن لم نقل بصحه

العتق و الإطعام من كافر كما عن بعض، و إلا صح بلا إشكال و إن تعذر خصوص الصوم منه، كما أنه قيل: لا إشكال فيما لو أسلم بعد الظهر لعدم جريان الكلام المزبور فيه حينئذ.

و كذا يصح من العبد عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه، للعموم و خصوص نحو

خبر محمد بن حمران (١) «سأل الصادق عليه السلام عن المملوك أ عليه ظهر فقال: عليه نصف ما على الحر: صوم شهر، و ليس عليه كفاره صدقه و لا عتق»

و صحيحه جميل (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث «في الظهر، و قال: إن الحر و المملوك سواء، غير أن على المملوك نصف ما على الحر من الكفاره، و ليس عليه عتق رقبه و لا صدقه إنما عليه صيام شهر»

و خبر الثمالي (٣) عن أبي جعفر عليه السلام «سألته عن المملوك أ عليه ظهر؟ فقال: نصف ما على الحر من الصوم، و ليس عليه الكفاره صدقه و لا عتق»

فما عن بعض العامه - من المخالفه في ذلك لأن لازم الظهر إيجاب تحرير الرقبه و هو لا يملكها - واضح الفساد، خصوصا بعد قوله تعالى (٤) «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا» و العبد غير واجد، فيلزمه الصوم كما هو واضح، و الله العالم.

-
- ١-١ الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الظهر الحديث ١.
 - ٢-٢ الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الظهر الحديث ٢.
 - ٣-٣ الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الظهر الحديث ٣.
 - ٤-٤ سورة المجادله: ٥٨ - الآية ٤.

[الأمر الثالث فى المظاهره منها]

الأمر الثالث فى المظاهره منها و لا خلاف عندنا و لا إشكال فى أنه يشترط أن تكون

منكوحه بالعقد بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى عنوان موضوعه كتابا(١) و سنه(٢) بالزوجه أو ما فى حكمها ف لا إشكال فى الشرط المزبور، و لكن على معنى أنه لا يقع بالأجنبيه خلافا لأبى حنيفه و لو علفه على النكاح بأن قال: «أنت على كظهر أمى إن تزوجتك» خلافا لمالك و الشافعى.

و أن تكون طاهرا طهرا لم يجامعها فيه إذا كان زوجها حاضرا أو ما فى حكمه و كان مثلها تحيض، و لو كان زوجها غائبا بحيث لا يعرف حال زوجته صح، و كذا لو كان حاضرا و هى يائسه أو لم تبلغ بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك بيننا، بل إجماعنا بقسميه عليه، مضافا إلى

صحيح زراره(٣) عن أبى جعفر عليه السلام و قد سأله عن كيفيته، فقال: «يقول الرجل لامرأته و هى طاهر فى غير جماع: أنت على حرام كظهر أمى»

و روايه حمران(٤) عنه عليه السلام أيضا «لا يكون الظهار إلا على طهر بعد جماع بشهاده شاهدين مسلمين».

و قول أبى عبد الله عليه السلام فى المرسل(٥): «لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق»

و منه مع اعتضاده بفتوى الأصحاب و إجماعهم يستفاد حكم الغائب و غيره على نحو ما سمعت فى الطلاق محررا، و المدار فى الشرط المزبور على وقت إيقاعه لا وقت حصول

١- ١ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٢ و ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١ و غيره- من كتاب الظهار.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢- من كتاب الظهار الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٢- من كتاب الظهار الحديث ٣.

الشرط لو كان معلقا عليه كما هو واضح و فى اشتراط الدخول تردد و خلاف و المروى صحيحا عن الصادقين عليهما السلام اشتراطه ففى

صحيح ابن مسلم (١) عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام قال «فى المرأه التى لم يدخل بها زوجها، قال:

لا يقع عليها إيلاء و لا ظهار»

و فى صحيح الفضيل بن يسار (٢) عن الصادق عليه السلام «سألته عن رجل مملك ظاهر من امرأته قال: لا يلزم، ثم قال: و قال لى: لا يكون ظهار و لا إيلاء حتى يدخل بها»

إلى غير ذلك من النصوص المعتضده مع ذلك بعمل الشيخ و الصدوق و أكثر المتأخرين كما فى المسالك.

خلافًا للمفيد و المرتضى و سلار و ابنى إدريس و زهره و هو القول الآخر الذى مستنده التمسك ب ما فى الكتاب من العموم (٣) القابل للتخصيص بالسنة (٤) عندنا كما حرر ذلك فى محله، و لا ينافى ذلك ما دل على أنه

«لا يكون ظهار إلا على مثل موضع الطلاق» من الخبر (٥)

المزبور، و من المعلوم عدم اعتبار الدخول فى صحه الطلاق، فليكن الظهار كذلك، ضروره عدم اقتضاء الخبر المزبور إلا أن الظهار لا يقع إلا حيث يقع الطلاق، لا أنه حيث ما يقع الطلاق يقع الظهار، كما هو واضح.

و هل يقع الظهار بالمستمع بها فيه خلاف، و الأظهر الأشهر بل المشهور الوقوع لإطلاق الأدله، خلافًا للمحكى عن الحلّى و ظاهر الإسكافى و الصدوق، للأصل المقطوع بالإطلاق المزبور، و لانتفاء لازم الظهار الذى

١- ١ الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الظهار الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الظهار الحديث ١ و ليس فيه «قال: لا يلزم ثم قال» إلا أنه موجود فى التهذيب ج ٨ ص ٢١ الرقم ٦٦.

٣- ٣ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الظهار.

٥- ٥ الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار الحديث ٣.

هو الإلزام بأحد الأمرين: الفئه أو الطلاق المعلوم امتناعه فيها، و تنزِيل هبه المده منزلته قياس، على أن أجل المستمتع بها قد يكون قليلا لا يحتمل الأمر بالصبر إلى المده.

و فيه منع كون ذلك لازم أصل الظهار، و إنما هو حكم ما تعلق منه بالزوجه التي يمكن ذلك في حقها، خصوصا بعد ما ستمتع من صحه وقوعه بالمملوكه التي لا يجرى فيها ذلك، و

المرسل (١) عن الصادق عليه السلام «لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق»

لا- جابر له في المقام، بل يمكن دعوى انصرافه إلى إرادته اعتبار شرائط الطلاق من الخلو عن الحيض و نحوه منه لا نحو المقام، كما أنه يمكن دعوى اندراج المتمتع بها في المثل، و قد تقدم بعض الكلام في ذلك في كتاب النكاح.

و في الموطوءه بالملك و لو مدبره أو أم ولد تردد و خلاف و المروى صحيحا و غيره أنه يقع كما يقع بالحره و هو الأقوى وفاقا للمشهور بين المتأخرين لا لئلايه (٢) التي يمكن دعوى انصراف النساء فيها إلى غيرها، بل ل

صحيح ابن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن الظهار على الحره و الأمه، فقال: نعم»

و نحوه صحيحه الآخر (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام،

و موثق إسحاق بن عمار (٥) «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يظاهر من جاريته، فقال: الحره و الأمه في ذلك سواء»

و صحيح ابن البخترى أو حسنه (٦) عن أبي عبد الله و أبي الحسن عليهما السلام «في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن جميعا بكلام واحد، فقال

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من كتاب الظهار الحديث ٣.

٢- ٢ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١١- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١١- من كتاب الظهار الحديث ٥.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١١- من كتاب الظهار الحديث ١.

٦- ٦ الوسائل الباب- ١١- من كتاب الظهار الحديث ٣ عن أبي عبد الله أو أبي الحسن عليهما السلام، الا أن في الاستبصار ج ٣

ص ٢٦٣ و التهذيب ج ٨ ص ٢١ عن أبي عبد الله و أبي الحسن عليهما السلام.

عليه السلام: عليه عشر كفارات»

و خبر ابن أبي يعفور(١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من جاريتته، قال: هي مثل ظهار الحره»

و صحيح ابن أبي نضر المروى عن قرب الاسناد(٢) عن الرضا عليه السلام «سألته عن الرجل يظاهر من أمته، فقال: كان جعفر عليه السلام يقول: يقع على الحره و الأمه الظهار»

و عن المبسوط روى أصحابنا(٣) أن الظهار يقع بالأمه و المدبره و أم الولد.

خلافاً للمحكى عن بنى أبي عقيل و حمزه و البراج و إدريس و المفيد و أبي الصلاح و سلالر، للأصل المقطوع بما عرفت و المرسل(٤) الذى قد عرفت الحال فيه آنفاً، و

خبر حمزه بن حمران(٥) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل جعل جاريتته عليه كظهر امه، قال: يأتيها و ليس عليه شىء»

القاصر عن معارضه ما تقدم بضعف السند، و الموافقه للعامه، و باحتماله الإخلال بالشرائط، كما عن الشيخ قال:

«الآن حمزه بن حمران روى هذه الروايه فى كتاب البرزورى أنه يقول ذلك لجاريتته يريد إرضاء زوجته، لا- لإيراده الظهار الحقيقى». قلت: قد يؤيده ما سمعته سابقاً من خبرى حمزه بن حمران(٦) و إن كان يمكن أن يكون ذلك خبراً آخر له، و لأن الظهار كان فى الجاهليه طلاقاً، و من المعلوم أن الطلاق لا يقع بها الذى هو كما ترى، خصوصاً بعد ما نقل أنهم كانوا يظهرون من الأمه أيضاً، و يعزل سيدها

فراشها، بل نقل وقوع الطلاق عليها فى الجاهليه.

هذا و فى المسالك «و اعلم أنه على القول بوقوعه بها يأتى فيها الخلاف السابق فى اشتراط الدخول و عدمه، لتناول الروايات الداله عليه لها، كما تناولت الحره،

١- ١ الوسائل الباب- ١١- من كتاب الظهار الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من كتاب الظهار الحديث ٧.

٣- ٣ المستدرک الباب- ٧- من كتاب الظهار الحديث ٤.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢- من كتاب الظهار الحديث ٣.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١١- من كتاب الظهار الحديث ٦.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٦- من كتاب الظهار الحديث ٢ و ٣.

توهم اختصاص ذلك الخلاف بالحره ضعيف جدا بل باطل» قلت: لا ريب في اختصاص تلك الأدله في الزوجه دون الأمه المملوكه، نعم قد يقال بظهور هذه الأدله في مساواتها للحره، و أنها ملحقه بها في ذلك، و قد عرفت اعتبار الدخول في الحره فيعتبر فيها.

و الظاهر إلحاق الأمه المحلله بالمملوكه في وقوع الظهار عليها مع الدخول بها، لإطلاق الأدله المزبوره الذى لا يقدر فيه اختصاص مورد سؤاله بغيرها، كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان ف مع الدخول يقع و لو كان الوطء دبرا لما عرفته غير مره من أنه لا خلاف في تحقق الدخول بالوطء دبرا في كل ما جعل عنوانا له من الأحكام، و لم نعرف مخالفا في ذلك إلا من المحدث البحرانى، فادعى انسياق الدخول في القبل من الأدله المزبوره، و قد تقدم البحث معه في ذلك.

و على كل حال فيقع الظهار مع تحقق شرطه صغيره كانت المظاهره أو كبيره مجنونه أو عاقله لأن الصغر و الجنون لا مدخليه لهما في أحكام الوضع إن لم يكونا لهما أهليه للترافع، كما أن حرمة الدخول بالصغيره لا تنافى تحقق شرطيه الظهار، و حينئذ لا إشكال في وقوع الظهار في الفرض.

و كذا يقع في الرتقاء المدخول بها في دبرها و المريضه التى لا توطأ في فرجها، و لكن دخل بها في دبرها، هذا و في المسالك «أنه يمكن بناء ذلك عليهما على القول بعدم اشتراط الدخول، بقريته ذكر المريضه التى لا توطأ الشامل لإطلاقه للقبل و الدبر في سائر الأوقات، و إن لم يدخل الرتقاء في هذا العموم غالبا النظر إلى الدبر، و مثله إطلاق المصنف الحكم بصحة ظهار الخصى و المجبوب للذين لا يمكنهما الوطء، فإنه لا يتم على القول باشتراط الدخول، فلا بد في إطلاق هذه الأحكام من تكلف».

قلت: قد عرفت إمكان إصلاحه في الخصى و المجبوب بإمكان عروض ذلك لهما

بعد الدخول، إنما الكلام فيما ذكره هنا، و قد تبعه عليه الفاضل فى القواعد، فقال:

«و على الاشتراط يقع مع الوطاء دبرا فى حال صغرها و جنونها، و يقع بالرتقاء و المريضه التى لا توطأ» و الظاهر إرادته ما ذكرناه فى تفسير المتن.

و الأصل فى التشويش عباره المبسوط، فإنها على ما قيل «و أما بعد الدخول بها فإنه يصح ظهارها صغيره كانت أو كبيره، عاقله أو مجنونه، بكرا أو ثيبا، مدخولا بها أو غير مدخول، يقدر على جماعها أو لم يقدر، لعموم الآيه».

و لعل مراده بعد الدخول بها دبرا، فىكون مراده حيثئذ نحو ما سمعته فى عباره المتن، و الثيبوبه و البكاره إنما هى بالنسبه إلى الفرج، و كذا الكلام فى القدره على جماعها و عدمها، هذا و لكن فى كشف اللثام «و لا يظهر لهذا الكلام معنى إلا أن يكون المراد: سواء كانت الثيبوبه للدخول بها، أو لغيره، أو يكون المراد بالدخول الخلو» انتهى.

[الأمر الرابع فى الاحكام]

[المسأله الاولى الظهار محرم لاتصافه بالمنكر و القول الزور]

الاولى: لا خلاف فى أن الظهار محرم، لاتصافه بالمنكر و الزور فى قوله تعالى (١):

«وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا» و هما معا محرمان مع تصريح الروايه (٢)الوارده فى سبب نزولها بكونه معصيه. و لكن قيل و إن لم نتحققه لأحد من أصحابنا لا عقاب فيه، لتعقيبه بالعفو فقال عز و جل بعد ذكره (٣):

«وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوءٌ غَفُورٌ» و هو يستلزم نفي العقاب.

و فيه أنه لا يلزم من وصفه تعالى بالعفو و الغفران فعليتهما بهذا النوع من المعصيه، و ذكره بعده لا يدل عليه، فإنه تعالى موصوف بذلك عفى عن هذا الذنب الخاص أو لم يعف، نعم تعقبه له لا يخلو من باعث على الرجاء و الطمع فى عفو الله تعالى، و نظائره فى القرآن كثيره، كقوله تعالى (٤)«لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَ لَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَ كَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا» و غيره. هذا كله بالنسبه إلى نفس الآيه الشريفه، و إلا فقد عرفت التصريح فى الروايه (٥)الوارده فى

١- ١ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٣- ٣ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٢.

٤- ٤ سورة الأحزاب: ٣٣- الآيه ٥.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١- من كتاب الظهار الحديث ٢.

سبب نزولها بكونه معصيه موجه للكفار، و إنما العفو كان لأول الفاعلين باعتبار جهله، و الله العالم، بحقيقه الحال.

[المسأله الثانيه لا تجب الكفار بالتلفظ عندنا]

المسأله الثانيه:

لا تجب الكفار بالتلفظ عندنا بل و عند غيرنا، بل الإجماع بقسميه عليه، لظاهر اعتبار العود فى الآيه (١) و غيرها، بل يمكن دعوى تواتر النصوص (٢) فى ذلك، خصوصا ما دل (٣) منها على عدم الكفار مع عدم المس و حينئذ فما عساه يظهر من بعضها (٤) من ترتب الكفار على حصوله يجب تنزيهه على ما فى

غيره من أنه إنما تجب بالعود الذى هو العنوان فى الآيه.

و المشهور أنه هو إرادته استباحه الوطاء بل قيل: إنه يظهر من التبيان و مجمع البيان و غيرهما الاتفاق عليه، ل

صحيح جميل (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «سأله عن الظهار متى يقع على صاحبه فيه الكفار؟ فقال: إذا أراد أن يواقع امرأته، قلت: فان طلقها قبل أن يواقعها أ عليها كفاره؟ قال:

سقطت الكفار عنه»

و صحيح الحلبي (٦) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها، قال: ليس عليه كفاره، قلت: فإن أراد أن يمسه، قال: لا يمسه حتى يكفر، قلت: فان فعل فعليه شىء، فقال: اى و الله إنه لآثم ظالم، قلت: عليه كفاره غير الاولى؟ قال: نعم»

و خبر أبى بصير (٧)

١-١ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٣.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب الظهار.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب الظهار.

٤-٤ الوسائل الباب- ١٣- من كتاب الظهار و الباب ١ منه الحديث ٢.

٥-٥ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب الظهار الحديث ٤.

٦-٦ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار الحديث ٤.

٧-٧ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار الحديث ٦.

«قلت: لأبى عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفارة على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن يواقع، قال: قلت: فان واقع قبل أن يكفر، قال: فقال: عليه كفارة أخرى».

بل و

خبر على بن مهزيار(١)قال: «كتب عبد الله بن محمد إلى أبى الحسن عليه السلام:

جعلت فداك إن بعض مواليك يزعم أن الرجل إذا تكلم بالظهار وجبت عليه الكفارة حنث أو لم يحنث، و يقول: حنثه كلامه بالظهار، و إنما جعلت عليه الكفارة عقوبه لكلامه، و بعضهم يزعم أن الكفارة لا تلزم حتى يحنث فى الشىء الذى حلف عليه، فان حنث وجبت عليه الكفارة، و إلا فلا كفارة عليه، فوقع عليه السلام بخطه: لا تجب الكفارة حتى يحنث»

بناء على أن المراد بالحنث فيه العود إلى ما حرمه على نفسه مما كان مباحا له، إلى غير ذلك من النصوص التى منها

المرسل(٢) أيضا «فى رجل ظاهر- إلى أن قال:- سقطت عنه الكفارة إذا طلق قبل أن يعاود المجامعه»

و غيره.

فما عن بعض العامة- من أن المراد به الوطء نفسه- واضح الفساد، ضروره مخالفته ما عرفت من الكتاب(٣) و السنه(٤) و الإجماع و ما فى بعض نصوصنا- من موافقته ك

خبر زراره(٥)«قلت لأبى جعفر عليه السلام: إنى ظهرت من أم ولدى ثم وقعت عليها ثم كفرت، فقال: هكذا يصنع الرجل الفقيه إذا وقع كفر»

و خبره الآخر(٦)«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل ظاهر ثم واقع قبل أن يكفر، فقال لى:

أو ليس هكذا يفعل الفقيه؟»

- محمول على التقيه، أو على الظهار المعلق على الوطء أو على الاستفهام الإنكارى فى الأول و زياده «أو» من النسخ فى الثانى، أو «و ليس» فىوافق الأول حينئذ فى الإنكار، أو على إرادته هكذا يصنع الفقيه منهم، أو غير ذلك.

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من كتاب الظهار الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب الظهار الحديث ٦.

٣- ٣ سوره المجادله: ٥٨- الآيه ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب الظهار.

٥-٥ الوسائل الباب-١٦- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٥-٦ الوسائل الباب-١٦- من كتاب الظهار الحديث ٥.

و على كل حال فلا ريب في فساد القول المزبور كباقي أقوالهم في المقام عدا ما وافق ما ذكرناه.

و كذا ما سمعته سابقا في خبر(١)سبب النزول- من أن المراد عود غير الفاعل الأول إلى الظهار بعد أن نزلت آيته- لم أجد به قائلا- منا، نعم عن أبي علي و المرتضى منا المراد بالعود إمساكها على النكاح زمانا و إن قل، كما عن بعض العامه، لأن صيغه الظهار تقتضى التحريم الذى لا يكون إلا بالبينونه، فإذا لم بينها فقد عاد عن التحريم، كما يقال: قال فلان: قولا ثم عاد فيه و عاد له أى خالفه و نقضه يقرب من قولهم عاد فلان فى هبته، و هو أيضا واضح الضعف، لا لاقتضاء «ثم» التراخى الذى هو وارد على المختار لو فرض أنه أراد استباحه الوطء عقيب الظهار بلا- فصل، و إن أمكن الجواب عنه بجريانه على الغالب الذى هو عدم إرادته المظاهر خلاف ظهاره متصلا به،

بل إنما يكون بعد ذلك بمدّه، بل هو للنصوص (٢)التي يمكن دعوى تواترها بخلافه، خصوصا ما دل (٣)منها على عدم الكفاره بعدم المس المعتضده مع ذلك بالأصل و غيره مما عرفت، هذا.

و لكن الأقرب أنه لا استقرار لها فلو فارقها بعد إرادته الوطء لم يكن عليه كفاره بل معنى الوجوب تحريم الوطء حتى يكفر كما عن المشهور، لا أنه يخاطب بالكفاره بمجرد الإراده المزبوره و إن عدل عنها و طلق مثلا الذى هو مناف لظاهر النصوص (٤)التي منها ما دل (٥)على أنه لا يمسه حتى يكفر و على سقوط الكفاره إذا فارقها قبل المس، بل و ظاهر الآية(٦)الموجب للتحريم قبل المس، و القبليه تستدعى وجود المتضائفين.

١-١ الوسائل الباب-١- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب-١٠- من كتاب الظهار.

٣-٣ الوسائل الباب-١٠- من كتاب الظهار.

٤-٤ الوسائل الباب-١٠- من كتاب الظهار.

٥-٥ الوسائل الباب-١٠- من كتاب الظهار الحديث ٨.

٦-٦ سورة المجادله: ٥٨- الآية ٣.

فما عن العلامه فى التحرير- من القول بالاستقرار بإرادته الوطء التى هى العود المعلق عليه وجوب الكفاره و إن رجع عنها، و لأنها وجبت عند الإراده فيستصحب، و لأنها إن لم تستقر بذلك لم تكن واجبه حقيقه، بل إنما كانت شرطاً لإباحه الوطء- واضح الفساد، لأنه كالاتجاه فى مقابله النص.

لكن فى كشف اللثام «و الجواب أن الوجوب خلاف الأصل، و إنما علم من النصوص الوجوب بمعنى

توقف المس عليه و إن لم يكن ذلك وجوباً حقيقه».

و قد تبع بذلك ما فى المسالك حيث قال: «فان قيل: يلزم من هذا عدم وجوبها، لأن الواجب هو الذى لا يجوز تركه لا إلى بدل، و هذه الكفاره قبل المسيس يجوز تركها مطلقاً حيث يعزم على عدم المسيس إما مطلقاً أو مع فعل ما يرفع الزوجيه، و يترتب على ذلك أنه لو أخرجها قبل المسيس لا يجزى، لأنها لم تجب، و لأن نيه الوجوب لها غير مطابقه، و هذا المعنى الذى أطلقتموه عليه غير الوجوب المتعارف، بل هو بالشرط أشبه، قلنا: الأمر كما ذكرت، و إطلاق الوجوب عليها بهذا المعنى مجازى، و قد نبهوا عليه بقولهم بمعنى تحريم الوطء حتى يكفر، فهى حينئذ شرط فى جواز الوطء، و إطلاق الواجب على الشرط من حيث إنه لا- بد منه فى صحه المشروط مستعمل كثيراً، و منه وجوب الوضوء للصلاه المندوبه، و وجوب الترتيب فى الأولين، بمعنى الشرطيه فيهما، و أما نيه الوجوب بالكفاره فجاز إطلاقها بهذا المعنى، لأن نيه كل شىء بحسبه، و لو لم نعتبر نيه الوجه كما حققناه فى أبواب العبادات لعدم الدليل الناهض عليه تخلصنا عن الاشكال» و قد تبعه غير واحد ممن تأخر عنه على ذلك.

لكنه كما ترى، ضروره أن الوجوب الشرطى لا يكفى فى ملاحظه الامتثال المتوقف عليه صحه العباده التى لا تقع من دون أمر شرعى، و ما أدرى ما الذى دعاهم إلى ذلك؟ إذ لا منافاه بين الوجوب الشرعى و الشرطى، و الفرض ظهور الكتاب (١)

و السنه (١) فيهما معا، نعم إنما ذلك مع الإراده المتعقبه لاستباحه الوطاء و يحصل ذلك باستمرارها إلى تمام التكفير و إن لم يطاءً، أما مع فرض الطلاق أو الرجوع عن الإراده المزبوره أو غير ذلك فلا وجوب و لو فى أثناء الكفاره، و هذا هو المراد من عدم استقرار الوجوب فى مقابل القائل باستقراره و إن رجع عن تلك الإراده، بل قد يقال: إن الظهار هو السبب الموجب لها، و لكن بشرط العود الذى هو الإراده المزبوره، فمع فرض انتفاء استمرارها يرتفع الشرط، فيرتفع المشروط، بل هذا هو معنى قوله تعالى (٢) «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبِهِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا».

و كيف كان ف لو وطاءً قبل الكفاره لزمه كفارتان بلا خلاف معتمد به أجده فيه، بل عن الخلاف و الانتصار و السرائر و الغنيه و ظاهر التبيان و المبسوط الإجماع عليه، و لعل وجه حصول سبب الكفاره أولا بالظهار و العود الذى قد عرفته، و الوطاء سبب ثان لها باعتبار حصول الحث به بالظهار الذى هو كاليمين و النذر بالنسبه إلى ذلك.

مضافا إلى صحيح الحلبي (٣) و خبر أبى بصير (٤) المتقدمين سابقا، و

حسن الصيقل (٥) عن الصادق عليه السلام «قلت له: رجل ظاهر من امرأته فلم يكفر، قال: عليه الكفاره من قبل أن يتماسا، قلت: فإنه أتاها قبل أن يكفر، قال:

بئسما صنع، قلت: عليه شىء؟ قال: أساء و ظلم، قلت: فيلزمه شىء؟ قال: رقبه أيضا».

بل لم نجد فى ذلك خلافا إلا من أبى على فى خصوص من كان تكفيره بالإطعام،

١-١ الوسائل الباب - ١٠- من كتاب الظهار.

٢-٢ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٣.

٣-٣ الوسائل الباب - ١٥- من كتاب الظهار الحديث ٤.

٤-٤ الوسائل الباب - ١٥- من كتاب الظهار الحديث ٦.

٥-٥ الوسائل الباب - ١٥- من كتاب الظهار الحديث ٥ « فلم يف » بدل « فلم يكفر » كما فى الاستبصار ج ٣ ص ٢٦٢ و ٢٦٥ و

التهذيب ج ٨ ص ١٤ و ١٨.

فلم يوجب تقدمه على المس ولا تكريره به، كما هو ظاهر عبارته المحكيه عنه و إن كانت لا تخلو من سماجه، و من هنا حكى بعضهم عنه عدم وجوب التعدد بالوطء الأول مطلقا، و لكن ما ذكرناه هو مقتضى التدبر فيها محتجا بإطلاق الآيه فيه، بخلاف العتق و الصيام.

و استدل له فى المسالك بخبرى (١) زراراه السابقين المشتملين على التكفير بعد المواقعه، و قد عرفت الحال فيهما، و ب

حسن الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام «سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات، قال: يكفر ثلاث مرات، قلت: فان واقع قبل أن يكفر قال: يستغفر الله و يمسك حتى يكفر»

و خبر زراراه (٣) عن أبى جعفر عليه السلام «إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثم يمسه قبل أن يكفر فإنما عليه كفاره واحده، و يكف عنها حتى يكفر»

و ما تقدم من خبر سلمه بن صخر (٤) و أمر النبي صلى الله عليه و آله له بكفاره واحده، مع أنه واقع بعد الظهر قبل التكفير،

و المرسل (٥) عن النبي صلى الله عليه و آله «فى المظاهر يواقع قبل أن يكفر، قال: كفاره واحده».

و من هنا قال فيها: «و يمكن على هذا حمل الأخبار (٦) الوارده بتعدد الكفاره على الاستحباب جمعا بين الأخبار، و مع أن فى تينك الروايتين رائحه الاستحباب، لأنه عليه السلام لم يصرح بأن عليه كفاره أخرى إلا بعد مراجعات و عدول عن الجواب، كما لا يخفى - إلى أن قال:- قول ابن الجنيد لا يخلو من

١- ١ الوسائل الباب- ١٦- من كتاب الظهر الحديث ٢ و ٥.

٢- ٢ ذكر صدره فى الوسائل فى الباب- ١٣- من كتاب الظهر الحديث ٢ و ذيله فى الباب- ١٥- منه الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهر الحديث ٩.

٤- ٤ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٨٦.

٥- ٥ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٨٦.

٦- ٦ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهر.

قوه، وفيه جمع بين الأخبار» و تبعه على ذلك في الجملة في كشف اللثام، فإنه بعد أن حكى قول ابن الجنييد قال: «و يؤيده أن أكثر الأخبار إنما أوجب عليه رقبه ثانيه» ثم ذكر بعض النصوص التي سمعتها.

لكن لا يخفى عليك أن هذا من الاعوجاج في الفقه، نسأل الله تعالى العافيه منه، ضروره أن

هذا القول الشاذ- الذي يمكن القطع بفساده و لو بملاحظه استقرار الكلمه على خلافه في الأعصار المتعاقبه- فيه أن من المعلوم كون ترك التقييد في الإطعام لكونه بدلا عنهما، فما القيد فيهما إلا قيد فيه، و كذا من المعلوم مرجوحه النصوص المزبوره بالنسبه إلى تلك النصوص من وجوه يكفى أحدها في عدم المكافئه التي تحتاج إلى الجمع المزبور الذي هو مع ذلك بلا شاهد.

بل قد عرفت الاحتمالات في خبري زراره(١) كما أن غيرهما من النصوص لا صراحه فيه، بل و لا ظهور بخصوص المحكى عن ابن الجنييد الذي هو موافق للأصحاب في خصوص العتق و الصيام، بل ما فيه من الأمر بالاستغفار و الكف(٢) و نحوهما مما ينافي قول ابن الجنييد الذي مبناه عدم وجوب تقديم الإطعام على المس و عدم تكرره بتكرره، فهي حينئذ من قسم المأول الخارج عن الحجية.

مع أنه ليس بأولى من حملها على صوره الجهل و النسيان المصرح بها في المسالك و كشف اللثام و غيرهما و المحكى عن الشيخ اللذين أولهما مبنى أمر النبي صلى الله عليه و آله سلمه بن صخر(٣) بالكفاره الواحده و كذا الرجل من بني النجار(٤) بل لعل ذلك أولى، لشهاده

قول الباقر عليه السلام في صحيح ابن مسلم (٥) له بخلاف الأول، قال: «الظهار لا يكون إلا على الحنث، فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتى

يكفر، فإن جهل و فعل فإنما عليه كفاره واحده»

المؤيد

١- ١ الوسائل الباب- ١٦- من كتاب الظهار الحديث ٢ و ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار الحديث ٢ و ٣.

٣- ٣ سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٨٦.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار الحديث ٧.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار الحديث ٨.

بخبر (١) رفع الخطأ و النسيان و غيره، مضافا إلى ظهور النصوص (٢) الموجبه في العامد و من ذلك يتجه إلحاق الناسى بالجاهل المصرح به في الصحيح المزبور (٣).

و كيف كان ف لو كرر الوطاء تكررت الكفاره وفاقا للمشهور، بل لا خلاف معتد به أجده فيه، لصدق الوطاء قبل التكفير على كل منها، و قد عرفت ظهور الأدله في كونه سببا للتكفير، و الأصل عدم التداخل، مضافا إلى

خبر أبى بصير (٤) عن الصادق عليه السلام «إذا وقع المره الثانيه قبل أن يكفر فعليه كفاره أخرى»

و ليس في هذا اختلاف.

فما عن ابن حمزه- من أنه إن كفر عن الوطاء الأول لزمه التكفير عن الثانى و إلا فلا، لأن الأخبار الموجبه لكفاره اخرى للوطء تشمل الوطاء الواحد و المتعدد، و الأصل البراءه من التكرير، فإذا وطأ مرات قبل التكفير لم يكن عليه سوى كفاره أخرى، و أما إذا كفر عن الأول فإذا وطأ ثانيا صدق عليه أنه وطأ قبل

التكفير، فلزمه كفاره أخرى، و حسن أبى بصير ليس نصا في إيجاب التكرار مطلقا، و في كشف اللثام «و هو قوى»- لا ريب في ضعفه، إذ هو كالاتجاه في مقابله النص أو في حكم النص.

نعم الظاهر أنه لا كفاره عليه فيما لو فرض حصول وطئه ثانيا بعد تكفيره عن السبب الأول، لعدم صدق الوطاء قبل التكفير حينئذ، بناء على أن المراد به التكفير عن الظهار الذى هو قبل المس.

و لعله لذا جزم به في القواعد و شرحها للاصبهانى، نعم قالوا: «لو وطأ ثانيا بعد أن أدى كفاره واحده ناويا بها عن الوطاء الأول بعينه أو عن أحدهما، أى الوطاء الأول و الظهار لا على التعيين على إشكال في الثانى وجبت بالوطء الثانى

١-١ الوسائل الباب-٥٦- من أبواب جهاد النفس من كتاب الجهاد.

٢-٢ الوسائل الباب-١٥- من كتاب الظهار الحديث ١ و ٤ و ٦.

٣-٣ الوسائل الباب-١٥- من كتاب الظهار الحديث ٨.

٤-٤ الوسائل الباب-١٥- من كتاب الظهار الحديث ١.

كفاره ثالثه» لصدق الوطء قبل التكفير عن الظهار الذى قد عرفت ظهور الأدله فى كونه سببا للكفاره حتى فى الصوره الثانيه، بناء على صحتها و انصرافها إلى التوزيع بينهما، لعدم حصول تمام كفاره الظهار حينئذ، فيكون كما لو وطأ فى أثناء كفارته فى أنه يصدق عليه أنه وطأ قبل أن يكفر.

اللهم إلا أن يقال: إن المتيقن منه قبل الشروع فى الكفاره، لكنه كما ترى، ضروره كون الكفاره اسما للمجموع، نعم لو قيل فى الفرض إنه تقع الكفاره لواحد منهما لا بعينه أمكن القول حينئذ بعدم الحكم بصدق الوطء قبل التكفير، و الأصل براءه الذمه، فتأمل جيدا.

[المسأله الثالثه إذا طلقها رجعيًا ثم راجعها لم تحل له حتى يكفر]

المسأله الثالثه:

إذا طلقها رجعيًا ثم راجعها لم تحل له حتى يكفر بلا خلاف أجده فيه، لأنها حينئذ بحكم الزوجه، نعم ليس مجرد رجوعه بها موجبا للكفاره بل هى على حالها السابق الذى قد عرفت اعتبار العود بالظهار فى وجوب الكفاره فيه، و الرجوع بها أعم من العود الذى قد عرفته، و

مرسل النيميرى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «رجل ظاهر ثم طلق، قال: سقطت عنه الكفاره إذا طلق قبل أن يعاود المجامعه، قيل: فإنه راجعها، قال: إن كان إنما طلقها لإسقاط الكفاره عنه ثم راجعها فالكفاره لازمه له أبدا إذا عاود المجامعه، و إن كان طلقها و هو لا ينوى شيئا من ذلك فلا بأس أن يراجع، و لا كفاره عليه»

مع سقوطه عن الحجيه قاصر عن المعارضه من وجوه، و لذا لم أجد عاملا به.

و لو خرجت من العده ثم تزوجها و وطأها فلا- كفاره فضلا عما قبل الوطء وفاقا للمشهور، للأصل السالم عن معارضه الأدله السابقه بعد ظهورها فى أن الموجب لها العود و الوطء بالسبب الأول الذى وقع الظهار عليه لا مطلقا حتى

لو استباحها بسبب جديد، كما صرح بذلك كله في

خبر يزيد بن معاوية (١) على ما عن الفقيه و يزيد الكناسى على ما عن غيره المنجبر بما عرفت إن كان فى سنده شىء، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها تطليقه، فقال: إذا طلقها هو تطليقه فقد بطل الظهار، و هدم الطلاق الظهار، فقلت له:

فله أن يراجعها؟ قال: نعم هى امرأته، فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسا، قلت: فان تركها حتى يحل أجلها و تملك نفسها ثم تزوجها بعد ذلك هل يلزمه الظهار من قبل أن يمسها؟ قال: لا، قد بانت منه و ملكت نفسها» مؤيدا بالنصوص (٢) المستفيضة الداله على سقوط الكفاره عنه بالطلاق.

و من ذلك يعلم الوجه فيما ذكره المصنف و غيره بقوله و كذا لو طلقها بائنا و تزوجها فى العده و وطأها ضروره أنها بالطلاق البائن قد ملكت نفسها و انقطع حكم السبب الأول الذى وقع عليه الظهار، و إنما استحل نكاحها بعقد جديد، خلافا لسار و أبى الصلاح فأوجبا حكم الظهار، و لو بالتزويج بعد عده البائنه لإطلاق الآيه (٣) الذى هو مع الإغضاء عن تقييده

بما سمعت منساق إلى العود بذلك السبب لا مطلقا، و ل

حسن على بن جعفر (٤) عن أخيه عليه السلام سأله «عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلك بشهر أو شهرين فتزوجت، ثم طلقها الذى تزوجها فراجعها الأول، هل عليه فيها الكفاره للظهار الأول؟ قال: نعم عتق رقبه أو صوم أو صدقه»

القاصر عن معارضه ما سمعت بمخالفه الشهره و موافقه العامه و غير ذلك، فلا بأس بحمله على الندب.

١- ١ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب الظهار الحديث ٢ عن يزيد بن معاوية كما فى الفقيه ج ٣ ص ٣٤٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب الظهار.

٣- ٣ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب الظهار الحديث ٩.

و أما المناقشه فى متنه - باحتمال فساده، لأنه عقب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين، فيكون قد وقع فى العده، بل عقب التزويج فيه بالفاء المقتضيه للفوريه المستلزمه لعدم الخروج من العده، بل قوله أخيرا «فراجعها الأول» و لم يقل «تزوجها» مشعر بذلك أيضا- فلا يخفى عليك ما فيها، بل أطنب فى المسالك فى ردها، و لكن لا حاجه إليه بعد ما عرفت.

و كذا لا- كفاره قطعاً لو ماتا أو مات أحدهما قبل العود بلا خلاف و لا إشكال أو ارتدا أو أحدهما عن فطره أو عن مله قبل الدخول أو بعده إذا كان المرتد الرجل عن فطره، حتى لو قلنا بقبول توبته على وجه يصح له تزويجه بامرأته، لكن هو حينئذ كالمطلق بائناً بل أعظم، و لو كان عن مله أو كانت المرتده

الامرأه فهو بحكم الطلاق الرجعى، ضروره الرجوع إلى الزوجه بالإسلام فى العده كما هو واضح، و يمكن كون إطلاق المصنف اتكالاً على وضوحه، و للفرق بين الطلاق الرجعى و بينه بجعله سبباً جديداً دون الطلاق، و الله العالم.

[المسألة الرابعة لو ظاهر من زوجته الأمة ثم ابتاعها فقد بطل العقد]

المسألة الرابعة:

لو ظاهر من زوجته الأمة ثم ابتاعها فقد بطل العقد كما عرفت في محله، و يتبعه بطلان حكم الظهار لما سمعته. و حينئذ لو وطأها بالملك الجديد لم يجب عليه الكفاره، للأصل و غيره مما عرفت، بل هو أقوى من تزويجها بعد طلاقها بائناً، لاختلاف جنس السبب فيه دونه. و لو ابتاعها من مولاها غير الزوج ففسخ نكاحه سقط حكم الظهار الذي كان قد تعلق به.

و حينئذ ف لو تزوجها الزوج بعقد مستأنف لم تجب الكفاره و كذا لو اشتراها منه.

و لو ظاهر السيد أمتة المملوكه - بناء عليه - فباعها من غيره بطل حكم الظهار و إن اشتراها منه بعد ذلك، و أولى منه ما لو أعتقها ثم تزوجها.

و لو ظاهر غير زوجته الأمة المظاهره أيضا و عاد ثم قال لمالكها: «أعتقها عن ظهاري» ففعل وقع عتقها عن كفارتها و انفسخ النكاح بينهما، لأن إعتاقها عنه يتضمن تمليكها، و إذا ملك زوجها انفسخ نكاحه، و يتبعه بطلان ظهاره لها، فإذا أراد تزويجها لم يتعلق به حكم الظهار، لما عرفت، و كذا لو أعتقها باستدعائه عن كفاره أخرى. و لو ظاهر عن أمتة المملوكه و عاد فأعتقها عن ظهاره جاز.

و كذا لو آلى عن زوجته الأمة و وطأها لزمته الكفاره، فقال لسيدها(١):

«أعتقها عن كفارتى» ففعل جاز و انفسخ النكاح كالظهار، و لو ظاهر من زوجته الذميه و عاد ثم نقضت المرأه العهد فاسترقت فملكها الزوج فأسلمت و أعتقها عن كفاره ظهاره أو غيرها جاز، و ذلك و غيره كله واضح بحمد الله تعالى.

١- ١ فى النسخه الأصلية المبيضة و المسوده « فقال سيدها» و الصحيح ما أثبتناه.

[المسألة الخامسة إذا قال أنت كظهر أمي إن شاء زيد فقال شئت وقع على القول بدخول الشرط في الظهار]

المسألة الخامسة:

إذا قال: «أنت كظهر أمي إن شاء زيد» فقال: «شئت» وقع على القول بدخول الشرط في الظهار والإشكال بعدم العلم بمشيئته فإن قوله أعم من ذلك هين بعد معلوميه إرادته المشيئة التي طريقها قوله، و لو لأنها شىء لا يعلم إلا من قبله، و كذا لو علقها على مشيئتها أو مشيئته غيرها أو المركب أو غير ذلك من وجوه التعليق، نعم لو قال المعلق على مشيئته:

«شئت إن شاء زيد» مثلاً لم يقع، لعدم قبول المشيئة التعليق.

و لو علقه على مشيئته صبي غير مميز لم يعقل مشيئته للظهار المتوقف على تعقله، أما المميز ففي المسالك «وجهان: من سلب عبارته شرعاً، و إمكان مشيئته عقلاً، و قبول خبره في نطائر ذلك» و فيه أنه لا إشكال فيه بعد فرض تحقق مشيئته، لعدم مدخليه عبارته هنا في صحه الظهار حتى يقال: إنها مسلوبه، بل لو علقها على مشيئته المجنون و كان يمكن تحقق ذلك منه صحح و إن جزم هو بعدمه كغير المميز.

و لو علقه على مشيئتها فشئت باللفظ كارهه بالقلب وقع ظاهراً و فى وقوعه باطناً بالنسبة إليها وجهان: من أنه تعليق بلفظ المشيئة، و لو كان بالباطن لكان إذا علق بمشيئته زيد لم يصدق زيد فى حقها، من ظهور عدم الشرط و هو المشيئة عندها، و لا يخلو من نظر.

و لو قال: «إن شئت أو أبيت» فقضيه اللفظ وقوعه بأحد الأمرين، نحو «إن قمت أو قعدت» اللهم إلا أن يظهر منه إرادته التنجيز.

و لو قال: إنشاء الله وقع إن قصد التبرك، و إلا لم يقع ظهار عندنا، لأنه لم يشأ المحرم، بل و عند الأشاعره، للجهل بالشرط و إن جوزوا مشيئته له، و لو عكس فقال: «إن لم يشأ الله تعالى» وقع إن كان عدلياً، للعلم بعدم مشيئته له،

و إن كان أشعريا ففي المسالك وجهان، أجودهما الوقوع مطلقا.

قلت: قد تقدم جملة من الكلام في ذلك سابقا، و لكن نقول هنا: إن كلامهم مبنى على إرادته الاختيار من المشيئة، و لذا كان محالا- تعلقها عندنا و عند المعتزلة بإيجاد القبيح بخلاف الأشاعره، و على أنه لا- يمكن أن يقع خلاف مشيئة الله، كما عن الأشاعره على ما حكاه عنهم في الإيضاح قال: «و جوزه المعتزلة و الإماميه» قلت: و مقتضاه حينئذ أن المشيئة أمر آخر، و بالجملة هذه المسألة كلاميه و إن ذكرها الفقهاء على المتعارف منها.

[المسألة السادسة لو ظاهر من أربع بلفظ واحد كان عليه عن كل واحده كفاره]

المسألة السادسة:

لو ظاهر من أربع بلفظ واحد لا- بأربع ألفاظ فإنه لا خلاف حينئذ في تعدد الكفاره، و لكن قال: «أنتن على كظهر أمي» كان مظاهرا منهن بلا خلاف أجده، بل في المسالك و كشف اللثام الإجماع عليه، فان فارقهن بما يرفع الكفاره من طلاق و نحوه فلا إشكال، و إن عاد إليهن أجمع فالمشهور أن عليه عن كل واحده كفاره بل عن الخلاف الإجماع عليه، لصدق الظهار عن كل واحده مع العود إليها و إن اتحدت الصيغه، و ل

حسن حفص بن البختري (١) عن الصادق و الكاظم عليهما السلام «في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن كلهن جميعا بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفارات»

و خبر صفوان (٢) قال: «سأل الحسين بن مهران أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل ظاهر من أربع نسوه، فقال: يكفر لكل واحده كفاره، و سألته عن رجل ظاهر من امرأته و جاريتها ما عليه؟ قال: عليه لكل واحده كفاره».

خلافاً لأبي علي، فكفاره واحده، لاتحاد الصيغه كاليمين، و ل

خبر غياث بن إبراهيم (٣) عن الصادق عن أبيه عن علي عليهم السلام «في رجل ظاهر من أربع نسوه،

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من كتاب الظهار الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٤- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٤- من كتاب الظهار الحديث ٣.

قال: عليه كفاره واحده».

و فيه منع التلازم بين اتحاد الصيغه و تعدد الظهار الذى هو الأثر الحاصل منها لا نفسها، كما حققناه فى محله، و بذلك ظهر الفرق بينه و بين اليمين الذى لا إشكال فى أنه اسم للعباره المخصوصه اتحد متعلقها أو تعدد، و لا ينافى ذلك حكمهم باتحاد البيع الواقع على أعيان متعدده، و لذا لو ظهر عيب فى بعضها كان له فسخ العقد من أصله أو أرش المعيب، و ليس له رد المعيب نفسه خاصه، لإمكان الفرق بينهما بصحة بيع المجموع من حيث هو كذلك على وجه يكون كل واحد من الأعيان جزء المبيع، بخلاف المقام الذى لا يصح فيه ظهار المجموع كطلاقه، و من هنا اتضح لك كون الظهار بالطلاق أشبه منه باليمين، و أما

الخبر المزبور فهو فاقد شرائط الحجية، فلا يصلح معارضا للحسن الأول المعتضد بها، و لو عاد إلى بعضهن دون بعض فعلى المختار تجب الكفاره بعدد من حصل فيها العود، و على القول الآخر تجب الواحده و لو بالعود إلى الواحده مع احتمال العدم أصلا، كما لو حلف أن لا يكلم جماعه بناء على أنه لا يلزمه الكفاره بتكليم بعضهم.

و لو ظاهر من واحد مرارا و عاد لما قال بعد كل ظهار أو لم يعد بعد كل ظهار بل عاد بعد الأخير وجبت عليه بكل مره كفاره وفاقا للأكثر، لظهور الأدله فى سببيه كل منها، و الأصل تعدد المسبب بتعدد السبب، سواء فرق الظهار عن الآخر بأن حصل التراخى بينهما أو وقع فى مجلس غير مجلس الأول أو تابعه و إن حكى عن المبسوط نفي الخلاف عن التعدد فى صورته التفريق، و سواء اتحد المشبه به أو تعدد، و سواء تخلل التكفير أو الوطاء أو لا، بل سواء قصد التأكيد بالثانى و الثالث مثلا أو لا و إن حكى عن الشيخ فى المبسوط أنه نفي الخلاف عن الواحده إذا نوى التأكيد، بل ظاهر الفخر فى الإيضاح أن محل الخلاف فى غير صورته التأكيد، و يقرب منه ما فى كشف اللثام، و لكن لم نتحققه، بل لعل مقتضى إطلاق المتن و القواعد و النافع و محكى الجامع و ابن أبى عقيل و ابن زهره و ابن إدريس

عدم الفرق، و لعله لذا صرح فى محكى المختلف بعدم الفرق.

و دعوى صدق اتحاد الظهر مع نيه التأكيد لا تعدده ممنوعه، ضروره أن المؤكد غير المؤكد، و إطلاق أدله الظهر تقتضى ترتب الكفاره على مسماه مع العود، و هو متحقق فى المقصود به التأكيد، مضافا إلى إطلاق

صحيح ابن مسلم (١) عن الباقر عليه السلام «سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر ما عليه؟ قال:

عليه مكان كل مره كفاره»

و صحيحه الآخر (٢) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر، فقال: قال على عليه السلام: مكان كل مره كفاره»

الحديث.

و صحيح الحلبي (٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات، قال: يكفر ثلاث مرات»

و خبر جميل (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام «فيمن ظاهر من امرأته خمس عشره مره، قال: عليه خمس عشر كفاره».

فما عن المبسوط:- من أنه «إن والى و نوى التأكيد أو أطلق لم يلزمه أكثر من كفاره، و إن نوى الاستئناف أو فرق تعددت، تخلل التكفير أو لا» و نحوه عن الوسيله صريحا و الخلاف مفهوما فإنه حكم بالتعدد إذا نوى الاستئناف لكن لم يفرق فيه بين التوالى و

التفريق، و لعله إليه أشار المصنف بقوله و من فقهائنا من فصل واضح الضعف لما عرفت خصوصا فى صورته الإطلاق، و إن استدل له- مضافا إلى ما سمعت- بالأصل المقطوع بما عرفت، و

خبر عبد الرحمن ابن الحجاج (٥) عن الصادق عليه السلام «فى رجل ظاهر من امرأته أربع مرات، فى مجلس واحد، قال: عليه كفاره واحده»

القاصر عن معارضه ما عرفت من وجوه، فلا بأس بطرحه أو حملة كما عن الشيخ على الاتحاد فى الجنس و إن بعد أو على إرادته الظهر أربعا بلفظ واحد أو غير ذلك.

هذا و فى المسالك «أنه يظهر من قول المصنف: «و من فقهائنا» إلى آخره

١- ١ الوسائل الباب- ١٣- من كتاب الظهر الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٣- من كتاب الظهر الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-١٣- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٤-٤ الوسائل الباب-١٣- من كتاب الظهار الحديث ٣.

٥-٥ الوسائل الباب-١٣- من كتاب الظهار الحديث ٦.

أن منهم من فرق بين ما لو تابع و فرق، فحكم بالتعدد فى الثانى دون الأول، و فى روايه ابن الحجاج ما يرشد إليه، لأنه حكم بالاتحاد مع اتحاد المجلس، و تلك الأخبار الداله على التعدد مطلقه، فتحمل على اختلاف المجلس جمعا بين الأخبار، و هذا قول موجه بالنسبه إلى دلالة الأخبار، و طريق الجمع بينها، إلا أنا لم نقف على القائل به من أصحابنا، نعم نقله الشيخ فى المبسوط عن بعضهم، و مقتضى طريقته أنه من العامه لا من أصحابنا.

و فيه أنه مع قطع النظر عن ذلك قاصر عن تقييد تلك المطلقات المعتضده بالعمل و بقاعده تعدد المسبب بتعدد السبب، و (دعوى) عدم تعدد السبب الذى هو الظهار و العود الذى قد تقدم كون المراد منه الإراده المتعقبه للوطء، و هو غير متكرر و إن تكرر الظهار، سواء تخلل العود بين الظهارات أو وقع آخرها، لأن المتخلل بعد فرض الرجوع عنه بالظهار المتعقب له لم يكن تتمه السبب، بناء على المختار من كون العود إراداه الوطاء مستمره إلى تمام التكفير حتى تحصل استباحه الوطاء، و أما الأخير فليس هو إلا- عود واحد (يدفعها) أن إراداه الوطاء المتأخره مع انضمامها إلى كل واحد من الظهارات المتكرره تصير سببا تاما فى الوجوب، فيتعدد كما اعترف به فى التنقيح.

و أضعف منه ما عن أبى على من أنه إن اختلف المشبه به تعددت الكفاره، كأن قال: «أنت على كظهر أمى أنت على كظهر أختى» لأنهما حرمتان انتهكهما، و إن اتحد اتحدت ما لم يتخلل التكفير، إذ هو مع منافاته لظاهر الأدله لا شاهد له.

و كيف كان ف لو وطأها قبل التكفير عن الجميع كفر عن البعض أولا و جب عليه عن كل وطاء كفاره واحده لا أزيد، للأصل و غيره، و عن كل مره بقيت اخرى كما هو واضح.

[المسألة السابعة إذا أطلق الظهار حرم عليه الوطء حتى يكفر]

المسألة السابعة:

إذا أطلق الظهار حرم عليه الوطء حتى يكفر بلا خلاف معتد به و لا إشكال، لما سمعته من الكتاب (١) و السنة (٢) و الإجماع و لو علقه بشرط كما لو قال مثلا: «أنت على كظهر أمي إن دخلت الدار أو كلمت زيدا» جاز الوطء ما لم يحصل الشرط لعدم تحقق الظهار المشروط به، فان دخلت أو كلمت زيدا وقع بعد الدخول و التكلم، سواء طال الزمان أو قصر. و حينئذ ف لو وطأ قبله لم يكفر للأصل و غيره و لو كان الوطء هو الشرط بأن قال: «أنت على كظهر أمي إن وطأتك» ثبت الظهار بعد فعله كغيره من الشرائط و لا تستقر الكفاره حتى يعود إلى إرادته و طئها ثانيا على الوجه الذي قدمناه سابقا.

و قيل كما عن الصدوق و الشيخ في الفقيه و المقنع و الهدايه و النهايه:

تجب الكفاره بنفس الوطء (١١) و إن كان ابتداءه جائزا، لأن الاستمرار و طء ثان، و إنما المباح مسماه، فيجب حينئذ بما زاد على مسماه بالترغ أو غيره، و هو بعيد (١٢) ضروره أن الوطء أمر واحد عرفا من ابتدائه إلى الترغ، و الإطلاق محمول على العرف، و المشروط إنما يقع بعد وقوع الشرط لا قبله، و استدماه الإفعال ليس أفعالا مستقلة كاستمرار القيام و الجلوس مثلا، نعم لو نزع كاملا ثم عاد وجبت الكفاره و إن كان في حاله واحده، لصدق تعدد الوطء حينئذ، كما هو واضح.

بل في كشف اللثام «و عندي أن شيئا من عبارات تلك الكتب ليس نضا في ذلك، ففي الفقيه: و الظهار على وجهين: أحدهما أن يقول الرجل لامرأته: هي

١- ١ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب - ١٥- من كتاب الظهار.

كظهر امه و يسكت، فعليه الكفار من قبل أن يجامع، فان جامع من قبل أن يكفر لزمته كفاره أخرى، و إن قال: هي عليه كظهر امه إن فعل كذا و كذا فليس عليه شىء حتى يفعل ذلك الشىء و يجامع، فتلزمه الكفار إذا فعل ما حلف عليه، و نحوه ما فى المقنع و الهدايه و فى النهايه: ثم إنه ينقسم قسمين: قسم منه يجب فيه الكفار قبل المواقعه، و الثانى لا تجب فيه الكفار إلا بعد المواقعه، فالقسم الأول هو أنه إذا تلفظ بالظهار على ما قدمناه، و لا يعلقه على شرط، فإنه تجب عليه الكفار قبل مواقعتها، فان واقعها قبل أن يكفر كان عليه كفاره أخرى، و الضرب الثانى لا- تجب فيه الكفار إلا بعد أن يفعل ما شرط أنه لا يفعله أو يواقعها، فمتى واقعها كانت عليه كفاره واحده، فان كفر قبل أن يواقع ثم واقع لم يجزه ذلك عن الكفار الواجب بعد المواقعه، و كان عليه إعادتها، و متى فعل ما ذكر أنه لا يفعله وجبت عليه الكفار أيضا قبل المواقعه، فإن واقعها بعد ذلك كان عليه كفاره أخرى- قال:- و الظاهر أن معنى هذه العبارات أن عليه الكفار بعد المواقعه إذا عاد لما قاله، فارتفع الخلاف من البين». قلت: و على تقديره فلا ريب فى ضعفه.

و لو علقه بنفى فعل كقوله: «إن لم تدخلى الدار» لم يقع إلا- عند اليأس من الدخول بموت أحدهما قبله، فيحكم بوقوعه قبل الموت، و نحوه لو قال: «أنت على كظهر أمى إن لم أتزوج عليك» فإنه يصير مظاهرا عند اليأس بالموت، و لكن لا كفاره عليه، لعدم العود بعده، لأن الموت عقيب صيرورته مظاهرا.

نعم لو علق النفى بإذا بأن قال: «إذا لم تدخلى» ففي المسالك «وقع عند مضى زمان يمكن فيه إيقاع ذلك الفعل من وقت التعليق فلم يفعل و الفرق بين الأداتين أن «إن» حرف شرط لا إشعار له بالزمان، و «إذا» ظرف زمان كمتى فى التناول للأوقات، فإذا قيل له: «متى ألقاك» صح أن يقول له: «متى شئت» أو «إذا شئت» و لا يصح «إن شئت» فقوله: «إن لم تدخلى الدار» معناه «أى

وقت فاتك دخولها»^(١) وفواته بالموت، وقوله: «إذا لم تدخل الدار» معناه «أى وقت فاتك الدخول» فيقع الظهار بمضى زمان يمكن فيه الدخول به، ويحتمل وقوعه فى الموضوعين بمضى زمان يمكن فيه الفعل، لدلاله العرف عليه، ويقوى الاحتمال مع انضباطه، و فى معنى «إذا» «متى» و «أى وقت».

قلت: قد يقال: إن المحتمل مساواه «إذا» لأن فى العرف الان فى هذا التركيب، فإنه لم يرد منها إلا معنى الشرطيه الحاصله بأن لا العكس، و فرق واضح فيه بينها و بين «متى» و «أى وقت» كما لا يخفى بأدنى التفات، و الأمر سهل بعد أن كان المدار على المفهوم عرفا منه.

و لو علقه بالحمل فقال: «أنت على كظهر أمى إن كنت حاملا» فإن كان بها حمل ظاهر وقع فى الحال، و إلا فى المسالك «إن ولدت لأقل من ستة أشهر من التعليق بان وقوعه حين التعليق، لوجود الحمل حينئذ، و إن ولدت لأكثر من أقصى مداه الحمل أو بينهما و وطئت بعد التعليق و أمكن حدوثه به بأن كان بين الوضع و الوطاء ستة أشهر فأكثر لم يقع، لتبين انتفاء الحمل فى الأول، و احتمال حدوثه بعد التعليق فى الثانى، و إن لم يطأها بعد التعليق بحيث يمكن حدوثه به ففى وقوعه وجهان: من احتمال حدوثه بغير الوطاء كاستدخال المنى، و الأصل عدم تقدمه، و من أن ذلك نادر، و الظاهر وجوده عند التعليق، و هذا هو الأقوى».

قلت: قد يقال: إن المدار على الحمل عرفا، و لا يتحقق صدقه بالولاده لدون الستة أشهر التى بها ينكشف استعداد النطفه للانعقاد الذى هو منشأ الحمل، كما قدمنا ذلك سابقا.

كما أنه قد يقال بعدم تحقق الحمل عرفا عند التعليق بالولاده بين الأدنى و الأقصى و إن لم يحصل وطاء من الزوج، إذ الوطاء حال النوم و غيره محتمل،

١-١ هكذا فى النسختين المخطوطتين المبيضة و المسوده، و فى المسالك «ان فاتك دخولها» و هو الصحيح.

و الأصول متعارضه، فلا يقين بإحراز صدق الحمل حال التعليق، و نفيها شرعا بالنسبه إلى إلحاق الولد و نحوه لا يقتضى نفيها بالنظر إلى صدق النسب العرفيه، و الظهور الذى ذكره أقصاه الظن، و هو لا- يجدى فى تحقيق النسب إذا كانت عنوانا لحكم شرعى كما هو واضح.

و لو قال: «إن ولدت أنثى» فولدتها وقع حين تحقق الولاده، و لو قال:

«إن كنت حاملا- بها» تبين بولادتها وقوعه حين التعلق و إن توقف ظهوره على الولاده، و تظهر الفائده، فى احتساب المده من حينه لو كان قد وقته بمده و فى غير ذلك.

و لو علقه بالحيض فقال: «إن حضت حيضه» لم يقع حتى تنقضى أيام حيضها، و لو قال: «إن حضت» و اقتصر ففى المسالك «وقع إذا رأت دما محكوما بكونه حيضا إن كانت معتاده، فلو رأته فى عاداتها وقع برؤيه الدم، و إلا فبمضى ثلاثه أيام، و على القول بحيضها برؤيه الدم مطلقا أو مع ظنه يقع كذلك، و يحتمل توقفه على ثلاثه مطلقا، إذ به يتحقق أنه ليس بدم فساد، و الفرق بينه و بين العباده و التحريم أن الظهار لا يقع إلا بيقين، و أحكام الحيض يثبت بالظاهر».

قلت: إذا كان المدار فى الظهار على ذلك لم تجد الثلاثه و لا الرؤيه فى زمن العاده، ضروره عدم حصول اليقين بذلك، و إن جرى عليه حكم الحيض بالنسبه إلى الأحكام الشرعيه التى مرجعها إلى الموضوع الشرعى بخلاف التعليق العرفى المراد به الموضوع الواقعى، كما اعترف به. نعم قد يقال: إن المنصرف من نحو ذلك إرادته التعليق على الموضوع الشرعى، و حينئذ يتجه الاجتزاء به مطلقا.

و لو قال لها ذلك و هى حائض لم يقع إلا بحيضه مستأنفه، و فى المسالك «و متى قالت: حضت فالقول قولها، بخلاف ما لو علقه على دخول الدار فقالت: دخلتها، فإنها تحتاج إلى البيئه، و الفرق عسر إقامه البيئه على الحيض، و غايه عسرها مشاهدته الدم، و ذلك لا يعرف إذا لم يعرف عاداتها و أدوارها، فلعله دم فساد، فاكتفى

الشارع فيه بقولها، وقد تقدم في كتاب الطلاق ما يدل عليه من النص (١) ومثله لو قال: «إن أضمرت بغضى» فقالت «أضمرت» فالقول قولها لعسر الاطلاع، بخلاف الأفعال الظاهرة، كدخول الدار، لسهولة إقامه البيئه عليها.

قلت: قد يقال: إنه لا مدخله للعسر هنا، إذ أقصاه عدم ثبوت الظهار، و اكتفاء الشارع بقولها فى ذلك بالنسبه إلى ما رتبته من الأحكام لا يقتضى الاكتفاء به فى مثل المقام، نعم إن كان قصد المظاهر ذلك اتجه الاكتفاء به و إلا فلا، كما هو واضح.

لو تعدد الشرط بأن قال: «إن دخلت أو كلمت» مثلا وقع بأى واحد منهما، ثم لا يقع بالآخر شىء، لأنهما ظهار واحد، نعم لو قال: «إن دخلت دار فلان فأنت على كظهر أمى و إن كلمت زيدا فأنت على كظهر أمى» و وجد الشرطان وقع الظهاران، و لو قال: «إن دخلت الدار و كلمت زيدا» فلا بد من وجودهما معا لوقوعه، من غير فرق بين تقدم الكلام على الدخول و بالعكس بناء على أن الواو لمطلق الجمع كما هو الأصح، أما على الترتيب فيعتبر تقديم الدخول على الكلام، لأنه يكون كما لو قال: «إن دخلت ثم كلمته» كما هو واضح.

و لو قال: «أنت على كظهر أمى إن دخلت الدار إن كلمت زيدا» فى المسالك «لا- بد منهما فى وقوعه، و يشترط تقديم المذكور أخيرا- و هو الكلام- على المذكور أولا و هو الدخول، لأنه جعل الكلام شرطا لتعليق الظهار بالدخول، و يسمى ذلك اعتراض الشرط على الشرط و التعليق يقبل التعليق كما أن التنجيز يقبله، نظير قوله تعالى (٢) «وَلَا يَنْفَعُكُمْ نُصِيحِي إِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَنْصَحَ لَكُمْ إِنْ كَانَ اللَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُغْوِيَكُمْ» المعنى: إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم».

١- ١ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب العدد الحديث ١ من كتاب الطلاق.

٢- ٢ سورة هود عليه السلام: ١١- الآيه ٣٤.

قلت: قد يقال: إن المفهوم منه عرفا التعليق على الدخول و الكلام مطلقا كما عن بعض، فلا يشترط الترتيب بينهما حينئذ، و يقع الظهار بحصولهما كيف اتفق، لأنه ذكر صفتين من غير عاطف، فلا- وجه لاعتبار غير الدخول، أو يقال: إن المفهوم منه عرفا التعليق على الدخول و الكلام حاله، و على كل حال هو غير ما ذكره.

و لو علقه على مخالفتها الأمر فقال: «إن خالفت أمري» ثم قال لها:

«لا تكلمى زيدا» مثلا فكلمته ففى المسالك «لم يقع الظهار، لأنها ما خالفت أمره، و إنما خالفت نهيه، و يحتمل الوقوع نظرا إلى أنه يسمى فى العرف مخالفه أمره، و يقوى ذلك إن استقر العرف عليه، و إلا فالعبره بالمعنى المصطلح عليه».

قلت: قد ذكروا أن للفظ الأمر معانى متعددة، منها القول، فمع قيام القرينه على واحد منها يكون هو المتبع، و إلا كان المرجع العرف لا الاصطلاح الخاص، إلا أن يكون المظاهر من أهله و قصد بالأمر الاصطلاح المزبور.

و لو علقه على مخالفه النهى ثم قال لها: «قومى» فقعدت ففى المسالك «فى وقوعه أوجه مبنية على أن الأمر بالشىء هل هو نهى عن ضده مطلقا أو ضده العام أو ليس نهيا عنهما؟ فعلى الأول يقع الظهار بفعالها ما يخالف أمره دون الأخيرين، هذا كله إذا لم يدل العرف على شىء، و إلا- عمل بمقتضاه مقدا على القاعده الأصوليه، لأن التعليقات تحمل على الأمور العرفيه لا على القواعد الأصوليه، هذا إن انضبط العرف، و إلا رجع إلى الاصطلاح».

و فيه ما عرفت من أنه مع فرض عدم دلالة العرف يتجه الحكم بعدم الوقوع لا الرجوع إلى الاصطلاح إلا على الوجه المزبور، على أنه كما أن الأمر بالشىء نهى عن ضده فكذا النهى عن الشىء أمر بضده، فكان عليه بناء المسأله الأولى على ذلك أيضا، و الجميع كما ترى.

و لو علقه بقذفها زيدا مثلا وقع بقذفها له حيا و ميتا، لأن قذف الميت كقذف الحي في الصدق سواء، بخلاف ما لو علقه على تكليمها له، فإنه لا- يقع إلا أن يسمع كلامها، كما اعترف به في المسالك، لكن قال: «و لو منع من السماع لعارض كذهول و صمم فوجهان» و فيه أن المتجه عدم اعتباره حيثئذ.

و لو علقه بالضرب ففي المسالك أيضا «لم يقع بضربه ميتا» و فيه منع، و على كل حال فلا يشترط إيلامه به، للصدق عرفا بدونه.

و لو قال: «إن قذفته في المسجد» اعتبر كونها في المسجد دونه، و إن قال:

«إن ضربته في المسجد» ففي المسالك اعتبر كون المضروب فيه، قال: «و الفرق أن قرينه الحال تشعر بأن المقصود الامتناع عما يهتك حرمة المساجد، و هتك الحرمة تكون بالقذف فيه و الضرب فيه».

قلت: قد يقال: إن المدار على صدق اللفظ من حيث نفسه، و إلا- فالقرائن لا- ضبط لها، و هو يصدق على ضربها و هي في المسجد و إن كان المضروب خارجا.

و لو علقه برؤيه زيد مثلا وقع برؤيتها له حيا و ميتا مستيقظا و نائما، و يكفي رؤيه شىء من بدنه و إن قل، و لو كان كله مستورا لم يقع، و لا- يكفي رؤيته في المنام قطعا، نعم لو رآته في ماء صاف لا- يمنع الرؤيه أو من وراء جسم شفاف كالزجاج وقع، لصدقها و إن تخلل الماء مثلا- لكنه كتخلل أجزاء الهواء، و لذا لا تصح صلاه المتستر به، و لو رآته بالمرآه مثلا أو بانعكاسه بالماء فوجهان: من حصول الرؤيه في الجملة، و كون المرئى مثاله لا شخصه، و هو الأصح. و لو حدث في المرآه العمى لم يقع قطعا و إن حضر عندها، بل لعله كذلك لو علق الظهر عليه و هي عمياء إلا أن يراد بالرؤيه حيثئذ الحضور.

و لو علقه بالمس وقع إذا مست شيئا من بدنه حيا كان أم ميتا، نعم في المسالك «و يشترط كون الممسوس مما تحله الحياه، فلا يقع بمس الشعر و الظفر، إذ لا يقال لمن مسها من إنسان: أنه مسه، مع احتمالها، و في اعتبار كون مسها

بباطن كفها أو يعم سائر بدنها وجهان: أجودهما الثانى، و الوجهان آتيان فى مس المحدث للقرآن، نعم يشترط كونه بما تحله الحياه من بدنها كما يشترط ذلك فى الممسوس، و مثله يأتى فى مس الميت على الوجه الذى يوجب الغسل».

قلت: قد ذكرنا فى ذلك المبحث ما يعلم منه ما فى كلامه هنا، فلاحظ و تأمل.

و لو قلنا بوقوعه موقتا فقال: «فى شهر كذا» وقع أول جزء من ليله هلاله، و لو قال: «فى نهار شهر كذا» أو «فى أول يوم منه» وقع عند طلوع الفجر من أول أيامه، و كذا لو قال: «فى يوم كذا» و لو قال: «فى آخر الشهر» وقع فى آخر جزء منه، لا أول جزء من ليله السادس عشر، لأن النصف الثانى كله آخر الشهر، و لا فى أول اليوم الآخر منه، و لو قال: «عند انتصافه» ففى المسالك «وقع عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر، لأنه مسمى النصف، و لهذا يقال:

ليله النصف من شعبان مثلاً» و فيه منع مع فرض هلاله ناقصا، اللهم إلا أن يعد ذلك نصفاً عرفاً.

ثم لا يخفى عليك أن الأمر المعلق عليه إن فعله فاعله عمداً أو كان الغرض مجرد التعليق عليه - كقدوم الحاج أو السلطان و نحوهما - وقع الظهار عند حصول شرطه مطلقاً، أما لو كان الغرض منه المنع، كما لو قال: «إن دخلت دار فلان أو كلمته» فدخلته أو كلمته جاهله بالتعليق أو ناسيه أو مجنوناً أو مكرهه أو علق هو ذلك على فعله قاصداً منع نفسه منه ففى المسالك «فى وقوعه وجهان: وجود المعلق به، و ليس النسيان و نحوه دافعا للوقوع، و من عموم

قوله صلى الله عليه و آله (١): «إن الله تعالى وضع عن أمتى الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه»

و المراد رفع المؤاخذه أو رفع الأحكام، و التفصيل متوجه نظراً إلى القصد».

قلت: لا يخفى عليك ما فى الذى جعله وجهاً للثانى، كما لا يخفى عليك أن المدار على صدق ما علق عليه الظهار.

[المسألة الثامنة يحرم الوطء على المظاهر ما لم يكفر]

المسألة الثامنة:

يحرم الوطء على المظاهر إذا عاد ما لم يكفر سواء كفر بالعتق أو الصيام أو الإطعام بلا خلاف معتد به أجده، بل هو فيمن فرضه الأولان موضع وفاق بين المسلمين، و النصوص (١) من الطرفين وافية، مضافا إلى الكتاب (٢) بل هو كذلك أيضا في الثالث، خلافا للإسكافي منا، وقد عرفت ضعفه و ضعف دليله فيما تقدم.

و لو وطأها خلال الصوم الذي هو الكفاره استأنف وفاقا للمحكي عن الشيخ بل في المسالك نسبتبه إلى الأكثر، سواء صام من الشهر الثاني يوما أو لاء و سواء كان ذلك في ليل أو نهار، للنص كتابا (٣) و سنه (٤) على وجوب تقديم صيام الشهرين على المسيس، و لما عرفت من وجوب كفارتين عليه إذا وطأ قبل التكفير، و لا- ريب في صدقه في الفرض، لكون الكفاره اسما للمجموع، فيلزمه حينئذ كفارتان تامتان، و الأصل عدم وجوبهما مع إيجاب إتمام ما تخلله الوطء، بل و لا قال به أحد.

و قال شاذ منا و هو ابنا إدريس و سعيد على ما حكى عنهما لا يبطل التتابع لو وطأ ليلا لأنه عباره عن اتباع صوم اللاحق للسابق من غير فارق، و هو متحقق إن وطأ ليلا، فيصدق صيام شهرين متتابعين في الفرض، و غايه ما يستفاد من الآية (٥) وجوب تقديم الصوم المتتابع على الوطء، فيأثم حينئذ بالوطء خلاله،

١- ١ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار و سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٨٦.

٢- ٢ سورة المجادلة: ٥٨- الآية ٣.

٣- ٣ سورة المجادلة: ٥٨- الآية ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار.

٥- ٥ سورة المجادلة: ٥٨- الآية ٣.

و لا دليل على الاستئناف، بل الأصل و غيره يقتضى عدمه، على أن الاستئناف لا يجديه شيئاً، فإنه لا يصدق على المستأنف أنه كفر قبل الوطء، بل الإكمال أولى، لأن بعض الشهرين قد حصل قبل التماس، كما أن وجوب الكفارتين عليه لا يقتضى الاستئناف أيضاً، إذ يمكن أن يكون أحدهما ما تخلله الوطء، و اختاره فى المسالك لما عرفت، و لأنه لو وقع قبل الشروع يجتزئ بالصوم بعده مع عدم صدق الإتيان به قبل التماس فكذا الفرض.

و لعله لذا قال فى القواعد: «الأقرب أن الوطء إن وقع ليلاً و جب الإتمام مطلقاً و التكفير ثانياً، و كذا إن وقع نهاراً بعد أن صام من الثانى شيئاً، و إن كان قبله استأنف و كفر ثانياً» و حاصله ملاحظه تتابع الشهرين المعتبر فى الكفاره و عدمه.

قلت: لا- ريب فى كون المراد هنا بالتتابع أمراً زائداً على المعتبر فى الكفاره، و هو كون الشهرين معا يقعان قبل التماس، فمع فرض حصول الوطء فى أثناهما و لو ليلاً بعد حصول تتابع الكفاره لم يحصل الامتثال.

و الأصل فى النزاع عبارته الشيخ فى المبسوط و الخلاف، حيث عبر فى المحكى منهما عن المعنى المزبور ببطلان التتابع، فيبطل ما تقدم من الصوم و يستأنف الشهرين، فاعترض عليه ابن إدريس بأنه لا يبطل التتابع بذلك، لأنه عبارته عن اتباع صوم يوم لا حق بصوم يوم سابق من غير فارق، و هذا متحقق مع الوطء ليلاً، و لا يستأنف الكفاره لأنه لا يبطل من الصوم شىء، فلا يجب عليه الاستئناف، بل يتم صومه و عليه كفاره أخرى للوطء، و إن كان الوطء نهاراً من غير عذر قبل أن يصوم من الشهر الثانى شيئاً و جب عليه الاستئناف للكفاره التى يوجبها الظهار و كفاره أخرى للوطء عقوبه، و كان مراد ابن إدريس أنه لا دليل على اعتبار أزيد من التتابع المعتبر فى الكفاره فى الصحه و الفساد، نعم يجب شرعاً كتاباً (١) و سنه (٢) كونها قبل التماس،

١- ١ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار.

و ذلك لا يقتضى أزيد من الإثم، لا البطلان الذى لا يمكن تلافيه بالاستئناف الذى هو واقع أيضا بعد التماس، و فرض تماس آخر مع أنه غير محل البحث يمكن فرض عدمه بموت المرأة مثلا و طلاقها، و ليس فى أدله (١) تعدد الكفاره بالوطء قبل التكفير إلا و جوب كفاره أخرى غير كفاره الظهار به على وجه لا ينافى الاجتزاء بما وقع منها للظهار، كما لا يخفى على من لاحظها.

و لعله لذا وافقه الفاضل و الشهيدان مؤيدا ذلك بأصالة صحه ما وقع، و بما عرفته من أنه لو اعتبر القبليه شرطا لم تجب الكفاره للظهار مع فرض الوطء قبل الشروع فى التكفير، ضروره عدم التمكن حينئذ من الإتيان بالمأمور به على وجهه، مع أنه لا خلاف فى وجوبها بل و لا إشكال، و ليس ذلك إلا لأن القبليه المزبوره واجبه تعبدا لا شرطا، و لعله لذا وافقه عليه الفاضل و الشهيدان فى الدروس و المسالك.

لكن الانصاف عدم خلو المسأله بعد عن الإشكال، ضروره عدم إمكان إنكار ظهور الآيه (٢) و ما شابهها من الروايه (٣) فى توقف صدق امتثال الأمر المزبور على القبليه المذكوره كما فى سائر القيود التى تذكر فى المأمور به، و كان مقتضى ذلك تعذر المأمور به مع فرض الوطء قبله، و يتبعه حرمة الوطء عليه أبدا، بل يلزم بالطلاق مع مطالبه المرأة إلا أن الأدله المعترضه بالفتوى قد صرحت بإجزاء الكفاره عن الظهار عنه فى هذا الحال، و هو لا يقتضى الاجتزاء بالكفاره التى تخللها الوطء، و دعوى الأولويه ممنوعه على مدعيها، بل المتجه بقاؤها على اقتضاء اشتراط القبليه عدم الاعتداد بها، و ليس ذلك لكون الاستئناف محصلا للمأمور به كى يتجه ما أورده الخصم من أن الاستئناف أيضا لا يحصل معه المأمور به، لكون الفرض

١- ١ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار.

٢- ٢ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار.

حصول التماس، بل لأن به يقين البراءة إما للإجماع، أو لأنه كمن وطأ قبل أن يشرع في التكفير، أو للقطع بعدم الزيادة عليه.

بل قد ينقدح من ذلك طريق آخر لإثبات المطلوب، وهو انحصار الأمر في الاستئناف، وذلك لفساد امتثال الأمر بالفعل قبل التماس بالتمس في أثناؤه، فلم يبق إلا الأمر بالتكفير لمن وطأ قبل أن يكفر، وليس هو إلا ابتداء تكفير لا إتمامه.

بل قد يقال باقتضاء قاعده الشغل ذلك أيضا، للقطع بعدم سقوط التكليف عنه، ولكن لم يعلم المكلف به هل هو الإتمام أو الاستئناف، فيجب الأخير مقدمه للبراءة اليقينية بعد القطع بعدم وجوبهما معا عليه، بل لا محيص عنها مع فرض تصادم الأدلة أو خلوها عما يرجح به أحد القولين، ولعله لذا كان خيره فخر المحققين الاستئناف حاكيا له عن والده في المختلف و التحرير.

بل في المتن بعد قوله: «وقال شاذ منا» إلى آخره وهو غلط معرضا به بابن إدريس و كأنه ظن أن ابن إدريس لم يفهم المراد بالتتابع في كلام الشيخ، لكن الإنصاف أن المسألة في غاية الغموض، ولا يستأهل القائل بالإتمام الحكم بغلطيته، بل هو قول قوى و نظر حسن، كما عرفت ذلك كله.

بل قد عرفت اختيار جملة من الأساطين له كالفاضل و الشهيدين و الكركي، و لعله لذا قال الأخير في حاشيته على الكتاب: «و الحق أن ما غلظه به المصنف من التغليب و نسبه إلى الشذوذ توغل في الخشونة و خروج عن الانصاف» قلت: و يمكن أن يكون قد تنبه المصنف لذلك فيما بعد فضرب على هذا، و لكن قد تكثر النسخ فإنه يحكى عن جملة منها خلوها عن ذلك.

و من التأمل فيما ذكرنا ظهر لك الوجه فيما ذكره الفاضل في القواعد، فإنه بعد أن حكى القولين في المسألة قال: «و هل يكفى الاستئناف عن كفاره الوطاء قبل إكمال التكفير إشكال» إذ هو ليس إلا من جهه حصول الوطاء في الأثناء، فلا يدخل

فيما دل (١) على إيجابه الكفاره زياده على كفاره الظهار، لظهوره فيمن وطأ قبل أن يشرع في التكفير، لكن قد عرفت أنه بإفساده الكفاره التي وقع في أثنائها صار كالوطء قبل التكفير، ولعله لذا وغيره لم أجد خلافا في إيجابه الكفاره أيضا حتى من الفاضل في غير المقام.

و بالجمله فالمسأله غير منقحه في كلامهم، و تحقيقها ما سمعت، و الحمد لله، و لا يصعب عليك الالتزام بفساد الصوم بالوطء ليلا، إذ هو ليس من حيث كونه مفطرا، بل هو من حيث فوات شرط الكفاره كما هو واضح، بل لعل مثله يجرى في الإطعام أيضا و إن لم يذكره.

و هل يحرم عليه أى المظاهر بظهاره ما دون الوطء كالمسأله؟ قيل و القائل الشيخ و جماعه على ما قيل نعم، لأنه مماسه لغه، و الأصل عدم النقل و الاشتراك، و لأنه مقتضى تشبيها بالأمر التي يحرم فيها غير الوطء من الاستمتاع بها، و اختاره في القواعد، بل ظاهرها تحريم مطلق الاستمتاع حتى النظر المحكى عن ظاهر بعض الأصحاب التصريح بحليته.

و على كل حال ففي أصل تحريم غير الوطء من اللمس بشهوه و نحوه عليه إشكال ينشأ من اختلاف التفسير للمماسه في الآيه الشريفه (٢) المتعارف الكنايه بها عن الوطء في غير المقام، فيحصل الظن بإرادته منها هنا و إن كان المسييس أعم من ذلك لغه، بل في حاشيه الكركي أنها كنايه مشهوره عنه، و يعضده التفسير فيحمل عليه، بل عن ابن إدريس الاتفاق على إرادته منه هنا.

يؤيده أنه المنساق من نصوص الباب (٣) خصوصا ما جاء في العود المفسر

١- ١ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار الحديث ٦.

٢- ٢ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار.

فيها بإرادته الوطء (١) وخصوص ما تسمعه من صحيح أبي بصير (٢) في المسألة الآتية ولا أقل من الشك، والأصل الحل، و التشبيه بالأمر يمكن كون المراد منه حرمة الوطء المستفاد من قوله تعالى (٣) «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ» خصوصاً بعد أن لم تخرج المرأة عن ملك الاستمتاع بها، فيمكن أن يكون مفاد الظهار حينئذ حرمة وطئها كالحيض و الصوم و إن كان في الشرع أحوال للمرأة بالنسبة إلى الاستمتاع بها الذي قد يحرم على الزوج، كالمحرمه و المعتكفه، لكن لا ريب في أن الأصل الحل حتى يثبت ما يقتضى التحريم على العموم، كما هو واضح.

[المسألة التاسعة إذا عجز المظاهر عن خصال الكفاره عدا الاستغفار قيل بجزؤه]

المسألة التاسعة:

إذا عجز المظاهر عن خصال الكفاره أو ما يقوم مقامها إن قلنا به كما ستسمع التحقيق فيه في محله إنشاء الله عدا الاستغفار قيل و القائل الشيخ و جماعه، بل نسبه غير واحد إلى الأ-كثر يحرم عليه الوطء حتى يكفر للأصل بعد إطلاق الأدله كتابا (٤) و سنه (٥) حرمة الوطء قبل التكفير، بل أمره صلى الله عليه و آله لسلمه بن صخر (٦) بالأخذ من صدقه قومه و التكفير منها كالصريح في

١- ١ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب الظهار الحديث ٤ و ٨ و ١٠ و الباب- ١٥- منه الحديث ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الكفارات الحديث ١ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآية ٢٣.

٤- ٤ سورة المجادلة: ٥٨- الآية ٣.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٥- من كتاب الظهار.

٦- ٦ المستدرک الباب- ١- من كتاب الظهار الحديث ٤.

عدم أجزاء الاستغفار و إلا لأمره به.

مضافا إلى

صحيح أبى بصير(١) عن الصادق عليه السلام «كل من عجز عن الكفاره التى تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقه فى يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفاره فالاستغفار له كفاره ما خلا يمين الظهار، فإنه إذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه أن يجامعها، و فرق بينهما إلا أن ترضى المرأه أن يكون معها و لا يجامعها»

و خبر أبى الجارود(٢) قال: «سأل أبو الورد أبا جعفر عليه السلام و أنا عنده عن رجل قال لامرأته أنت على كظهر أمى مأه مره، فقال أبو جعفر عليه السلام: يطيق بكل مره عتق نسمة؟ قال: لا قال: يطيق إطعام ستين مسكينا مأه مره؟ قال: لا، قال: فيطبق صيام شهرين متتابعين مأه مره قال: لا، قال: يفرق بينهما».

وقيل و القائل ابن إدريس و تبعه المصنف فى النافع و الفاضل فى محكى المختلف يجوزهُ الاستغفار، و هو أكثر و إن كنا لم نتحققه، لأن الأصل براءة الذمه من الحرمة فى الحال المزبور الذى إيجاب الكفاره معه تكليف بغير المقدور، بل فى حرمة الوطء عليه مع أصاله عدم و جوب الطلاق عليه من الحرج ما لا يخفى، و ل

موثق إسحاق بن عمار(٣) عن الصادق عليه السلام «إن الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفاره فليستغفر ربه، و لينو أن لا يعود قبل أن يواقع، ثم ليواقع، و قد أجزء ذلك عنه من الكفاره، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفر به يوما من الأيام فليكفر، و إن تصدق بكفه فإطعم نفسه و عياله فإنه يجوزهُ إذا كان محتاجا، و إلا يجد ذلك فليستغفر الله ربه، و ينوى أن لا يعود، فحسبه بذلك و الله كفاره»

و خبر داود بن فرقد(٤) «الاستغفار توبه و كفاره لكل من لم يجد السبيل إلى

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الكفارات الحديث ١ من كتاب الإيلاء و الكفارات.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الكفارات الحديث ٢ من كتاب الإيلاء و الكفارات.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الكفارات الحديث ٤ من كتاب الإيلاء و الكفارات.
 - ٤- ٤ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الكفارات الحديث- ٣- من كتاب الإيلاء و الكفارات.

شىء من الكفارء.

و فيه أن الأخير مقيد بالصحيح (١) السابق، كما أن الأصل مقطوع بظاهر الأدلة المقتضى حرمة الوطاء على المظاهر حتى يكفر، و لا تكليف بالكفارء مع العجز عنها حتى يقال إنه تكليف بغير المقدور، بل أقصاه الامتناع عن الوطاء، و فرض ذلك فى خصوص ما لو وجب الوطاء عليه- لكون المظاهره زوجه و قد مضى لها أربعة أشهر- يدفعه منع التكليف له بالواطء باعتبار توقفه على التكفير المفروض تعذره، فهو حينئذ غير مقدور، فلا تكليف به.

بل فى الرياض على تقدير التنزل عن ظهور المنع نقول: لا- أقل من احتمالها، و عدم القدره على الكفارء كما يمكن صيرورته قرينه للاجتراء بالاستغفار كذا يمكن خروجه شاهدا على عدم التكليف بذى المقدمه، و ترجيح الأول على الثانى موقوف على دلالة هى فى المقام مفقوده.

هذا مع عدم جريان ذلك فى التى لم يجب على المظاهر و طؤها كالأمه و المتمتع بها على القول بوقوع مظاهرتهما، كما هو مذهب الخصم و الأشهر الأقوى كما مضى، فالدليل أخص من المدعى و إن كان قد يناقش بإمكان دفع الأخير بعدم القول بالفصل، بل و الأول بإمكان ترجيح الأول بأنه حق لغيره، و هو الامرأه، فالمتجه حينئذ القول بإلزامه بالطلاق حينئذ إلا أن ترضى المرأه حينئذ بعدم الجماع، كما أشار إليه فى الصحيح (٢) المتقدم سابقا.

و أما الموثق فهو- مع الاضطراب فى متنه بالنسبه إلى وجوب التكفير بعد ذلك إذا تمكن و عدمه- قاصر عن معارضه الصحيح المزبور المعتضد بفتوى الأكثر و إطلاق الأدله الذى يمكن الاستدلال به مع فرض تعارض الخبرين و سقوطهما،

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الكفارات الحديث ١ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الكفارات الحديث ١ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

و دعوى معارضه الإطلاق المزبور بإطلاق ما دل على أن الاستغفار كفاره العاجز كما سمعته فى خبر داود بن فرقد(١) كما ترى، ضروره قصوره عن تلك الإطلاقات كتابا(٢) و سنه(٣) كما هو واضح.

هذا و فى المسالك «و اعلم أن المراد بالاستغفار فى هذا الباب و نظائره أن يقول: أستغفر الله مقترنا بالتوبه التى هى الندم على فعل الذنب و العزم على ترك المعاوده إلى الذنب أبدا، و لا- يكفى اللفظ المجرد عن ذلك، و إنما جعله الله كاشفا عما فى القلب، كما جعل الإسلام باللفظ كاشفا عن القلب، و اللفظ كاف فى البدليه ظاهرا، و أما فيما بينه و بين الله تعالى فان لم يقترن بالتوبه التى هى من الأمور الباطنه لم يترتب عليه أثر فيما بينه و بين الله تعالى، بل كان الوطاء معه كالوطء قبل التكفير، فيجب عليه به كفاره أخرى فى نفس الأمر و إن لم يحكم عليه بها ظاهرا».

قلت: قد يقال: إن الاستغفار هو طلب المغفره من الله تعالى، و ليست التوبه من مقوماته، نعم ظاهر الموثق(٤) المزبور اعتبارها معه، لكن الفتاوى مطلقه، و دعوى الاجتزاء بذكره عنها لأن المراد به القول المزبور مقترنا بها ممنوعه، و على تقديره فدعوى جعل الشارع له كاشفا عن ذلك كالإسلام ممنوعه أيضا، لعدم الدليل، و إلا لاجتزاء به فى كل مقام اعتبرت التوبه فيه، بل الأصح عدم الاجتزاء فى الحكم بها بإظهاره فضلا عنه ما لم تدل القرائن على صدقه فى ذلك، كما حررنا ذلك فى غير المقام ردا على المحكى عن الشيخ من الاجتزاء بمجرد إظهارها.

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الكفارات الحديث ٣ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

٢- ٢ سورة المجادله: ٥٨- الآية ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١ و ١٥- من كتاب الظهار.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الكفارات الحديث ٤ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

[المسألة العاشرة إن صبرت المظاهرة على ترك الزوج وطءها فلا اعتراض]

المسألة العاشرة:

إن صبرت المظاهرة على ترك الزوج وطءها فلا اعتراض بلا خلاف أجده فيه، بل ولا إشكال، للأصل السالم عن المعارض بعد معلوميه انحصار حق الاستمتاع فيهما، فلا اعتراض لأحد عليهما وإن لم تصبر رفعت أمرها إلى الحاكم المعد لأمثال ذلك، فإذا أحضره خيره بين التكفير و الرجعه و بين الطلاق، و أنظره للتفكر في ذلك ثلاثة أشهر من حين المرافعه، فإن انقضت المده و لم يختار أحدهما حبسه و ضيق عليه في المطعم و المشرب بأن يمنعه عما زاد على سد الرمق مثلا حتى يختار أحدهما، و لا يجبره على الطلاق تعيينا (تضييقا خ ل) و لا يطلق عنه و لا على التكفير كذلك، لعدم الدليل عليه، بل ظاهر ما تسمعه من الأدله الجبر على أحدهما تخيرا، لأنه كما إذا لم يجبره على أحدهما قبل المرافعه، لما عرفت من أن الحق لهما، بلا خلاف أجده في شىء من ذلك، بل في المسالك ظاهر الأصحاب الاتفاق على هذا الحكم، بل في نهايه المراد «و هذه الأحكام مقطوع بها في كلام الأصحاب، و ظاهرهم أنه موضع وفاق» و في كشف اللثام «الاتفاق على هذه الأحكام كما هو الظاهر» و في الرياض «ظاهر جماعه الإجماع عليه» و ظاهرهما معا خصوصا الأخير منهما أن ذلك هو الحجه فيها دون

موثق أبي بصير(١) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته، قال: إن أتاها فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا، و إلا ترك ثلاثه، فإن فاء و إلا أوقف حتى يسأل أ لك حاجه في امرأتك أو تطلقها؟ فان فاء فليس عليه شىء، و هى امرأته، و إن طلق واحده فهو أملك برجعتها»

لقصوره عن تمام المدعى.

و قد تبعوا بذلك ثانى الشهيدين فى المسالك حيث إنه بعد أن ذكر الخبر

المزبور قال: «و في طريق الروايه ضعف، و في الحكم على إطلاقه إشكال، لشمول ما إذا رافعته عقيب الظهار بغير فصل بحيث لا يفوت الواجب لها من الوطاء بعد مضي المده المضروبه، فان الواجب وطؤها في كل أربعة أشهر مره، و غيره من الحقوق لا يفوت بالظهار، أما إذا لم يحرم غير الوطاء فظاهر و أما إذا حرمناه فيبقى لها حق القسم على بعض الوجوه، و هو غير منافع للظهار، و في الروايه أمور آخر منافيه للقواعد».

و فيه- مع أن الخير المزبور من قسم الموثق الذي تحقق في الأصول حجيته- أنه معتضد بعمل الأصحاب كما اعترف به غير واحد، فلا- بأس بالعمل به حتى في المورد المزبور الذي قد جعل الاشكال فيه، بل في كشف اللثام «لعل المراد بالفئه الندم و التزام الكفاره ثم الوطاء، لا الوطاء ليستشكل بأنها ليس لها المطالبه به إلا في كل أربعة أشهر، و ربما رفعت أمرها بعد الظهار بلا فصل».

على أن مضمونه منطبق على القواعد العامه، بل معتضد في الجملة بالأمر بالتفريق بينهما في الخبرين (١) السابقين، بل ربما تسمعه أيضا في أخبار (٢) الإيلاء المشتمل بعضها على ما ذكره الأصحاب هنا من التضييق عليه في المطعم و المشرب.

نعم هو ظاهر في غير الأمه و المتمتع بها بناء على جواز ظهارهما، باعتبار ذكر الطلاق فيه، و من المعلوم عدم وقوعه عليهما، بل لعل كلام الأصحاب أيضا كذلك.

كما أنه يمكن دعوى ظهوره كالفتاوى في القادر على الكفاره، دون العاجز عنها الذي قد ذكرنا سابقا إنزامة بالطلاق، بناء على عدم الاجتزاء بالاستغفار،

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الكفارات الحديث ١ و ٢ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب الإيلاء من كتاب الإيلاء و الكفارات.

لكن فى كشف اللثام عن النهايه و الغنيه و الوسيله لا يجبر على الطلاق بعينه إلا إذا قدر على التكفير و أقام على التحريم مضاره، بل عن الأخير إجماع الطائفه على ذلك، و ظاهرهم جبره عليه بخصوصه مع قدرته على التكفير و إقامته على التحريم.

و فى الكشف «يعنون أنه إذا لم يقدر على التكفير لم يجبر على شىء، فان الأصل عدم وجوب الطلاق عليه، و لعله ندم مما فعله و يشق عليه مفارقه زوجته، فابتلى هو كما ابتليت، فهما ينتظران الفرج».

و فيه أنه مناف لما سمعته سابقا من الصحيح (١) و غيره، بل لعل قاعده لا ضرر و لا ضرار و نفى الحرج تقتضيه أيضا، نعم لو قلنا باجزاء الاستغفار فى حال العجز اتجه حينئذ إلزامه به أو الطلاق.

١-١ الوسائل الباب-٦- من أبواب الكفارات الحديث ١ من كتاب الإيلاء و الكفارات.

[الكلام فى الكفارات]

إشاره

و يلحق بذلك النظر فى الكفارات تبعا للنظر فى كفاره الظهار التى هى المقصوده بالبحث هنا، و لعل ذلك هو الأمر الخامس الذى استدعاه النظر فى كتاب الظهار. و على كل حال ف فيه مقاصد:

[المقصد الأول فى ضبط الكفارات]

إشاره

الأول:

فى ضبط الكفارات، و لكن ليعلم أنه قد سبق الكلام فى كفارات الإحرام، فلنذكر هنا ما سوى ذلك، و هى أى الكفاره اسم التكفير الذى هو فى الأصل بمعنى السر و منه الكافر، لأنه ستر الحق، بل يقال لليل: كافر، لأنه يستر من يفعل فيه شيئا، و فى الشرع العباده المخصوصه، نحو الصوم و الصلاه و الزكاه، بل يجرى فيها ما يجرى فيها من البحث فى ثبوت الحقيقه الشرعيه و فى كونها اسما للأعم أو الصحيح، و غير ذلك من المباحث التى حررناها فى الأصول.

و فى المسالك «قد عرفها بعضهم بأنها طاعه مخصصه مسقطه للعقوبه أو مخففه غالبا، و قيد بالأغلبيه لتدخل كفاره قتل الخطأ فيها، فإنها ليست عقوبه - قال -:

و ينتقض فى طرده بالتوبه، فإنها طاعه مخصصه، بل هى من أعظم الطاعات، ثم قد تكون مسقطه للذنب، كما إذا كان الذنب حق الله تعالى و لم يجب قضاؤه، و قد يكون مخففه له، كما إذا ترتب وجوب القضاء (١)أورد الحق و نحوه، و كذا ينتقض بقضاء العبادات، فإنه طاعه مسقطه للذنب المترتب على التهاون فى الفعل

١-١ هكذا فى النسختين الأصليتين، و الموجود فى المسالك «كما إذا اقترنت بوجوب القضاء».

إلى أن يخرج الوقت أو مخففه له من حيث افتقار سقوطه رأساً إلى التوبه».

وفيه أن من المعلوم إرادته التمييز في الجملة من التعريف المزبور الذى هو أشبه شىء بتعاريف أهل اللغة، كما أن من المعلوم أيضاً إرادته الخصوصية المخصوصه التي لا وجود لها في التوبه و قضاء العباده، لا جنس الخصوصية، كما هو واضح.

ثم لا يخفى عليك أن الأمر بالكفاره من حيث هو كذلك لا يقتضى الفور، إذ هو كغيره من الأوامر المطلقة التي قد حققنا في الأصول عدم دلالتها على الفور، نعم قد يكون متعلقها حقاً للفقراء مثلاً يجب أدائه فوراً كغيره من الحقوق الماليه نحو الزكاه مثلاً، للأدله (١) الداله على ذلك، هذا.

ولكن في المسالك «و اعلم أن الكفارات الواجبه إن لم تكن عن ذنب ككفاره قتل الخطأ فوجوبها على التراخي، لأن مطلق الأمر لا- يقتضى الفور على أصح القولين، وإن كانت مسقطه للذنب أو مخففه له ففي وجوبها على الفور وجهان: من أنها في معنى التوبه من حيث كانت مسقطه للذنب أو مخففه له، و التوبه واجبه على الفور، و من أصله عدم وجوب الفوريه، و لا يلزم من مشاركتها للتوبه في ذلك مساواتها لها في جميع الأحكام، فإنها في الأصل حق مالى أو بدنى، و في نظائرها من العبادات و الحقوق ما يجب على الفور، و منها مالا يجب على الفور، و منها مالا يجب، و أصل وجوبه متوقف على دليل يقتضيه غير أصل الأمر، و أطلق بعضهم وجوبها على الفور مستدلاً بأنها كالتوبه الواجبه لذلك، لوجوب الندم على كل قبيح أو إخلال بواجب، و لا يخفى فساده على إطلاقه، فإن منها ما ليس مسبباً عن قبيح، ثم على تقدير فعلها لا يكفى في إسقاط استحقات العقاب حيث يكون عن ذنب، بل لا بد معها

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب ما تجب فيه الزكاه من كتاب الزكاه و الباب- ٤٦- من أبواب جهاد النفس الحديث ٣٣ و ٣٦ و الباب- ٣٩- من فعل المعروف الحديث ٢ و ٦ من كتاب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر. و الباب- ٧- من أبواب الدين و القرض من كتاب التجاره.

من التوبه المشتمله على ترك الذنب فى الحال، و الندم على فعله فيما سلف، و العزم على عدم العود إليه فى الاستقبال، و لو وجب معها قضاء العباده كإفساد الصوم فلا بد معها من القضاء للقادر عليه، و مثله القول فى الحدود و التعزيرات على المعاصى».

و فيه- بعد الإغضاء عما ذكره من القسم الثالث للواجب على الفور و عدمه- أن الأصل فى الحقوق المالىة سواء كانت لشخص معين أو غير معين الفورىة إلا- مع الإذن من صاحب الحق، و من ذلك رد الأمانات الشرعىة إلى أهلها فوراً و أداء الخمس و الزكاه و غيرها، و كأنه متفق عليه إلا ما دل عليه الدليل (١) من الرخصه فى تأخير نحو الزكاه فى الجملة طلباً لأفضل مواردها، بل لعل تأخير الحق عن مستحقه مع حاجتهم إليه من الظلم المحرم عقلاً و نقلاً (٢) و من الإضرار المنهى عنه (٣) أيضاً.

بل قد يناقش فى قوله: «ثم على تقدير فعلها» إلى آخره بأنه قد يظهر من أدله بعض الكفارات حصول التكفير بها من غير حاجه إلى التوبه، كما ستسمع ذلك إنشاء الله فيما يأتى.

و كيف كان فالكفاره مرتبه و مخيره و ما يحصل فيه الأمان و كفاره الجمع،

[الكفاره المرتبه]

فالمرتبه قد ذكر فى المتن منها ثلاث كفارات، بل ظاهره كغيره حصرها فى ذلك ما عدا كفارات الإحرام.

الأولى كفاره الظهار و الثانىة كفاره قتل الخطأ و ذلك

١- ١ الوسائل الباب- ٥- من أبواب المستحقين للزكاه الحديث ٨ و الباب- ٥٢- منها الحديث ٢ و الباب- ٥٣- منها من كتاب الزكاه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب ما تجب فيه الزكاه من كتاب الزكاه و الباب- ٤٦- من أبواب جهاد النفس الحديث ٣٣ و ٣٦ و الباب- ٣٩- من فعل المعروف الحديث ٢ و ٦ من كتاب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر. و الباب- ٧- من أبواب الدين و القرض من كتاب التجاره.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٢- من كتاب احياء الموات.

لأنه يجب في كل واحده العتق، فان عجز فالصوم شهرين متتابعين، فان عجز فإطعام ستين مسكينا بلا خلاف أجده في الأولى بل عن جماعه الإجماع عليه.

مضافا إلى نص الآية (١) بل و إلى الاستثناس له ببعض المعتمره و إن لم تكن صريحه، ف

في الموثق (٢) «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه و آله، فقال: يا رسول الله إنى ظهرت من امرأتى، فقال: اذهب فأعتق رقبه، قال: ليس عندي، قال: فاذهب فصم شهرين متتابعين، فقال: لا أقوى على ذلك، فقال: فاذهب فأطعم ستين مسكينا، فقال: ليس عندي»

و في المرسل (٣) كالصحيح على الصحيح «في رجل صام شهرا من كفاره الظهر ثم وجد نسمة، قال: يعتقها و لا يعتد بالصوم»

و لا قائل بالفرق لظهور الأمر بالمعين في ذلك.

بل أظهر من ذلك النصوص (٤) التي قد ذكرناها في أول الظهر الوارده في تفسير الآية (٥) بل و غيرها من النصوص التي لا ينكر ظهورها أيضا في ذلك كخبر أبي الجارود (٦) و غيره (٧) فما في جملة من النصوص (٨) من العطف بأو المقتضى للتخيير يجب إرادته بيان ماهية الكفاره منه إن كان فيها الصحيح و الموثق و غيرهما،

-
- ١- ١ سورة المجادله: ٥٨- الآية ٣.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الكفارات الحديث ١.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٥- من أبواب الكفارات الحديث ٢.
 - ٤- ٤ الوسائل الباب- ١- من كتاب الظهر.
 - ٥- ٥ سورة المجادله: ٥٨- الآية ٣.
 - ٦- ٦ الوسائل الباب- ١٣- من كتاب الظهر الحديث ٥.
 - ٧- ٧ الوسائل الباب- ٤- من أبواب الكفارات الحديث ١.
 - ٨- ٨ الوسائل الباب- ١٤- من كتاب الظهر الحديث ٢ و الباب- ١٨- منه الحديث ١ و الباب- ١- من أبواب الكفارات الحديث ٣ و ٤ و ٦.

لكن لا عامل بها بالنسبة إلى التخيير الذى هو أحد معانى «أو» وإلا فهى تأتى لغيره أيضا، بل إن أبيت عن ذلك فقد قيل: إنها شاذة لا عمل عليها مخالفه للكتاب و إجماع الأصحاب.

و أما الثانيه فهى كذلك على المشهور، بل عن المبسوط، نفى الخلاف فيه، و كذلك المسالك فى الديات للايه (١) فى الأولين و النصوص (٢) المستفيضه فى الثلاثه التى منها

صحيح ابن سنان (٣) عن الصادق عليه السلام «إذا قتل خطأ أدى ديته إلى أوليائه ثم أعتق رقبه، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكينا مدا مدا»

فما عن سلا ر و ابن حمزه و ظاهر المفيد- من أنها مخيره- واضح الضعف، خصوصا بعد أن لم نقف لهم على مستند كما اعترف به غيرنا أيضا إلا الأصل المقطوع بما عرفت، بل عن النزاهه أن القول المزبور مخالف لظاهر التنزيل و الإجماع.

و لا يلحق بهما كفاره الجماع فى الاعتكاف الواجب عند المصنف لظاهر حصره فى غيرها، و تصريحه فى كتاب الصوم بكونها مخيره، و لعله كذلك وفاقا للمحكى عن الأكثر

للموثقين (٤) «عن معتكف واقع أهله هو بمنزله من أفطر يوما من شهر رمضان» و زيد فى ثانيهما «متعمدا عتق رقبه أو صوم شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا»

خلافًا لما عن الصدوق ره و جماعه

للصحيح (٥) «عن المعتكف يجماع أهله، قال: إذا فعل فعله ما على المظاهر»

و نحوه الصحيح الآخر (٦) و الجمع بينهما بحمل كل منهما على الآخر ممكن إلا أن الشهره التى هى أقوى المرجحات ترجح الثانى،

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٩٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الكفارات و الباب- ١٠- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ٤ و المستدرک الباب- ٨- من أبواب الكفارات.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الاعتكاف الحديث ٢ و ٥.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٦- من كتاب الاعتكاف الحديث ١.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٦- من كتاب الاعتكاف الحديث ٦.

و لكن الاحتياط لا ينبغي تركه.

و الثالثه كفاره من أفطر يوما من قضاء شهر رمضان بعد الزوال لأنها على المشهور بين الأصحاب روايه و فتوى على ما فى المسالك إطعام عشره مساكين، فان عجز صام ثلاثه أيام متتابعات ففى

صحيح يزيد بن معاويه(١) عن الباقر عليه السلام «فى رجل أتى أهله فى يوم يقضيه من شهر رمضان قبل الزوال لا شىء عليه إلا يوما مكان يوم و إن أتى أهله بعد زوال الشمس فان عليه أن يتصدق على عشره مساكين لكل مسكين مد، فان لم يقدر صام يوما مكان يوم، و صام ثلاثه أيام كفاره لما صنع»

و بمعناه الخبر(٢) المنجبر بما سمعت، مع أن فى سنده من أجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه.

بل قد يستدل له ب

صحيح هشام بن سالم(٣) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل وقع على أهله و هو يقضى شهر رمضان، قال: إن كان وقع عليها قبل صلاه العصر فلا شىء عليه، يصوم يوما بدل يوم، و إن فعل بعد العصر صام ذلك اليوم، و أطمع عشره مساكين، فان لم يمكنه صام ثلاثه أيام كفاره لذلك»

بناء على ما عن الشيخ من أنه إذا كان وقت صلاتين عند زوال الشمس إلا أن الظهر قبل العصر جاز أن يعبر عما قبل الزوال بأنه قبل العصر لقرب ما بين الوقتين، و يعبر عما بعد العصر بأنه بعد الزوال بمثل ذلك، مؤيدا بما سمعت من المعترضه السابقه و الشهره، بل قيل و الإجماع.

١- ١ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ١ من كتاب الصوم عن بريد العجلي كما فى التهذيب ج ٤ ص ٢٧٨ و الاستبصار ج ٢ ص ١٢٠ و الفقيه ج ٢ ص ٩٦.

٢- ٢ الخبر الذى قبل بانجباره بما ذكره قده هو خبر بريد بن معاويه العجلي المتقدم فان فى سنده الحارث بن محمد فى جميع الطرق و ليس هناك خبر آخر بمعناه يكون منجبرا بما ذكره طاب ثراه.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٢.

خلافًا لما عن الحلبي و ابني زهره و حمزه فخيروا بينهما، و للقاضى و ظاهر الشيخين فجعلوها كفاره يمين، و هما مع مخالفتها لما مضى لم نقف على مستند لهما، و للعماني فأسقطها، للموثق (١) عن القاضى لرمضان المفطر بعد ما زالت الشمس، قال: «قد أساء و ليس عليه شىء إلا قضاء ذلك اليوم الذى أراد أن يقضيه» و هو و إن كان من الموثق و اعتضد بالأصل إلا أنه غير مكافئ لما مر من وجوه، و الصدوقين فجعلها كفاره شهر رمضان،

للموثق (٢) «عن رجل قضى من شهر رمضان فأتى النساء، قال: عليه من الكفاره ما على الذى أصاب فى رمضان، لأن ذلك اليوم عند الله تعالى من أيام رمضان»

و عن ابن حمزه موافقته على ذلك مع الاستخفاف، بل عن الشيخ فى النهايه و كتابى الأخبار احتمالاه.

إلى غير ذلك من الأقوال التى تبلغ ثمانيه أو تسعه. (منها) - مضافا إلى ما عرفت - ما عن ابن إدريس من أن عليه قضاء يومين: يوم لرمضان و يوم لقضائه، و (منها) ما عن التقى من صوم ثلاثه أيام أو إطعام عشره مساكين، و (منها) ما عن المفيد فى باب الكفارات من التخيير بين كفاره اليمين و بين ما ذكر أولا، و الجميع كما ترى، و قد أشبعنا الكلام فى المسأله فى كتاب الصوم، فلاحظ.

نعم ما ذكره المصنف - من اعتبار التابع فى الأيام بل فى كشف اللثام حكايته عن الشيخين و جماعه قاطعين به - لم أقف له على مستند بالخصوص، كما اعترف به فى كشف اللثام، بل قد يخالفه عموم

قول الصادق عليه السلام (٣) «كل صوم يفرق إلا ثلاثه أيام فى كفاره اليمين»

اللهم إلا - أن يدعى انصراف ذلك من الأمر بصوم ثلاثه أيام (٤) خصوصا فى الكفاره التى اعتبر التابع فى شهرها فضلا عن الثلاثه،

١- ١ الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بقيه الصوم الواجب الحديث ١ من كتاب الصوم.

٤- ٤ الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ١ من كتاب الصوم.

[الكفاره المخيره]

و المخيره كفاره من أفطر فى يوم من شهر رمضان مع وجوب صومه بأحد الأسباب الموجهه للتكفير التى قد تقدم البحث فيها و فى أصل المسأله فى كتاب الصوم، فلاحظ. بل لا فرق بين إفطاره على محلل أو محرم فلاحظ و تأمل.

و كفاره من أفطر يوما نذر صومه من غير عذر على أشهر الروايتين (١) بل و القولين، بل عن الانتصار الإجماع عليه، لعموم ما تسمعه من أدله كفاره النذر.

و كذا فى التخيير كفاره الحنث فى العهد سواء كان متعلقه الصوم أو غيره على المشهور أيضا، بل عن الانتصار أيضا و الغنيه الإجماع عليه أيضا، ل

خبر على بن جعفر (٢) عن أخيه موسى عليه السلام «سألته عن رجل عاهد الله تعالى فى غير معصيه ما عليه إن لم يف بعهده؟ قال: يعتق رقبه أو يتصدق بصدقه أو يصوم شهرين متتابعين»

و خبر أبى بصير (٣) عن أحدهما عليهما السلام «من جعل عليه عهد الله و ميثاقه فى أمر لله طاعه، فحنث فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا»

و قصور سنديهما منجر بما عرفت، فما عن بعض - من كونها كفاره يمين بتقريب أنه مثله فى الالتزام - واضح الضعف و إن أمكن تأييده أيضا بما تسمعه من النصوص (٤) على أن كفاره النذر كفاره يمين، و العهد مثله أو أولى منه بذلك.

و لكن الأقوى أن الكفاره فى النذر مخيره أيضا و إن قال المصنف

١ - ١ الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات الحديث ٧ و ٤، راجع الباب - ٧ - من أبواب بقيه الصوم الواجب من كتاب الصوم.

٢ - ٢ الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الكفارات الحديث ١.

٣ - ٣ الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الكفارات الحديث ٢.

٤ - ٤ الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات الحديث ١ و ٣ و ٤ و ٥.

هنا على التردد إلا- أن المشهور كونها مخيره ككفاره شهر رمضان، بل عن الانتصار و الغنيه الإجماع عليه، و هما الحجه بعد تأييدهما بخبرى العهد الذى هو مثله، و ب

خبر عبد الملك بن عمر(١) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن جعل عليه لله أن لا يركب محرما سماه فركبه، قال: لا، قال: و لا أعلمه إلا قال: فليعتق رقبه أو ليصم شهرين متتابعين أو ليطعم ستين مسكينا»

و بمكاتبه ابن مهزيار(٢) للهادى عليه السلام «كتبت إليه: يا سيدى رجل نذر أن يصوم يوما لله تعالى فوق ذلك اليوم على أهله ما عليه من الكفاره؟ فأجاب: يصوم يوما بدل يوم و تحرير رقبه مؤمنه»

و مكاتبه القاسم الصيقل(٣) على ما فى المسالك بناء على عدم خصوصيه للصوم، و أن المراد من الرقبه الإشاره إلى التخيير و إن كان فيه ما فيه، لاشتراكها بينها و بين كفاره اليمين، نعم قد يرجح الأول ما سمعت.

و حينئذ فيكون الواجب فى كل واحده من الكفارات الثلاث أو الأربع عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا على الأظهر خلافا للمحكى عن الصدوق فى النذر، فجعلها كفاره يمين، و وافقه المصنف فى النافع و جماعه، ل

قول الصادق عليه السلام فى حسن الحلبي(٤) «إن قلت: لله على فكفاره يمين»

و خبر حفص بن غياث(٥) عنه عليه السلام أيضا «سألته عن كفاره النذر، فقال: كفاره النذر كفاره اليمين»

و خبر صفوان الجمال(٦) عن أبى عبد الله عليه السلام «قلت له:

بأبى و أمى جعلت على نفسى مشيا إلى بيت الله، قال: كفر يمينك، فإنما جعلت على نفسك يمينا»

إلى آخره

و لصحيح ابن مهزيار(٧) قال «كتب بन्दار مولى

١-١ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب الكفارات الحديث ٧ عن عبد الملك بن عمرو.

٢-٢ الوسائل الباب-١٠- من كتاب النذر و العهد الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-٧- من أبواب بقيه الصوم الواجب الحديث ٣ من كتاب الصوم.

٤-٤ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٥-٥ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب الكفارات الحديث ٤.

٦-٦ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب الكفارات الحديث ٣.

٧-٧ الوسائل الباب-٧- من أبواب بقيه الصوم الواجب الحديث ٤ من كتاب الصوم.

إدريس يا سيدى إنى نذرت أن أصوم كل سبت و إن أنا لم أصمه ما يلزمنى من الكفاره؟ فكتب عليه السلام و قرأته: لا تتركه إلا من عله، و ليس عليك صومه فى سفر و لا مرض إلا أن تكون نويت ذلك، و إن كنت أفطرت فيه من غير عله فتصدق بقدر كل يوم سبعة مساكين»

بناء على قراءه «شبعه» بإبدال السين المهمله بالشين المعجمه مع الباء الموحده، و المراد من المساكين العشره، أو على السهو من النساخ بإبدال العشره بالسبعه، كما يومئ إليه ما حكاه فى المسالك من تعبير الصدوق ره فى المقنع بمضمونه مبدلا للسبعه بالعشره، بل قال: «هو عندى كذلك بخطه الشريف».

بل أظن فى المسالك فى ترجيح الحسن المزبور على خبر عبد الملك سندا و دلاله مؤيدا له بما سمعت من النصوص إلا أنها أجمع موافقه للعامه، بل فى المسالك اتفاق روايات العامه (١) التى صححوها عن النبى صلى الله عليه و آله على مضمونها، و من الغريب ذكر ذلك مؤيدا للحسن، مع أن الميزان الشرعى بخلافه، خصوصا فى مثل المكاتبه التى يراعى فيها التقية غالبا.

و بذلك - مضافا إلى ما سمعته من نصوص العهد و الإجماعين و الشهره - يظهر لك رجحان الأولى عليها، فما أظن فيه فى المسالك من ترجيح العكس فى غير محله، كما أنه لا وجه للجمع بينها بحمل السابقه على كفاره النذر المتعلق بالصوم و الأخيره على غيره، كما عن المرتضى فى بعض كتبه، و ابن إدريس و العلامه فى غير المختلف، خصوصا مع عدم الشاهد عليه سوى وجه اعتبارى، و هو مساواته بسبب تعلقه بالصوم لكفارته، و هو كما ترى.

بل لعل جمع الشيخ بينها بحمل الأولى على غير العاجز و الأخيره عليه أولى، لشهاده

خبر جميل بن صالح (٢) عن أبى الحسن موسى عليه السلام له، قال: «كل

١- ١ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٦٩ الى ٧٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب الكفارات الحديث ٥.

من عجز عن نذر نذره فكفارته كفاره يمين»

و إن كان قد يناقش بأن الظاهر إرادته عجز عن المنذور لا عن الكفاره، فيحمل على ضرب من الندب، بل ربما كان شاهدا للمختار في الجملة.

و نحوه

خبر عمر بن خالد (١) عن أبي جعفر عليه السلام «النذر نذران، فما كان لله تعالى فف به، و ما كان لغير الله فكفارته كفاره يمين»

بناء على أن المراد من غير الله تعالى فيه ما ينذره الإنسان معلقا له على شىء لإرادته عدم فعله نحو اليمين، و ربما احتتمل أن المراد كفاره إيقاع النذر لغير الله تعالى.

و لكن لا يخفى عليك بعده و أن ما ذكرناه أقرب منه، بل قد يشهد له

خبر عمر بن حريث (٢) سأل الصادق عليه السلام «عن رجل قال: إن كلم ذا قرابه له فعليه المشى إلى بيت الله تعالى و كل ما يملكه في سبيل الله تعالى و هو برىء من دين محمد صلى الله عليه و آله، قال: يصوم ثلاثه أيام، و يتصدق على عشره مساكين»

بل و

خبر على و إسحاق ابني سلمان عن إبراهيم بن محمد (٣) قال لهما: «كُتبت إلى الفقيه عليه السلام يا مولاي نذرت أن أكون متى فاتتني صلاه الليل صمت في صبيحتها، ففاته ذلك كيف يصنع؟ و هل له من ذلك مخرج؟ و كم يجب عليه من الكفاره في صوم كل يوم تركه إن كفر إن أراد ذلك؟ فكتب يفرق عن كل يوم بمد من طعام كفاره»

بناء على ن ذلك ضرب آخر من الندب لعدم لزوم هذا النذر.

بل قد يقال: إنه مما ذكرنا ينقذ وجه آخر للجمع بين النصوص، يحمل

١-١ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب الكفارات الحديث ٦ عن عمرو بن خالد كما في الاستبصار ج ٤ ص ٥٥.

٢-٢ الوسائل الباب-٢٠- من أبواب الكفارات الحديث ٢ عن عمرو بن حريث كما في التهذيب ج ٨ ص ٣١٠- الرقم ١١٥٣.

٣-٣ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب الكفارات الحديث ٨ عن على و إسحاق ابني سليمان عن إبراهيم بن محمد كما في

التهذيب ج ٤ ص ٣٢٩.

النصوص (١) الداله على أن كفارته كفاره اليمين على خصوص النذر المراد به ذلك و لو على ضرب من الندب، و هذا كله سبب رجحان النصوص المزبوره بما سمعت، فالمتجه حينئذ طرح ما عارضه أو حمله على ما لا ينافيها.

و على كل حال فما عن سلار و الكراجكى و ظاهر بعض - من أن كفاره النذر و العهد كفاره الظهر - واضح الضعف، بل لم أعثر له على مستند، و كذا ما عن الجامع من أنه إن أحث بما نذره عمدا مع تمكنه منه فان كان له وقت معين فخرج فعليه كفاره شهر رمضان، فان لم يقدر فكفاره يمين، و فقه القرآن للراوندى من أن كفاره النذر مثل كفاره الظهر، فان لم يقدر كان عليه كفاره اليمين.

[ما يحصل فيه الأمان]

و أما ما يحصل فيه الأمان و هما التخيير و الترتيب فهو كفاره اليمين، و هى عتق رقبه أو إطعام عشره مساكين أو كسوتهم، فان عجز صام ثلاثه أيام بلا - خلاف أجده فيه، بل فى المسالك «الحكم فى هذه الكفاره محل وفاق بين المسلمين من حيث إنها منصوصه فى القرآن» (٢).

[كفاره الجمع]

و أما كفاره الجمع ف هى كفاره قتل المؤمن عمدا ظلما، و هى عتق رقبه و صوم شهرين متتابعين و إطعام ستين مسكينا بالإجماع و المعتمره المستفيضة (٣) كما فى الرياض، و يأتى تمام الكلام فيها فى محله إنشاء الله.

١- ١ الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات.

٢- ٢ سورة المائدة: ٥- الآية ٨٩.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الكفارات و الباب - ٩ و ١٠ - من أبواب القصاص فى النفس.

[المقصد الثاني فيما اختلف فيه]

اشاره

المقصد الثاني فيما اختلف فيه، و هي سبع:

[الاولى من حلف بالبراءه فعليه كفاره ظهارا]

الاولى:

من حلف بالبراءه من الله تعالى شأنه أو من رسوله صلى الله عليه و آله أو من الأئمه عليهم السلام المراد بها هنا نفى التعلق دينا و دنيا من سائر الوجوه، و كذا ما فى معناها فعليه كفاره ظهار، فان عجز فكفاره يمين فى المحكى عن الشيخين و جماعه، بل عن الغنيه الإجماع عليه، بل عنها ذلك بمجرد و إن لم يحث، كما عن الطوسى و القاضى.

خلافًا للمحكى عن المفيد و الديلمى من ترتبها على الحنث، و عن ابن حمزه عليه كفاره نذر، و عن الصدوق أنه يصوم ثلاثه أيام و يتصدق على عشره مساكين، و لعله لخبر عمر بن حريث (١) المتقدم فى المسأله السابقه بناء على أن ما فيه للحلف بالبراءه، و عن التحرير و المختلف التكفير بإطعام عشره مساكين، لكل مسكين مد، و يستغفر الله تعالى شأنه،

للسحيح (٢) «كتب محمد بن الحسن الصفار إلى أبى محمد العسكري عليه السلام رجل حلف بالبراءه من الله و رسوله فحنث ما توبته و كفارته؟

فوقع عليه السلام يطعم عشره مساكين، لكل مسكين مد، و يستغفر الله عز و جل»

و لا بأس بالعمل بمضمونها لصحتها كما فى المسالك.

و لكن قيل كما عن الشيخ و ابن إدريس و أكثر المتأخرين:

يأثم و لا كفاره، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأننا لم نعر على ما يدل

١-١ راجع التعليقه ٢ من ص ١٧٧.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب الكفارات الحديث ١.

على القول الأول بل ولا على أن كفارته كفاره النذر عدا الإجماع الذى هو مع وهنه بشده الخلاف فى المسأله معارض بما عن الشيخ فى الخلاف من إجماع الإماميه و أخبارهم على العدم، فالأصل حينئذ بحاله، و خبر عمر بن حريث (١) المتقدم مع احتمالاه ما قدمناه فى المسأله السابقه غير جامع لشرائط الحجيه كى يصلح قاطعا للأصل، بل و كذا الصحيح الموهون بالاعراض عنه إلى زمن الفاضل فعمل به فى بعض كتبه، و من هنا قال المصنف فى المحكى عنه من نكت النهايه: «إن ما تضمنه نادر» و لعله لاتفاق جميع ما سمعت من الإجماعين و الشهره البسيطة و المركبه على خلافه، فلا بأس بحمله على ضرب من الندب.

نعم لا- خلاف فيما أجده فى أصل الحرمه، بل الإجماع بقسميه عليه، من غير فرق بين الصدق و الكذب و الحنث و عدمه، و تحليف الصادق عليه السلام الرجل الذى افترى عليه بالبراءه من حول الله و قوته (٢) قضيه فى واقعه خاصه لحكمه من الحكم، فلا تدل على الجواز الذى قد علمت عدم الخلاف بل الإجماع على عدمه، بل عن فخر المحققين إجماع أهل العلم على عدم جوازه.

مضافا إلى

المرسل (٣) عن النبى صلى الله عليه و آله «إنه سمع رجلا يقول: أنا برىء من دين محمد، فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله: ويلك إذا برئت من دين محمد فعلى دين من تكون؟ قال: فما كلمه رسول الله صلى الله عليه و آله حتى مات»

و عن يونس بن ظبيان (٤) أنه قال لى: «يا يونس لا تحلف بالبراءه منا، فإن من حلف بالبراءه منا صادقا أو كاذبا فقد برىء منا»

بل فى التنقيح جاء

عنهم عليهم السلام (٥) «إذا عرضتم على البراءه منا

١- ١ راجع التعليقه ٢ من ص ١٧٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٣- من كتاب الايمان الحديث ١ و ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الايمان الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الايمان الحديث ٢.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب الأمر و النهى الحديث ٨ و ٩ و ١٠ و ٢١ و هو نقل بالمعنى.

و إن كان كالأول في غير الحلف بالبراءة، بل هو في أصلها، و قد استفاضت النصوص (١) في النهي عنها للتقيه و إن كان العمل على خلافها، خصوصا إذا كانت لحفظ النفس من القتل، مع أنها براءة لفظية لا- قلبية، بل قوله تعالى (٢) «إِلَّا مَنِ أُوْكَرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ» كالصريح في جوازها فضلا عما دل على (٣) أن الإكراه مما رفع عن الأمة، فلا بد من حمل تلك النصوص على ضرب من المبالغة في أمر البراءة.

بل منه يستفاد في الجملة حكم المقام الذي هو قسم من البراءة أيضا و إن كانت بعنوان الحلف المعلوم عدم انعقاده بها و حرمة لمعلوميه عدم جواز الحلف بغير الله، بل في التنقيح «التلفظ بذلك أي البراءة إن علقه على محال لا يخرج عن الإسلام، لأن حكم المعلق حكم المعلق به، و إن علقه على ممكن فهل يخرج به عن الإسلام، أم لا؟- الحق نعم، لقيام الدليل على وجوب الثبات على الاعتقاد الصحيح، و امتناع الانتقال عنه، فإذا علق على ممكن و الممكن جائز الوقوع فيقع المعلق عليه، نعم إن كان المتلفظ يعلم معنى التعليق كفر في الحال و إلا فلا».

و لعله إلى ذلك أشار في الرياض حيث قال: (بقوله خ ل): «إن الحلف بالبراءة يحتمل الكفر في بعض صورته» و كان مراده بالعلم بمعنى التعليق قصده، فيكون الحاصل أنه متى قصد معنى التعليق و كان المعلق عليه أمرا ممكنا نافي الجزم المأمور به في الاعتقاد، نعم إن قصد بذلك المبالغة في الامتناع عن المحلوف عليه لم يكن كفرا، و لكن المتجه على هذا عدم الفرق بين كون المعلق عليه أمرا محالا و عدمه، ضروره منافاه التعليق على كل حال للجزم.

و لعله لذا قال الكركي في حاشيته على الكتاب في المقام: «و هل يكفر بذلك؟»

١- ١ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب الأمر و النهي من كتاب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر.

٢- ٢ سورة النحل: ١٦- الآية ١٠٦.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب جهاد النفس من كتاب الجهاد.

يحتمل، لأن تعليق الكفر على بعض الحالات التي لا- دخل لها في حصوله يقتضى الحصول بدونها، و الظاهر العدم، لأنه يراد بذلك المبالغه فى المنع غالباً، و ما أشبهه بقول (١) إن شهد فلان فهو صادق إلى آخره. و لم يفرق مع تحقق التعليق بين كون المعلق عليه محالاً- أو لا- نعم ظاهر كلامه أن احتمال الكفر لعدم مدخلية التعليق فى تحقق البراءة التى هى مقتضى الكفر، إما لأنها كالشتم و السب المعلقين، فإنهما متحققان و إن علقا، و إما لأن البراءة ليست من قسم الإيقاع المعلوم الذى له آثار يرجع إليها التعليق، بل هى ليست إلا معناها الحاصل بقصد إنشاءه سواء علق أو لا.

و على كل حال فلا- ريب فى ظهور كلمات الأصحاب فى عدم الكفر فى الفرض الذى أمروا فيه بالكفاره و الاستغفار على اختلاف أقوالهم من المفيد إلى زماننا، قال فى محكى المقنعه: «قول القائل: أنا برىء من الإسلام أو أنا مشرك إن فعلت كذا باطل، لا يلزمه إذا فعل كفاره، و قسمه بذلك خطأ منه، و يجب إن يندم عليه و يستغفر الله تعالى شأنه» و كذا غيره و إن اختلفت كلماتهم فى أصل الكفاره و فى كفييتها و فى عدمها، و كذا ظاهر ما سمعته من المكاتبه (٢) و غيرها.

و لعله لأن المراد من اليمين بالبراءة غالباً المبالغه لا التعليق حقيقه كى يتحقق به الكفر الذى ينبغى أن يحمل عليه ما سمعته من خبر يونس بن ظبيان (٣) السابق، أو المبالغه فى تحريم الصوره المزبوره و الكف عنها.

١- ١ فى النسخه المخطوطه المبيضة «و مما أشبهه» كما هو المحتمل فى المسوده أيضا و كتب كلمه «بقول» فى هامش المبيضة برمز «بدل» و هى ليست فى المسوده أصلاً.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الايمان الحديث ٢.

[الثانيه في جز المرأه شعرها في المصاب فعلها كفاره الصيام]

الثانيه:

في جز المرأه شعرها في المصاب عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا كما عن المراسم و الوسيله و الإصباح و الجامع و النزاه و النافع، بل في المقنعه و الانتصار و عن النهايه «أن فيه كفاره قتل الخطأ: عتق رقبه أو إطعام ستين مسكينا أو صيام شهرين متتابعين».

لكن في كشف اللثام «عن الشيخين أنهما نصا على الترتيب في قتل الخطأ، و حينئذ فيحتمل أن يكون التشبيه في الخصال و الترتيب جميعا، و يكون التعبير بأو إجمالا للترتيب، و أن يكون التشبيه في أصل الخصال» و إن كان فيه أن نص المقنعه على أنها مثل كفاره شهر رمضان التي نص على أنها مخيره، و يمكن أن يكون مذهب المرتضى ذلك أيضا، بل لعله هو الظاهر من عبارته هنا، و حينئذ فيكون إجماع الانتصار على التخيير.

مضافا إلى

خبر خالد بن سدير^(١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شق ثوبه على أبيه أو على امه أو على أخيه أو على قريب له، فقال: لا بأس بشق الجيوب، قد شق موسى بن عمران على أخيه هارون، و لا يشق الوالد على ولده، و لا زوج على امرأته، و تشق المرأه على زوجها، و إذا شق الزوج على امرأته أو والد على ولده فكفارته حنث يمين، و لا صلاح لهما حتى يكفرا أو يتوبا عن ذلك، و إذا خدشت المرأه وجهها أو جزت شعرها أو نتفته ففي جز الشعر عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا، و في الخدش إذ أدمت و في النتف كفاره حنث يمين، و لا شيء في اللطم على الخدود سوى الاستغفار و التوبه، و لقد شققن الجيوب و لطمن الخدود الفاطميات على الحسين بن علي عليهما السلام، و على مثله تشق الجيوب و تلطم الخدود»

المنجبر بفتوى من عرفت، بل الإجماع المحكى كما

ستعرف، بل لم يعرف المخالف فى العمل بما فى ذيله من حكم المسأله الثالثه، بل عن ابن إدريس «أن أصحابنا مجمعون عليها فى تصانيفهم وفتاواهم» إلى آخره، فلا وجه للتوقف فى العمل به من الطعن فى سنده، كما وقع من بعض من ذوى الاختلال فى الطريقه، كما لا وجه للتوقف فيه من جهه الدلاله، كما وقع للفخر، ضروره ظهور لفظه «فى» هنا كظائر فى إفاده التسبيب.

و لكن مع ذلك قيل كما عن الحلبي مثل كفاره الظهار مدعيا الإجماع عليه، بل فى الرياض عن الانتصار ذلك أيضا قال: «لكن ذيل عبارته ظاهر فى التخيير و إن حكم فى صدرها بأنها كفاره ظهار، و نحوه كلام الشيخ فى محكى التحرير إلا أن الصدر أصرح، فليحمل الذيل كالروايه بمعونه فتوى الجماعه على بيان الجنس على التفصيل، لا كونها مخيره كما ذكره بعض الأجله، فتكون الروايه حجه فى المسأله، لانجبار ضعفها بالشهره العظيمه و حكايه الإجماعين المتقدمين».

و فيه أن الموجود فى عباره الانتصار تشبيها بكفاره قتل الخطأ التى هى مخيره عند المفيد و سلالر، و مذهب المرتضى غالبا على وفق مذهبهما، فالمظنون ما هو ظاهر العباره من التخيير فيهما، فيتفق الصدر، و يكون إجماعه الذى ذكره حجه للمسأله، مضافا إلى الخبر، و لعل فتوى من عرفت شاهد على صحه الإجماع المزبور، لا- على أنها كفاره ظهار الذى لم يعرف القول به ممن تقدمه، بل و لا من تأخره عدا الحلبي و الشهيد فى اللمعه.

و بذلك يظهر لك و هن إجماع ابن إدريس، كما أن منه يظهر غرابه ما سمعته من الرياض، بل ما كنا لنؤثر وقوع مثل ذلك من مثله، بل و يظهر لك أيضا من قول المصنف و الأول مروى (١) (٤)- نوع ميل إليه، بل ينبغى الجزم به، لما عرفت من ضعف القول بأنها كفاره ظهار.

و أما ما فى المتن من أنه قيل: تأثم و لا- كفاره استضعافا للروايه و تمسكا بالأصل فلم نتحققه قبل المصنف، كما عن جماعه الاعتراف به أيضا، كالشهيد فى النكت و غيره، بل قيل: لم يحكه أحد عدا المصنف هنا و الفاضل فى القواعد و الإرشاد، نعم قد اختاره جماعه من المتأخرين كالفخر و ثانى الشهيدين فى المسالك و الروضه و سبطه.

لكن فيه أن ضعف الروايه منجر بما سمعت، فينقطع الأصل بها، مضافا إلى الإجماعين المزبورين المعتضدين بما عن الغنيه من الإجماع على وجوب الصوم هنا، فلا محيص حينئذ عن القول بالوجوب، إنما الكلام فى أنه تخيرى أو مرتب، و الأقوى الأول، لما عرفت، و الأحوط الثانى.

ثم إن سياق الخبر (١) المزبور ظاهر فى كون ذلك للمصاب كما قيد به المصنف و غيره، بل لا- يبعد إرادته من أطلق حتى المرتضى ذلك للانصراف، و دعوى الأولويه ممنوعه، لأن الجز فى المصاب مشعر بعدم الرضا بقضاء الله تعالى دون غيره، نعم لا فرق بين مصاب القريب و البعيد، أما اعتبار جز جميع الشعر فقد جزم به فى المسالك، و فى كشف اللثام إشكال، و لعله من الخلاف فى إفاده مثل هذه الإضافه العموم أو لا، و فيه أنه لا إشكال فى انصراف المقام إلى المتعارف الذى يتحقق فى البعض، بل لو أريد استقصاء الجميع حقيقه ندر تحققه، و لعله لذا قال فى الرياض:

«و هل يفرق بين كل الشعر و بعضه؟ ظاهر إطلاق الروايه العدم، و استقر به فى الدروس، لصدق جز الشعر و شعرها عرفا بالبعض، و هو أحوط، بل لعله أقرب، لكون جز الكل نادرا، فيبعد حمل النص (٢) عليه».

و يلحق بالجز الحلق و الإحراق كما عن بعض، و هو و إن كان أحوط لكنه لا يخلو من نظر، لعدم اندراجه فى موضوع اللفظ، و عدم الفحوى أو الأولويه المفيده، و الله العالم.

١- ١ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب الكفارات الحديث ١.

[الثالثه يجب على المرأة في نتف شعرها في المصاب كفاره يمين]

الثالثه:

يجب على المرأة في نتف شعرها في المصاب الذي هو قلعه خلاف الجز الذي هو القص و خدش وجهها و شق الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته كفاره يمين بلا خلاف أجده، كما اعترف به في الروضه، بل في الانتصار الإجماع عليه، و هو الحجبه بعد الخبر(١) المنجبر بما سمعت بل قد سمعت ما حكيناه عن ابن إدريس من دعوى إجماع الأصحاب عليه في تصانيفهم و فتاواهم، ثم قال: «فصار الإجماع هو الحجبه، و بهذا أفتى» و من ذلك يعلم ما في نسبه بعض النذب إليه، نعم بعض متأخرى المتأخرين ممن لا يرى العمل إلا بالخبر الصحيح قد مال في المقام إلى القول بالاستحباب، و هو بعد العلم بأن منشأه فساد الطريقه لا يعاب بخلافه.

و الكلام في تقييد ذلك بالمصاب و في الاجتزاء ببعض الشعر ما سمعته في المسأله السابقه.

نعم ظاهر إطلاق الفتوى فيما عدا النهايه بل و معقد الإجماع الاكتفاء بمسمى الخدش الذي لا يستلزم الإدماء، لكن قد عرفت تقييده بذلك في الخبر(٢) اللهم إلا- أن يقال بملازمه الخدش في المصاب للإدماء غالبا، فيبقى غيره على مقتضى الأصل إلا أن الأحوط الاجتزاء بالإطلاق، خصوصا بعد تصريح الفاضل في التحرير بعدم اعتباره معترفا بظهور الخبر فيه.

و لا- يعتبر خدش جميع الوجه كما لا عبره بادماء غيره فضلا عن خدشه و لا بشق ثوبها على ولدها أو زوجها و لا بقص الرجل شعره و لا نتفه، إذ المدار على عنوان الحكم في النص و الفتوى، و هو ما لا يشمل ذلك، و القياس و الاستحسان و الاجتهاد من غير ضوابطه الشرعيه غير جائزه في مذهبننا، بل من ذكر حكم النتف مغايرا للجز ينقدح الشك في إلحاق الحلق و الحرق بالجز كما يظهر من بعض، لدعوى

١- ١ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب الكفارات الحديث ١.

القطع بالمساواه أو الأولويه.

ثم المعتبر في شق الثوب المتعارف منه في المصاب، لأنه المنصرف منه لا مطلق شقه كما قيل، بل عن بعض أنه لا فرق فيه بين الملبوس وغيره، ولا بين شقه ملبوسا أو منزوعا، إذ هو كما ترى وإن كان أحوط، نعم لا فرق في متعارفه بين الاستيعاب و عدمه.

كما أن الأحوط ما قيل من عدم الفرق في الولد بين الذكر والأنثى وإن نزل، لا ولد الأنثى وإن كان لا يخلو من نظر، لما تحقق في محله أنه ولد حقيقه أيضا، و دعوى تبادل غيره يجرى أيضا في ولد الذكر، و ما في الرياض من «أن التعميم بالإضافه لعله مستفاد من الاستقراء» ثم قال:- و لا ريب أن الأحوط التعميم مطلقا، بل لا يبعد الحكم به، للفحوى» لا يخفى عليك ما فيه من دعوى الاستقراء و الفحوى، نعم لا إشكال في أنه أحوط.

كما لا ريب في ثبوت الحكم في الزوجه الدائمه سواء كانت حره أو أمه، بل في الرياض «أنها المتبادر منها نصا و فتوى قطعا، فيرجع في المتمتع بها إلى الأصل، خلافا لجماعه من أصحابنا، فألحقوها بالأولى، فإن كان إجماع و إلا فيأتى فيه ما مضى، مضافا إلى احتمال كون الصدق عليها مجازا، بل هو الظاهر من الأصول كما مر مرارا إلا أن يستدل عليه بالفحوى».

و فيه أنه لا إشكال، في صدق الزوجه عليها، و لا ينافيه تخلف بعض أحكامها عنها لأدله مخصوصه، و احتمال المجازيه واضح الضعف، و الأصول لا مدخلية لها في الصدق العرفي، و الفحوى التي ذكرها ممنوعه على وجه تكون مدركا للحكم مع فرض المجازيه أو عدم الانصراف.

نعم قد يشك في إلحاق المطلقه رجعا بها و إن صرح به بعض باعتبار الشك في عموم المنزل له لمثل الفرض مع أنه لا ريب في كونه أحوط إن لم يكن أقوى خصوصا بعد ملاحظه ثبوت ما هو أخفى من ذلك لها.

أما الأمه فلا ريب في عدم اندراجها و إن كانت أم ولد، و من الغريب احتمال

إلحاقها أيضا للفحوى التي قد عرفت منعها على وجه تكون دليلا بل من الاتفاق هنا على العدم يتأيد عدم تحققها، كما هو واضح.

هذا وقد تقدم سابقا الكلام فى حكم الشق حلا و حرمة من الرجل و الامراه، فلاحظ و تأمل.

كما أنه تقدم الكلام أيضا مفصلا فى:

[الرابعة إنما يجب الكفاره فى وطء الزوجه فى الحيض مع التعمد و العلم بالتحريم و التمكن من التكفير]

الرابعة: التي هى حكم كفاره و طء الزوجه فى الحيض مع التعمد و العلم بالتحريم و التمكن من التكفير فإنه قيل: يستحب، و قيل: يجب، و هو الأحوط بل الأقوى، و كذا تقدم الكلام فى مقدارها الذى هو الدينار و نصفه و ربعه، فلاحظ و تأمل.

و منه أيضا يعلم الحال فيما ذكره غير واحد من أنه لو وطأ أمته حائضا كفر وجوبا بثلاثة أمداد من الطعام بل عن المرتضى الإجماع عليه، و قيل استحبابا، و الأول هو الأقوى أيضا.

[الخامسة من تزوج امرأه فى عدتها فارق و كفر بخمسه أصوع من دقيق]

الخامسة:

من تزوج امرأه فى عدتها فارق و كفر بخمسه أصوع من دقيق و فى وجوبها خلاف فعن صريح جماعه و ظاهر آخرين ذلك أيضا، ل

خبر أبى بصير(١) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن امرأه تزوجها رجل فوجد لها زوجا، قال: عليه الحد و عليها الرجم، لأنه قد تقدم بعلم و تقدمت هى بعلم، و كفارته إن لم يقدم إلى الامام أن يتصدق بخمسه أصوع دقيقا»

و المرسل إليه أيضا(٢) عن أبى عبد

١- ١ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب حد الزنا الحديث ٥ من كتاب الحدود.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب الكفارات الحديث ١.

الله عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه و لها زوج، فقال: إذا لم يرفع خبره إلى الإمام فعليه أن يتصدق بخمسه أصوع دقيقا بعد أن يفارقها»

قيل و المناقشه فى السند مدفوعه بفتوى من عرفت.

و فيه- مع عدم بلوغ ذلك حد الشهره- أن العنوان فى كلامهم ذات العده و فى الخبرين ذات الزوج، و هما متغايران، فما فيهما لا عامل به، و ما فى الفتوى لا شاهد له، و دفع ذلك- بشمولها و لو بترك الاستفصال لذات العده الرجعيه، و لا قائل بالفرق بينها و بين البائنه- كما ترى، نعم لا- وجه للمناقشه فى الدلاله، لظهور لفظه «على» و الجملة الخبريه المقصود بها الإنشاء فى ذلك، لكن لا- يجدى ذلك فى إثبات المطلوب بعد ما عرفت، بل ما اشتملا عليه من الشرط لم أجد عاملا به، كما اعترف به فى الرياض، و هو موهن آخر لهما، نعم لا بأس بالعمل بهما على جهه الندب الذى يتسامح فيه.

و لذا قال المصنف الاستحباب أشبه خصوصا بعد حكاية الشهره بين المتأخرين عليه، بل لا بأس بذلك فيما تضمنته الفتوى أيضا و لو للاحتياط، و فى الانتصار «التكفير بخمسه دراهم مدعيا عليه الإجماع» و هو غريب، إذ لم نعرف القول به من غيره، كما اعترف به بعضهم، و من هنا حمله بعضهم على إرادته القول الأول، و لكن يجتزأ عن الصاع بدرهم قيمه، و فيه أنه لا دليل أيضا على الاجتزاء بذلك فى المقام و لا- فى غيره مما كانت الكفاره فيه الإطعام، كما تسمعه إنشاء الله، فالأولى الاقتصار فيها على الدقيق، و أولى منه اعتبار دقيق الحنطه و الشعير اللذين هما من جنس ما يخرج فى الكفاره، كما جزم به فى التنقيح، و لعله للانصراف، مؤيدا بالاحتياط، و الله العالم.

[السادسه من نام عن العشاء حتى تجاوز نصف الليل أصبح صائما من دون كفاره]

السادسه:

من نام عن العشاء حتى تجاوز نصف الليل أصبح صائما على روايه فيها ضعف بالإرسال و هي روايه

عبد الله بن المغيره(١) عن حدثه عن الصادق عليه السلام «فى رجل نام عن العتمه و لم يقم إلا بعد انتصاف الليل، قال: يصلها و يصبح صائما»

و فى الانتصار بعد أن ذكره من متفردات الإماميه و حكى عن الفقهاء الخلاف فى ذلك قال: «دليلنا على صحه قولنا- بعد الإجماع الذى تردد- الطريقه التى ذكرناها من قوله تعالى (٢) «وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ» و أمره عز و جل بالطاعه(٣)» بل عن الغنيه نحو ذلك أيضا.

و لكن مع ذلك و كونه أحوط لعل الاستحباب أشبه بأصول المذهب و قواعده التى من مقتضاها عدم حجيه المرسل المذكور و إن كان الذى أرسله إماميا من أصحاب الإجماع كما حرر فى محله، و إجماع السيدين كغيره من إجماعات القدماء لا وثوق بالمراد منها على وجه تستريح النفس فى الفتوى بها بالوجوب و الحرمة، و إن قلنا بحجيه الإجماع المنقول لكن فى الغالب ينقلونه على مقتضى العمومات و نحوها، أو على غير ذلك مما لا يفيد فى إثبات المطلوب.

و دعوى انجبار المرسل بصريح فتوى جماعه من القدماء و ظاهر باقيهم لأمرهم به الظاهر فى الوجوب لم نتحققها فى غير المرتضى، بل و فيه أيضا، خصوصا بعد ملاحظه ما وقع لهم غير مره من التعبير عن المندوب بالوجوب و عن المكروه بالعصيان، على أن المحكى عن الشيخين أنهما أطلقا الإصباح صائما، و مع ذلك معارض بما

١- ١ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب المواقيت الحديث ٨ من كتاب الصلاه مع اختلاف يسير، و فى التهذيب ج ٨ ص ٣٢٣ كالجواهر.

٢- ٢ سورة الحج: ٢٢- الآيه ٧٧.

٣- ٣ سورة آل عمران: ٣- الآيه ٣٢ و ١٣٢.

عن ابن إدريس و من تأخر عنه كالمصنف و الفاضل و غيرهما من التصريح بالندب، فهو موهن لها، مؤيدا بمعلومية كون الأصل فى الكفاره أن تكون عن ذنب، و ليس فى الفرض بناء على أن ذلك كفاره، كما هو ظاهر الأصحاب أو صريحهم، إلا أن يكون المراد نام عنها عمدا، و هو خلاف الظاهر.

كل ذلك مع عدم تعرض الخبير المزبور لقضاء ذلك اليوم لو فرض تعذر صومه بعذر شرعى كحيض أو سفر أو مرض أو غير ذلك، كما أنه لا-تعرض فيه لحكمه لو أفطره عمدا و إن قال فى الدروس: «و لو أفطر فى ذلك اليوم أمكن وجوب الكفاره لتعيينه، و عدمه لتوهم أنه كفاره و لا كفاره فيها، و لو سافر فيه فالأقرب الإفطار و القضاء، و كذا لو مرض أو حاضت المرأة، مع احتمال عدم الوجوب فيهما و فى السفر الضرورى، لعدم قبول المكلف الصوم، و كذا لو وافق العيد أو التشريق، و لو وافق صوما متعينا فالأقرب التداخل، مع احتمال قضائه».

لكن الجميع كما ترى مجرد تهجس، بل لعل إهمال ذلك كله و غيره دليل الاستحباب الذى يقع فيه مثل هذا الإهمال بخلاف الواجب، مضافا إلى ما فى النهايه من التعبير بأنه «يصبح صائما كفاره لذنبه فى النوم عنها إلى ذلك الوقت» و نحوه فى الانتصار، و من المعلوم عدم الذنب على النائم، فهو أماره أخرى للندب فى كلامهم.

فمن الغريب ما فى الرياض من الميل إلى الوجوب، بل فى بعض كلامه نفى الاشكال عنه، إذ قد ظهر لك أن الأمر بالعكس، و الله العالم.

و على كل حال فلا يلحق به ناسى غير العشاء بالنوم قطعا.

[السابعه من نذر صوم يوم فعجز عنه]

السابعه قال الشيخ فى النهايه التى هى متون أخبار من نذر صوم يوم فعجز عنه أطعم مسكينا مدين ل

خبر إسحاق بن عمار(١) عن الصادق عليه السلام «فى رجل يجعل عليه صياما فى نذر و لا يقوى، قال: يعطى من يصوم عنه كل يوم مدين»

و فى خبر آخر(٢) «عن رجل نذر صياما فتقل عليه الصوم، قال: تصدق عن كل يوم بمد من حنطه»

مضافا إلى

الصحيح (٣) المتقدم سابقا «من عجز عن نذر نذره فعليه كفاره يمين»

بناء على ما قلناه فيه.

و لكن اختلاف متنها و ضعف سند الأولين منها و عدم وضوح دلالة الأول منها أيضا يشهد للندب على تفاوت مراتبه، خصوصا بعد ملاحظه قاعده سقوط النذر بالعجز عنه من غير استتباع الكفاره التى قد عرفت أصاله كونها عن ذنب.

و إليه أشار المصنف بقوله و ربما أنكر ذلك قوم بناء على سقوط النذر مع تحقق العجز و حينئذ يسهل الأمر فى مدرك قوله فان عجز تصدق بما استطاع، فان عجز استغفر الله تعالى الذى قد اعترف بعض الناس بعدم العثور عليه، للتوسع فى الندب الذى يكفى فيه هنا إطلاق بعض النصوص (٤) فى مطلق العجز عن الكفاره، و قاعده «لا يسقط» و نحو ذلك مما لا يكفى فى الندب و يكفى فى الوجوب.

هذا و فى التنقيح «عن المفيد يقضى و لا كفاره، و عن ابن إدريس إن رجى زوال

١-١ الوسائل الباب-١٢- من كتاب النذر و العهد الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من كتاب النذر و العهد الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب الكفارات الحديث ٥.

٤-٤ الوسائل الباب-٦- من أبواب الكفارات.

العجز أظفر و قضى من غير كفاره- ثم قال:- و فى الكل نظر، لأن ذلك اليوم إما معين أو غيره، و الثانى يأتى به أى وقت شاء و لا كفاره، و الأول لا إثم عليه مع العجز، فلا وجه لوجوب الصدقه و الاستغفار».

قلت: ظاهر هذه الكلمات فرض المسأله فى العجز عنه بعد الشروع فيه، و عبارته المصنف و غيره لا تأباه كالخبرين و إن كان فرض المسأله فى الأعم أولى، لأن الحكم ندبى، و كذا لا فرق بين المعين و غيره مع فرض العجز الظاهر فى الاستمرار، و الأمر سهل.

و من المندوب

ما عن الصادق عليه السلام (١) من أن «كفاره عمل السلطان: قضاء حوائج الإخوان».

و «كفاره المجالس أن تقول عند قيامك منها: سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعِزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ، وَ سَلَامٌ عَلَى الْمُرْسَلِينَ، وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ» (٢).

و «كفاره الضحك: اللهم لا تمقتنى» (٣).

و «سئل رسول الله صلى الله عليه و آله ما كفاره الاغتياب؟ فقال: تستغفر لمن اغتبته» (٤).

و قد تقدم الكلام فى ذلك فى بحث الغيبة.

و قال عليه السلام (٥) أيضا: «الطيره على ما تجعلها، إن هونتها تهونت و إن شددتها تشددت، و إن لم تجعلها شيئا لم تكن شيئا»

و قال رسول الله صلى الله عليه و آله (٦): «كفاره الطيره التوكل».

و قد سمعت ما فى

خبر خالد (٧) عنه عليه السلام أيضا من أنه «لا شىء فى اللطم على

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب الكفارات الحديث ١.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب الكفارات الحديث ١.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٤- من أبواب الكفارات الحديث ١.
 - ٤- ٤ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب الكفارات الحديث ١.
 - ٥- ٥ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب الكفارات الحديث ٢.
 - ٦- ٦ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب الكفارات الحديث ٢.

الحدود سوى الاستغفار و التوبه».

[المقصد الثالث فى خصال الكفارات]

اشاره

المقصد الثالث فى تفصيل حكم خصال الكفارات، و هى العتق و الصيام و الإطعام

[القول فى العتق]

اشاره

ف القول أولا فى العتق و لا إشكال كما لا خلاف فى أنه يتعين على الواجد فى الكفارات المرتبه لأنه العنوان للحكم كتابا(١) و سنه(٢) و معقد إجماع، و مرجعه إلى العرف.

و حينئذ ف يتحقق الوجدان بملك الرقبه فاضله عن حاجته لرفعه أو مرض، كما صرح به غير واحد و إن كان عدم تحقق الصدق خصوصا فى الأول لا يخلو من نظر.

و كذا يتحقق عرفا بملك الثمن فاضلا عن المستثنيات مع إمكان الابتاع أى الاعتياض بلا مجازفه تضر فى الحال على نحو ما سمعته فى الوجدان للماء و عدمه، بل بملاحظه ذلك المقام يظهر لك جريان كثير من فروعه هنا، على أنه ستسمع تعرض المصنف لجمله أخرى، فلاحظ و تأمل.

[الأوصاف المعبره فى الرقبه]

اشاره

و (١١) على كل حال ف يعتبر فى الرقبه ثلاثه أوصاف:

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٩٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الكفارات.

[الأول الإيمان]

الوصف الأول:

الإيمان أى الإسلام و هو معتبر فى كفاره القتل عمدا و خطأ إجماعا بين المسلمين بقسميه بعد تصريح الكتاب العزيز به فى الخطأ منه (١)المعلوم إرادته ذلك فيه من حيث إنه كفاره قتل، لا من حيث كونه خطأ، و من هنا لم يفرق أحد بينه و بين العمد الذى هو أولى منه باعتبار ذلك، بل إيجاب الجمع عليه قرينه على إرادته جنس كفاره الخطأ منه، إلا أن الفرق بينهما بالترتيب و الجمع، مضافا إلى ما قيل من إطلاق النصوص (٢)التي فيها الصحيح و غيره و إن كان فيه ما فيه.

نعم فى غيرها كالظهار مثلا على التردد و الخلاف و الأشبه اشتراطه وفاقا للمحكى عن السيد و الشيخ و الحلبي و غيرهم، بل فى الرياض و غيره نسبته إلى الأ-كثر، بل عن انتصار الأول و كشف الحق الإجماع عليه و إن كنا لم نتحققه فى الأول فى خصوص المقام، نعم فى ذلك بالنسبة إلى أصل عتق الكافر، لا- لقاءه حمل المطلق على المقيد و إن اختلف السبب التى تحقق فى الأ-صول خلافها، بل لظهور اتحاد المراد بخصال الكفاره و إن اختلف السبب باعتبار كونها عباده واحده بكيفيه خاصه من غير مدخلية لاختلاف أسبابها كالغسل مثلا.

مؤيدا ذلك ب

صحيح محمد بن مسلم (٣)عن أحدهما عليهما السلام الوارد فى الظهار قال:

«و الرقبه يجزئ عنها صبى ممن ولد فى الإسلام»

و الخبر (٤)الوارد فى كفاره

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٩٢.

٢- ٢ الوسائل الباب-٧- من أبواب الكفارات و الباب-١٧- من كتاب العتق.

٣- ٣ الوسائل الباب-٧- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب-٨- من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ١١ من كتاب الصوم.

شهر رمضان «من أفطر يوما منه فعليه عتق رقبة مؤمنه»

و الخبرين (١) المتقدمين في كفاره المفطر يوما نذره على التعيين من غير عذر الذي فيهما «و تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ».

و بقاعده الاحتياط الواجب مراعاتها عند كثير في مثل المقام تحصيلا للبراءة اليقينية من يقين الشغل.

و بما دل على عدم جواز عتق الكافر من الإجماع المحكى، و

خبر سيف بن عميره (٢) عن الصادق عليه السلام المنجبر سندا و دلالة بالشهره و الإجماع المحكى «أ يجوز للمسلم أن يعتق مملوكا مشركا؟ قال: لا»

و قول الله تعالى شأنه (٣) «و لَا يَتَمَمُوا الْخَيْثَ مِنْهُ تُتَفَقُونَ» المشعر بالعليه باعتبار تعليق الحكم على الوصف في إرادته الخباثة من حيث هي مطلق، سواء كانت لرداء المال أو لفساد العقيدة.

بل قيل: ربما كانت الخباثة من هذه الجهة أولى بالعليه في نحو المسألة المعتر فيها قصد القربة بالإجماع و المعتبره (٤) و أى قربة في عتق رقبة محاده لله تعالى، بل هي مواده صرفه منعت منها الآية الأخرى (٥) إلا أنها في المشرك خاصة، لتصريح الآية الأخرى بالجواز في أهل الذمه (٦) المؤيده هنا

بالمروى من فعل على عليه السلام (٧) «أنه أعتق عبدا نصرانيا فأسلم»

لكن يمكن الذب عن الاختصاص هنا بعدم القائل بالفرق، فان كل من منع من المشرك منع من غيره أيضا، و المعارضه

١-١ الوسائل الباب-٧- من أبواب بقيه الصوم الواجب الحديث ١ و ٣.

٢-٢ الوسائل الباب-١٧- من كتاب العتق الحديث ٥.

٣-٣ سورة البقره: ٢- الآية ٢٦٧.

٤-٤ الوسائل الباب-٤ و ٦- من كتاب العتق و الباب-١٣- من كتاب الوقوف و الصدقات.

٥-٥ سورة المجادله: ٥٨- الآية ٢٢ و سورة الممتحنه: ٦٠- الآية ١.

٦-٦ سورة الممتحنه: ٦٠- الآية ٧.

٧-٧ الوسائل الباب-١٧- من كتاب العتق الحديث ٢.

بالمثل هنا و إن أمكنت إلا أن دفعها ممكن بعد اشتهاار الأخذ بالايه الاولى، و هو من أقوى المرجحات، و غير ذلك مما ستعرفه فى محله، و إن كان فى بعضها ما فيه، خصوصا الآيه التى يمكن الجزم و لو بمعونه ما ورد(١) فيها من التفسير بإراداه الرداءه من الخبث فيها من حيث المالىه الذى هو مقتضى المفهوم من قوله تعالى (٢) «لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ» و من غيره على وجه لا مدخلية لخبث العقيدته و إن كانت مالىه تامه، بل قد يقال: إن المنساق من الإنفاق غير العتق، فما عن الإسكافى و الشيخ و غيرهما- من الجواز للإطلاق الذى يجب الخروج عنه بما عرفت- ضعيف.

و كيف كان ف المراد بالايمان هنا الإسلام الذى هو الإقرار بالشهادتين أو حكمه الحاصل بسبب إسلام أحد الأبوين و لا يعتبر مع ذلك العلم بالتصديق القلى الذى لا يمكن الاطلاع عليه، و إن كان هو الإيمان حقيقه كما يومئ إليه قوله تعالى (٣) «قُلْ: لَمْ تُؤْمِنُوا وَ لَكِنْ قُولُوا: أَسْلَمْنَا» لكن الشارع أجرى على المقر حكم المؤمن قلبا مع فرض عدم الاطلاع على حاله، بل ربما تعدى بعضهم فأجرى عليه حكم المسلم مع العلم بنفاقه مطلقا أو فى بدء الإسلام، إلا أن الأصح خلافه، كما حققناه سابقا.

و كذا لا- يعتبر الايمان بالمعنى الأخص الحادث الذى هو بمعنى الإقرار بالأئمه الاثنى عشر، لتأخره عن زمن الخطابات، خلافا للتفتيح فاعتبره، حاكيا له عن ابن إدريس، لقاعده الشغل التى هى غير مقعده(٤) هنا، و كأن الذى غره فى ذلك ما ذكره الفخر فى الإيضاح من تحرير الخلاف بين القائلين باشتراط الإسلام، فحكى عن المرتضى و ابن إدريس- و والده منهم- القول بالاشتراط و اختاره،

١- ١ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب زكاه الغلات من كتاب الزكاه.

٢- ٢ سورة آل عمران: ٣- الآيه ٩٢.

٣- ٣ سورة الحجرات: ٤٩- الآيه ١٤.

٤- ٤ هكذا فى النسخه الأصلية و الاولى «غير متبعه» أو «غير مفیده».

و عن غيرهم العدم.

و الظاهر عدم خلاف بين الأصحاب كذلك، بل ليس هو إلا في الايمان بمعنى الإسلام، نعم اعتبر بعضهم الإسلام الملازم للايمان الذى هو بمعنى الإذعان، وإلا- فالمسألة محرره بين الخاصه و العامه فى اشتراط الايمان و عدمه فى غير كفاره القتل، فالجميع بين قولين.

نعم لعل المرتضى و ابن إدريس من القائلين بعدم أجزاء عتق المخالف، لكفره عندهم، و هو غير ما حرره من البحث. و من هنا أطب الصيمرى فى الإنكار عليه، بل ادعى الإجماع على عدم اعتبار الايمان بالمعنى المزبور، و هو فى محله، بل قول والده فى القواعد: «و الأقوى اعتبار الايمان» بمعنى إرادته التصديق منه لا- الايمان بالمعنى المتأخر، و على تقديره فهو واضح الضعف كالأول أيضا و إن استدلل له بأن غيره خبيث، و ب

خبر ناجيه(١)قال: «رأيت رجلا عند أبى عبد الله عليه السلام فقال له:

جعلت فداك إنى أعتقت خادما لى و هو ذا أطلب شراء خادم لى منذ سنين فما أقدر عليها، فقال: ما فعلت الخادم؟ فقال: حيه، فقال: ردها فى مملكتها، ما أغنى الله تعالى عن عتق أحدكم تعتقون اليوم و يكون علينا غدا، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفا»

و خبر الحلبي(٢)الذى ستسمعه.

إلا أنه كما ترى، ضروره منع تناول الآيه(٣)للمفروض، و قصور الخبر عن الحجيه، و احتمال إرادته غير المسلم، و الناصب من غير العارف، أو ضرب من الكراهه، أو غير ذلك، و خبر الحلبي لا جابر له، خصوصا بعد إطلاق الأدله، و خصوص

صحيح الحلبي(٤)قلت لأبى عبد الله عليه السلام «الرقبه تعتق من المستضعفين، قال: نعم»

و خبر على بن أبى حمزه(٥)عن العبد الصالح عليه السلام «فيمن أوصى بعتق

١-١ الوسائل الباب-١٧- من كتاب العتق الحديث ٣.

٢-٢ الوسائل الباب-٧- من أبواب الكفارات الحديث ٥.

٣-٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٦٧.

٤-٤ الوسائل الباب-١٧- من كتاب العتق الحديث ١.

٥-٥ الوسائل الباب-١٧- من كتاب العتق الحديث ٤.

نسمه - إلى أن قال:- فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصبا.»

و كيف كان ف يستوى فى الإجزاء الذكر و الأنثى و الصغير و الكبير لصدق الرقبه و لكن ينبغى أن يعلم أن الطفل بحكم المسلم، و يجزئ إذا كان أبواه مسلمين للسيره القطعيه فى جميع الأحكام حتى القتل به أو أحدهما و لو حين يولد أو بعد الولاده، لنصوص (١) تبعيه أشرف الأبوين، من غير فرق بين أن يموت قبل أن يبلغ و يصف الإسلام و بعده، خلافا للعامه، فإن لهم اختلافًا فى ذلك.

نعم فى روايه من طرفنا لا يجزئ فى القتل خاصه إلا البالغ الحنث، و هى حسنه

معمر بن يحيى (٢) عن الصادق عليه السلام «سألته عن الرجل يظاهر من امرأته يجوز عتق المولود فى الكفاره، فقال: كل العتق يجوز فيه المولود إلا فى كفاره القتل، فان الله تعالى يقول فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ (٣) يعنى بذلك مقره قد بلغت الحنث».

و نحوه

مرسل الحسين بن سعيد (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام «قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

كل العتق يجوز له المولود إلا فى كفاره القتل، فان الله تعالى يقول فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، يعنى بذلك مقره قد بلغت الحنث، و يجوز فى الظهار صبى ممن ولد فى الإسلام».

١ - ١ الوسائل الباب - ٧٠ - من كتاب العتق و الباب - ٣ - من أبواب حد المرتد الحديث ٧ و الباب - ٦ - من أبواب المستحقين للزكاه و الباب - ٤٣ - من أبواب جهاد العدو الحديث ١ من كتاب الجهاد.

٢ - ٢ أشار إليه فى الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الكفارات الحديث ٦ و ذكره فى الكافى ج ٧ ص ٤٦٢.

٣ - ٣ سورة النساء: ٤ - الآية ٩٢.

٤ - ٤ الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الكفارات الحديث ٦.

و في

خبر الحلبي (١) عنه عليه السلام أيضا «لا يجوز في القتل إلا رجل، و يجوز في الظهار و كفاره اليمين صبي».

و في خبره الآخر (٢) عنه عليه السلام أيضا في قول الله عز و جل (٣) «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» قال: «يعنى مفره بالإمامه»

و نحوه

خبره الثالث (٤) عنه عليه السلام أيضا بدون قوله: «بالإمامه».

و في خبر مسمع (٥) عنه عليه السلام «لا- يجزئ في كفاره القتل إلا رقبه قد صلت و صامت، و يجزئ في الظهار ما صلت و لم تصم».

و لكنه لم يعرف العمل بهذه النصوص إلا- من الإسكافي و الكركي في حاشيه الكتاب و بعض متأخري المتأخرين، فهي في الحقيقه مهجوره لا تصلح مقيده لإطلاق ما دل على التبعية المزبوره المستفاده من لحوق حكم الارتداد له لو وصف الكفر بعد بلوغه و إن لم يتلفظ بالشهادتين، و من قوله تعالى (٦) «وَ اتَّبَعْتُهُمْ ذُرِّيَّتَهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ» بناء على أن المراد به إلحاق الذريه في الإيمان و غير ذلك، المؤيد ب

خبر كردويه الهمداني (٧) عن أبي الحسن عليه السلام في قوله تعالى «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ»: «كيف تعرف المؤمنه؟ قال: على الفطره»

و خبر السكوني (٨) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام «الرقبه المؤمنه التي ذكرها الله تعالى إذا عقلت، و النسمة التي لا تعلم إلا ما قلته و هي صغيره»

و خبر المبارك (٩) عن أبي عبد الله عليه السلام «قلت له: جعلت فداك الرجل يجب عليه عتق رقبه مؤمنه فلا- يجدها كيف يصنع؟ فقال: عليكم بالأطفال فأعتقوهم فإن خرجت مؤمنه فذاك، و إن

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من أبواب الكفارات الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من أبواب الكفارات الحديث ٥.

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآية ٩٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٧- من أبواب الكفارات الحديث ١٠.

٥- ٥ المستدرک الباب- ٦- من أبواب الكفارات الحديث ٣ عن موسى عن أبيه، عن جده.

٦- ٦ سورة الطور: ٥٢- الآية ٢١.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٧- من أبواب الكفارات الحديث ٧.

٨-٨ الوسائل الباب-٧- من أبواب الكفارات الحديث ٨.

٩-٩ الوسائل الباب-٧- من أبواب الكفارات الحديث ٣.

لم تخرج مؤمنه فليس عليكم شىء»

و لكن مع ذلك لا ينبغي ترك الاحتياط.

و كيف كان ف لا يجوز الحمل و إن كان أبواه مسلمين و انفصل بعد ذلك حيا بلا خلاف أجده فيه، لأصالة الشغل السالمه عن معارضه إطلاق الأدله المنصرف إلى غيره و إن كان هو بحكم المسلم حتى أن الجاني عليه يضمه كالمسلم على تقدير موته بعد انفصاله حيا، لكن لا يلحقه فى الشرع حكم الأحياء حملا، و لذا لا تجب فطرته، و للعامه وجه بالاجتراء إن انفصل لما دون سته أشهر.

و إذا بلغ المملوك أخرس و أبواه كافران فأسلم بالإشاره القائمه مقام لفظه بعد بلوغه حكم بإسلامه و أجزأ بلا خلاف أجده فيه و لا إشكال بعد ملاحظه ما دل (١) على قيامها مقام اللفظ فى العباده و غيرها، و قد

روى (٢) هنا «أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه و آله و معه جاريه أعجميه أو خرساء،

فقال: يا رسول الله على عتق رقبه فهل تجزئ عنى هذه؟ فقال صلى الله عليه و آله: أين الله تعالى؟ فأشارت إلى السماء. ثم قال صلى الله عليه و آله: من أنا؟ فأشارت إلى أنه رسول الله، فقال صلى الله عليه و آله له: أعتقها فإنها مؤمنه».

و لا يفتقر مع وصف الإسلام فى الأجزاء إلى الصلاه كما عن بعض العامه، و ربما حمل على ما إذا لم تكن الإشاره مفهمه.

و يكفى فى الإسلام عندنا الإقرار بالشهادتين بل و الايمان بمعنى التصديق إلا أن يعلم خلافه و لا يشترط مع ذلك التبرى مما عدا الإسلام (١١) لإطلاق الأدله و السيره المستمره من زمانه صلى الله عليه و آله إلى يومنا هذا، نعم عن العامه قول بذلك، و آخر باشرطه إن كان ممن يعتقد رسالته صلى الله عليه و آله فى الجملة، كقوم من اليهود يزعمون أنه رسول العرب خاصه، و اخرى أنه سبيعث، بل عن الشيخ فى المبسوط اختياره، و منهم من قال: من أتى بالشهادتين بما يخالف اعتقاده حكم بإسلامه، فالوثنى و المعطل إذا شهد بالتوحيد حكم بإسلامه، و منهم من

١- ١ الوسائل الباب- ٥٩- من أبواب القراءه فى الصلاه الحديث ١ من كتاب الصلاه.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٨٨ و فيه «أتى بجاريه سوداء».

اكتفى بالإسلام بالإقرار بصلاه توافق ملتنا أو حكم يختص بشىء، و الجميع كما ترى.

و لا- يحكم بإسلام المسي من أطفال الكفار سواء كان معه أبواه الكافران أو انفراد به السابى المسلم وفاقا للمشهور بين الأصحاب سيما المتأخرين كما فى المسالك، لعدم الدليل عليها، بل هو على خلافها، ضروره بقائه على حكم التبعية قبل السبى، خصوصا إذا كان معه أبواه، نعم قد يقال بانقطاعها بالنسبه إلى الطهاره فى صوره انفراده عنهما، للأصل الذى يكفى فيه الشك فى بقاء حكم التبعية السابقه، مضافا إلى السيره، و من هنا فصل بعضهم بينها و بين العتق مثلا، فأجرى عليه حكم المسلم فى الأول بخلاف الثانى، و اختاره فى المسالك.

اللهم إلا أن يقال: إنها متحققه فيها فى غيرها من العتق و الصلاه و دفنه فى قبور المسلمين و غير ذلك، و ربما كان فى إطلاق ما سمعته من النصوص (١) الأمر بعتق الأولاد شهاده على ذلك.

مضافا إلى نصوص الفطره (٢) بناء على أن معناها الولاده على الإسلام، إلا أن الأبوين يهودانه و ينصرانه بذكر التقريبات له، و تربيته على ذلك، أو أن معناها الولاده على الإسلام إلا أن أبويه يهودانه مثلا بالتبعية له و التريه عنده، فمتى انقطعت عاد إلى حكم مقتضى الفطره، و مقتضاها الحكم بإسلام المتولد منهم بموتهما عنه و بقاؤه منفردا لولا الإجماع، و ربما كان أيضا فى

خبر السكونى (٣) دلالة على المطلوب أيضا، لقوله: «و النسمة التى لا نعلم إلا ما قلته و هى صغيره».

و لعله لذلك و غيره كان خيره الدروس ذلك، و هو لا يخلو من قوه، و قد تقدم

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من أبواب الكفارات الحديث.

٢- ٢ الكافى ج ٢ ص ١٢ و الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب جهاد العدو الحديث ٣ و البحار ج ٦٧ ص ١٣٠.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧- من أبواب الكفارات الحديث ٨.

بعض الكلام فى المسأله سابقا، و تمامه فى كتاب الجهاد(١).

و لو أسلم المراهق المميز لم يحكم بإسلامه لإطلاق ما دل على (٢) سلب عبارته مؤيدا بما سمعته من النصوص (٣) التى ذكرناها للإسكافى المشتمله على اعتبار البلوغ لتحقق الايمان، و لكن مع ذلك قال المصنف على تردد و لعله لاعتبار عبارته فى الوصيه و غيرها مما تقدم سابقا، و الإسلام أولى منها بذلك.

و فيه أنه لا- يخرج عن القياس الممنوع عندنا، نحو التعليل بأن الإسلام يتعدى من فعل الأب إليه على تقدير كون أحد أبويه مؤمنا، فمباشرته للإيمان مع عدم أبويه أقوى، و إطلاق ما دل (٤) على حصول الإسلام بقول الشهادتين إنما هو لبيان عدم الحاجه إلى قول آخر غير قولهما، نحو إطلاق «كل عقد و إيقاع» المعلوم تقييده بصحة العبارة.

م هل يفرق بينه و بين أبويه؟ قيل: نعم صونا له أن يستزله عن عزمه و إن كان بحكم الكافر و إن كان لا يخفى عليك عدم صلاحيه ذلك لإثبات الوجوب على وجه ينقطع به حكم ذمه الوالدين لو كان ذميا مثلا.

هذا و فى المسالك «و ينبغى القول بتبعيته حينئذ للمسلم فى الطهاره إن لم نقل بإسلامه، حذرا من الحرج و الضرر اللاحقين بمن يحفظه

من المسلمين إلى أن يبلغ، إذ لو بقى محكوما بنجاسته لم يرغب فى أخذه، لاقتضائه المباشره غالبا، و ليس للقائلين بطهاره المسبى دليلا- و وجها بخصوصها دون باقى أحكام الإسلام سوى ما ذكرناه و نحوه» و هو كما ترى أيضا، خصوصا عدم الفرق بينه و بين المسبى.

١- ١ ج ٢١ ص ١٣٤ الى ١٤٠.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢- من كتاب الحجر و الباب- ٣٢- من مقدمات الطلاق من كتاب الطلاق.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧- من أبواب الكفارات.

٤- ٤ الكافى ج ٢ ص ٢٥.

[الثانى السلامه من العيوب]

الوصف الثانى:

السلامه من العيوب المسببه عتقه بلا خلاف و لا إشكال فلا يجزئ الأعمى و لا الأجدم و لا المقعد و لا المنكل به، لتحقق العتق بحصول هذه الأسباب فلا يحصل التحرير المأمور به فى الكفاره، و فى

الموثق (١) عن الباقر عليه السلام «لا- يجزئ الأعمى فى الرقبه، و يجزئ ما كان منه مثل الأقطع و الأشل و الأعرج و الأعور، و لا يجزئ المقعد»

و قال أمير المؤمنين عليه السلام فى خبر السكونى (٢): «فى العبد الأعمى و الأجدم و المعتوه لا يجوز فى الكفارات، لأن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أعتقهم»

و فى

خبر أبى البخترى (٣) «لا يجوز فى العتاق الأعمى و المقعد، و يجوز الأشل و الأعرج»

و فى

المحكى عن قرب الاسناد (٤) «لا يجوز فى العتاق الأعمى و المقعد»

و فى

خبر على بن جعفر المروى عنه أيضا (٥) سأل أخاه عليه السلام «عن رجل عليه عتق نسمة أ يجزئ عنه أن يعتق أعرج أو أشل؟ فقال: إن كان ممن تباع أجزأ عنه إلا أن يكون وقت على نفسه شيئاً، فعليه ما وقت».

نعم لا- خلاف معتد به و لا- إشكال فى أجزاء الناقص نقصانا لا يخل باكتسابه و لا ينقص ماليته، كقطع بعض أنامله و نقصان بعض أصابعه، بل الأقوى أنه يجزئ مع غير ذلك من العيوب المنقصة لماليته و المخله باكتسابه كالأصم و الآخرس و من قطعت إحدى يديه أو إحدى رجليه لصدق الرقبه، بل عن الخلاف و المبسوط الإجماع عليه فى الأعور، خلافا للمحكى عن المبسوط من أن مقطوع

١- ١ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب الكفارات الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب الكفارات الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب-٢٣- من كتاب العتق الحديث ٥ وفيه «الاعمى و الأعور» و في البحار ج ١٠٤ ص ١٩٧ «الاعمى و الأعور و المقعد» كما أشار الى هذا اللفظ في الوسائل نقلا عن الحميرى في الباب-٢٧- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٥-٥ الوسائل الباب-٢٧- من أبواب الكفارات الحديث ٤.

اليدين أو الرجلين أو اليد و الرجل من جانب واحد لا يجزئ بغير خلاف، مع أن المحكى عنه

أيضا أنه قال بعد تفصيل مذاهب الناس في ذلك: «و الذى نقوله فى هذا الباب الآفات التى ينعق بها لا يجزئ معها، فأما من عدا هؤلاء فالظاهر أنه يجزؤه» و هو مخالف لما سمعته منه. و من ذلك يظهر ضعف المحكى من نفي الخلاف، بل قيل: إن المراد به بين الناس.

فما عن الإسكافى - من عدم أجزاء الناقص فى الخلقه ببطلان الجارحه إذا لم يكن فى البدن سواها، كالخصى و الأصبم و الآخرس، دون الأشل من يد واحده و الأقطع منها- شاذ ضعيف يمكن تحصيل الإجماع على خلافه.

و كذا يجزئ السقيم و إن بلغ به السقم إلى حد التلف للصدق المزبور، خلافا للمحكى عن المبسوط فى المأيوس عن برئه، و لما عن العامه فى الهرم العاجز عن الكسب.

و كذا من قدم للقتل دون من لم يقدم و إن وجب قتله، نعم فى القواعد و لو أعتق من لا حياه له مستقره فالأقرب عدم الاجزاء، و لعله لكونه بحكم الميت، كما ينبه عليه حكم الذبيحه، مع أن الأقوى خلافه فى المقامين، كما هو محرر فى محله.

نعم لو قطعت رجلاه لم يجز، لتحقق الإقعاد الموجب للعتق.

هذا و قد يقال: إن المراد مما فى النصوص (١) عدم أجزاء ذوى هذه الأوصاف بالكفار و لو كانوا مملوكين، كما لو فرض أنهم سبوا كذلك بناء على جواز سبيهم لإطلاق الأدله، و يكون

الوجه فى اختصاص هذه الأوصاف أنها توجب العتق لو فرض عروضها على الملك، و هذا معنى

قوله عليه السلام (٢) «لأن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أعتقهم»

بل يمكن حمل كلام الأصحاب على ذلك أيضا، بل و تعليلهم فى غير صورته التكيل، كل ذلك مع عدم تصور العتق للمعتوق حتى يجعل من شرائط الكفاره،

١- ١ الوسائل الباب - ٢٧- من أبواب الكفارات.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٢٧- من أبواب الكفارات الحديث ٣.

فتأمل جيدا، والله العالم.

و يجزئ ولد الزنا إذا بلغ و وصف الإسلام، لإطلاق الأدله، بل عن المبسوط الإجماع عليه، و فى

خبر سعيد بن يسار(١) عن الصادق عليه السلام «لا بأس أن يعتق ولد الزنا»

و منعه قوم استسلافا لوصفه بالكفر أو لقصوره عن صفه الإيمان بل عن المرتضى و ابن إدريس الإجماع على ذلك و إن كان موهونا باعراض الأكثر عنه و الإجماع المحكى، و آيه(٢) «لا تَيْمَّمُوا الْخَبِيثَ» إلى آخره لا تشمله بعد وصفه الإسلام، بل و قبله بناء على ما عرفت من المراد منها سابقا، كما أن نفي الخير فى ولد الزنا فى

النبوى (٣) قال: «لا فى لحمه و لا فى دمه و لا فى جلده- إلى أن قال- و لا فى شىء منه»

مع عدم الجابر لا ينافى عتقه أيضا و لذا قال المصنف:

هو ضعيف.

نعم لا- يجزئ ولد الزنا قبل البلوغ، لعدم التبعية فيه، كما جزم به فى التنقيح و غيره، و إن حكمتنا بطهارته للأصل الذى مقتضاه ذلك حتى لو كان بين كافرين فضلا عن أن يكون بين مسلم و كافر، كما حققنا جميع ذلك و غيره فى محله.

لكن فى الدروس هنا «يتحقق إسلام ولد الزنا بالمباشرة بعد البلوغ و بتبعيه السابى و فى تحققه بسبب الولاده من المسلم نظر، من انتفائه عنه شرعا، و من تولده عنه حقيقه، فلا يقصر عن السابى» و فى شرح الصيمرى «و هو المعتمد».

قلت: حكمه بجواز سببه مستلزم للحكم بتبعيته، و لولاها أشكال استرقاقه، خصوصا بناء على بعض ما ذكر فى تفسير

قوله صلى الله عليه و آله (٤) «كل مولود يولد

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

٢-٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٦٧.

٣-٣ الوسائل الباب-١٤- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٧ من كتاب النكاح و هو خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام.

٤-٤ الوسائل الباب-٤٨- من أبواب جهاد العدو الحديث ٣ و الكافى ج ٢ ص ١٣ و صحيح مسلم ج ٨ ص ٥٢ ط عام ١٣٣٤.

إلى آخره إن يرد الولاده الشرعيه، فلا معنى للنظر فى تبعيته للمسلم، إذ لا فرق فيها بالنسبه إليهما.

نعم قد يقال: إن من المقطوع به عدم تبعيته للأبوين فى الإسلام و الايمان، و منه ينبغى القطع أيضا بعدم تبعيته لهما فى الكفر أيضا تنزيلا لما دل عليها على الولاده الشرعيه، و لوب

قوله صلى الله عليه و آله [\(١\)](#) «لكل قوم نكاح»

المراد منه أن غيره يكون سفاحا، فلا نسب شرعى بينهما يقتضى التبعيه.

اللهم إلا- أن يقال بالفرق بين المسلم و الكافر إن ابن الزنا من الثانى أولى، لتبعيته له فى الأحكام التى هى الاسترقاق و النجاسه و نحوهما، بخلافه من الثانى، فإن تبعيته له تقتضى شرفا له بالإسلام، و هو بعيد عن ذلك، لكونه شر الثلاثه [\(٢\)](#).

و لكن ذلك كله مجرد اعتبار لا يصلح مدركا لحكم شرعى، و قد عرفت أن العمده فى دليل التبعيه السيره، و لا سيره فى المقام، لعدم تحقق ولد الزنا المعلوم أنه كذلك بلا شبهه من الواطئ.

١- ١ الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢ من كتاب النكاح.

٢- ٢ البحار ج ٥ ص ٢٨٥ ط الحديث. راجع سفينه البحار ج ١ ص ٥٦٠. ماده «زنى» و سنن البيهقى ج ١٠ ص ٥٧ و ٥٨.

[الثالث أن يكون تام الملك]

الوصف الثالث:

أن يكون تام الملك فلا يجزئ المدبر ما لم ينقض تدبيره قبل العتق، كما عن الشيخ و ابنى الجنيد و البراج، ل حسن الحلبي أو صحيحه (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «فى رجل يجعل لعبده العتق إن حدث به حدث و على الرجل تحرير رقبه فى كفاره يمين أو ظهار أ يجزئ عنه أن يعتق عبده ذلك فى تلك الرقبه الواجبه؟

قال: لا»

و مضمّر عبد الرحمن (٢) «سألته عن رجل قال لعبده إن حدث بى حدث فهو حر و على الرجل تحرير رقبه فى كفاره يمين أو ظهار إله أن يعتق عبده الذى جعل له العتق إن حدث به حدث فى كفاره تلك اليمين؟ قال: لا يجوز»

الذى جعل له ذلك.

و قال الشيخ فى المبسوط و الخلائف: يجزئ بل فى المسالك نسبته إلى ابن إدريس و المتأخرين، بل فى كشف الرموز عن الشيخ الإجماع عليه و هو أشبه بأصول المذهب و قواعد التى منها جواز الرجوع بالوصيه بالقول و بفعل المنافى، و قد استفاضت النصوص (٣) بكون التدبير منها، فيجوز التصرف فيها بنحو البيع و العتق، بل فى الصحيحين (٤) «هو مملوكه إن شاء باعه و إن شاء أمسكه حتى يموت، فإذا مات السيد يخرج من ثلثه»

بل عن الانتصار الإجماع على جواز بيعه كما هو مضمون كثير من النصوص (٥) و لا ريب فى أولويه العتق الذى هو

١-١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب الكفارات الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٢- من كتاب التدبير الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب- ٢- من كتاب التدبير.

٤-٤ الوسائل الباب- ١- من كتاب التدبير الحديث ١ و الباب- ٨- منه الحديث ٣.

٥-٥ الوسائل الباب- ١- من كتاب التدبير.

إحسان محض منه.

بل قد يقال: إن المراد من الصحيح عتق المدبر بعد موت سيده، كما في

خبر إبراهيم الكرخي (١) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن هشام بن رزين سألتني أن أسألك عن رجل جعل لعبده العتق إن حدث بسيدته حدث الموت، فمات السيد و عليه تحرير رقبه واجبه في كفاره أ يجزئ عن الميت عتق العبد الذي كان السيد جعل له العتق بعد موته في تحرير الرقبه التي كانت على الميت؟ قال: لا»

و حينئذ يقرأ «يعتق» بالبناء للمجهول و أن السؤال في الثاني الاكتفاء بنفس التدبير في الكفاره، أو يحملان على أنه قد كان ذلك بطريق النذر و نحوه مما لا يجوز الرجوع به، هذا كله إذا لم ينقض تدبيره قبل العتق، و إلا جاز قولاً واحداً، و الله العالم.

و لا المكاتب المطلق الذي أدى من كتابته شيئاً بلا خلاف و لا إشكال، لحرته حينئذ بمقدار ما أدى.

نعم لو لم يؤد أو كان مشروطاً قال الشيخ في الخلاف لا يجزئ، و لعله نظر إلى نقصان الرق، لتحقق الكتابه التي هي معامله بين السيد و المملوك، و هي لازمه من قبل السيد، و قد خرج بها عن الملك خروجاً مترزلاً حتى قيل:

إنها بيع العبد من نفسه، و الأصل لزوم العقد، و العتق يستلزم الملك، و بقاؤه في المكاتب غير معلوم، و من ثم لم تجب فطرته و لا نفقته و انتفت عنه لوازم الملك من المنع من التصرف و غيره و إن نهاه السيد، و الحجر عليه في بعض التصرفات مراعاة لوفاء الدين لا يقتضى كونه باقياً في الرق، و عوده إليه على تقدير العجز أمر متجدد، و قد بينا أن خروجه غير متيقن. و لذا مال إليه في محكى المختلف.

و لكن ظاهر كلامه في النهايه أنه يجزئ بل نسبه بعض إلى الأكثر، بل عن الحلبي الإجماع عليه و لعله أشبه بأصول المذهب و قواعده

١-١ الوسائل الباب-٩- من أبواب الكفارات الحديث ١ و فيه هشام بن أدين أديم خ ل و كذلك في الكافي ج ٦ ص ١٩٤ و في التهذيب ج ٨ ص ٢٣١ هشام بن أدينه.

من حيث تحقق الرق فيه و لذا جاز عتقه تبرعا إجماعا حكاه غير واحد، و ليس إلا- لبقاء الرق المستصحب فيه إلى أن يثبت المزيل، و لا ثبوت قبل أداء المطلق شيئا من مال الكتابه و قبل أداء تمام المال فى المشروط، و ثبوت المعامله و وجوب الوفاء بها مسلم إلا أن ذلك لا يقتضى خروجه عن الرقيه، و كونها بيعا للمملوك من نفسه غير صحيح عندنا فحينئذ هو باق على مقتضى إطلاق الأدله المؤيده ببعض ما تسمعه فى المدبر.

و كذا يجزئ فى الكفاره عتق الآبق إذا لم يعلم موته وفاقا للأكثر، بل عن الحلئ الإجماع عليه، لأصاله بقاءه حيا مؤيده بالإجماع المزبور، و ما عن الحلئ أيضا من نسبه إلى أخبار أصحابنا المتواتره و ب

صحيح أبى هاشم الجعفرى (١) «سألت أبى الحسن عليه السلام عن رجل قد أبق منه مملوكه يجوز أن يعتقه فى كفاره الظهار، قال: لا بأس به ما لم يعرف منه موتا» و المراد من المعرفه العلم كما هو مقتضى الأصل، لكن عن الكافى الذى هو أضبط روايته «لا بأس ما علم أنه حى مرزوق»

و يمكن أن يريد العلم و لو بالاستصحاب، فلا- مخالفه حينئذ بين النسختين، و على تقديرها فلا- ريب فى رجحان الأولى بما عرفت.

فما عن الشيخ فى الخلاف من تقييد الجواز بالعلم بالحياه إن أراد ما ذكرناه فمرحبا بالوفاق، و إلا فهو واضح الضعف لما عرفت.

و دعوى معارضه أصاله البقاء بأصاله الشغل واضحه الفساد بمعلوميه ورود الأولى على الثانيه، خصوصا مع ملاحظه جريان أحكام البقاء فى نظائره من الموضوعات.

و كذا ما عن المختلف من أنه استوجه الرجوع فيه إلى الظن، فيصح عتقه مع ظن حياه، و

يبطل مع ظن وفاته أو اشتباه الحال و إن تبعه فى التنقيح، على أنه لا دليل على اعتبار الظن هنا، فلا وجه لتخصيص أدله المنع و الجواز مع

عمومها للصورتين.

و أضعف من ذلك كله ما عن بعض الشافعية من أنه لا- يصح عتقه في الكفاره مطلقا لدعوى نقصان الملك الممنوعه على مدعيها، على أنه ليس في شىء من النصوص اعتبار تماميه الملك كى يكون عنوانا للحكم، و إنما عبر بها بعض الأصحاب لإرادته البحث عن هذه الأفراد، و حينئذ فالمغصوب كالأبق في الأجزاء لما عرفت، و الله العالم.

و كذا تجزئ المستولده لتحقق رقيتها سواء مات ولدها أو لا، بل الإجماع بقسميه عليه في الأول، و بلا خلاف إلا من الإسكافي في الثاني، لإطلاق الأدله المؤيد بخصوص

الخبر(١) عن زين العابدين عليه السلام «أم الولد تجزئ في الظهار»

المتمم بعدم القول بالفصل، و امتناع بيعها لا ينافى بقاء الملك الكافي في صحه العتق، على أنه يصح بيعها في الجملة إجماعا، بل قيل: و عتقها تبرعا، فما عن قول للعامه- من عدم جواز عتقها لنقصان ملكها و لذا لا يجوز بيعها- واضح الفساد، خصوصا بعد ما عرفت من عدم ذكر التماميه عنوانا للحكم في شىء من

الأدله، بل مما ذكرنا يظهر لك أيضا أجزاء عتق الموصى بخدمته على التأييد، لإطلاق الأدله أيضا و إن حكى أن للعامه فيه قولين.

و لو أعتق نصفين من عبيدين مشتركين مثلا على وجه لا سرايه فيه إلى البعضين لم يجز، إذ لا يسمى ذلك عتق نسمة حقيقه و لا رقبه، فلا- امتثال، خلافا لبعض العامه، فيجزئ، تنزيلا للاشقاص منزله الأشخاص كما في الزكاه، و لآخر منهم، فيجزئ إن كان الشقص الآخر الباقي حرا و إلا فلا، لإفاده الأول(٢) الإعتاق الاستقلالى و التخلص من الرق، و هو مقصود من الإعتاق، و الجميع كما ترى لا ينطبق شىء منها على أصولنا، كما هو واضح.

و لو أعتق شقفا من عبد مشترك نفذ العتق في نصيبه، فان نوى الكفاره

١- ١ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٢- ٢ هكذا في النسخه الأصلية و الظاهر زياده كلمه «الأول».

و هو موسر أجزاء إن قلنا: إنه يعتق بنفس إعتاق الشقص أو أوقفناه على الدفع على وجه الكشف فدفن، وفاقا للمشهور على ما فى المسالك، لصدق إعتاقه الرقبه فى الكفاره حينئذ و لو بسبب عتقه الشقص المقتضى للسرايه فى الباقي على حسب ما نوى به الأول، و الفرض نيه الكفاره بذلك بل لا فرق فى الأجزاء على هذا بين أن يقصد العتق لجميع العبد بطريق السرايه و بين أن يقصده لنصيبه، لحصول العتق بالسرايه فى الحالين،

بناء على أن معناها اتباع الشارع الباقي على حسب ما وقع عليه الأول.

لكن فى المسالك «يحتمل قويا اشتراط نيه العتق لجميعه، لأنه مأمور بإعتاق رقبه بالنيه، فلا يكفى نيه نصيبه و إن تبعه الباقي بحكم الشرع، فان ذلك غير كاف فى صرفه إلى الكفاره» و فيه أنه مأمور بعتق الرقبه التى لكيفيتها طريقان: أحدهما قصد عتقها أجمع و الآخر قصد الشقص المسبب لعتق الجميع، سواء لاحظ السرايه أو لا، بل هو فى الحقيقه نيه للجميع، لأن قصد السبب قصد لما يترتب عليه.

خلافاً لأبى على فى أصل المسأله فلم يجتز بالعتق المزبور، معللاً له بأن عتق الباقي يقع قهراً، فيلزم بالقيمه، و لا- يجزئ عن الكفاره و إن قصدها، و هو كما ترى، خصوصاً مع قصده عتق الجميع، و القهريه المزبوره لا- تنافى كونها مختاره له مع قصد سببها، بل قد عرفت أن مقتضى السرايه و التبعية كون الباقي على حكم الأول شرعا و إن لم يقصده، فتأمل.

و إن قلنا: إنه لا يعتق إلا بأداء قيمه حصه الشريك على وجه يكون ذلك تمام السبب فهل يجزئ عند أدائها؟ قيل: نعم، لتحقق عتق الرقبه و إن توقف على الأداء فى البعض.

و لكن فى المتن و تبعه عليه غيره فيه تردد، منشأه مما عرفت و من تحقق عتق الشقص أخيراً بسبب بذل العوض لا بالإعتاق و فيه أن بذل العوض كان متمماً للسبب الذى وقع باختياره مقصوداً به عن الكفاره، فهو فى الحقيقه

قد أعتق الكل عنها و إن كان قد تم العتق فى البعض، و فى الآخر حين الدفع، و ربما يقارنه لو فرض كون الأداء بجعل ماله فى ذمته عوضا عن ذلك.

بل لعل الأقوى عدم الاحتياج إلى تجديد النية عند الأداء كما عن المبسوط، لأنها اقترنت بالعتق الذى كان حصوله على ترتب و تدرج، و ليس هو عتقا جديدا حاصلًا بالأداء، فما فى المسالك - من احتمال التجديد لتقترن النية بعتق نصيب الشريك كما اقترنت بعتق نصيبه - واضح الضعف ثم قال: «و لو نوى فى الحال صرف العتق فى نصيبه إلى الكفاره و نوى عند أداء قيمه صرف العتق فى نصيب الشريك إليها أجزأ أيضا، لاقتران النية بحاله حصول العتق» و لا يخفى عليك ما فيه من الخفاء، هذا كله إذا كان موسرا يسرى عتقه.

و أما لو كان معسرا ففى المتن و غيره صح العتق فى نصيبه، و لا يجزئ عن الكفاره لكونه شقفا لا رقبه و إن أيسر بعد ذلك لأنه لا يوجب السرايه لاستقرار الرق فى نصيب الشريك لكن قد يشكل أصل صحه العتق مع فرض كون المقصود له العتق عنها، فمع فرض عدم الصحه فيها يبطل العتق، لا أنه يصح و ليس كفاره، لقاعده ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد، كما أنه يشكل ما فيه و فى غيره أيضا من أنه لو ملك النصيب فنوى إعتاقه عن الكفاره صح و إن تفرق العتق، لتحقق عتق الرقبه و لو بدفعتين، إذ لا - دليل على وجوب تحصيله دفعه بالشك فى حصول المأمور به الحاصل من الإطلاق فتبقى أصاله الشغل سليمه، بل مؤيده باستبعاد بقاء النفوذ عن الكفاره موقوفا.

هذا و فى المسالك «و اعلم أنه يفرق بين هذه المسأله و بين السابقه - على القول بإجزاء العتق بالسرايه عن الكفاره، مع أن إعتاقه لنصفى العبدین أبلغ من عتق النصف فى الواحد، و قد حكم بإجزائه - بأن من شرط الإجزاء أن ينوى عتق الجميع عن الكفاره كما بيناه، أو ينوى عتق نصيبه و يطلق ليسرى العتق إلى الباقي، و يتبع ما نواه على الوجه الآخر، و الأمران متتفیان فى السابقه، فإنه بنيته عتق النصفين

من الاثني عشر عن كفاره واحده قد صرح بعد إرادته عتق الباقي من العبد الواحد عن الكفاره على تقدير السرايه، و نيه العدم صرفت الشقص الخارج عن عتقه للكفاره، فلم يقع مجزئاً عنها لذلك، و لو كان قد نوى عتق الشقصين عن كفارتين جاءت المسأله الثانيه بأسرها و صح عتقهما عن الكفاره، و سرى إليهما على ما فصل.

و فيه أنه لا حاجه إلى فرض المسأله الأولى في عتق النصف الموجب للسرايه حتى يحتاج إلى هذا التكلف الذي يمكن المناقشه فيه أيضاً، بل يمكن فرضه في المبعوض و غيره الذي لا سرايه فيه لمانع من موانعها، كما هو واضح.

و لو أعتق بعض عبده عن الكفاره سرى في الجميع و أجزاءه عنها، بل هو أولى مما تقدم سواء قصد السرايه أو لا.

و لو أعتق المرهون لم يصح ما لم يجز المرتهن لما عرفته مفصلاً في كتاب الرهن (١) من الحجر على الراهن و المرتهن في التصرفات، بل هو كالمفروغ منه هناك و لا دليل على استثناء العتق.

و لكن قال الشيخ: يصح مطلقاً مع الإجازة و بدونها إن كان موسراً، و يكلف أداء المال إن كان حالاً، أو رهناً بدله إن كان مؤجلاً. لغلبيه العتق على حق الرهانه المجبور بما عرفت، إلا أنه كما ترى، على أنه كان عليه إيقافه على الفك أو الإبدال اللذين يمكن تعذرهما منه لا الاجتزاء بمجرد تكليفه، و لذا قال المصنف و هو بعيد.

و أضعف منه ما عن بعض العامه من الإجزاء مطلقاً، و ما أبعد ما بينه و بين القول بالبطلان حتى لو أجاز المرتهن بعد العتق الذي لا يبقى موقوفاً، و التزام الكشف مناف لما دل على منع حق الرهانه التي لا ريب في تحققها قبل الإجازة التي لا تصلح لرفعها فيما مضى من الزمان، و قد تقدم تحقيق ذلك كله في كتاب الرهن (٢) فلاحظ و تأمل، فإنه قد ذكرنا هناك قوه احتمال قيام الفك مقام الاذن.

١-١ راجع ج ٢٥ ص ١٩٥ الى ٢٠٧.

٢-٢ راجع ج ٢٥ ص ١٩٩ الى ٢٠٦.

و لو قتل عمدا فأعتقه في الكفاره فللشيخ فيه قولان: (أحدهما) في محكى الخلاف، فمنع من صحته في العمد، و أجازة في الخطاء، و احتج عليه بالإجماع، بل قال: «لأنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمداً أنه ينتقل ملكه إلى المجنى عليه، و إن كان خطأ فديه ما جناه على مولاه، لأنه عاقلة» و (ثانيهما) في محكى المبسوط عكس ذلك، قال: «الذى يقتضيه مذهبنا أنه إذا كان عمداً نفذ العتق، لأن القود لا يبطل بكونه حراً، و إن كان خطأ لا ينفذ، لأنه يتعلق برقبته و السيد بالخيار بين أن يفديه أو يسلمه».

و الأشبه عند المصنف المنع في الأول لما سمعته من الإجماع المحكى، و لأن الخيار فيه إلى أولياء المقتول إن شاؤوا قتلوه و إن شاؤوا استرقوه، و صحه عتقه يستلزم بطلان ذلك.

ثم قال و إن قتل خطأ قال في المبسوط: لم يجوز عتقه، لتعلق حق المجنى عليه برقبته، و في النهاية: يصح و يضمن السيد ديه المقتول، و هو حسن لما سمعته من الإجماع أيضاً، و لأن الخيار إلى المولى إن شاء افتكه و إن شاء دفعه إلى أولياء المقتول، فإذا أعتقه قد اختار الانفكاك، لكن في المسالك «هذا يتم مع يساره، فلو كان معسراً لم ينفذ عتقه، لتضرر أولياء المقتول به و إسقاط حقهم منه» إلى آخره.

و كيف كان فحاصل ما ذكره المصنف اختيار ما سمعته من الشيخ في الخلاف، و لعله إليه يرجع ما عن ابن إدريس في الخطأ من جوازه مع ضمان المولى قال: «لأنه قد تعلق برقبه العبد الجانى حق الغير، فلا- يجوز إبطاله» بل و ما في القواعد «و يجوز الجانى خطأ إن نهض مولاه بالفداء و إلا فلا، و لا يصح عتق الجانى عمداً إلا بإذن المولى» و في التحرير «و لو قتل عمداً فأعتقه في الكفاره فللشيخ فيه قولان، أقواهما عدم الجواز، و كذا القول في الخطأ، و الأقرب الإجزاء، و يضمن المولى الدية، و لو عفى المولى صح عتقه في الموضوعين، و لا بد من تجديد العتق في العمد لو سبق

على ما اخترناه» و في المسالك «الأقوى صحته مع الخطأ و العمد مراعى بفكه له في الخطأ و اختيار أولياء المقتول الفداء في العمد و بذله له أو عفوهم عن الجنايه» و كأنه أخذه مما في الدروس قال: «الثالث سلامتها من تعلق حق آخر، ففي الجاني عمدا أو خطأ قولان أقربهما المراعاة بالخروج عن عهده الجنايه».

قلت: كان الوجه في ذلك هو معلوميه تعلق حق المجنى عليه في رقبه العبد، لكن لا- دليل على مانعيه الحق المزبور لتصرف المالك الذي هو مقتضى العمومات، فهو حينئذ كتصرف الوارث في تركه الميت التي تعلق بها حق الدين، و لا يقاس هذا الحق على حق الرهانه الموقوف على الإذن لدليله الخاص، نعم لا بد من مراعاة حكم الحق المتعلق على وجه لا يضر أداء الحق، فينتقل المال عن المتصرف متعلقا به الحق، فمع فرض أداء المتصرف الحق إلى أهله يخلص المال عن تسلط ذى الحق المتعلق به، و إلا تسلط صاحب الحق على فسخ التصرف الواقع منه مقدمه لتحصيل حقه.

إلا أنه لا يخفى عليك صحه جريان هذا الكلام في مثل البيع و نحوه القابل للأمر المزبور، أما مثل العتق فيشكل جواز فسخه بأنه مبنى على التغليب و أنه متى صار حرا لم يعد إلى الرقيه، إذ ليس المقام من باب الكشف الذي لا ينافى ذلك، بل هو من فسخ التصرف الذي ترتب عليه أثره بعموماته و إن بقى الحق متعلقا بالعين التي كانت موردا للتصرف المزبور، و الفسخ لذى الحق حيث يحصل يكون من حينه، لما عرفت من عدم الدليل على منع التعلق المزبور أصل صحه التصرف و قاعده «لا ضرر و لا ضرار» إنما تقتضى عدم لزوم التصرف المزبور، لا أصل صحته، نعم لما كان أدله العتق تنافى ذلك لم يتم الأمر إلا في المنع من أصل التصرف، و احتمال التزام الكشف فيه مما لا- تساعد عليه الأدله، و ربما أشار إليه الفاضل في التحرير في صورته العمد، فلاحظ و تأمل.

بل الظاهر أن مراد القائل بالمراعاة هو الصحه حقيقه على حسب الصحه في البيع لا الكشفيه، و حينئذ يرد عليه ما سمعت من عدم عود الحر رقا إلا بدليل

خاص و ليس، فالمتجه حينئذ عدم الصحة مطلقا.

و كأنه هو الذى فهمه الصيمرى من الفاضل بل و غيره قال: «و فى القواعد أجاز العتق إن كانت خطأ بشرطين، إما دفع الديه قبل العتق أو الضمان و يرضى الولى بالضمان، لا بدونهما، و هو يدل على جواز العتق فى العمد و الخطأ معا، لأن مع حصول أحد الشرطين لا- كلام فى صحة العتق، لزوال تعلق الجنايه برقبته، أما مع أداء المال فظاهر، و أما مع الضمان فإنه مع رضا الولى ناقل للأرش من رقبه العبد إلى ذمه المولى، فلا كلام فى جواز العتق بعد أحد هذين الشرطين، و هذا هو المعتمد، أما عدم جوازه فى العمد لأنه يؤدى إلى إسقاط حق المجنى عليه، لأنه مخير بين قتله و بيعه و استرقاقه، و العتق يمنع من البيع و الاسترقاق، و كل تصرف يمنع حق الغير فهو باطل، و أما عدم جوازه فى الخطأ فلأن الجنايه متعلقه برقبته، و مع عدم افتكاك المولى فهو مخير بين البيع و الاسترقاق، و العتق يمنع من ذلك، فيكون باطلا و هو مذهب الدروس، لأنه قال: ففى الجانى عمدا أو خطأ قولان، أقربهما المراعاة بالخروج من عهده الجنايه، و لا يخرج من عهده الجنايه إلا بأحد الشرطين».

قلت: هو صريح فى المختار، و إن كان دعواه- أن الشهيد على ذلك- لا- تخلو من نظر، لأنه كالصريح فى الصحة فعلا- مع المراعاة المتأخره لا السابقه، و أما ما ذكره عن الفاضل فقد أشار إلى عبارته فى العتق، قال: «و هل يصح عتق الجانى؟

الأقرب ذلك إن كانت خطأ و أدى المال أو ضمنه مع رضاه و إلا فلا» بل فى الإيضاح الإجماع على الصحة حينئذ، بل هو قد اختار ذلك فيه و فى العمد، و هو صريح فى المختار أيضا، لكن ينبغى أن يراد بالضمان الدخول فى العهده و لو بالصلح و نحوه على وجه تخلو رقبه العبد من الحق، و فى كشف اللثام هناك «الأقوى البطلان- مع انتفاء الشرطين- لتعلق حق الغير بالرقبه، و لأن الصيغه لا تؤثر حين الإيقاع، فبعده أولى، نعم إن لم تستوعب الجنايه الرقبه كان المعتق أحد الشريكين».

و حينئذ يكتر القائل بالمختار الذى قد عرفت أنه الموافق للضوابط الشرعيه فى خصوص العتق الذى لا يوقف و لا يفسخ مع عدم الدليل على الكشف هنا، بل هو عند التأمل ساقط، نعم فى

خبر جابر(١) عن الباقر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى عبد قتل حراً خطأ فلما قتله أعتقه مولاه، قال: فأجاز عتقه و ضمنه الديه»

فإن صحت الروايه أو انجبرت كان العمل بها و إلا أطرحت أو أولت بسبق الضمان و إن كان بعيداً.

هذا و فى التحرير «و لو أعتق المرتد بعد رجوعه إلى الإسلام فإن كان عن غير فطره أجزاء، و إن كان عن فطره فالوجه عدم الاجزاء، و كذا لو أعتق من وجب عليه القتل حداً مع التوبه- إلى أن قال- و كذا لا يجزئ، لو جنى ما يجب العتق بالقصاص منه، كالعينين، و يجزئ لو جنى غير ذلك، و لو جنى دون النفس على عبد عمداً فالوجه الاجزاء و لو تعذر القصاص، و يضمن المولى حينئذ».

و فيه أن وجوب القتل عليه حداً لا يخرج عن الملكيه، و لا عتقه ينافى إقامه الحد عليه، كما أن القصاص المقتضى لاعتاقه لا ينافى ذلك أيضاً، فمقتضى إطلاق الأدله و عمومها الصحه حتى فى الأخير، لعدم تحقق الاعتاق حينئذ قبله، نعم فيه الكلام الذى سمعته فى الجانى عمداً من حيث تعلق الجنايه لا من حيث الاعتاق، لكن فى الدروس «و لا يجزئ المنذور عتقه أو الصدقه به و إن كان النذر معلقاً بشرط لم يحصل بعد على الأقوى» و لعله كذلك.

و لو أعتق عنه معتق بمسأله صح للسائل، لأنه حينئذ يكون كالوكيل و النائب عنه، إذ من المعلوم قبول مثله للنيابه، فيسدرج فى إطلاق الأمر بتحرير الرقبه(٢) بعد فرض دخوله فى ملكه و إن اختلف فى وقته، كما ستعرف بعد الاتفاق- كما فى المتن- على اجزائه.

١-١ الوسائل الباب-١٢- من أبواب ديات النفس الحديث ١ من كتاب الديات.

٢-٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٩٢.

لكن قد يناقش بالمنع من دخوله في ملكه بمجرد ذلك، لأنه ليس من الأسباب الشرعية لذلك، و من هنا كان المحكى عن ابن إدريس صحته عن المعتق، لأنه ملكه، ولا عتق إلا في ملكه، وفيه أنه كالأجتهاد في مقابله النص بعد الإجماع المحقق على الصحة عن السائل.

نعم قد يقال: إنها أعم من الدخول في الملك وإن كان ٢٨٩٩٧

الخبر (١) «لا عتق إلا في ملك»

إلا أنه يجب تخصيصه بالصورة المزبوره للإجماع المزبور، فلا داعى إلى دعوى الدخول في الملك كى يقال متى دخل و بأى سبب دخل، و لكن فى الإيضاح عن المبسوط فى كتاب الطهاره «أنه نص على انتقاله للأمر - ثم قال: - و لا خلاف فيه، ل

قوله عليه السلام (٢) «لا عتق إلا فى ملك».

اللهم إلا أن يمنع ذلك عليه، و يقال: إن مراد الشيخ بانتقاله للأمر صيروره العتق له، لا انتقال ملكيه العبد له، أو يقال: إن الوجه فى دخوله فى ملكه هو أنه لما أمره بما لا يصح منه إلا بعد ملكه له كان كالوكيل عنه فى ذلك، ضروره كون الإذن فى الشىء إذنا فى لوازمه، فىكفى حينئذ فى إدخاله فى ملكه عتقه العبد بعنوان أنه له، إذ هو موجب قابل للتملك موقع للعتق، نحو قول القائل مثلا: «اشتر لى عبدا بكذا منك» و من المعلوم أن المثلن لا يكون إلا لمن له الثمن، فإذا اشتراه بعين ماله بعنوان أنه للأمر دخل الثمن فى ملكه بالشراء بعنوان أنه له، فىكون موجبا قابلا بالنسبه إلى ذلك، و هذا باب واسع فى الفقه كثير النظائر، و منه ما نحن فيه، فإنه إذا قال له: «أعتق عبدك - مثلا - عنى» و المفروض أنه لا عتق إلا فى ملك كان أمرا له بإدخاله فى ملكه، فمع إعتاقه بعنوان أنه له كان ذلك إيجابا و قبولا بالنسبه إلى التملك، و إيقاعا بالنسبه إلى الحرية، و لا تنافى بينهما، و كان هذا هو السبب فى إجماعهم فى المقام على الصحة.

نعم يبقى الإشكال فى قول المصنف و غيره لم يكن له أى المعتق

١-١ الوسائل الباب-١٢- من أبواب مقدمات الطلاق و الباب-٥- من كتاب العتق مع الاختلاف فى اللفظ.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من أبواب مقدمات الطلاق و الباب-٥- من كتاب العتق مع الاختلاف فى اللفظ.

عوض عن عبده الذى أعتقه بأمره، لعدم الشرط و إن كان هو مقتضى أصل البراءة و غيره، لأنه قد أتلّف ماله بأمره فى مصلحته، بل هو أولى من الحكم بالضمان الذى قد عرفت الحال فيه فيما لو قال: «أد دينى» فأداه عنه، ضروره عدم اعتبار ملكيه المدفوع عنه فى وفاء الدين بخلاف العتق، فالمتجه الضمان خصوصا مع نيه المأمور ذلك، إذ لا يكون ذلك إلا على جهه القرض، لأن المفروض كونه و كيلا عنه بأمره.

بل ذكرنا هناك أن قاعده احترام مال المسلم تقتضى ذلك أيضا، فإن مباشره المأمور لعتقه بعد فرض كونه و كيلا عنه تكون كمباشرتة نفسه، فيكون قد أتلّف مال الغير، فهو له ضامن، و إن كان ياذنه إن لم يكن على وجه المجانيه، فلاحظ ما تقدم سابقا و تأمل. هذا كله مع عدم الشرط.

فان شرط عوضا كأن يقول له أعتق عبدك عنى و على عشره مثلا صح و لزمه العوض بلا خلاف و لا إشكال، و يكون من قبيل قرض العبد بقيمه معينه، و ليس من قسم البيع مع فرض عدم قصده لهما.

و لو تبرع بالعتق عنه متبرع من غير مسأله قال الشيخ فى محكى الخلاف نفذ العتق عن المعتق تغليبا للحريه، و لوقوع صيغته صحيحه من صحيح العبارة دون من أعتق عنه لاشتراط العتق بالملك، و لا يدخل فى ملكه من دون اختياره، فلا يقع العتق عنه سواء كان المعتق عنه حيا أو ميتا.

و لو أعتق الوارث عن الميت من ماله لا من مال الميت قال أى الشيخ:

يصح، لأنه كما فى الإيضاح «قائم مقام المورث فى كثير من الأحكام، فان الوارث يملك لما كان ملكا للمورث، و يقبل قوله فيما كان يقبل قوله فيه، كالإقرار المجهول، و تعيين المطلقه، و المعتق تعيينا إنشائيا. و القول قوله فى الكاشف مع اليمين و عدمه، و عليه قضاء ما عليه من صلاه أو صوم، على أن الوارث إذا أدى من التركه فهو منه فى

الحقيقه، لأنه يملكها بالموت، و إذا صح من أحد ماله صح من الآخر - ثم قال:- و قال شيخنا ابن سعيد في شرائعه و الوجه التسويه بين الأجنبي و الوارث في المنع و الجواز و ضعفه ظاهر بما ذكرناه».

قلت: كأن الذى دعاه إلى ذلك حسن ظنه بأبيه، حيث قال فى القواعد بعد أن ذكر عن الشيخ الفرق بين الوارث و غيره: «و لعل بينهما فرقا» و إلا- فالإنصاف أن جميع ما ذكره لا- دخل له فى إثبات المطلوب، إذ هو بعد الإغضاء عن صحه بعض ما ذكره للوارث لا- دخل له فيما نحن فيه من عدم الفرق بينه و بين الأجنبي فى مفروض المسأله، و إن كان فرق بينه و بينه فى أمور آخر قد جاءت بدليل خاص، كأصل إرثه منه دون الأجنبي كما هو واضح و من هنا أنكر عليه ذلك بعض من تأخر عنه، و استوجه التساوى بينهما.

لكن فى المسالك «الوجه الإجزاء عن الميت مطلقا، و فى وقوعه عن الحى نظر و إن كان الوقوع لا يخلو من قوه» و فى حاشيه الكركى اختيار الإجزاء عن الميت مطلقا دون الحى قال: «فان الفرض أن الأجنبي نوى العتق عن ذى الكفاره، فيقع منه،

لعموم «لكل امرئ ما نوى»^(١)

و لا- نجد مانعا سواء كونه أجنبيا، و لا دخل له فى المانع، إذ عدم القرابه لا ينافى قضاء الدين عن الميت تبرعا عباده كان أو غيرها، و يكفى فى التمسك بانتفاء المانع عدم تحققها، تمسكا بالأصل، أما الحى فلا يجزئ عنه مطلقا إلا بإذنه، إذ لا يؤدى عنه دين إلا بفعله و لو نيابه فيما تدخل فيه النيابة، هذا هو الذى ساق إليه الدليل».

و فى الجميع ما لا يخفى، إذ المانع فى المقام اعتبار الملك فيمن يكون العتق له، و لا طريق إلى إدخاله فى ملك الميت أو الحى قهرا، و ما فى غايه المراد و المسالك- من أن توقف العتق على الملك يندفع بالملك الضمنى، كما قيل به مع السؤال- يدفعه وضوح الفرق بين السؤال و عدمه بالنسبه إلى قابليه الدخول فى الملك باختياره و عدمه، و من الغريب ما سمعته من الكركى من عدم إجزاء التبرع فى

وفاء دين الحي.

فالأقوى عدم الفرق بينهما في البطلان هنا لو لا

حسن بريد(١)سأل الباقر عليه السلام «عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات من قبل أن يعتق، فانطلق ابنه فابتاع رجلا من كسبه، فأعتقه عن أبيه، و أن المعتق أصاب مالا ثم مات و تركه، لمن يكون ميراثه؟ فقال: إن كانت الرقبة التي كانت على أبيه في ظاهر أو شكر أو واجبه عليه فان المعتق سائبه لا ولاء لأحد عليه، قال: و إن كانت الرقبة على أبيه تبرعا و قد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة فإن ولاء العتق ميراث لجميع ولد الميت من الرجال، قال: و يكون الذي اشتراه فأعتقه كواحد من الورثة إذا لم يكن للمعتق قرابه من المسلمين أحرار يرثونه، و إن كان ابنه الذي اشترى الرقبة فأعتقها عن أبيه من ماله بعد موت أبيه تطوعا من غير أن يكون أمره بذلك فإن ولاءؤه و ميراثه للذي اشتراه من ماله فأعتقه إذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته».

و لعله لهذا الحسن المزبور فصل الشيخ بين الوارث و غيره، و لو كان لكان المتجه التسويه في عدم الإجزاء عن الميت الذي لا يدخل في ملكه، بل لعل المتجه بطلان العتق من أصله، لقاعده ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد، كما عرفته سابقا.

و كيف كان ف إذا قال: «أعتق عبدك عنى» فقال: «أعتقت عنك» فقد وقع الاتفاق كما حكاه غير واحد على الإجزاء و إن كان قد سمعت

الخلايف فيه من ابن إدريس، كما أنك قد سمعت نفى الخلاف من الشيخ عن الدخول في الملك و إن كان فيه ما فيه أيضا لكن وقع الخلاف في أنه متى ينتقل إلى الأمر؟ قال الشيخ: ينتقل بعد قول المعتق: «أعتقت عنك» ثم ينعق بعده إذ اقتضاء العله الواحده الشيين بالترتيب بينهما ممكن ثابت، و أشكله الكركى فيما إذا كان أحدهما شرطا لتأثير السبب في العقود و الإيقاعات، فإن عدم

ترتب أثر السبب عليه دليل فساد، و يتمتع الحكم بصحته بعد فساد آنا ما.

و لعله لذا قال المصنف و هو تحكم إذ لا دليل على تعيين ذلك من بين المحتملات، بل فيه أنه يستلزم تأخر العتق عن الإعتاق بقدر ما يتوسطهما الملك و إن اعتذر عنه بأن تأخير العتق عن الإعتاق بسبب أنه إعتاق عن الغير، و مثله واقع في قوله: «أعتقت عبدى عنك بكذا» فان عتقه يتوقف على قبول المعتق عنه، و يلزم منه تأخر العتق عن الإعتاق، و لكن لا يخفى عليك وضح الفرق بين المثالين.

و من هنا قيل كما عن المفيد و العلامه و الفخر أنه يحصل الملك بشروعه في لفظ الإعتاق، و يعتق إذا تم اللفظ لمجموع الصيغه، فالجزء عله للملك، و هو ملك الأمر و الكل سبب لزوال ملكه عنه بالإعتاق، و فيه أنه يستلزم صيرورته ملكا للأمر قبل تمام الصيغه، فلو فرض ترك إكمالها خرج عن ملكه و لم يقع العتق.

و قيل: إنه يحصل الملك للمستدعى بالاستدعاء و يعتق عليه إذا تلفظ المالك بالإعتاق، و فيه ما عرفت و زياده.

و قيل: إنه يحصل الملك و العتق معا عند تمام الإعتاق، و أورد عليه في المسالك بأنه و إن كان فيه سلامه من المحذور السابق، إلا أن اشتراط وقوع العتق في ملك يقتضى تقديم الملك على العتق فلا يتم وقوعهما في وقت واحد عند تمام لفظ العتق.

و فيه أنه يمكن الاكتفاء بالتقدم الذاتى الحاصل فيما بين العله و المعلول، نحو ما قلناه في شراء من ينعق عليه، و نحو ما يقال فيما لو قال: «أنت و كيلي على بيع دارى» مثلا فيقبل الوكاله بأن باع مثلا، فان البيع حينئذ كاشف عن قبول الوكاله، و هو إيجاب للبيع، و قد حصل في زمان واحد، لكنهما مترتبان طبعا، و نظائره في ذلك كثيره.

بل قد يقال: إنه يكفي في الصحه اتحاد زمانهما لصدق كون العتق في ملك، إذ ليس معناه اعتبار سبق الملك على العتق زمانا.

و بالجمله فالظاهر أن اتفاق الأصحاب على المسأله فى المقام ليس إلا لما ذكرناه الذى قد عرفت جريانه فى نظائر المسأله، و إلا لم نقف لهم على دليل خاص، و حينئذ فإن رجع ذلك إلى أحد الأقوال الخمسه فمرحبا بالوفاق، و إلا كان قولاً سادساً، و هو أقواها، و التملك المزبور إن شئت جعلته من القرض بعوض، أو من التملك به، نحو الهبه المعوضه، أو من التملك المجانى حيث لا يكون عوضاً أو نحو ذلك، فإنه بعد أن صار وكيلاً عنه بأمره له و سؤاله إياه صار موجبا قابلاً إذا كان الموكل فيه متوقفاً على إدخاله فى ملك مثلاً، إذ التوكيل فى شىء توكيل فى لوازمه، و نحوه ما لو قال له: «اشتر لى كذا بثمان منك» أو «زوجنى فلانه بمهر منك» فإن المهر و الثمن يدخلان فى ملك الموكل بفعل ما و كل فيه على الوجه الذى و كله عليه، و هذا الأمر جار فى كثير من الأبواب، مفروغ من صحته، بل هو نحو ما لو قال المالك: «أعتق عبدى عن كفارتك بكذا» مثلاً فأعتقه، فإنه يدخل فى ملكه بذلك بعد تقدم الكلام المزبور من المالك الذى صار كالإيجاب لو فرض وقوع العتق مقارناً له، و إلا كان توكيلاً له فى تملك العبد متى شاء بالثمان المزبور.

و من ذلك يعرف النظر فى كثير من الكلمات فى المقام، بل يظهر النظر فيما ذكره الفخر من تخصيص صحه المسأله فيما لو وقعت على جهه الفوريه دون التراخى بناء منه على أن مفروض المسأله من الإيجاب و القبول المعتبر فيهما ذلك، و لم يتفطن إلى التوكيل الذى لا يعتبر فيه ذلك، و من هنا كان ظاهر المصنف و غيره الإطلاق فى فرضها، فلاحظ و تأمل.

و قيل: إنه يحصل بالأمر المقترن بصيغه العتق، فيكون تمام الصيغه كاشفاً عن سبق الملك عليها، و عدم إيقاعها بعد الاستدعاء أو قطعها أو وقوع خلل فيها دال على عدم حصول الملك بالأمر، لعدم حصول ما يعتبر فى صحته، و هو اقترانه بالأمر بالعتق، و أورد عليه فى المسالك بأن الاقتران المذكور يكون شرطاً فى سبق الملك،

و لا يتحقق الاقتران إلا بتمام صيغه العتق، فيلزم تأخر الملك عن الإعتاق و إلا لتأخر الشرط عن المشروط.

قال: «و لأجل هذه الإشكالات و نحوها قال المصنف و نعم ما قال: إن الوجه الاقتصار على الثمره، و هى صحه العتق عن الأمر و براءه ذمته من الكفار، و لا يجب البحث عن وقت انتقال الملك إليه، فإن ما عدا ما ذكره تخمين لا يرجع إلى دليل صالح».

قلت: لكن قد عرفت تحقيق الحال على وجه لا يأتى فيه شىء من وجوه الاشكال، بل قد عرفت عدم اختصاص المقام، بل هو جار فيه و فى نظائره و إن كان ما ذكره المصنف فيه استراحه عن تحليل المسأله.

قال و مثله ما إذا قال له: «كل هذا الطعام» فقد اختلفوا أيضا فى الوقت الذى يملكه الأكل هل هو بتناوله فى يده أو بوضعه فى فيه أو بازدراد اللقمه بعد الاتفاق على عدم ملكه بوضعه بين يديه؟ و فرعوا على ذلك جواز إطعامه لغيره على الأول دون غيره من الأقوال، لكن لا يخفى عليك أنه لا داعى هنا إلى اعتبار الملك، إذ الإباحه تكفى فى الجواز إلى آخر أمره.

و من هنا قال المصنف و الوجه عندى أنه يكون إباحه للتناول، و لا ينتقل إلى ملك الأكل و تبعه غيره عليه، لأنه ليس كالعق يعتبر فيه الملك لمن يكون العتق له، قالوا: و حينئذ فلو نبت من غائطه شجره مثلا كان ملكا للمقدم دون الأكل و إن كان قد يناقش بخروجه عن المملوكيه إذا صار غائطا.

هذا و فى كشف اللثام «أنه يمكن القول بمثله فى مسأله الإعتاق أيضا، فإن النص (١) و الإجماع إنما هما على أن الإعتاق إنما يكون فى ملك، و يكفى فى صدقه هنا ملك المعتق، و لا محذور فى أجزاء الإعتاق عن غير المالك».

قلت: هو كذلك، إلا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على إرادته اعتبار الملك ممن يكون العتق له إلا ما خرج بالدليل، كعتق الوارث عن الميت

للخبر (١) الذي سمعته.

[شروط الإعتاق]

إشارة

و كيف كان ف يشترط فى الإعتاق شروط:

[الشرط الأول النية]

إشارة

الأول:

النية بمعنى القصد إلى فعله بعنوان أنه للكفاره، و ذلك لأنه أى الإعتاق عباده تحتمل وجوها، فلا يختص بأحدها إلا بالنية، و لا بد مع ذلك من نية القربه المعبره فى كل عباده

كفاره و غيرها بالأدله المذكوره فى محلها على ذلك، كباقى مباحث النيه من اعتبار نيه الوجه و عدمه فيه أيضا و غيره من المباحث، بل و قد ذكرنا هناك الفرق بين العباده و غيرها.

لكن فى غايه المرام للصيمرى هنا «يشترط فى التكفير النيه المشتمله على الوجه و القربه و التكفير، فلو نوى الوجه و القربه و لم ينو عن الكفاره لم يجز، و هذه الشروط مجمع عليها» و إن كان فيه ما فيه، ضروره عدم الفرق بين المقام و غيره فى اعتبار الوجه و عدمه الذى قد عرفت البحث و الخلاف فيه فى محله.

إنما الكلام هنا فى قول المصنف فلا يصح العتق من الكافر ذميا كان أو حربيا أو مرتدا لتعذر نيه القربه فى حقه فإنه قد أظن فى المسالك فى إشكاله بالمنع من تعذر نيه إيقاع الكافر الفعل طلبا للتقرب إلى الله سبحانه و تعالى سواء حصل ما نواه أو لا إذا كان كفره بإنكار النبى صلى الله عليه و آله و سلم و نحوه مما لا ينافى الاعتراف بالله تعالى، و إن كان المراد تعذر الإيقاع منه على وجه يستحق الثواب طالبناه بالدليل على اشتراط مثل ذلك، و عارضناه بعباده المخالف من المسلمين و عتقه، فإنه لا يستتبع الثواب عنده مع صحه عتقه عنده، قال: «و فى صحه عباداته غيره (٢) بحث قرر فى

١- ١ الوسائل الباب - ٤٠- من كتاب العتق الحديث ٢.

٢- ٢ هكذا فى النسختين المخطوطتين و فى المسالك «و فى صحه عبادات غيره».

محلّه، و بالجمله فكلامهم فى هذا الباب مختلف غير منقح، لأنهم ناره يحكمون ببطلان عباده الكافر مطلقا استنادا إلى تعذر نيه القربه منه، و مقتضى ذلك إرادته المعنى الثانى، لأن ذلك هو المتعذر منه لا الأول، و تاره يجوزون منه بعض العبادات كالعق و سيأتى تجويز جماعه من الأصحاب له منه مع اشتراط القربه فيه، نظرا إلى ما ذكرناه من الوجوه فى الأول، و قد وقع الخلاف بينهم فى وقفه و صدقته و عتقه المتبرع به و نحو ذلك من التصرفات المالىه المعتبر فيها القربه، و اتفقوا على عدم صحه العبادات البدنيه منه نظرا إلى أن المال يراعى فيه جانب المدفوع إليه و لو بفك الرقبه عن الرق، فيرجح فيه جانب الغرامات، بخلاف العبادات البدنيه، و من ثم ذهب بعض العامه إلى عدم اشتراط النيه فى العتق و الإطعام و اعتبارها فى الصيام إلا أن هذا الاعتبار غير منضبط عند الأصحاب كما أشرنا إليه و سيأتى له فى العتق زياده بحث إنشاء الله.

و أورد عليه فى الرياض بأن فيه - مضافا إلى ما دل على شرطيه الايمان و عدم صحه عباده المخالف الذى هو أولى من الكافر من الإجماع و النصوص (١) - أنه لا تتأتى منه نيه القربه التى هى قصد الامتثال و موافقه الأمر، لعدم اعتقاده بموجب الكفاره، إذ هو إما منكر للبارئ تعالى كالدهرية و نحوهم أو جاحد للنبي صلى الله عليه و آله المبين لذلك الأمر به عنه سبحانه، فإذا صام بعد الظهار مثلا لا

يمكنه قصد الامتثال بذلك و العزم على أن الصيام كفاره لما وقع منه، فإنه لا يعتقد تحقق الحرمة بالموجب فضلا عن كون الصيام مكفرا لها، بل يجعلها حراما و بدعه بقصد التشريع فى شرعه، و لعل هذا هو السر فى حكم الأصحاب بفساد عباده الكفار، لعدم تحقق قصد القربه بهذا المعنى منهم.

و العجب من شيخنا فى المسالك حيث اعترضهم فى ذلك و جوز صدور نيه القربه بهذا المعنى عنهم، فيا لله كيف يقصد الكافر بما يأتى به من هيئه صلاتنا أنه عباده

مقربه له إلى جنبه سبحانه مع اعتقاده كون مثل ذلك بدعه و ضلاله؟! فإتيانه بذلك على تقديره يكون على طريق الاستهزاء و السخرية، و ما أرى مثل هذه الدعوى من نحو هذا الفاضل إلا غفله و اضححه، نعم قد تحصل له نيه القربه فى بعض الخصال إذا كانت عنده و فى شرعه مقربه، و لكن مثل هذه القربه غير كافيه، بل لا بد من نيه القربه التى هى القصد إلى امتثال أمر الكفار، و لذا إن أحدنا لو صام ندبا من دون نيه التكفير لم يجز عنه إجماعا.

قلت: و كأنه لذلك فصل الشهيد فى غايه المراد بين العتق للكفار من الكافر غير الجاحد لله تعالى و العتق لغيرها، فأبطل الأول و صحح الثانى، قال بعد أن حكى الخلاف فى صحه مباشره الكافر العتق و عدمها عن الشيخ فصححه، و عن ابن إدريس و المصنف فأفسده: «و مبناه على مقدمات: (الاولى): هل نيه القربه معتبره فى العتق أم لا؟ الحق نعم، ل

قولهم عليهم السلام (١): «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله»

- إلى أن قال (الثانيه):- هل المعتبر فى نيه القربه ما يترتب عليه الثواب أو مطلق التقرب إلى الله تعالى؟ يحتتمل الأول، لأنه عباده، و كل عباده يترتب عليها استحقاق الثواب بفعالها صحيحه، و يحتتمل الثانى لأن الدليل على صحه العتق إذا أريد به وجه الله تعالى، و هو أعم من ترتب الثواب و عدمه. (الثالثه): هل يعتبر فى التقرب معرفه الله أم يكفى التقليد؟ يحتتمل الأول، لأن هذه المعرفه ليست حقيقه، فليس ثم مقصود، و يحتتمل الثانى، لصدق أنه قصد وجه الله - ثم قال:- إذا عرفت ذلك فنقول: الأصحاب جوزوا وقف الكافر و صدقته، مع أنهما مشروطان بنيه القربه، و هو يشعر باختيارهم الثانى من الاحتمالين، فحينئذ يصح عتق الكافر، و إن قلنا بأول الاحتمالين لا يصح، ثم اعلم أن الكفر بسبب إنكار واجب الوجود تعالى و إقامة الشبهه على إنكاره لا يصح معه شىء من العبادات، لزوال جميع المقدمات، و أما لو لم يكن شبهه بل مجرد إنكار قلده فيه فيصح على الثانى

من الاحتمالين، و أما الكافر المقر بالله تعالى العارف به و كفره بسبب جحدته النبوه

أو بعض فرائض الإسلام فإنه لا ينبئ إلا على ثانی الثانيه، فهو أولى بالجواز إذن، ثم اعلم أن العتق لما بنى على التغليب و الوقف و الصدقه لما اشتمل على نفع الغير و اشتمل الجميع على المالیه فجانب المالیه أغلب من جانب العباده، فمن ثم وقع الخلاف فى صحه العتق، و لم يقع فى عدم صحه الصلاه و الصوم، و الأقوى صحته عندنا ما لم يجحد الله تعالى إذا اعتقد أن العتق قربه إلى الله تعالى شأنه لما عتقه عن الكفاره». و هو الأصل لكل من تأخر عنه فى هذه المسأله.

و تبعه الكركى فى حاشيه الكتاب فى النتيجة، فقال: «إن كان كفره بجحد الربوبيه أو لم يعتقد كون العتق قربه أو أعتق عن الكفاره لم يصح و إلا صح» إلى غير ذلك من كلماتهم التى يشبه بعضها بعضا.

لكنها لا تخلو من نظر، لا لعدم مشروعيه عبادتنا فى دينهم، لإمكان فرض ذلك، خصوصا فى مثل العامه بل يمكن فرض وقوع ذلك من بعضهم بعنوان أنه مذهبه و لو جهلا، بل لإمكان دعوى التواتر فى نصوصنا(١) أو الضروره من مذهبنا على أنه لا عباده لغير المؤمن مطلقا، لأنه يعتبر فيها موافقه الأمر من حيث دلالة ولى الله تعالى شأنه عليه، و لذا قرن طاعته بطاعتهم و محبته بمحبتهم(٢) فمن جاء بعباده موافقه لأمره لكن لا- من حيث دلالة ولىه عليه لم تكن صحيحه، و الأمر فى الشريعه السابقه بعد نسخها غير كاف فى الصحه و إن وافق الأمر فى شريعتنا.

و من هنا تعذر على الكافر بجميع أقسامه نيه التقرب المأخوذ فيه ملاحظه الأمر بواسطة ولاه الأمر، و كذا المخالف، و لا صحه فى وقفهم و صدقاتهم، و إنما لها حكم الصحه فى بعض ما جرت السيره و الطريقه على استعماله كذلك من مساجدهم و بيعهم و كنائسهم و نحو ذلك، لا الصحه الحقيقيه التى يستحق فاعلها الثواب على

١- ١ الوسائل الباب - ٢٩- من أبواب مقدمه العبادات.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٥٩ و سورة المائده: ٥- الآيه ٦٠.

فعلها من حيث صدق امتثال الأمر على وجهه المستلزم عقلا بقاعده اللطف استحقاق الثواب، و لا الموافقه للأمر الذى قد عرفت أنه يعتبر فى امتثاله ملاحظه من كان الواسطه به.

قال الباقر عليه السلام فى خبر زواره(١): «أما لو أن رجلا- قام ليله و صام نهاره و تصدق بجميع ماله و حج جميع دهره و لم يعرف ولا-يه ولى الله تعالى شأنه فيواليه و يكون جميع أعماله بدلانته إليه ما كان له على الله حق فى ثوابه، و لا كان من أهل الايمان»

و قال عليه السلام أيضا فى خبر آخر(٢): «من دان الله بغير سماع من صادق ألزمه الله البتة يوم القيامة».

و قال أمير المؤمنين عليه السلام(٣): «قد جعل الله للعلم أهلا، و فرض على العباد طاعتهم

بقوله «أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ»(٤) و بقوله:

«وَ لَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَ إِلَى أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ»(٥) و بقوله:

«وَ كُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ»(٦) و بقوله «وَ مَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَ الرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ»(٧) و بقوله «وَ أَتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا»(٨) و البيوت هى بيوت العلم الذى استودعه الله عند الأنبياء، و أبوابها أوصياؤهم، فكل عمل من أعمال الخير يجرى على يد غير الأصفياء و عهودهم و حدودهم و شرائعهم و سننهم مردود غير مقبول، و أهله

١- ١ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب صفات القاضى الحديث ١٢ و ١٤ و فيهما «ألزمه الله البتة إلى الغناء العناء خ ل».

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب صفات القاضى الحديث ٤٤ من كتاب القضاء.

٤- ٤ سورة النساء: ٤- الآيه ٥٩.

٥- ٥ سورة النساء: ٤- الآيه ٨٣.

٦- ٦ سورة التوبه: ٩- الآيه ١١٩.

٧- ٧ سورة آل عمران: ٣- الآيه ٧.

٨- ٨ سورة البقره: ٢- الآيه ١٨٩.

فى محل كفر و إن شملهم وصف الايمان»

إلى آخره.

و عن رسول الله صلى الله عليه و آله (١) أنه قال لعلى عليه السلام: «أنا مدينة العلم و أنت بابها، فمن أتى من الباب وصل، يا على أنت بابى الذى أوتى منه، و أنا باب الله تعالى، فمن أتانى من سواك لم يصل إلى الله تعالى»

إلى غير ذلك من النصوص التى هى فوق عدد التواتر، بل لعله من ضرورى مذهب الشيعة.

و من الغريب دعوى هؤلاء الفضلاء الصحة فى الكافر غير الجاحد، مع أن مقتضاها اندراجها فى المطيع، بل لا بد من ترتب الثواب عليه بقاعده اللطف، لكونه وافق الأمر و جاء بالمأمور به على وجهه الذى أراد الله تعالى منه، لأن ذلك مقتضى الصحة، و عدم ترتب الثواب على هذا الفرض مناف لقاعده اللطف، كما أن التزامه مناف لضروره المذهب بل الدين، و كأن الذى دعاهم إلى ذلك جريان السير على إجراء حكم الصحة على مثل مساجدهم و كنائسهم و بيعهم و نحو ذلك، و قد عرفت عدم الصحة فيها بالمعنى المزبور، بل هو إجراء لحكمها لمصلحه من المصالح، فينبغى الاقتصار فيه على المتيقن، و أما ما عدا ذلك فلا.

و بذلك يظهر لك النظر فى جميع تلك الكلمات حتى ما فى الرياض و إن أكثر العجب من القائل بالصحة، لكن كان ينبغى أن يكون ذلك بالطريق الذى ذكرناه، لا ما ذكره الذى قد عرفت إمكان فرضه على وجه يسلم مما ذكره، على أنه فى آخر كلامه قد اختار الصحة أيضا فى العتق إذا لم يكن عن كفاره.

نعم قد أجاد سيد المدارك بقوله: «و أما اشتراط الايمان فيدل عليه أن التكفير عباده و العباده من شرطها الايمان، و المقدمتان إجماعيتان، و يدل على الثانية الأخبار الكثيره المتضمنه لبطلان عباده المخالف (٢)» و إن كان هو لم يذكر ما ذكرناه أيضا من توجيه تعليلهم البطلان بتعذر نيه القربه من غير المؤمن.

١-١ الوسائل الباب-٧- من أبواب صفات القاضى الحديث ٤٠ من كتاب القضاء.

٢-٢ الوسائل الباب-٢٩- من أبواب مقدمه العبادات.

و من الغريب أنه في الرياض وافق أولا على اشتراط الايمان مستدلا عليه بنصومه و لكن قال بعد ذلك بصحة عتق الكافر إذا لم يكن عن كفاره. و أغرب منه ما في التنقيح من صحة عتق الكافر غير الجاحد حاكيا له عن العلامة و استحسنة، و أنه يستحق عليه عوضا يشبه الثواب، فيسقط بها جزء من عقابه، و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه، و الله المؤيد و المسدد.

و كيف كان ف يعتبر نية التعيين إن اجتمعت أجناس مختلفه على المكلف متماثله، كما لو كان عليه كفاره ظهار و قتل خطأ، أو مختلفه كأحدهما مع كفاره اليمين مثلا على الأشبه بأصول المذهب و قواعده التي منها توقف صدق الامتثال عليه عقلا و عرفا، كما عرفت في كل عبادته تعدد جنسها على المكلف به، إذ لا مميز للفعل إلا النية، و الفرض عدم أمر مطلق يقصد امتثاله، كما أن تعدد السبب لا يقتضى تعدد المأمور به دون الأمر، فليس خطابه حينئذ بعقوبتين، بل هو مأمور بعقوبتين أحدهما للظهار و الآخر للقتل مثلا، فلا بد من امتثال كل منهما، و لا يحصل إلا بملاحظه خصوص كل واحد منهما، و إلا لم يقع لأحدهما، فلا يصدق عليه امتثال أحدهما، مؤيدا ذلك كله بقاعده الشغل و غيرها.

خلافًا للمحكى عن المبسوط، فاكتفى بالإطلاق مطلقا و وافقه عليه سيد المدارك، لأصالة البراءة من اشتراطه المقطوعه بما عرفت، و دعوى حصول الامتثال للأمر بالتكفير و انصرافه إلى واحد لا بعينها فيبقى في ذمته اخرى الممنوعه على مدعيها بما سمعت، ضروره أنه لا أمر بالتكفير على جهة الإطلاق، و إنما الموجود الأمر بالتكفير المقيد، و ليس امتثاله عرفا بالمطلق الذي لم يتعلق به أمر، و لو سلم نظير ذلك في الدفع وفاء عن الدين المتعدد بسبب الرهانه في بعضه دون آخر أو بسبب اختلاف من له الدين فيتحقق الوفاء مع إطلاق الدفع و إن كان الاحتمالات في توزيعه أو تعيينه بعد الدفع أو القرعه متعدده، ففرق واضح بين العبادته المتوقعه صحتها على ملاحظه امتثال الأمر المتعلقة بها بخلاف وفاء الدين المتحقق عرفا صدقه و إن فقد التعيين المزبور، فقياس ما نحن فيه على ذلك - كما يومئ إليه ما تسمعه عن الشيخ

من الاكتفاء بالتعيين بعد الفعل - واضح الفساد.

و أوضح منه فسادا تخيل اتحاد الأمر هنا باعتبار اندراج الجميع تحت اسم التكفير الذى قد عرفت عدم مشروعيه مطلقه، و إنما هو اسم انتزاعى لأنواع متعدده كل منها متعلق أمر خاص لا يصدق امتثاله إلا بملاحظته و إلا فالأمر بالعباده أيضا متحد، مع أنه لا ريب فى أن تحته أنواعا مختلفه، و المراد باتحاد الأمر و تعدده التنويع الشرعى بالأوامر المستقله و عدمه، و هذا هو المدار فى وجوب التعيين و عدمه مع الاجتماع على المكلف، كما ستسمع زياده توضيحه.

كل ذلك مضافا إلى إشكال قول الشيخ فى صورته الاختلاف حكما ككفاره الظهار و اليمين، فإنه إن تخير بعد العتق بين عتق آخر و الإطعام كان العتق منصرفا إلى المرتبه، و هو خلاف الفرض، و إن تعين العتق ثانيا كان منصرفا إلى المخيره، و هو خلاف التقدير أيضا، و من هنا فصل فى محكى المختلف، فأوجب التعيين مع اختلاف الكفاره حكما بالتخير و عدمه، لا مع اتفاقهما و لو فى أصل وجوب العتق، ككفاره الظهار و القتل خطأ أو أحدهما مع كفاره الجمع.

و ربما دفع الاشكال السابق بانصراف العتق أولا- إلى المرتبه لترجيحها على المخيره بتعيينه فيها دونها، و هو كما ترى. و بأن الشيخ صرح فى المبسوط بجواز التعيين بعد الإبهام، فينصرف العتق إلى من أراد صرفه إليها، كما لو عين فى الابتداء، و يبقى حكم الآخر بحاله، فلا محذور حينئذ، و اختاره الفاضل فى التحرير و ولده.

و فيه- مع منع ذلك عليه فى العباده و إن قلنا به فى مثل الديون- أنه قد يتعذر عليه ذلك بموت و نحوه، على أن الاشكال قبل التعيين.

و فى المسالك «يمكن دفعه هنا بالتزام تعيين العتق ثانيا على تقدير كون إحداهما مرتبه و الأخرى مخيره، و لا يلزم انصراف العتق أولا إلى المخيره، بل إلى كفاره مطلقه مما فى ذمته، و تبقى اخرى مطلقه كذلك متردده بين المرتبه

و المخيره، و إن اختار غير العتق لم تحصل براءة الذمه مما هو متعلق بها، لأنه ليس مخيرا، و إذا اختار العتق برئت ذمته على التقديرين، فتعين العتق لذلك لا لانصرافه إلى المخيره و إن شاركه في المعنى، و هذا كمن عليه كفاره مشتبهه بين المخيره و المرتبه، فإنه يتعين عليه العتق لتيقن براءة الذمه منهما و إن لم يكن العتق متعينا عليه في نفس الأمر، بل من باب مقدمه الواجب، لتوقف براءة الذمه عليه».

قلت: قد تبع بذلك الفاضل في القواعد و ولده في الإيضاح، بل أظن في تحرير المعنى المزبور، و قال: «إنه من غوامض هذا الباب».

و لكن قد يقال: إن المتجه على ما يقوله الشيخ مع فرض عدم التعيين ابتداء و بعد العتق الاجتزاء بإحدى خصال الكفاره المخيره، و لا- يتعين عليه العتق، و ذلك لأن مقتضى دليله رجوع أوامر الكفارات المتعدده و إن اختلفت إلى أمر واحد و هو التكفير، فيجتمع حينئذ على المكلف حكم الترتيب و التخيير، و يكون كما لو قال له «أعتق» مثلا و «أعتق أو صم أو أطمع» مثلا الذي لا ريب في تحقق الامتثال فيه بما ذكرنا، ضروره كونه حينئذ عنده كسب واحد اقتضى ذلك، لأنه أرجع الأوامر المتعدده إلى أمر واحد بمقتضى كل واحد منها، و لذا لم يوجب التعيين، معللا له بصدق امتثال الأمر بالتكفير بدونه، و إن كان قد أوضحنا فساده، و قلنا:

إنه لا- أمر بالتكفير مطلقا، و إنما الموجود الأوامر الخاصه، و التكفير الشامل لها قدر انتزاعي منا، و إنما الكلام في التفرع على قوله صحيحا كان أو فاسدا، و التحقيق فيه ما ذكرناه، و ليس عنده الباقي بعد العتق كفاره مجمله دائره بين المرتبه و المخيره كي يجب مراعاة الترتيب تحصيليا للبراءه اليقينييه، بل صريح كلامه أن العتق الأول يقع مطلقا لا مجملا، و لكن قد اكتفى في الامتثال بإطلاقه، كوفاء درهم من الدرهمين في الذمه، تعدد سبب شغلها أو اتحاد، و حينئذ فالمتجه الاكتفاء في الامتثال بخصله المرتبه، و واحده من خصله التخيير، و لعل هذا أغمض مما ذكره فخر المحققين، و خصوصا إذا لاحظ وقوع ما ذكرناه دفعه بالعتق مثلا و الإطعام من

و كيله لو كيل الستين، و الله العالم و الموفق و المؤيد و المسدد.

و كيف كان ف لو كانت الكفارات من جنس واحد بأن تكرر الظهار منه أو القتل خطأ أو الإفطار في شهر رمضان قال الشيخ في محكى الخلاف يجرى نيه التكفير مع القربه، و لا يفتقر في الامتثال إلى التعيين بملاحظه سبب كل واحد منها بخصوصه، لصدق الامتثال بدونه، بل في محكى الخلاف نفى الخلاف عنه.

و في غايه المراد «لم أعرف القول باشتراط التعيين مع تجانس السبب لأحد من العلماء، و لكن المحقق جعل فيه إشكالا» و إن أنكر عليه الصيمرى ذلك، و قال:

«إن مذهبه في الدروس وجوب التعيين، اتحدت الكفاره أو تعددت، اختلف الجنس أو اتحد، و هو ظاهر المصنف في المختصر، لأنه أطلق وجوب التعيين، و هو المعتمد».

قلت: هو كذلك فيما حكاه عنهما.

و لعله لذا قال الكركى في حاشيه الكتاب: «المعتمد أنه لا بد من التعيين مطلقا، اختلف الأجناس أو تجانست، لأن الاجزاء إنما يتحقق بالإتيان بالمأمور به على الوجه المأمور به، و إنما يؤثر في وجوه الأفعال النيه، فلا تتعين الكفاره لسبب معين إلا بالتعيين، و لا يضر قول شيخنا في شرح الإرشاد بأن اشتراط التعيين مع تجانس السبب لا نعرفه قولاً لأحد من العلماء سوى ما ذكره المصنف فيه من الإشكال، إذ لا يضر عدم القائل مع قيام الدليل حيث لم يثبت الإجماع، و نقل الشيخ عدم الخلاف في ذلك مع تحققه غير قادح».

قلت: و مما عرفت يظهر الوجه في قول المصنف و فيه إشكال مضافا إلى ما ذكره غير واحد في وجهه من أن كل واحد من الكفارات عمل، و كل عمل مفتقر إلى النيه، فكل كفاره تحتاج إلى نيه، و إن كان فيه أن البحث في نيه التعيين لا أصل النيه التي لا كلام في وجوبها في كل واحد منها، ضروره عدم صحه العباده بدونها، و لا ريب في أن كل كفاره عباده.

و من ذلك يعلم أن كثيرا من الكلمات فى المقام مغشوشه حتى هؤلاء القائلين بوجوب التعيين فى المفروض، فإن الصيمرى منهم قال: «و المراد بالتعيين تعيين السبب لا تعيين شخص الكفاره فلا يجب أن يقول: «قتل زيد أو عمرو» و لا النذر الفلانى، و قد أخذه من الشهيد فى غايه المراد قال: «و اعلم أن هاهنا تنيها، و هو أن النزاع إما أن يكون فى اشتراط تعيين خصوصيه المحلوف عليه أو فى اشتراط تعيين مطلق السبب؟ فان كان الأول فاحتمال عدم الاشتراط أظهر، و إن كان الثانى فالحق الاشتراط، لتردد الكفاره بين ما فى الذمه و بين غيره، و ليس صرفها إلى ما فى الذمه أولى من صرفها إلى غيره، فلا يتمحض لما فى الذمه إلا بالنيه، و الظاهر أنه لا نزاع فى هذا عند هؤلاء، و أن محل النزاع هو الأول».

قلت: و من الغش الذى ذكرناه ما ذكره من وجوب التعيين مع الاتحاد الذى هو صريح الدروس و التنقيح، و نسبوه إلى ظاهر النافع، مع أنه لا وجه لاعتبار التعيين مع الاتحاد، ضروره كون المراد بالتعيين مع اشتراك ما فى ذمه المكلف، و إلا فالتعيين فى نفسه لا يحتاج إلى التعيين، و احتمال وجوب ملاحظه خصوص السبب تعبدا لا للتمييز - مع أنه من غير مسأله التعيين - واضح الفساد، ضروره إطلاق أوامر التكفير بأسبابها، فالسبب غير داخل فى وجه الأمور به قطعا، و إنما تجب نيه السبب للتشخيص مع الاشتراك، بل هو كغيره من المشخصات و لا خصوصيه له، و من هنا صح نيه القربه و التكفير لمن كان فى ذمته كفاره مردده بين الظهار و القتل و إن تمكن من العلم بالرجوع إلى كتاب له مثلا أو بالتذكر و نحوهما.

نعم لا يجزئ مع الاتحاد نيه العتق المطلق من غير ملاحظه التكفير لاشتراكه حينئذ بين التطوع و بينه، و هذا غير ما نحن فيه، كما أن ما سمعته من الصيمرى لا مدخله له فى مسأله التعيين التى هى على القول بها فى المتجانس لا بد من ملاحظه خصوص كل واحد منها بمشخص من مشخصاته.

و بذلك كله ظهر لك عدم تنقيح المسأله عندهم، و التحقيق فيها ما أشرنا إليه بعد عدم دليل بالخصوص قطعا من أنه متى تعددت الأوامر على وجه يقتضى التنوع

لم يحصل الامتثال إلا- بملا-حظه كل واحد منها، إذ المطلق لا أمر به كى يصح امتثاله، و الفعل لا مشخص له مع اشتراكه إلا بالنيه، و متى كان الأمر متحدا و إن تعددت أفراده لا يجب التشخيص، لصدق الامتثال بدونه قطعاً، و ذلك كقضاء أيام شهر رمضان الذى هو فى الحقيقه كوفاء الدين، و الأمر الضمنى لا يقتضى التنويع، ففى الكفارات مع اجتماع أسبابها كالظهار و القتل خطأ أو أحدهما مع الإفطار فى شهر رمضان لا بد من التعيين، لأنها أوامر متعدده متنوعه، و لا مدخلية لاتفاق حكم الكفاره بالترتيب و التخيير و عدمه، ضروره عدم اقتضاء الأول اتحاد الأمر الذى قد عرفت أنه المناط فى عدم وجوب التعيين.

فما سمعته فى المختلف- من التفصيل بين المتفقه حكما فلا يجب التعيين بخلاف المختلفه فى الترتيب و التخيير فيجب- واضح الفساد، كما أن القول بوجوب نيه التعيين فى أفراد متحده السبب ككفارات الظهار مثلا على وجه لا يجزئ إلا نيه خصوص كل منها بأحد مشخصاتها كذلك أيضا، ضروره أنها أفراد أمر واحد، و تعددها بتعدد السبب لا يقتضى تعدد أوامرها على وجه التنويع، ضروره كون السبب فى جميعها الأمر بالكفاره للظهار، و فى الحقيقه مع تعدد السبب- مرتين مثلا- كان كالأمر بعق رقبتين، بل كالأمر بوفاء الدرهمين و إن استقرضهما بعقدى القرض مثلا بخلاف اختلاف الجنس كالقتل و الظهار، فان لكل منهما أمرا مستقلا بكفارته بتوقف امتثاله على تشخيصه، و كان الشيخ فى المبسوط ظن أن هذه الأسباب كأسباب الدين المختلفه بالقرض و الجنايه و الشراء مثلا، فإنه مع اجتماع القدر المخصوص منها فى الذمه يكفى فى صدق الوفايه الدفع المطلق عنها من دون تشخيص، و لكنه كما ترى، ضروره الفرق بين أوامر العباده الملاحظ فيها قصد الامتثال و غيرها، فلا بد من ملاحظه كل واحد منها بإحدى مشخصاته فى صدق امتثاله.

و بذلك كله بان لك الوجه فى اختلاف كلماتهم، و أن التحقيق فيها ما ذكرنا،

و أنه لا معنى لإشكال المصنف في عدم وجوب التعيين في أفراد متحده الجنس لما عرفت من أنها أفراد أمر واحد، نعم يجب قصد التكفير عن ذلك السبب أو عما في ذمته في كل واحد منها لا خصوص كل واحد منها بمشخصه. كما إذا اختلف السبب.

بل بان لك مما ذكرناه أنه لا وجه لقول المصنف أما الصوم فالأشبه بالمذهب أنه لا بد فيه من نيه التعيين ضروره عدم الفرق بين الصوم وغيره من خصال متحده الجنس، و قول الأصحاب يجب التعيين في الصوم في غير شهر رمضان و النذر المعين يراد منه بنيه التكفير، لا خصوص كل شخص من أشخاص سببها المتحد، كما هو واضح و بذلك يظهر لك أن هذا الكلام من جمله الكلام المغشوش.

و أما ما ذكره هنا من أنه يجوز تجديدها إلى الزوال فهو أمر خارج عما نحن فيه، و قد استوفينا الكلام فيه في كتاب الصوم، و أنه هل يختص بالناسي و من بدا له أو مطلقا حتى من تعمد العدم في الليل حتى طلع الفجر، فلاحظ و تأمل.

[فروع على القول بعدم وجوب التعيين]**[الأول لو أعتق عبدا عن إحدى كفارتيه صح]**

الأول:

لو أعتق عبدا عن إحدى كفارتيه المتفقتين في الترتيب، أو التخيير أو المختلفتين صح، لتحقق نيه التكفير التي اجترأ بها القائل بذلك إذ لا عبره بالسبب عنده ولا غيره من المميزات مع اتحاد الحكم الذي هو وجوب العتق مرتبا أو مخيرا، نعم على ما سمعته من العلامة لا بد من إرادته الترتيب في الكفارتين أو التخيير فيهما من اتحاد الحكم فهو حينئذ أخص من الأول، وحينئذ فإن كانتا مع اختلاف سببهما متفقتين في الجمع أو الترتيب أو التخيير برىء من العتق عن أحدهما، و لزمه في الأول عتق رقبه اخرى مطلقه كذلك فقبراً ذمته منهما بالنسبه إلى العتق، و كذا في الثاني أو المركب منهما، و أما الثالث فإنه بالعتق تبرأ من إحداهما و يتخير ثانيا بين فعل إحدى الخصال الثلاث مطلقه فيبرأ منهما.

و لو كانت إحداهما مرتبه و الآخري مخيره برئت ذمته من إحداهما أيضا لا على التعيين، و تعين عليه العتق ثانيا عن إحداهما كذلك، لتوقف البراءه مما في ذمته المتردد بين الأمرين عليه إن لم يصرف ذلك المطلق الأول بعد العتق إلى واحده معينه و إلا لزمه حكم الآخري خاصه، و لو عجز ثانيا عن العتق تعين عليه الصوم، لما عرفت من العله في العتق.

[الثانى لو كان عليه كفارات ثلاث متساويه]

الثانى:

لو كان عليه كفارات ثلاث متساويه فى الترتيب بين العتق و الصوم و الصدقه نحو كفاره الظهار و القتل و الجز بناء على أنه كفاره ظهار، أو متساويه فى الخصال و إن اختلفت فى الترتيب و التخيير، كما لو كان مع الأولتين كفاره إفطار شهر رمضان فأعتق و نوى القربه و التكفير أجزاء عن واحده غير معينه إذا لم يعينها بعد العتق.

ثم لو عجز عن العتق فصام شهرين متتابعين بنيه القربه و التكفير برى ء من اخرى كذلك أيضا ثم لو عجز عن الصوم فأطعم ستين مسكينا كذلك برى ء من الثلاث و لو لم يعين و كذا لو كان إحدى الثلاث مثلا مخيره، أما لو كانت الثلاث مخيره فلا حاجه إلى اعتبار العجز بخلافه على الأولين، و لو اجتمع عليه ثلاث كفارات جمع فأعتق و نوى الكفاره مطلقا فإنه يبرأ من عتق واحده غير معينه، فاذا صام كذلك برى ء من صوم واحده كذلك، فإذا أطعم فكذلك ثم إن لم يصرفه إلى واحده معينه و إلا افتقر فى تعيين الخصال إلى الإطلاق، و الله العالم.

[الثالث لو كان عليه كفاره و لم يدر سببه فأعتق و نوى القربه و التكفير أجزاً]

الثالث:

لو كان عليه كفاره و لم يدر أ هي عن قتل مثلاً أو عن ظهار فأعتق و نوى القربه و التكفير أجزاً بلا إشكال. لما عرفت من إجزاء هذه النية مع العلم بنوع الكفاره و تعددها، فمع الجهل و اتحادها أولى، بل فى المسالك «و لو اشترطنا التعيين مع العلم احتمال سقوطه مع الجهل - كما فى هذه الصورة- و وجوب التردد بين الأمرين كالصلاه المشتبه حيث و جب تعيينها ابتداء فكذا مع الجهل، فتردد النية بين الأقسام المشكوك فيها، و هو أولى».

و فيه أن المتجه سقوطه حتى مع العلم، لأنه متعين فى نفسه، و التعيين إنما يجب مع التعدد، لتوقف صدق الامتثال عليه بخلاف المتعين، فإنه يكفى فى صدق امتثاله ملاحظه الأمر المتعلق به واقعا، و ليس فى الأدله و وجوب التعرض لخصوص السبب فى النية، ضروره صدق امتثال كفاره النذر مثلاً بقصد الأمر الذى فى ذمته، و كان فى الواقع نذر مثلاً، كما هو واضح.

و قد يفرق بين الظهريه و العصريه و بين المقام بإمكان القول بوجوب ملاحظه القيود المزبوره فى نفسها، لا للتعين لدخولها فى نفس المأمور به، فيتوقف صدق الامتثال عليها، بخلاف المقام المعلوم خروج ملاحظه السبب عن المكلف به الذى هو الكفاره له فتأمل جيداً، فإنه لا يخلو من دقه.

هذا و فى حاشيه الكركى على الكتاب «و لو قلنا باشتراط التعيين و جب التردد بينهما» و لا يخفى ما فيه، ضروره عدم كونه تعييناً حينئذ، بل إما أن يقال بسقوطه أو لا بد من التكرار بناء على حصول الاحتياط به، و الله العالم.

[الرابع لو شك بين النذر و الكفاره فنوى التكفير لم يجز و كذا العكس]

الرابع:

لو شك فيما فى ذمته بين نذر و كفاره ظهار مثلا فنوى التكفير أو النذر لم يجز، لأن النذر لا يجزئ فيه نيه التكفير و هو لا يجزئ فيه نيه النذر، نعم لو نوى إبراء ذمته من أيهما كان مع التردد بينهما و بدونه كما سمعته سابقا جاز لكونه قدرا جامعا بينهما مختصا بهما مع فرض عدم احتمال غيرهما فى ذمته، بل يقوى الاكتفاء بذلك مع تمكنه من العلم، لما سمعته سابقا من اتحاد المكلف به و تعيينه فى نفسه، بل و إن لم يتشخص عنده بما عينه به واقعا، و ما سمعته من الكركى سابقا قد عرفت ما فيه و إن ذكره هنا أيضا.

و لو نوى العتق مطلقا أى مجردا عن الصفه التى تقتضى تشخيصه فى الواقع لم يجز، لأن احتمال إرادته التطوع أظهر عند الإطلاق، و مع فرض عدم نيتها أقصاه الإطلاق المجرد عن التشخيص، و كذا لو نوى الوجوب، لأنه قد يكون لا عن كفاره و لا عن نذر، فهو غير قابل فى حد ذاته للتشخيص، لأنه من صفات الأمر، نعم لو نوى العتق الواجب مريدا به التشخيص أجزاء، بل لو قصد التميز بالوجوب كان كذلك و إن كان الأول أظهر فى إرادته التشخيص.

و لعله لذا فرق فى القواعد بين نيه الوجوب و العتق الواجب، فلا- يجزئ الأول و يجزئ الثانى، فما فى المسالك- من أن الفرق بينهما غير واضح- لا يخلو من نظر، و الأمر سهل بعد معلوميه كون المدار على نيه ما يحصل به التشخيص واقعا و إن لم يعلم به بعينه، لصدق الامتثال، و الله العالم.

[الخامس لو كان عليه كفارتان و له عبدان فأعتقهما و نوى نصف كل واحد منهما عن كفاره صح]

الخامس:

لو كان عليه كفارتان مثلا و له عبدان فأعتقهما عنهما و لكن كان كيفيه ذلك بأن نوى عتق نصف كل واحد منهما عن كفاره قاصدا للسرايه فى النصف الآخر أو لم يتعرض لذلك على حسب ما سمعته سابقا صح، لأن كل نصف تحرر عن الكفاره المراده به بقصده تحرره لها و يحرر الباقي عنها بالسرايه التى قد عرفت الحال فيها.

و كذا لو أعتق نصف عبده عن كفاره معينه صح لأنه ينعقد كله دفعه كما تقدم الكلام فى ذلك كله و فى المحكى عن ابن الجنيد، و ليس المراد من العبارة عتق كل من نصفى كل من العبدین عن كفاره بمعنى نيه نصف عن واحده و النصف الآخر عن الأخرى، و هكذا الحال فى العبد الآخر، كما ادعى فى المسالك أنه المتبادر من العبارة أو هى شامله له، ضروره فسادة على هذا التقدير، بل لا- موضوع للسرايه و الرغبه فيه ملفقه، و من المعلوم عدم إجزائها حينئذ، فليس المراد من العبارة إلا ما ذكرناه، و يكون هو حينئذ عين المسأله السابقه.

و لكن المصنف أعاده لبيان حكم ما ذكره بقوله أما لو اشترى أباه أو غيره ممن ينعقد عليه و نوى به التكفير قال فى المبسوط يجزئ للصدق، إذ العتق و إن كان قهريا إلا أنه اختيارى السبب، مثل عتق النصف المقتضى للسرايه، و مع فرض استمرار النيه تصادف ملكه الذى هو شرط أو سبب فى الانعتاق، و فى الخلاف لا يجزئ، و هو أشبه (١١) عند المصنف بأصول المذهب و قواعده، لأن نيه العتق (١٢) قبل الشراء لا- أثر لها، إذ هى تؤثر فى ملك المعتقد (١٣) و إن تبعه غيره، كما سمعته فى العبد المشترك لا فى ملك غيره (١٤) و بعده تصادف حرته ف (١٥) ان السرايه سابقه على النيه، (١٦) و حينه ملكا (١٧) غير مستقر ف (١٧) على كل حال

١-١ هكذا فى النسخه الأصلية المسوده و المبيضة و الاولى « كان ملكا ».

لا يصادف حصولها ملكا يصلح للعتق عن الكفاره.

و قد استشكل فى ذلك الفاضل فى القواعد، و جعل منشأ الاشكال ما سمعته من التعليلين، لكن فى إيضاح ولده «الأصح عدم الإجزاء، لأن الملك هنا سبب معد للعتق لا من الأسباب الفاعله، لأن السبب الفاعل هنا النسب، و الملك جاعل المحل قابلا لتأثير النسب فى العتق، و فاعل قبول المحل لأثر صادر عن غيره ليس بفاعل لذلك الأثر، فلا يصدق عليه أنه أعتق، و لأن المكلف به مباشره العتق، و مباشره العتق إنما تكون بفعل سببه المؤثر، و القابل لا يصلح هنا للتأثير- قال:- و لقد عرضت هذا على المصنف و استحسنته- و قال:- الذى افتى به أنه لا يجزئ».

و فيه إمكان منع كون الفاعل النسب، إذ قد يقال: إنه الملك بشرط النسب أو هما معا العله التامه، بل مع قطع النظر عن ذلك يصدق نسبه التحرير إليه على نحو غيرها من النسب الصادره من الأسباب كما أومى إليه فيما تسمعه من المسالك.

و كأن الشهيد فى غايه المراد قد عرض به، حيث استدل على الإجزاء بأن «الملك سابق على السرايه قطعا، لسبق العله على المعلول، و السبب سابق على الملك، ضروره سبق السبب على المسبب، و النيه مقارنه للسبب إلى حين الشراء، فالسرايه لم تصادف إلا عبدا معتقا عن كفاره فلا سرايه- ثم قال:- و حينئذ نمنع وجود العتق هنا إلا عن الكفاره لأنه إنما يعتق لو لم يوجد سبب أسبق، و قد وجد نيه الكفاره» و لا يخلو من قوه و إن ناقشه فى كشف اللثام بأنه لو لم يكن العتق للقرايه لافتقر إلى صيغه، و التزامه بعيد جدا، على أن نيه العتق ليست سببا فيه، و الأسباب الشرعيه لا تتمانع.

و لكن فى المسالك بعد أن ذكر ما سمعته فى غايه المراد قال: «و هذا متجه بشرط استصحاب النيه فعلا إلى عقد البيع، لتصادف الملك و تصدق مقارنتها للسبب إلى حين الملك، و ما ذكروه من الفرق بين هذه و عتق المشترك بأن النيه إنما أثرت

في المملوك أما ما سرى إليه العتق من ملك الغير فلم يكن مملوكا حال النيه، وإنما ترتب السرايه على عتق البعض و حكم بملك المعتق له ضمنا قبل السرايه فالأمر هنا كذلك، بل الملك هنا حقيقى لا ضمنى، لأن الانعتاق مسبب عن ملك القريب له، فإذا قارنته النيه فقد قارنت العتق و اشتركا في مقارنتها السبب، و ربما فرق بين الأمرين بأن العتق بالنسبه إلى السرايه إلى حصه الشريك سبب فاعلى له، و الشراء بالنسبه إلى عتق القريب سبب معد لا فاعل، لأنه يجعل المحل قابلا لتأثير النسب في العتق، و السبب الفاعلى فيه هو النسب، و فاعليته قبول المحل لأثر بفعل غيره غير فاعل لذلك الأثر، و المعتبر في العتق المطلوب في الكفاره كون المعتق فاعلا له كما مر، و فيه نظر، لاشتراك الأمرين في أصل السببيه التى لها مدخل في التأثير في العتق، و الفاعل له حقيقه هو الله، و إنما هذه اعتبارات نسبها الله تعالى علامه لحكمه لا فاعله في الحكم، فإما أن يصح العتق في الكفاره فيهما نظرا إلى السببيه أو لا فيهما، لعدم مباشرته للصيغه التى جعلها الشارع موجبه للعتق بذاتها.

قلت: و هو ما أشرنا إليه سابقا من الاتحاد في صدق النسبه عرفا في الجميع، إذ التحرير الجعل حرا، و هو يعم ما كان بالصيغه و غيره، و هنا قد حرره بالشراء، و لما كان عقد البيع هنا كافيا في العتق جرى مجرى صيغه الإعتاق، فكما تكفى النيه عندها تكفى عنده، و إن ضويق في الاكتفاء بها فلينوه مستمرا إلى ما بعده، ليصادف الملك، كما أشرنا إليه سابقا، فالمتجه حينئذ الاجزاء إلا أن يكون إجماعا، كما عساه يظهر من عباره المبسوط، حيث قال: «لا يجزئ عندنا» و من الغريب أن الموجود من عبارته ذلك، و قد حكى المصنف عنه في المتن القول بالاجزاء اللهم إلا أن يكون له مقام آخر.

[الشرط الثانى تجريده عن العوض]

الشرط الثانى:

تجريده عن العوض ف لا تجزئ المكاتبه بنوعيهها بل لو قال لعبده:

«أنت حر و عليك كذا» لم يجز عن الكفاره اتفاقا كما فى كشف اللثام، و لعله لما ذكره غير واحد، بل ظاهرهم أنه كالمفروغ منه من أن قصد العوض ينافى الإخلاص المعلوم اعتباره فى العباده التى قد عرفت كون الكفاره منها.

و كذا لو قال له قائل: «أعتق مملوكك عن كفارتك و لك على كذا» فأعتقه لم يجز عن الكفاره أيضا إجماعا كما فى المسالك فيه و فى سابقه، لما عرفته، و ما عن بعض الشافعيه- من الصحه عن الكفاره و سقوط العوض، لحصول العتق، فهو حينئذ نحو قول القائل: «صل الظهر عن نفسك و لك على كذا» فصلى أنه تجزؤه صلاته و لا يستحق العوض- واضح الفساد بعد ما عرفت، بل لعل الحكم فى المقيس عليه كذلك إذا فرض أنه صلى بقصد العوض المنافى للإخلاص.

نعم قد يشكل أصل التعليل فى صورتين بأن ذلك إن نافى الإخلاص المعتبر فى نيه الكفاره نافاه أيضا فى نيه العتق المجرد عنها بناء على أنه عباده، ضروره عدم الفرق حينئذ بين النيه فيهما، و ظاهرهم المفروغيه من الصحه مع التجرد عن الكفاره، بل الجعل فى الصوره الثانيه إن كان منافيا للإخلاص فى النيه لم يصح جعله فى الحج و الصلاه و غيرهما من العبادات، و كذا الإجاره المعلوم فساد التزامه، لاستفاضه النصوص (١) فى الإجاره على الحج.

و دعوى الفرق بين المقام و بينه- بأن الجعل هنا على فعل راجع إلى نفس المجعول له بخلاف الأول- يدفعها أن ذلك يقتضى فساد الجعالة لا فساد النيه، مع

١-١ الوسائل الباب- ٢ و ٣ و ٤ و ١٠ و ١١- و غيرها من أبواب النياه فى الحج- من كتاب الحج.

أن ظاهرهم عدم الإشكال فى الصحة من هذه الجهة و لعله لإطلاق أدله الجعالة(١)و إمكان ترتب نفع له على ذلك، فالتحقيق الاستناد فى أصل الحكم إلى الإجماع الذى سمعته، أو إلى دعوى ظهور أدله الكفاره فى التحرير المجرد عن العوض.

نعم فى وقوع العتق لا- عنها تردد من تغليب الحريه و صدور الصيغه من أهلها فى محلها كما عن المبسوط، بل فى غايه المراد «هذا هو الأصح» و فى كشف اللثام «هو الأجود» و من أنه إنما نوى المقيد الذى يرتفع المطلق- الذى لم ينو- بارتفاعه، إذ لا عمل إلا بنيه، و لعله الأقوى وفاقا للدروس و حاشيه الكركى.

و لكن لو قيل بوقوعه هل يلزم العوض؟ قال الشيخ: نعم، و هو حسن فى الصورة الأولى، لعموم ما دل (٢)على صحة الشرط فيها، و

البطلان عن الكفاره لا يقتضى بفساد الشرط الذى صحته تبع لصحة العتق لا لصحة كونه عن الكفاره.

أما الثانيه فلا- يخلو من وجه بناء على ما عن المبسوط من أنه يقع عن الباذل، و يكون ولاؤه له، و إن كان فيه ما فيه أيضا، أما على القول بكونه عن المالك فقد يشكل بأنه لم يقع المعوض عنه، و هو العتق عن الكفاره، و لا- وقع العتق له، فلا- يستحق العوض الذى هو الجعل على ذلك، و من هنا قيل: إن الحكم بلزوم العوض و عدم الإجزاء عن الكفاره مما لا يجتمعان، و الثانى ثابت إجماعا فينتفى الأول.

و ما يقال:- من أن الجعل قد وقع عن العتق عن الكفاره، و قد فعل و إن كان لا يجزئ شرعا، إذ الإجزاء حكم شرعى، و ليس فعلا للمكلف حتى يصح

١-١ الوسائل الباب- ١- و غيره من كتاب الجعالة.

٢-٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب المكاتبه من كتاب التدبير و المكاتبه.

الجعل عليه - يدفعه أن الجاعل إنما يجعل على الفعل الصحيح شرعا، نحو غيره من الجعل على نحو الصلاة و الحج و غيرهما، و تعذر ذلك هنا لا يقتضى إرادته الصورة، خصوصا إذا كان الجاعل جاهلا بالحكم الشرعى، فالحق عدم استحقاق الجعالة حينئذ، نعم لو علم بالقرائن أن الغرض من ذلك تخلص العبد من الرق كيف كان و ذكر الكفاره من باب المثال اتجه حينئذ لزومه حتى لو قلنا بوقوع العتق عن المالك.

و على كل حال لو رد المالك العوض بعد قبضه أو أبرأه قبل قبضه لم يجز عن الكفاره أيضا لأنه إذا لم يجز حال الإعتاق فلم يجز فيما بعد، نعم لو قال ابتداء عقيب الالتماس: «أعتقه عن كفارتي لا على الألف» كان ردا لكلامه و أجزاءه عن الكفاره، كما هو واضح.

و لو اشترى بشرط العتق فأعتقه عن الكفاره ففي محكى المبسوط لم يجزه عنها، و لعله لأنه إن جبر على الإعتاق فهو عتق واجب لغير الكفاره، و إلا - فهو إعتاق لغير تام الملكيه، لكنه كما ترى، ضروره تناول الإطلاقات له، إذ هو عتق بلا عوض، و الوجوب بالشرط مؤكدا للوجوب عن الكفاره لا - إعتاق، و لعله لذا كان المحكى عن التحرير و المختلف الحكم بالإجزاء، و فى كشف اللثام «لا يبعد التفصيل بالإجزاء إن تقدم وجوب الكفاره على الشراء، و العدم إن تأخر» و لا يخلو من نظر بناء على أن المراد من الشرط حصول ماهيه العتق كيف كان بحيث يندرج فيه العتق عن الكفاره، و الله العالم.

[الشرط الثالث أن لا يكون السبب محرماً]

الشرط الثالث:

أن لا يكون السبب المؤثر للعتق محرماً، فلو نكل بعبده بأن قلع عينيه أو قطع رجليه و نوى التكفير انعتق، و لم يجز عن الكفاره بلا خلاف و لا إشكال للنهي (١) المنافي لقصد الطاعه به المتوقف على الأمر به.

هذا كله فى العتق.

[القول فى الصيام]

و أما القول فى الصيام و هو أحد خصال الكفاره بلا خلاف فى أنه يتعين أى الصوم فى المرتبه مع العجز عن العتق المراد من عدم الوجدان الذى هو عنوان الحكم فى الكتاب العزيز (٢) أو المندرج فيه، و لا إشكال بعد توافق الكتاب و السنه (٣) و الإجماع عليه.

و لا ريب فى أنه يتحقق عدم الوجدان الذى عبر عنه المصنف ب العجز إما بعدم وجود الرقبه عنده و عدم ثمنها و إما بعدم التمكن من شرائها و إن وجد الثمن، لعدم الباذل و قيل: حد العجز عن الإطعام أن لا يكون معه ما يفضل عن قوته و قوت عياله ليوم و ليله (١١) و نحوه فى التحرير إلا أنه لا يخفى عليك ما فى ذكر ذلك فى المقام الذى هو فى العجز عن الرقبه لا الإطعام.

و من هنا قال فى المسالك بعد أن ذكر استثناء النفقه: «و لم يقدر الأ-كثر هنا للنفقه و الكسوه مده، فيمكن أن يكون المعتر كفايه العمر، و يتحقق ذلك بملك ما يحصل من نمائه إدارار النفقه فى كل سنه بما يقوم بكفايته و نحو ذلك،

١-١ يمكن استفاده النهى مما ورد فى تعزيز من نكل بعبده المروى فى المستدرک فى الباب- ١٩- من كتاب العتق.

٢-٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٩٢.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الكفارات.

و يمكن أن يريدوا به مؤنه السنه، لأن المثنوات تتكرر فيها و يتجدد الإعداد لها، و أن يريدوا به قوت يوم و ليله زياده على المحتاج إليه فى الوقت الحاضر من الكسوه و الأمتعه، و لعدم ورود التقدير هنا فى النصوص عدل المصنف إلى قوله: «و قيل: حد العجز» إلى آخره، و لم يذكر العجز عن الرقبه لما ذكرناه».

و فيه أن المصنف لم يتقدم له ذكر النفقه أصلا، و إنما ذكرها بعد ذلك، و يمكن أن يكون مراد المصنف بذلك أنه يأتي على هذا القول كون حد العجز عن الرقبه أن لا يكون عنده ما يفضل عن قوت يوم و ليله، ضروره عدم الفرق بينهما فى ذلك، و وجهه حينئذ أن الكفاره من قبيل الديون التى يقتصر فيها على ذلك مع المستثنيات، و إن كان قد يناقش بإمكان كون المراد من الوجدان الغنى نحو

قوله عليه السلام (١): «لى الواجد يحل عقوبته و عرضه»

الذى هو مثل

قوله (٢): «مطل الغنى يحل عقوبته و عرضه».

قال فى الصحاح: «وجد فى المال وجدا و وجدا و وجدا أى استغنى - إلى أن قال -: و أوجده أو أغناه يقال: الحمد لله الذى أوجدى بعد فقر» و فى مختصر النهايه «الواجد الغنى

الذى لا يفتقر، و لى الواجد أى القادر على قضاء دينه، و وجد يجد جده استغنى».

و ربما يؤيده

موثق إسحاق بن عمار (٣) عن أبى إبراهيم عليه السلام «سألته عن كفاره اليمين فى قوله تعالى (٤) فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ما حد من لم يجد؟

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب الدين و القرض الحديث ٤ من كتاب التجاره.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب الدين و القرض الحديث ٣ و المستدرک الباب- ٨- منها الحديث ٢ و ٦ و سنن البيهقى ج ٦ ص ٧٠ و فى الجميع «مطل الغنى ظلم».

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب الكفارات.

٤- ٤ سورة المائده: ٥- الآية ٨٩.

و أن الرجل ليسأل في كفه و هو يجد، فقال: إذا لم يكن عنده فضل عن قوت عياله فهو ممن لا يجد»

و إن كان هو في غير ما نحن فيه من وجدان الرقبه لكنه تفسير لمطلق من لا يجد على معنى أنه المالك لأزيد مما يحتاجه من قوته و قوت عياله و غيره من مثونه، فيكون ذكر القوت مثلا لكل مثونه، و اعتبار الزيادة حينئذ لأجل إمكان الإتيان بالمأمور به، و هو على جدته، لا أنه بذلك يكون فقيرا و مسكينا و حينئذ يكون المرتب عليه الصوم عدم الجده أى الغنى و السعه، و منه يشكل الحال في كثير مما ذكره، فلاحظ و تأمل.

و كيف كان فلو وجد الرقبه و كان مضطرا إلى خدمتها لمرض أو كبر أو زمانه أو ضخامه أو لرفعه شأن أو إلى ثمنها لنفقته أو كسوته له أو لعياله الواجبى النفقه عليه، أو لدين و

إن لم يطالب به، أو حق لازم عليه أو نحو ذلك لم يجب العتق بلا خلاف و لا إشكال.

نعم فى المراد من النفقه الوجوه أو الأقوال السابقه التى حكى عن ظاهر المبسوط اختيار الأول منها، لأنه قال: «إما أن يكون له فضل عن كفايته على الدوام أو وفق الكفايه، فإن كان له فضل لم يكن من أهل الصيام، لأنه واجد، و إن كان له وفق كفايته على الدوام لا يزيد شيئا، فإن فرضه الصيام» و فى الدروس و المسالك و حاشيه الكركى و غيرها اختيار الثالث منها، لأن الكفاره بمنزله الدين الذى يستثنى منه ذلك بالنسبه إلى القوت.

و فى المسالك «و أما الكسوه المحتاج إليها فى الوقت فمستثناه و إن بقيت بعد ذلك مده طويله بغير خلاف، و كذلك المسكين و الخادم- ثم قال:- و حيث كان المعبر قوت اليوم و الليله فلو كانت مثونته تستدر من ضيعة أو تجاره و يحصل منهما كفايته بلا- مزيد و لو باعهما لتحصيل عبد كان ممكنا لارتد إلى حد المساكين كلف ذلك، و استثنى مثونته مما ذكر، و لو اعتبرنا قوت السنه أو الدوام لم يقع، و اختلف كلام العلامة، ففى التحرير أوجب بيعهما، و فى القواعد قطع بعدم الوجوب، مع أنه لم يبين المراد من النفقه المستثناه له، و لكن هذا يشعر باستثناء أزيد من قوت

اليوم و الليلة».

ورده فى الرياض بعد أن حكاه عن الدروس و جماعه مستدلا له بصدق الوجدان لغه «بأنه معارض بعدم الصدق عرفا و عاده، و هو الأرجح حيثما حصل بينهما معارضه، مع التأيد بأصالة البراءه و الأولويه المستفاده من نفى الزكاه التى هى أعظم الفرائض بعد الصلاه عن مثله بالإجماع و الأدله، مع منافاه الوجوب حينئذ للمله السهله السمحه، و استلزامه العسر و الحرج فى الشريعه المحمديه على المتصدع بها ألف صلاه و سلام و تحيه، فالقول بذلك بعيد غايته كالقول الأول، فإذا الأوسط أوجه».

قلت: لا يخفى عليك ما فى جميع ذلك بعد الإحاطه بما ذكرناه من أن المراد بالوجدان السعه و عدمه عدمها، و لعل إيكالهما إلى العرف أولى من ذلك كله، و قياس ما نحن فيه على الدين ليس من مذهبنا و تقدير النفقه بما سمعت لا مدخله له فيما نحن فيه، ضروره عدم كونها عنوانا لحكم شرعى هنا فى شىء من الكتاب و السنه، كما أنه لا مدخله هنا لملاحظه ذكر المستثنيات فى الدين عينا أو قيمه بناء على أن الكفاره منه، ضروره عدم مناسبه ذلك للخلاف بينهم فى اعتبار نفقه السنه أو تمام العمر الذى من المعلوم عدم ملاحظه مثله فى وفاء الدين الذى قد يمنع شموله لمثل المقام، خصوصا بعد ملاحظه ذكرهم له فى باب المفلس الذى لا يكون إلا- فى حقوق الناس دون حقوق الله تعالى، و دعوى الأولويه على وجه يقطع العقل بها ممنوعه، فلا مدرك للمسأله حينئذ إلا ما ذكرناه من كون المعترف فى وجوب العتق كون المكلف ذا جده أى سعه فى المال، و العرف صالح لتشخيصه.

و إن أبيت جعلت المراد الغنى الشرعى المقابل للفقير كذلك، و حينئذ فاستثناء الأمور المذكوره لصدق عدم الجده فيمن لا يملك سواها، لا للاستثناء فى الدين الذى منه الكفاره، بل لو فرض تعدد بعضها عنده لم يجب عليه بيعه فى العتق مع عدم صدق الجده به.

و بذلك كله ظهر لك أن الوجه فيما ذكره المصنف و غيره من أنه لا يباع المسكن و لا ثياب الجسد و لا غيرهما مما ذكر في الدين كدابه الركوب للحاجه أو للشرف و غيرها ما قلناه من عدم صدق الجده.

بل و النظر في قولهم و يباع ما يفضل عن قدر الحاجه من المسكن إذا فرض عدم تحقق صدق الجده و السعه به، نعم لا بأس بقولهم لا يباع الخادم على المرتفع عن مباشره الخدمه لكن لما ذكرناه، لا لما ذكروه من كونه مستثنى في الدين.

و منه يعلم النظر في قولهم و يباع على من جرت عادته بخدمه نفسه إلا- مع المرض المحوج إلى الخدمه بناء على عدم تحقق صدق الجده عليه بذلك.

و كذا الكلام فيما لو كان الخادم غالبا بحيث يتمكن من الاستبدال منه ببعض ثمنه الذى قيل فيه يلزم بيعه، لإمكان الغنى عنه و قيل: لا يلزم، لإطلاق ما دل على استثنائه في الدين و كذا قيل في المسكن إذا كان غالبا و أمكن تحصيل البديل ببعض الثمن (١١) بحيث يبيعه، لإمكان الجميع بين الأمرين.

و (١٢) لكن الأشبه (١٣) عند المصنف و غيره أنه لا يباع تمسكا بعموم النهى عن بيع المسكن (١٤) في الدين، و قد عرفت أن التحقيق دوران الأمر على صدق الجده و عدمه.

و منه يعلم الحال في كثير من كلماتهم في المقام على اختلافها، حتى ذكر الوجهين فيمن وجد الرقبه بأزيد من ثمن المثل المبنى على ما ذكروه في التيمم من الوجوب للمقدمه، و من عدمه لقاعده «لا ضرر و لا ضرار» المشعر باتحاد المراد من عدم الوجدان في الموضوعين، إذ هو كما ترى بعد الإحاطه بما ذكرناه من كون المدار على صدق الجده و عدمها، نعم لو فرض معها توقف شراء الرقبه مثلا على بذل الزائد المستلزم قبحا أو ضررا رجح على باب المقدمه كما حققناه في محله.

و بالجمله ليس المراد من عدم الوجدان هنا ما أريد به هناك، كما هو ظاهر بعضهم أو صريحه حتى فرع في المقام بعض ما ذكر هناك، كما عرفت الحال مفصلاً.

بقي الكلام في شىء، و هو ما ذكره من الأجزاء لو تكلف غير الواجد فأعتق، بل ربما ادعى الإجماع عليه إلا مع فرض النهى عنه، و مثل بمن اشترى الرقبه مع وجود الدين المطالب به، و نوقش بعدم اقتضاء الأمر بشىء النهى عن ضده، و الإثم بترك الوفاء لا- يقتضى فساد العتق، و لعل الوجه في أصل الحكم بعد الإجماع المزبور دعوى ظهور الأدله في إرادته التخفيف برفع الوجوب العيني مع عدم الجده لا أصل المشروعيه، و الله العالم.

و كيف كان فلا- خلاف في أنه مع تحقق العجز عن العتق يلزم الحر في الظهار و القتل خطأ صوم شهرين متتابعين بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى الكتاب (١) و السنه (٢) المستفيضه أو المتواتره.

و المشهور بل قيل عليه عامه من تأخر بل عن الخلاف الإجماع عليه أن على المملوك صوم شهر

للسحيح (٣) «الحر و المملوك سواء، غير أن على المملوك نصف ما على الحر من الكفاره، و ليس عليه صدقه و لا عتق»

و خبر محمد بن حمران (٤) عن الصادق عليه السلام «سألته عن المملوك أ عليه ظهار؟ فقال: نصف ما على الحر: صوم شهر، و ليس عليه كفاره من صدقه و عتق»

و نحوه غيره (٥) المنجبرين بما سمعت إن كان في سندهما ضعف المعتضدين بغلبه التنصيف، بل قيل: إنها قاعده، و بذلك كله تخص الآيه بناء على ما حققناه في الأصول من جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد إن لم نقل بظهورها في الحر، و إلا فلا حاجه إلى التخصيص، و الاختصاص بالظهار يدفعه عدم القول بالفرق بينه و بين القتل خطأ، فما

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٩٢ و سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١ و ١٠- من أبواب الكفارات.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٢- من كتاب الظهار الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٢- من كتاب الظهار الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٢- من كتاب الظهار الحديث ٣.

عن الحلبي و ابني زهره و إدريس من كونه كالحر فيهما حينئذ واضح الضعف على أصولنا.

و لو أعتق قبل الأداء وجب الشهران بناء على ما ستعرفه من أن العبره عندنا بحاله الأداء و لو أعتق بعد التلبس بالصوم فكذلك يجب عليه الشهران على إشكال، من أن العبره بأول الأداء، و لذا لا- يجب عليه العتق إذا أيسر، و احتمال كون مجموع الصوم عباده واحده، و لأن السبب في حقه سبب لصوم شهر، فلا يتسبب لصوم شهرين، و من أنه إنما كان يكفيه شهر للرق و قد زال، مع كون الظاهر أن صوم كل يوم عباده مغايره لصوم آخر، و إنما كان العبره بأول الأداء في سقوطه الخصله المتقدمه.

أما لو أفسد ما شرع فيه من الصوم فإنه يجب عليه الشهر ان قطعاً بناء على وجوب العتق على المكفر إذا أيسر قبل التلبس، فإنه حينئذ كمن لم يشرع، و كذا لو أيسر و أفسد تعين العتق عليه بناء عليه، و قد يحتمل عدم تعين الشهرين عليه، و كذا العتق.

و أما البعض فيحتمل إلحاقه بالحره لإطلاق الأدله المقتصر في الخروج منها على المملوك، و يحتمل ملاحظه النسبه فيه، و لعل الأول أحوط إن لم يكن أقوى.

و لو وجد بالجزء الحر ما لا يفي بالعتق و جب عليه العتق للوجدان، و عن العامه قول بأنه ليس له بناء على أنه يقتضى الولاء و هو ليس أهلاً له.

و على كل حال فإن أفطر الحر في الشهر الأول من غير عذر استأنف لفوات التتابع الذى هو شرط في الإجزاء عن الكفاره بلا خلاف و إن كان لعذر بنى على صومه، و لم ينقطع تتابعه للأدله و إن صام من الثانى و لو يوماً أتم و إن لم يتابع في الباقي، لتحقق التتابع في الشهرين و لو شرعاً لذلك.

و هل يأتى مع الإفطار؟ فيه تردد و خلاف أشبهه عدم الإثم وفاقا للأكثر كما أشبعنا الكلام فى كتاب الصوم (١) فى ذلك كله، بل و فى إلحاق التابع بنذر و شبهه به، بل و فى الاجتراء به لو كان فى شهر بنذر و نحوه بصوم خمسه عشر يوما و فى إلحاق كفاره العبد به، بل و فى تحقيق العذر الذى لا يقطع التابع و إن قال المصنف هنا العذر الذى يصح معه البناء الحيض و النفاس و المرض و الإغماء و الجنون، و أما السفر فان اضطر إليه كان عذرا و إلا كان قاطعا للتابع.

و لو أفطرت الحامل أو المرضع خوفا على أنفسهما لم ينقطع التابع، و لو أفطرتا خوفا على الولد قال فى المبسوط: ينقطع، و فى الخلاف لا ينقطع، و هو أشبه.

و لو أكره على الإفطار لم ينقطع التابع، سواء كان إجبارا كمن و جر الماء فى حلقه أو لم يكن كمن ضرب حتى أكل، و هو اختيار الشيخ فى الخلاف، و فى المبسوط قال بالفرق.

و لو عرض فى أثناء الشهر الأول زمان لا يصح صومه عن الكفاره كشهـر رمضان و الأضحى بطل التابع لكن تحقيق ذلك كله و غيره من

المباحث قد أشبعناه فى كتاب الصوم (٢) فلا نعيده، فلاحظ و تأمل.

[القول فى الإطعام]

و أما القول فى الإطعام و أحكامه فلا خلاف و لا إشكال فى أنه يتعين أى الإطعام فى المرتبه مع العجز عن الصيام أصلا بالهرم و نحوه، قيل و بالمرض المانع منه أو ما يحصل به مشقه شديده و إن رجا براءه، و بالخوف من زيادته، و فيه منع صدق إطلاق عدم الاستطاعه مع رجاء البرء، خصوصا مع قصر الزمان، و لعل المسأله من مسأله جواز البدار لذوى الأعذار مع رجاء الزوال أو يجب عليهم الانتظار،

١- ١ ج ١٧- ص ٧١- ٨٦

٢- ٢ ج ١٧- ص ٨٧- ٨٩

و كان الفاضل فى القواعد اختار الثانى هنا، حيث قال: «و لو عجز عن الصوم بمرض يرجى زواله لم يجز الانتقال إلى الإطعام إلا من الضرر كالظهار» و تبعه فى كشف اللثام قال: «و من العامه من أجازة إذا ظن استمراره شهرين، لصدق أنه لا يستطيع الصوم» إلى آخره.

و الصحيح إذا خاف الضرر بالصوم انتقل إلى الإطعام، لشمول عدم الاستطاعة له، و كذا عدم قدره فى

خبر أبى بصير(١) عن الصادق عليه السلام «جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم فقال: يا رسول الله إنى ظهرت من امرأتى فقال: أعتق رقبة، فقال: ليس عندى، قال: فصم شهرين

متتابعين. قال: لا أفدر، قال: فأطعم ستين مسكيناً».

هذا و فى القواعد و كشف اللثام أيضا «و هذا الصوم بخلاف صوم شهر رمضان، فلا يجوز فيه الإفطار من الصحيح لخوف المرض، لعموم الأمر بصومه و تعليق التأخير إلى أيام آخر على المرض، مع أنه لا بدل له» و فيه ما لا يخفى من عدم الفرق بين شهر رمضان و غيره من الصوم الواجب.

و لو خاف المظاهر الضرر بترك الوطء مده و جوب التابع لشده شبقة فالأقرب الانتقال إلى الإطعام كما فى القواعد و محكى المبسوط، أما إذا خاف من شده الشبق حدوث مرض فهو من خوف الصحيح المرض الذى قد عرفت الحال فيه، و أما إذا كان الشبق هو الضرر فلأنه ضرر كغيره، و لا ضرر و لا حرج فى الدين، و يؤيده أن الله تعالى رخص الرث إلى النساء ليله الصيام (٢) بعد أن حرمه لما علم أنهم لا يصبرون، و

قصه سلمه بن صخر(٣) الذى حملة الشبق على أن واقع بعد الظهار فى رمضان فقال له النبى صلى الله عليه و آله: «صم شهرين متتابعين، فقال له: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و هل أصابنى ما أصابنى إلا من الصيام؟».

و كذا قيل: لا يلحق به السفر و إن امتنع حالته، لأنه مستطيع للصوم

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب الكفارات الحديث ٢.

٢- ٢ سورة البقرة: ٢- الآيه ١٨٧.

٣- ٣ المستدرک الباب- ١- من كتاب الظهار الحديث ٢.

بالإقامة غالباً، نعم لو تعذرت أمكن الجواز فيه، وفيه أن الحضر شرط وجوب الصوم، ولا يجب على المكلف تحصيل شرط الوجوب، فيمكن حينئذ دعوى صدق عدم الاستطاعة حاله، ولا يجب عليه الإقامة تحصيلاً للشرط.

و كيف كان ف يجب إطعام العدد و لو بالتسليم إلى المستحق لكل واحد مد وفاقاً للمشهور بين الأصحاب خصوصاً المتأخرين، لأصالة براءة الذمه من الزائد، بعد الإجماع على عدم جواز الأقل و كفايته غالباً، و للنصوص المستفيضة أو المتواتره الوارده في كفاره اليمين (١) المتممه بعدم القول بالفصل، مضافاً إلى خصوص ما ورد (٢) في كفاره القتل خطأً و كفاره شهر رمضان من الخمسه عشر صاعاً (٣) و ما سمعته سابقاً من حديث الأعرابي (٤) الذي دفع له النبي صلى الله عليه و آله مكمل التمر الذي فيه خمس عشر صاعاً، و غير ذلك.

و لكن مع ذلك قيل كما عن الخلاف و المبسوط و النهايه و التبيان و مجمع البيان و الوسيله و الإصباح مدان مع القدره و مع العجز مد بل عن صريح أول و ظاهر الرابع و الخامس الإجماع عليه، للاحتياط المتعارض في بعض صوره.

و حينئذ فلا ريب في أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده التي مقتضاها العمل بالنصوص (٥) المستفيضة أو المتواتره التي فيها الصحيح و غيره، و مرويه في الكتب الأربعة و غيرها المعتضده مع ذلك بالأصول و

العمل و غيرهما، السالمه عن المعارض المكافئ ء لها، إذ ليس هو إلا الإجماع الذي قد عرفت حاله،

١- ١ الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات.

٢- ٢ الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الكفارات.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ٥ و ١٠ من كتاب الصوم.

٤- ٤ سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٠.

٥- ٥ الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات.

و إلا

خبر أبي بصير (١) عن أحدهما عليهما السلام «في كفاره الظهار تصدق على ستين مسكينا ثلاثين صاعا لكل مسكين مدين مدين»

و المرسل (٢) عن علي عليه السلام «في الظهار يطعم ستين مسكينا، كل مسكين نصف صاع»

الذين ينبغي حملهما على ضرب من الندب، بل يمكن أن يكون ذلك منتهى الزيادة على المد التي قد ذكر استحبابها غير واحد من الأصحاب المقدره في صحيح الحلبي (٣) بحفنه، و في

حسن هشام (٤) عن الصادق عليه السلام «في كفاره اليمين مد من حنطه و حفنه، لتكون الحفنه في طحنه و حطبه».

بل عن الإسكافي وجوبها، لظاهر الخبرين المزبورين و إن كان هو ضعيفا، لخلو معظم النصوص (٥) المعترضه بالعمل الوارده في مقام البيان عنها. و من هنا كان المتجه حملهما على الندب، فيكون حينئذ أقله الحفنه و أعلاه المد.

و نحو ذلك الإشباع المقدر في المشهور بالمره، لإطلاق أكثر النصوص المتحقق صدق امتثاله بالمره، بل في

صحيحه أبي بصير (٦) منها عن الباقر عليه السلام «يشبعهم مره واحده»

لكن عن المفيد أنه اعتبر في الأيمان يشبعهم طول يومهم و لم يذكر المد إلا في القتل، و عن سلار فيها أيضا «و إطعامهم لكل واحد شعبه في يومه، و لا يكون فيه صبي و لا شيخ كبير و لا مريض، و أدنى ما يطعم كل واحد منهم مدا» و عن الوسيله «أنه إذا أطعمهم أشبعهم، و إن أعطاهم الطعام لزمه لكل مسكين مدان في السعه و مد في الضروره» و عن القاضي «فليطعم كل واحد منهم شعبه في يومه، فان لم يقدر أطعمه مدا من طعام» و عن أبي علي «هو مخير بين أن يطعم دون التملك غداهم و عشاهم في ذلك اليوم، و إذا أراد تملك الإنسان الطعام أعطى كل إنسان منهم مدا و زياده عليه بقدر ما يكون لطحنه و خبزها و إدامه» و عن التقى و ابن زهره الاقتصار على الإشباع في يومه، و في

خبر سماعه بن

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٦.

٢-٢ دعائم الإسلام ج ٢ ص ٢٧٨ ط مصر عام ١٣٧٩.

٣-٣ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ١٠.

٤-٤ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٤.

٥-٥ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات.

٦-٦ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٥.

مهران (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن قول الله تعالى (٢) مَنْ أَوْسَطَ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ،

قال: ما يأكل أهل البيت يشبعهم يوماً، و كان يعجبه مد لكل مسكين».

و لعل التأمل في ذلك أجمع يقتضى إرادته استحباب الزيادة على المد، و حدها المد الآخر، فتخرج المسألة حينئذ عن الخلاف، و على تقديره فقد عرفت أن الأقوى المد و استحباب الزيادة عليه إلى مد آخر.

و أما الجمع بين النصوص بالتفصيل بين حالى القدره و العجز فهو - مع أنه لا - شاهد له - فرع المكافئه المفقوده من وجوه، كالجمع بالتفصيل بين كفاره الظهار و غيرها، فيجب مدان فى الأولى و مد فى غيرها الذى ادعى مخالفته للإجماع، و لعله كذلك.

هذا و فى المسالك «المعتبر من المد الوزن لا الكيل عندنا، لأن المد الشرعى مركب من الرطل، و الرطل مركب من الدرهم، و الدرهم مركب من وزن الحبات، و يركب من المد الصاع، و من الصاع الوسطى، فالوزن أصل الجميع، و إنما عدل إلى الكيل فى بعض المواضع تخفيفاً، و تظهر الفائدة فى اعتبار الشعير بالكيل و الوزن، فإنهما مختلفان جدا بالنسبه إلى مقدار البر بالكيل».

قلت: كما جاء التقدير بالمد و ليس له مكيال معروف جاء التقدير بالصاع هنا، كما سمعته من الأمر (٣) بدفع خمسة عشر صاعاً، و من المعلوم أنه مكيال معروف، فيجوز الدفع به حينئذ من دون ملاحظه الوزن اللهم إلا أن يقال:

إن مرجعه إلى الوزن، إذ هو أربعة أمداد، و قد عرفت أن ضبط المد بالميزان، فتأمل جيداً.

١- ١ الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات الحديث ٩.

٢- ٢ سورة المائدة: ٥- الآية ٨٩.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ٥ من كتاب الصوم.

و كيف كان ف لا يجزئ عندنا مع الاختيار إعطاء ما دون العدد المعتبر و إن كان بقدر إطعام العدد لعدم صدق الامتثال، و ل موثق ابن عمار(١)«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن إطعام عشره مساكين أو إطعام ستين مسكينا أ يجمع ذلك لإنسان واحد يعطاه؟ فقال: لا، و لكن يعطى إنسان إنسانا، كما قال الله تعالى»

نعم لو دفعه لواحد ثم اشتراه منه مثلا ثم دفعه لآخر و هكذا إلى تمام الستين أجزاء بلا خلاف و لا إشكال.

و على كل حال ف لا يجوز التكرار عليهم من الكفاره الواحده و لو فى أيام متعدده، لا المتعدده التى لا خلاف فى جواز التكرار فيها حينئذ مع التمكن من العدد خلافا للمحكى عن أبى حنيفه، فاجتزأ بالصرف إلى واحد فى ستين يوما و ضعفه واضح.

نعم يجوز ذلك فى المشهور مع التعذر بل لم أقف فيه على مخالف صريح معتد به، كما اعترف به غيرنا أيضا، بل فى كشف اللثام يظهر من الخلاف الاتفاق عليه، ل

خبر السكونى (٢) المنجبر بالعمل عن أبى عبد الله عليه السلام «قال أمير المؤمنين عليه

السلام: إن لم يجد فى الكفاره إلا الرجل و الرجلين فلتكرر عليهم حتى يستكمل العشره يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غدا»

و احتمال التقيه من أبى حنيفه بقريته كون الراوى منهم يدفعه اشتماله على اشتراط جواز ذلك بعدم وجدان غير الرجل و الرجلين، و هو مناف لما سمعته من أبى حنيفه من إطلاق الاجتزاء بذلك، فلا بأس بتقييد الإطلاق به، فضلا عن الخروج به عن الأصول.

فما عساه يظهر من بعض - من الميل إلى وجوب الصبر إلى حال التمكن - واضح الضعف، و لكن ظاهر الخبر المزبور و بعض فتاوى الأصحاب ملاحظه التعدد فى الأيام، و لا ريب فى أنه أحوط، هذا كله فى المتحد.

و أما المتعدده فلا خلاف بلا إشكال فى جواز الإعطاء لواحد و إن تمكن من

١-١ الوسائل الباب -١٦- من أبواب الكفارات الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب -١٦- من أبواب الكفارات الحديث ١.

الغير، من غير فرق بين التسليم و الإشباع، فيحتسب حينئذ إشباع المسكين مرتين بمسكينين و لو فى يوم واحد، و إن ظهر من الدروس نوع توقف فيه، قال: «و لو تعددت الكفارات جاز أن يعطى الواحد ليومه من كل واحد مداه، و على القول بإجزاء الإشباع لو أطعم مسكينا مرتين غداء و عشاء فى يوم ففى احتسابه بمسكينين احتمال، سواء وجد غيره أو لا».

و يجب أن يطعم من أوسط ما يطعم أهله، و لكن لو أعطى ما يغلب على قوت البلد جاز و إن لم يكن من طعام أهله، و تبعه الفاضل فى القواعد، و مرجعه إلى ما فى المسالك من أن «المعتبر فى الكفاره من جنس الطعام القوت الغالب من الحنطه و الشعير و دقيقهما و خبزهما- إلى أن قال:- و يجزئ التمر و الزبيب» بعد أن حمل آيه الأوسط(١) على الندب.

و قد تبع بذلك ما فى الدروس من أنه «يجب الإطعام بما يسمى طعاما، كالحنطه و الشعير و دقيقهما و خبزهما، و قيل: يجب فى كفاره اليمين أن يطعم من أوسط ما يطعم أهله، للايه و حمل على الأفضل، و يجزئ التمر و الزبيب».

و قد أشار بالقليل إلى ما عن ابن إدريس من أنه «يجوز أن يخرج حبا و دقيقا و خبزا و كلما يسمى طعاما إلا كفاره اليمين، فإنه يجب عليه أن يخرج من الطعام الذى يطعم أهله للايه»(٢) و اختاره فى محكى التحرير.

و عن ابن حمزه «أن فرضه غالب قوته فإن أطعم خيرا منه فقد أحسن، و إن أطعم دونه جاز إذا كان مما يجب فيه الزكاه».

و عن المفيد ره «ينبغى أن يطعم المسكين من أوسط ما يطعم أهله، و إن أطعم أعلى من ذلك كان أفضل، و لا يطعم من أدون ما يأكل هو و أهله من الأقوات».

و فى محكى الخلاف «كلما يسمى طعاما يجوز إخراجه فى الكفاره، و روى

١- ١ سورة المائدة: ٥- الآيه ٨٩.

٢- ٢ سورة المائدة: ٥- الآيه ٨٩.

أصحابنا(١) أن أفضله الخبز و اللحم، و أوسطه الخبز و الزيت، و أدونه الخبز و الملح- و استدل بإجماع الفرقه و بقوله تعالى (٢)«فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مَشْكِينًا» قال:-

و كل ذلك يسمى طعاما فى اللغه، فىجب أن يجرى مجرى الخبز فى الحكم الظاهر».

و فى النافع «يجب أن يطعم ما يغلب على قوته» بل فى الرياض حكايته عن المبسوط و جماعه.

و فى كشف اللثام عن ظهاره «الواجب فى الإطعام فى الكفاره من غالب قوت البلد و كذلك زكاه الفطره، و قال قوم: يجب مما يطعم أهله، و هو الأقوى للظاهر، فإن أخرج من غالب قوت البلد و هو مما يجب فيه الزكاه أجزاءً فإن أخرج فوقه فهو أفضل و إن أخرج دونه فإن كان مما لا يجب فيه الزكاه لم يجزه و إن كان مما يجب فيه الزكاه فعلى قولين، و إن كان قوت البلد مما لا يجب فيه الزكاه فإن كان غير الأقط لم يجزه و إن كان أقطا قيل: فيه وجهان: أحدهما يجزؤه، و الثانى لا يجزؤه، لأنه مما لا تجب فيه الزكاه، و الذى ورد به نص أصحابنا أن أفضله الخبز و اللحم، و أوسطه الخبز و الخل و الزيت، و أدونه الخبز و الملح» و عن كفاراته «و يخرج من غالب قوت أهله بلده، قال: فان كان فى موضع قوت البلد اللبن و الأقط و اللحم أخرج منه».

و فيه أيضا عن خلافه «أنه نص على وجوب ما يغلب على قوته و قوت أهله لا البلد، و استدل بالايه(٣) و قال: أوجب من أوسط ما نطعم أهلنا، و هو دون ما يطعم أهل البلد».

و عن الفاضل فى المختلف أنه استقرب إيجاب الحنطه و الدقيق، و فى نهايه المرام

١- ١ إشاره الى ما رواه فى الوسائل فى الباب- ١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٢ و ٣ و ٥ و ٩.

٢- ٢ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٤.

٣- ٣ سورة المائده: ٥- الآيه ٨٩.

و الكفايه و الرياض أن الأولى الاقتصار على إطعام المد من الحنطه و الدقيق إلا أن الأخير منهم نفى البأس عما سمعته سابقا من الخلاف من الاجتزاء بكل ما يسمى طعاما ترجيحاً للغه هنا على العرف و العاده بالإجماع الذى حكاه على ذلك، الذى منه ينبغى حمل الآيه على الندب، و كأنه أشار إلى ما فى الصحاح من أن الطعام ما يؤكل، قال: «و ربما خص بالطعام البر» إلى غير ذلك من كلماتهم المختلفه أشد اختلاف، بل بعضها لا يرجع إلى حاصل، و لا يعرف له مستند.

و أما النصوص الواردة فى تفسير الأوسط فى كفاره اليمين فمنها ما هو ظاهر فى إرادته التوسط فى الجنس، نحو

خبر أبى بصير(١) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن أوسط ما تطعمون أهليكم، قال: ما تقوتون به عيالكم من أوسط ذلك، قلت: و ما أوسط ذلك؟ فقال: الخل و الزيت و التمر و الخبز تشبعهم به مره واحده».

و غيره (٢) و منها ما هو ظاهر فى إرادته التوسط فى المقدار، ك

خبره الآخر(٣) قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز و جل (٤) مِنْ أَوْسَطِ - إلى آخرها - قال: قوت عيالك، و القوت يومئذ مد».

و لا يبعد إرادتهما معا من الأوسط.

قلت: قد يقوى فى النظر الاجتزاء بكل ما تؤكل و يسمى طعاما لو كان الامتثال بالإشباع، لإطلاق النصوص (٥) الاكتفاء بإشباعهم بما يسمى إطعاما الذى قد عرفت أن فى اللغه الطعام لكل ما يؤكل، فضلا عن الإطعام الذى هو فى العرف كذلك أيضا، فيصدق حينئذ بالإشباع من الفواكه و المربيات و غيرها مما هو أعلى منها أو أدنى.

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٥.

٢-٢ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل الباب-١٢- من أبواب الكفارات الحديث ١٠.

٤-٤ سورة المائدة: ٥- الآيه ٨٩.

٥-٥ الوسائل الباب-١٢ و ١٤- من أبواب الكفارات.

و وجوب المد من الحنطة و الدقيق أو التمر، بل مطلق الأوقات الغالبه لو كان بالتسليم، حملا لمطلق المد فى النصوص (١)الكثيره على ما فى

صحيح الحلبي (٢)عن الصادق عليه السلام المتقدم سابقا «لكل مسكين مد من حنطه أو مد من دقيق و حفته»

إلى آخره المعتضد ب

خبر الثمالى (٣)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن من قال و الله ثم لم يف، فقال أبو عبد الله عليه السلام: كفارته إطعام عشره مساكين مدا مدا دقيق أو حنطه».

و غيره (٤)و على ما فى النصوص السابقه من التصريح بالاجتراء (٥)و على مطلق الأوقات الغالبه لغالب الناس بناء على أن المراد من الأوسط إلى آخره ذلك، لأنه يقتضى الإضافة إلى «أَهْلِيكُمْ» الشامل لأهل المكفر و غيره، فيراد من «أَوْسَطٍ» ما تطعمه الناس، و على أنه لا- فرق بين كفاره اليمين و غيرها فى المراد من الإطعام المعتبر فيها و إن كانت الآيه خاصه بكفاره اليمين، فيكون المحصل من الجميع ما ذكرنا.

و قد يشهد لما ذكرنا فى الجمله

خبر أبى جميله (٦)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«فى كفاره اليمين عتق رقبه أو إطعام عشره مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم، و الوسط الخل و الزيت، و أرفعه الخبز و اللحم، و الصدقه مد مد من حنطه لكل مسكين»

و خبر زراره (٧)عن أبى عبد الله عليه السلام «فى كفاره اليمين عتق رقبه أو إطعام عشره مساكين، و الإيدام و الوسط الخل و الزيت، و

أرفعه الخبز و اللحم، و الصدقه مد لكل مسكين».

إذ المراد من قوله عليه السلام: «و الصدقه» فيهما الإشاره إلى القسم الثانى من الكفاره الذى هو التسليم.

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-١٢- من أبواب الكفارات الحديث ٤.

٤-٤ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٨ و ١٠.

٥-٥ الوسائل الباب-١٢- من أبواب الكفارات الحديث ١٣ و الباب-١٤- منها الحديث ٧.

٦-٦ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٢.

٧-٧ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٩.

بل قد يقال: اختلاف الأصحاب فى ذلك بالنسبه إلى هذا القسم من الكفاره لا الإشباع الذى لا تقدير فيه بالمد قطعاً.

بل لعل عباره المتن و القواعد ظاهره فى ذلك، حيث فرق، فهما بين الإطعام و الإعطاء، فاجتزأ بالثانى بالغالب من قوت البلد، و أوجب فى الأول الإطعام من أوسط ما يطعم أهله المعلوم إرادته الوجوب التخييرى بينه و بين الأعلى، بل و الأدنى، لما سمعته من النص (١) و الفتوى على الاجتزاء بالثلاثه فى الإطعام، كما أشار إليه المصنف بقوله و يستحب أن يضم إليه إداما: أعلاه اللحم و أوسطه الخل و الزيت و أدونه الملح.

قال الصادق عليه السلام فى صحيح الحلبي (٢) «فى قول الله عز و جل (٣) مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ: هو كما يكون فى البيت من يأكل المد، و منهم من يأكل أكثر من المد، و منهم

من يأكل أقل من المد فبين ذلك، و إن شئت جعلت لهم أدما، و الأدم أدناه ملح، و أوسطه الخل و الزيت، و أرفعه اللحم»

و قد سمعت قوله عليه السلام أيضا فى خبرى أبى جميله (٤) و زراره (٥) السابقين.

بل عن المفيد و سلار إيجاب ذلك للخبرين المزبورين و إن كان هو خلاف المشهور، بل الخبران المزبوران قاصران عن إفاده الوجوب، خصوصا بعد تفسيرهما للوسط بذلك المشعر بعدم أجزاء غيره، مع أنهما لم يقولوا به، بل و لم يقل به أحد، على أنهما غير مكافئين للصحيح المزبور الظاهر أو الصريح فى عدم الوجوب، للتعليل فيه على المشيئه المعتضد بإطلاق أدله الإطعام كتابا (٦) و سنه (٧)

١- ١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٢ و ٣ و ٥ و ٩.

٢- ٢ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٣.

٣- ٣ سورة المائدة: ٥- الآيه ٨٩.

٤- ٤ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٢.

٥- ٥ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٩.

٦- ٦ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٤.

٧- ٧ الوسائل الباب-١٢ و ١٤- من أبواب الكفارات.

فلا بد من حمل الأمر فيهما على أفضله الفرد المزبور من الإطعام على غيره مما هو أدنى منه.

و كيف كان فلا خلاف كما لا إشكال في أنه يجوز أن يعطى العدد المأمور به في الكفاره عشره أو ستين متفرقين أو مجتمعين إطعاما و تسليما لصدق الامتثال و إن قال في الدروس: «هو الأفضل» بل الظاهر الاجتزاء بالتفريق، فيطعم بعضا و يسلم آخر، للصدق المزبور أيضا.

و كذا لا إشكال في أنه يجزئ إخراج الحنطه و الدقيق و الخبز بل و التمر للتصريح بها في النصوص (١) التي تقدمت.

و لا- يجزئ إطعام الصغار منفردين محتسبا بهم من العدد إلا- مع احتساب الاثنين بواحد، وفاقا للمشهور، بل في الرياض نفى الخلاف فيه إلا- من بعض المتأخرين فاجترأ به، للإطلاق الذي يجب تقييده بمفهوم الخبرين (٢) الآتين المحمول ما فيهما من الاختصاص بكفاره اليمين على المثال لغيرها، و لو بقريته الشهره، المؤيده باستبعاد الفرق مع اتحاد الأمر فيهما بإطعام المسكين، بل يمكن دعوى ظهور ذلك في إرادته بيان كيفية الإطعام في جميع الكفارات و إن ذكر ذلك في كفاره اليمين.

و يجوز إطعامهم منضمين مع الكبار محتسبا بهم من العدد، من غير فرق بين كفاره اليمين و غيرها أيضا، وفاقا للمشهور أيضا، بل عن المبسوط و الخلاف نفى الخلاف فيه، و كأنه لم يعتن بخلاف المفيد المانع على ما قيل من إطعامهم مطلقا في صورتى الانفراد و الاجتماع مع عد الاثنين بواحد و عدمه، و لعله لشذوذه و مخالفته إطلاق الأدله و خصوصها.

قال الصادق عليه السلام في خبر غياث (٣): «لا يجزئ إطعام الصغير في كفاره

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات.

٢-٢ الوسائل الباب-١٧- من أبواب الكفارات الحديث ١ و ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-١٧- من أبواب الكفارات الحديث ١.

اليمين، و لكن صغيرين بكبير»

و فى

خبر السكونى (١) عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن عليا عليه السلام قال: من أطعم فى كفاره اليمين صغارا و كبارا فليزود الصغير بقدر ما أكل الكبير».

بل فى

صحيح يونس بن عبد الرحمن (٢) عن أبي الحسن عليه السلام «سألته عن رجل عليه كفاره إطعام عشرة مساكين أ يعطى الصغار و الكبار سواء و الرجال و النساء أو يفضل الكبار على الصغار و الرجال على النساء؟ قال: كلهم سواء، و يتمم إذا لم يقدر على المسلمين و عيالاتهم تمام العده التى تلزمه أهل الضعف ممن لا ينصب»

إلا أنه ظاهر فى فرد التسليم الذى لا خلاف فى اتحادهم فيه، إنما الكلام فى فرد الإشباع اللهم إلا أن يدعى تناول الإعطاء لهما، إلا أنه كما ترى.

و على كل حال فقد ظهر لك أن الدليل فيما ذكره المصنف و غيره من أنه لو انفردوا احتسب الاثنان بواحد الخبران المزبوران، إلا- أن الأول منهما مطلق شامل لصورتي الاجتماع و الانفرد، بل ظاهر الثانى منهما الصورة الأولى، و من هنا كان المحكى عن ابن حمزه احتساب الاثنين بواحد مطلقا، و مال إليه فى الرياض، بل ربما حكى عن الإسكافى و الصدوق أيضا، لكن فى كفاره اليمين خاصه و أما فى غيرها فيجتزأ بهم مطلقا كالكبار.

لكن قد يقال: إن

قوله عليه السلام فى الصحيح المزبور: «و يتمم» (٣)

ظاهر فى الاجتزاء بإطعام المسلم و عياله الذين فيهم الكبار و الصغار محتسبا بهم من العدد مع قدره على ذلك، و كذا فحوى

قوله عليه السلام: فى صحيح الحلبي (٤): «إن من فى البيت يأكل أكثر من المد و أقل»

إلى آخره، مؤيدا ذلك بإطلاق الأدله

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب الكفارات الحديث ٢.

٢- ٢ ذكر صدره فى الباب- ١٧- من أبواب الكفارات الحديث ٣ و ذيله فى الباب- ١٨- منها الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٣، و هو نقل بالمعنى.

المعتضده بالشهره، فتخرج هذه الصوره- أى صوره الانضمام- عن إطلاق خبر غياث (١) و تبقى صوره الانفراد التى يحتسب فيها الاثنان بواحد.

إلا أن الظاهر مما ذكرناه إرادته النبعيه من الانضمام لا مطلق إطعام كبير مع صغير و لو فى مجالس متعدده، كما عساه يتوهم، بل قد سمعت قول على عليه السلام:

فى خبر السكونى (٢) المشتمل على الأمر بزيادة الصغير فى صورته إطعامه مع الكبير الذى ينبغى حمله بناء على ما ذكرنا على غير صورته

التبعيه من الانضمام، بل منه يستفاد إرادته قدر ما يأكل الكبير، و ذلك كما يكون باحتساب الصغيرين بواحد يكون باحتساب أكل الصغير مرتين فى وقتين مره، إذ احتساب الاثنين بواحد لا يصيرهما مصداقا لمسكين، و لعل

قوله عليه السلام: «فليزود»

إلى آخره ظاهر فيما ذكره فى الصوره الثانيه، فتأمل جيدا، فانى لم أجد شيئا من ذلك منقحا فى كلامهم.

و من هنا كان الاحتياط بالاقْتصار على الكبار لا ينبغى تركه، خصوصا مع عدم تنقيح للصغير و الكبير هنا، و إن صرح بعضهم بالرجوع فيها هنا إلى العرف، و يحتمل مراعاة البلوغ و عدمه.

و يستحب الاقتصار فى الكفاره على إطعام المؤمنين و من هو بحكمهم كالأطفال التابعين لهم فى ذلك و تسليمهم، بل خيره الفاضل فى القواعد و التحرير و المقدار و جوب ذلك، بحيث إذا لم يجد آخرها إلى أن يتمكن كما هو المحكى عن بنى الجنيد و البراج و إدريس، بل عن الأخير منهم اشتراط العداله مع ذلك.

و فى المبسوط تصرف إلى من تصرف إليه زكاه الفطره، و من لا يجوز هناك لا يجوز هنا و المحكى أنها تصرف فى المؤمن و المستضعف، و اختاره الفاضل فى الإرشاد، و عن النهايه اشتراط الايمان مع الإمكان، فان لم يجد تمام العده كذلك جاز إعطاء المستضعف من المخالفين، و عن الفاضل فى المختلف اختياره.

و الوجه عند المصنف جواز إطعام المسلم الفاسق و لا يجوز إطعام

١-١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب الكفارات الحديث ٢.

الكافر، وكذا الناصب و مرجعه إلى اشتراط الإسلام فيها دون الايمان، فيجوز إعطاؤها حينئذ إلى سائر الفرق المخالفه للحق إلا من كان كافرا منهم بغلو أو نصب أو نحوهما، لإطلاق الأدله، و

موثق إسحاق بن عمار(١) عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام و قد سأله عن الكفار قال: «قلت: أ فنعطيها ضعفاء من غير أهل الولايه؟ قال: نعم، و أهل الولايه أحب إلى»

كما أن صحيح يونس بن عبد الرحمن (٢) المتقدم سابقا دليل ما سمعته من الشيخ فى النهايه، و كأن المصنف جمع بينه و بين الموثق المزبور بالحمل على الندب الذى هو صريح «أحب إلى» فى الموثق، فىكون الشرط حينئذ له، لا لأصل الجواز بعد إرادته المؤمنين فيه من «المسلمين» كإرادته الفقير من الضعفاء فيه لا المستضعف، و هو و إن كان متوجها بالنظر إلى ما وصل إلينا من نصوص المقام التى سمعتها، و لذا اختاره بعض من تأخر عنه، لكن من المعلوم أنه مواساه و موده و صله و نحو ذلك مما لا محل لها إلا المؤمن، بل كل ما دل على منع إعطائها الكافر دال على من كان بحكمه من الفرق المخالفه التى هى

أشد من الكفار، بل لعل التعبير عنها بالصدقه فيما مضى من النصوص (٣) مشعر بكونها من قسم الصدقات الواجبه التى منها الزكاه المتقدم فى كتابها اعتبار الايمان فيها، بل قد تقدم هناك النصوص (٤) المشتمله على المبالغه فى المنع عنها و عن الصدقه لهم، و أنهم ليسوا أهلا لذلك، بل لا قربه فى دفع نحو هذه الصدقات إليهم، فلاحظ و تأمل، فالمتجه حينئذ عدم ترك الاحتياط فى ذلك إن لم نقل بقوه اعتباره.

ثم إنه لا ريب فى اعتبار المسكنه فى مصرفها، للايه (٥) و الروايه (٦)

-
- ١-١ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب الكفارات الحديث ٢.
 - ٢-٢ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب الكفارات الحديث ١.
 - ٣-٣ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٢ و ٦ و ٩.
 - ٤-٤ الوسائل الباب- ٥- من أبواب المستحقين للزكاه و الباب- ٢١- من أبواب الصدقه من كتاب الزكاه.
 - ٥-٥ سوره المجادله: ٥٨ الآيه ٤.
 - ٦-٦ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب الكفارات.

و الإجماع، فيختص مصرفها حينئذ في المسكين، و في المسالك «و لا يتعدى إلى غيره من أصناف مستحقي الزكاه غير الفقير حتى الغارم و إن استغرق دينه ماله إذا ملك مئونه السنه و كذا ابن السبيل إن أمكنه أخذ الزكاه أو الاستدانه، و إلا ففي جواز أخذه نظر، من حيث إنه حينئذ في معنى المسكين، و من أنه قسيم له مطلقا، و يظهر من الدروس جواز أخذه لها حينئذ» و نحوه في التنقيح، بل صرح بأن الأقوى الاقتصار على المسكين.

و إن كان قد يناقش بصدق اسم الفقير على الغارم المزبور، بناء على جواز دفعها

للفقير، إما لأنه أسوأ حالا كما ذهب إليه بعضهم، إذ يكون أولى حينئذ و إن احتمل عدم الجواز أيضا لعدم جواز صرف حق طائفه إلى أخرى، إلا أنه كما ترى، أو لأن كل واحد من المسكين و الفقير يدخل تحت الآخر حيث ينفرد بالذكر، و إنما يبحث عن الأسوأ حالا منهما على تقدير الاجتماع، كما يه الزكاه(١).

نعم لا تصرف في الرقاب و لا في القناطر و نحوها من سهم سبيل الله تعالى شأنه.

أما ابن السبيل فقد يقوى في النظر إلحاقه بالفقير كما سمعته من الدروس و إن كان الذي عثرنا عليه منها هنا «و لا يجزئ ابن السبيل إذا أمكنه أخذ الزكاه أو الاستدانه، و لا الغارم و لا الغازي إذا ملكا مئونه السنه» بل قد يناقش في الغارم أيضا باعتبار أن ملكه لمئونه السنه غير الدين لا يخرج عن اسم الفقير، و الله العالم.

[مسائل أربع]**[المسألة الأولى كفاره اليمين مخيره]**

الأولى لا خلاف نصاباً (١) وفتوى فى أن كفاره اليمين مخيره بين العتق و الإطعام و الكسوه و قد عرفت الكلام فى الأولين، و أما الأخير فإذا كسى الفقير يجب أن يعطيه ثوبين مع قدره، و مع العجز ثوبا واحدا عند الشيخ و

القاضى و الحلبي و ابن زهره و الفاضل فى القواعد و ولده فى شرحه على ما حكى عن بعضهم، جمعا بين ما فى

صحيح الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام «لكل إنسان ثوبان»

و أخبار إسحاق بن عمار (٣) و على بن أبى حمزه (٤) و

أبى جميله (٥) عنه عليه السلام أيضا «و الكسوه ثوبان»

و خبر سماعة بن مهران (٦) عنه عليه السلام أيضا «ثوبين لكل رجل»

و بين

صحيح أبى بصير (٧) عن أبى جعفر عليه السلام «قلت: أَوْ كَسَوْتُهُمْ (٨)

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الكفارات.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الكفارات الحديث ١٠.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الكفارات الحديث ١٣ عن أبى خالد القمط.
 - ٤- ٤ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الكفارات الحديث ٢.
 - ٥- ٥ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٢.
 - ٦- ٦ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الكفارات الحديث ٩.
 - ٧- ٧ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٥ و الباب- ١٥- منها الحديث ٤.
 - ٨- ٨ سورة المائدة: ٥- الآية ٩٢.

قال: ثوب»

و صحيح محمد بن قيس (١) عنه عليه السلام أيضا «ثوب يوارى عورته»

و خبر معمر (٢) عنه عليه السلام أيضا «سألته عن من وجب عليه الكسوه في كفاره اليمين، قال: هو ثوب يوارى عورته»

لكنه كما ترى لا شاهد له، بل لا إشعار في شيء من النصوص به.

و من هنا قيل كما عن الشيخ و الحلبي و والد الصدوق و يحيى ابن سعيد يجرى الثوب الواحد مع الاختيار بل في المتن و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، و تبعه أكثر من تأخر عنه كالفاضل في قوله الآخر و الشهيدين و المقداد و السيمري و غيرهم، و لعله كذلك، للأصل و إطلاق الأدلة و انسياق النذب من نظم جميع ما في النصوص المزبوره الذي هو الأمر بثوب و بثوبين، نحو ما في

مرسل الحسين بن (٣) سعيد عن أبي عبد الله عليه السلام «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم في حديث: و يجرى في كفاره الظهار صبي ممن ولد في الإسلام، و في كفاره اليمين ثوب يوارى عورته، و قال: ثوبان»

لأنه حينئذ كالتخيير بين الأقل و الأكثر المحمول على ذلك.

و دعوى ترجيح نصوص الثوبين مطلقا- بأن خبرهما الصحيح أصح من خبر أبي بصير الصحيح، لاشتراك أبي بصير نفسه و صحته اضافيه، بخلاف صحيح الحلبي، و باقى الأخبار شواهد، لأنها ضعيفه الإسناد أو مرسله، فان محمد بن قيس الذى يروى عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقة و غيره، و خبر الحسين بن سعيد مرسل، و معمر ابن عثمان مجهول فلا تكافؤ حتى يجمع

بينها بذلك، و من هنا كان المحكى عن الصدوق و المفيد و الشيخ في الخلاف و سلالر و ابن حمزه و الكيدري إطلاق و جوب الثوبين بل عن الخلاف الإجماع عليه- يدفعها منع الاشتراك في راوى الصحيحين، مع وجود القرينه على الثقة في أحدهما، و المجمع على تصحيح رواياته في الثانى، بل خبر معمر محتمل الصحه، لما يحكى من وجود «ابن يحيى» بدل «ابن عثمان»

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-١٥- من أبواب الكفارات الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-١٥- من أبواب الكفارات الحديث ٣.

فى بعض النسخ، مع أن فى سنده من أجمع على تصحيح ما يصح عنه، و من هنا قيل:

إن الأسانيد فى غاية الاعتماد، و مع ذلك معتضده بالشهره المتأخره و غيرها.

و أما ما عن ابن الجنيد- من حمل الكسوه على عرف الشرع فى الصلاه فيفرق حينئذ بين الرجل و المرأه فيجزئ الأول ثوب يجزؤه فى الصلاه، و للثانيه درع و خمار- فلم نقف له على دليل، بل ظاهر ما سمعته من الأدله على خلافه.

نعم لو قيل بالجمع بين النصوص باختلاف الفقراء مكانا و زمانا فمنهم من يجزؤه الثوب و منهم الثوبان كان وجهها، لشهاده

خير محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام على ما فى كشف اللثام «و أما كسوتهم فان وافقت به الشتاء فكسوته، و إن وافقت به الصيف فكسوته، لكل مسكين إزار و رداء، و للمرأه ما يوارى ما يحرم منها إزار و درع و خمار»

و الذى وجدته فى الوسائل راويا له عن

تفسير العياشى (٢) «و أما كسوتهم فان وافقت بها الشتاء فكسوتهم لكل مسكين إزار و رداء، و للمرأه ما يوارى ما يحرم منها إزار و خمار و درع».

و على كل حال فيه شهاده فى الجملة على ما ذكرنا، مضافا إلى معلوميه اختلاف الكسوه بالنسبه إلى الفقراء كاختلاف الأكل، ضروره ظهور الإضافه فى إراده كسوتهم اللاتقه بحالهم، لا مطلق مسمى كسوه.

و فى الرياض «الأجود الجمع بين النصوص بحمل الأدله على الأفضليه، أو ما إذا لم يحصل بالواحد ستر العوره، و لذا قيد بالستر فى أكثر ما مر من المعتبره بخلاف الأخبار الأوله و هذا أولى، فيكون المعيار بالكسوه ما يحصل به ستر العوره مع صدق الكسوه عرفا و عاده، كالجبه و القميص و السراويل، دون الخف و القلنسوه بلا خلاف و لا إشكال فى شىء من ذلك إلا فى الأخير، ففيه إشكال و قول

١-١ تفسير العياشى ج ١ ص ٣٣٦ سوره المائده الحديث ١٦٧ كما فى البحار نقلا عنه ج ١٠٤ ص ٢٢٥.

٢-٢ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٧.

بالعدم كما عن المبسوط، لعدم صدق الكسوه عليه عرفا، و هو متجه إلا مع إعطاء قميص أو جبه معه لصدق الكسوه حينئذ جزما و من هنا يظهر الحكم فى نحو الإزار و الرداء و إن جزم بهما كالأول الشهيدان و غيرهما».

قلت: قد يقال: إن التقييد بمواراه العوره جريا مجرى الغالب، و إلا فلم نجد أحدا اعتبر

ذلك، بل مقتضى إطلاقهم الـاجتزاء بالقميص و نحوه الاكتفاء به و إن لم يكن ساترا لرقته، نعم ما ذكره من أن المدار على صدق اسم الكسوه عرفا جيد، فلا يجرى ما لا يحصل به مسماها من الثياب.

و كيف كان فلا- يجرى ما لا- يسمى ثوبا كالخف و القلنسوه و النعل و المنطقه، لما سمعته من النصوص (١)المعتضده بظاهر الإضافه، خلافا للمحكى عن الشافعى فيهما فى وجه.

و يكفى الغسيل من الثياب كما فى القواعد و غيرها، بل عن المبسوط و السرائر التصريح به أيضا، لإطلاق الأدله، خلافا لظاهر المحكى عن الوسيله و الإصباح، نعم لا يجرى البالى و لا المرقع الذى ينخرق بالاستعمال، كما صرح به غير واحد، للشك فى تناول الإطلاق له إن لم يكن ظاهره خلافه، لبطان المنفعه أو معظمها، بل ربما احتل دخوله فى الخيث.

و لا فرق فى مسماه بين القميص و الجبه و القباء و الرداء و غيرها، كما لا فرق فى جنسه بين القطن و الصوف و الكتان و الحرير الممزوج و الخالص و القنب و الشعر و غيرهما مع الاعتياد.

بل يندرج فى الكسوه ما جرت العاده بلبسه، كالجليد و الفر و من جلد ما يجوز لبسه و إن حرمت الصلاه فيه، خلافا للمحكى عن أبى على، فاعتبر جوازها فيه، و لا دليل عليه، نعم لا يجرى ما يعمل من ليف أو خوص أو نحوهما مما لا يعتاد لبسه.

١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الكفارات الحديث ١ و ٢ و ٩ و ١٠ و ١٣ و الباب- ١٤- منها الحديث ١ و ٢ و ٥ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠.

و لا يشكل الأول بعدم صدق الثوب المفسر به الكسوه فى النص (١) لأنه مساق لبيان الاتحاد و التعدد لا الجنس، مع إمكان دعوى صدق الثوب عليه.

هذا و فى التحرير فى الدرع إشكال، بل الدروس الجزم بعدم، و لعله كذلك، لعدم انصرافه من الكسوه، بل العمامه كذلك.
 و فى القواعد تقييد الحرير الخالص للنساء و فيه أن ظاهر (٢) الاجتزاء بتمليك الثوب أو الثوبين، فيتحقق الامتثال حينئذ بدفعه للرجل و إن حرم عليه لبسه، لكنه صالح للابدال و جائز لبسه للضرورة و الحرب و للبيع و غير ذلك.
 و يجرى كسوه الصغار و إن كانوا رضعاء و إن انفردوا عن الرجال و مع الممكنه من كسوه الكبار، لإطلاق الأدله، و لا- يجب تضاعف العدد كما يجب فى الإطعام، للأصل و انتفاء النص هنا.
 و لو تعذرت العشره انتظر، و فى الدروس «كرر على الممكن فى الأيام على احتمال» و أشكله بأنه «يؤدى إلى أن يكسى عشره أثواب، و ذلك بعيد» قلت:

مضافا إلى عدم الدليل مع حرمة القياس عندنا، و فيها «أنه لو أخذ الكبير ما يوارى

الصغير فالأشبه عدم الإجزاء» قلت: لا إشكال فى عدم الاجتزاء به كسوه له، كما لا إشكال فى الاجتزاء به كسوه لصغير عنده.

١-١ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب الكفارات الحديث ٤.

٢-٢ جاء فى هامش النسخه المخطوطه المبيضه «فى المسوده» ظاهر النص» و ضرب على كلمه «النص» و المظنون أنه أراد أن يبدله بلفظ «الصحيح» فسها رحمه الله» و قد راجعت النسخه المخطوطه المسوده المحفوظه فى مكتبه السيد الحكيم قده العامه فى النجف الأشرف فوجدتها كما ذكره المحشى على النسخه المبيضه.

[المسألة الثانية الإطعام في كفاره اليمين مد لكل مسكين]

المسألة الثانية:

الإطعام في كفاره اليمين مد لكل مسكين و لو كان قادرا على المدين، و من فقهاثنا من خص المد بحال الضروره، و الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، كما تقدم الكلام في ذلك مفصلا

[المسألة الثالثه كفاره الإيلاء مثل كفاره اليمين]

المسألة الثالثه:

كفاره الإيلاء مثل كفاره اليمين لأنه من اليمين و إن اختص بأحكام لكن غير الاتحاد في الكفاره، كما ستعرف.

[المسألة الرابعه من ضرب مملوكه فوق الحد استحب له التكفير بعته]

المسألة الرابعه:

من ضرب مملوكه ذكرا أو أنثى فوق الحد استحب له التكفير بعته وفاقا للمحكي عن ابن إدريس و أكثر المتأخرين، ل

صحيح أبي بصير(١) عن أبي جعفر عليه السلام «من ضرب مملوكا حدا من الحدود من غير حد أوجه المملوك على نفسه لم يكن لضاربه كفاره إلا عتقه»

المحمول على ذلك بقرينه

خبره الآخر عنه عليه السلام (٢) أيضا: «إن أبي ضرب غلاما له ضربه واحده بسوط، و كان بعته في حاجه فأبطأ عليه، فبكى الغلام و قال: الله تبعثنى في حاجتك ثم تضربنى؟! قال:

فبكى أبى، و قال: يا بنى اذهب إلى قبر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فصل ركعتين، فقل:

١- ١ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب مقدمات الحدود الحديث ١ من كتاب الحدود.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب الكفارات الحديث ١.

اللهم اغفر لعلى بن الحسين خطيئته، ثم قال للغلام: اذهب فأنت حر، فقلت:

«كان العتق كفاره للذنب فسكت»

الظاهر فى ذلك من وجوه و لو من سكوته فى مقام البيان.

و أما

خبر عبد الله بن طلحة^(١) عن أبى عبد الله عليه السلام «إن رجلا من بنى فهد كان يضرب عبدا له و العبد يقول: أعوذ بالله تعالى، فلم يقلع عنه، فقال: أعوذ بمحمد صلى الله عليه و آله و

سلم فأقلع الرجل عنه الضرب، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: يتعوذ بالله فلا تعيده و يتعوذ بمحمد فتعيذه؟! و الله أحق أن يجار عائذه من محمد، فقال الرجل: هو حر لوجه الله تعالى، فقال: و الذى بعثنى بالحق نبيا لو لم تفعل لواقع وجهك حر النار»

فهو غير ما نحن فيه و إن كان لا يخلو من إشعار فى الجملة، على أنا لم نتحقق القول بالوجوب صريحا و إن كان عساه يظهر من بعض عبارات القدماء التى لا وثوق بإرادته ذلك منها.

و كيف كان فقد يقال: إن المستفاد من خبر أبى بصير الثانى استحباب عتقه بمجرد الضرب الذى هو غير مستحق عليه و إن جاز للمولى للتأديب، بل يمكن إرادته ذلك من الحد فى خبره الأول لا الحد المصطلح و إن قال فى المسالك تبعا لغيره: «إن المتبادر من الحد المتجاوز هو المقدر من العقوبة المستحقة على ذلك الفاعل مع إطلاق الحد عليه شرعا، فلا يدخل التعزير، و يعتبر فيه حد العبيد لا الأحرار، و قيل يعتبر حد الأحرار، لأنه المتيقن، و لأصالة بقاء الملك سالما عن تعلق حد العتق على مالكة، و هذا يتأتى على القول بالوجوب، أما على الاستحباب: فلا، لأن المعلق على مفهوم كلى يتحقق بوجوده فى ضمن أى فرد من أفرادها، و حملة على حد لا يتعلق بالمحدود بعيد جدا، من أن ظاهر الرواية ما ذكرناه من اعتبار حد العبيد حدا».

و لا يخفى عليك سقوط هذا الكلام من أصله بناء على ما ذكرناه، بعد

الإغضاء عن بعض ما فيه، خصوصاً بعد ملاحظه العتق من على بن الحسين عليه السلام بالضربه الواحده التي تظلم منها العبد، و خصوصاً بعد التسامح فى أمر الندب، و يمكن القول بتأكد الندب فى الفرض الذى ذكره، بل يزداد تأكيداً لو ضربه حد الأحرار، و الله العالم.

[المقصد الرابع فى الأحكام المتعلقة بهذا الباب]

إشاره

المقصد الرابع فى الأحكام المتعلقة بهذا الباب، و هى مسائل:

[المسأله الأولى من وجب عليه شهران فان صام هلالين فقد أجزأه و لو كانا ناقصين]

الأولى:

من وجب عليه شهران فان صام هلالين فقد أجزأه و لو كانا ناقصين بلا خلاف و لا إشكال، لصدق الامتثال، فان الشهر حقيقه ما بين الهلالين و إن صام بعض الشهر و أكمل الثانى اجترأ به و إن كان ناقصاً لما عرفت، و يكمل الأول ثلاثين من الشهر الثالث، لانكساره، فيتعذر اعتبار الهلال فيه، فيرجع إلى العدد.

وقيل: يتم من الثالث ما فات من الأول لأنه أقرب إلى الشهر الحقيقى، و قيل: ينكسر الشهران بانكسار الأول لأن الثانى لا يدخل حتى يكمل الأول، فيتم من الثانى الذى يليه ثلاثين أو مقدار ما فات منه، و يتم الثانى من الذى يليه كذلك.

و الأول أشبه عند المصنف و قد تقدم تحقيق المسأله فى كتاب

الطلاق (١) وقلنا: إن الثاني أشبه لا الأول.

و تظهر الثمره فى ما لو صام من آخر رجب يوما و هو ناقص ثم أتبعه بشعبان و هو كذلك، فيقضى تسعه و عشرين من شوال على الأول، و ناقصا منه بواحد على الثانى، و ينتفى التتابع على الثالث فى محل الفرض، لكون الذى صامه ثلاثين، و هو نصف ما عليه و فى غيره- بأن لم يكن بعد الشهرين رمضان- صح التتابع إن صام بعد العدد يوما.

و من ذلك يظهر لك ضعف القول المزبور، لما عساه يظهر من صحيح منصور ابن حازم (٢) عن الصادق عليه السلام من صحه التتابع فيمن صام شعبان فى الظهر إذا كان قد زاد يوما، فلاحظ و تأمل، فإن إطلاقه إنما يتم على مختار المصنف و كذا القول الذى ذكره، أما على انكسارهما و إتمامهما ثلاثين ثلاثين فلا يتم إلا فى صورته تمام الشهرين، أما إذا كانا ناقصين أو أحدهما فلا- يتم، لعدم حصول الزيادة، نعم لو قلنا بإتمام الأول بمقدار ما فات منه مما يليه يتم فى صورته تمامهما و نقصانهما و تماميه شعبان و نقصان رجب دون العكس، و الله العالم.

[المسألة الثانية المعبر فى المرتبه حال الأداء لا حال الوجوب]

المسألة الثانية:

المعبر عندنا فى الكفاره المرتبه ب حال الأداء لا حال الوجوب كالوضوء و الصلاه و غيرهما من العبادات المرعى فيها ذلك، باعتبار تناول إطلاق النصوص حال الأداء قدره أو عجزا، و لا يشكل ذلك بمنافاته لمقتضى الاستصحاب إن قلنا بتعلق الوجوب حاله بخصله خاصه، و بعدم اقتضاء الأمر الوجوب إن لم نقل، لأن المتجه بناء على ما ذكرنا الوجوب على ما يقتضيه الحال فى سائر أوقات الامتثال، فلا استصحاب و إن صادف الخطاب حالا من الأحوال،

١- ١ راجع ج ٣٢ ص ٢٤٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب بقيه الصوم الواجب الحديث ١ من كتاب الصوم.

كما هو واضح.

و بذلك يظهر لك أن التحقيق ذلك و إن قلنا بفوريه الكفار، لأنها ليست توقيتا، فمع فرض العصيان يشمله إطلاق الأدله، فما عساه يظهر من بعض العبارات من أن مبنى المسأله التراخي فى الكفار فى غير محله. و حينئذ فلو كان قادرا على العتق و عجز صام و لا- يستقر العتق فى ذمته خلافا للمحكى عن بعض العامه من اعتبار حال الوجوب تغليا لجانب العقوبه، و آخر من اعتبار أغلظ الحالين، لكونها حقا واجبا فى الذمه بوجود المال، فيعتبر حال اليسار كالحج، و آخر من اعتبار أغلظ الأحوال من الوجوب إلى الأداء حتى لو أيسر استقر العتق عليه، و ليس لأصحابنا فى المقام إلا الأول، و إن قال بعضهم باعتبار حال الوجوب فى القصر و الإتمام.

و لو أعتق العبد ثم أيسر قبل الصوم فى القواعد و محكى المبسوط يعتق لأنه حال الأداء موسر، و قد يحتمل العدم، لأن الرقيه منعت من سببيه الحنث لغير الصوم، بخلاف الحر لتحقق السببيه بالنسبه إليه و العجز إنما يمنع من الحكم، فإذا انتفى عمل السبب عمله.

و التحقيق عدم الفرق، لأن العبوديه أحد أسباب العجز أيضا، و إلا فسببيه الظهار شامله للحر و العبد، و من اعتبر من العامه حال الوجوب جعل عليه الصوم، و من اعتبر أغلظ الحالين أو الأحوال اعتبر الأغلظ من حين العتق و الأداء إلى الأداء، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا كان له مال يصل إليه بعد مده غالبا لم ينتقل فرضه بل يجب]

المسأله الثالثه:

إذا كان له مال يصل إليه بعد مده غالبا لم ينتقل فرضه، بل يجب عليه الصبر لعدم الفوريه، فلا يتحقق إطلاق «لَمْ يَجِدْ»^(١)الذى هو شرط الانتقال، و كذا لو لم توجد الرقبه فعلا و لكن ثمنها موجود و هى مما يتوقع وجودها، بل عن الشيخ التصريح بوجوب ذلك عليه و لو كان الصبر مما يتضمن المشقه عليه بالتأخير كالظهار لشده شبق مثلا، لصدق الوجدان معها.

و لكن فى الظهار تردد من ذلك و من قاعده «لا ضرر و لا ضرار» و نفى الحرج فى الدين و سهوله المله و سماحتها و سقوط كثير من

التكاليف بها، فيتجه حينئذ الانتقال و إن صدق معه اسم الواجد، كانتقال المكلف إلى التيمم مع وجدان الماء بالمشقه فى استعماله مثلا، بل الأصح ذلك مع فرض بلوغ المشقه حدا يسقط معها التكليف، كما هو واضح.

١- ١ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٤ و سورة المائده: ٥- الآيه ٩٢.

[المسألة الرابعة إذا عجز عن العتق فدخل في الصوم ثم وجد ما يعتق لم يلزمه العتق]

المسألة الرابعة:

إذا عجز عن العتق في المرتبة فدخل في الصوم و لو لحظه من اليوم ثم وجد ما يعتق لم يلزمه العتق وفاقا للمشهور ل

صحيح محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام قال: «سئل عمن ظاهر في شعبان و لم يجد ما يعتق، قال: ينتظر حتى يصوم شهرين متتابعين، فان ظاهر و هو مسافر انتظر حتى يقدم، و إن صام و أصاب مالا فليصم الذي ابتداء»

و لما في المسالك و غيرها من «أنه عند الشروع كان فاقدا، و من ثم يشرع البدل، فلو لم يسقط التعبد بالعتق لم يكن الصوم بدلا، و متى ثبت السقوط استصحب، و الخطاب متعلق بالعتق قبل الشروع في الصوم لا بعده» ثم حكى عن ابن الجنيد أنه لو أيسر قبل أن يصوم أكثر من شهر وجب العتق، ل

مرسل محمد بن مسلم (٢) أيضا الذي هو كالصحيح عن أحدهما عليهما السلام «في رجل صام شهرا من كفاره الظهار ثم وجد نسمة، قال: يعتقها و لا يعتد بالصوم»

و رده بأنه محمول على الأفضل جمعا بينه و بين صحيحه الآخر. و هذا هو الذي أشار إليه المصنف بقوله و إن كان أفضل.

لكن قد يقال باقتضاء ذلك التخيير لا الترتيب الذي هو ظاهر الأدلة، و بأن قوله تعالى (٣) «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ» إن كان شرطا لصوم كل يوم من أيام الشهرين

١- ١ ذكر صدره في الوسائل في الباب -٤- من أبواب الكفارات الحديث ١ و ذيله في الباب -٥- منها الحديث ١ و فيه «قال: ينتظر حتى يصوم شهر رمضان ثم يصوم شهرين متتابعين. و ان صام فأصاب مالا فليصم الذي ابتداء فيه» كما هو كذلك في التهذيب ج ٨ ص ١٧ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٦٧ و الفقيه ج ٣ ص ٣٤٤ و الكافي ج ٦ ص ١٥٦.

٢- ٢ الوسائل الباب -٥- من أبواب الكفارات الحديث ٢.

٣- ٣ سورة المجادلة: ٥٨- الآية ٤.

كما هو الظاهر اتجه الاستئناف حينئذ حتى إذا وجد قبل انقضاء اليوم الأخير بلحظه، و إن كان شرطاً لأصل الشروع فى الصوم لم يشرع العتق حينئذ، لا أنه أفضل، لسقوط الأمر به بالأمر ببدله الذى هو الصوم، كما هو مقتضى ما سمعته من الدليل الذى حكيناه عن المسالك و غيرها، بل لعل ذلك هو المناسب لقولهم:

«إن العبرة بحال الأداء الذى هو قبل تمام الصوم منه، بل و لما ذكروه فى التيمم من انتقاض التيمم بوجدان الماء فى أثناءه، بل و لقاعده الشغل و غير ذلك.

فالمتمجه حينئذ الترجيح بين الصحيحين، و لا ريب فى حصوله للأول، للشهره العظيمه و الصحه فى السند، فإن الأول على ما قيل مروى فى

التهذيب بسندين صحيحين، بل أكثر رواه أحدهما المجمع على تصحيح ما يصح عنه، بخلاف الثانى، فإنه ليس كذلك، و لغير ذلك، فيطرح الآخر حينئذ.

اللهم إلا أن يقال: إن ذلك مبنى على ما سمعته سابقاً من عدم سقوط خطاب مشروعيه العتق بعدم الوجدان، و إنما الساقط تعينه، و لذا لو تكلف الفقير و أعتق أجزأه، فيتجه حينئذ العمل فيه بحمله على الأفضل.

و كذا الكلام فيما لو عجز عن الصيام فدخل فى الإطعام ثم زال العجز لكن ينبغى أن يكون العله فحوى الصحيح (١) المزبور المعتضد بعدم القول بالفصل، و لو لا ذلك لأشكل إلحاق حكمه بالعتق، لما عرفت من ظهور الأدله بخلافه.

و على كل حال ينبغى أن يعلم أن سقوط الحكم بالعتق على تقدير الشروع فى الصوم يصير مراعى بإكمال الصوم على الوجه المأمور به، فلو عرض فى أثناءه ما يقطع التابع و وجدت القدره على العتق حينئذ إما بالاستمرار السابق أو بأمر متجدد و جب العتق، لوجود المقتضى له، و هو القدره عليه قبل أن يشرع فى الصوم، لأنه

ببطلان السابق ينزل منزله من لم يصم أصلاً بالنسبة إلى الكفاره و لو فقدت القدره على الأعيان قبل أن يجب استئناف الصوم
بقي حكم الصوم بحاله، إذ هو حينئذ كمن وجد الماء في

أثناء الصلاه و قلنا بوجوب بقائه عليها، فإنه لا يفسد التيمم إلا أن يستمر وجدان الماء إلى أن يفرغ من الصلاه و يتمكن من
استعماله، فان فقد قبل ذلك بقي التيمم بحاله، و لو فرض قطعه الصلاه بسبب محرم قبل فقدان الماء بطل التيمم حينئذ و كلف
بالطهاره المائيه.

[المسأله الخامسه لو ظاهر و لم ينو العود فأعتق عن الظهار لا يجوزُهُ]

المسأله الخامسه:

لو ظاهر و لم ينو العود فأعتق عن الظهار قال الشيخ: لا- يجوزُهُ، لأنه كفر قبل الوجوب و هو حسن بل لا نعلم للأصحاب قولاً
بخلافه، كما اعترف به في المسالك، لكن بناه على أن السبب في التكفير العود، لمعلوميه عدم مشروعيه تقدم المسبب على
سببه، ثم قال: «نعم لو جعلنا السبب هو الظهار و العود شرطاً أو جعلنا العود جزء السبب احتمال جواز تقديمها كما يجوز تقديم
الزكاه على الحول مع وجود بعض سببها، و هو ملك النصاب و عدم تمامه بالحول، و هو قول لبعض الشافعيه، و الشيخ وافقهم
على تعجيل الزكاه، و وافق هنا على عدم أجزاء الكفاره، و كلاهما عندنا ممنوع».

و فيه أنه لا فرق في عدم الاجتزاء على التقادير الثلاثه، ضروره عدم تعقل الامتثال قبل الأمر، و التقديم في الزكاه على القول به
بأمر مستقل في التعجيل، أو أن تمام الحول شرط كاشف، كما تقدم تحقيق الحال في ذلك.

[المسألة السادسة لا تدفع الكفارة إلى الطفل]

المسألة السادسة:

لا تدفع الكفارة إلى الطفل، لأنه لا أهليه له لقبول التملك المعترف في فرد التسليم في الكفارة، لظهور

قوله عليه السلام (١): «لكل مسكين مد»

و أنها صدقه في ذلك و لكن تدفع إلى وليه كغيرها مما يعتبر فيها التملك، و كذا المجنون فما عن الخلاف من الخلاف في ذلك واضح الضعف، نعم لو كانت بالإطعام جاز مباشرته لها، لعدم اعتبار التملك فيها.

و ما في المسالك- من احتمال المنع بدون إذن الولي كالتسليم، لأن مقتضى عموم ولايته توقف التصرف في مصالح الطفل على أمره- واضح الفساد، ضروره رجحان الإحسان عقلا و شرعا، على أن الاذن هنا إن قلنا بها فهي في أصل التصرف في إشباع الطفل لا بالنسبة إلى صحه قبضه و ترتب الملك عليه، نحو ما سمعته في التسليم.

و أما الكسوه فظاهر اللام في النصوص (٢) انحصارها في التملك، فلا- يجوز دفعها حينئذ للطفل و المجنون، بل تدفع إلى وليهما، فاحتمال جواز مباشرته لها- لأنها من

ضروراته، و لا يمكن الولي ملازمتها و هي ملبوسه له، فتكون في معنى الإطعام- واضح الفساد.

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الكفارات.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من أبواب الكفارات الحديث ١ و الباب-١٤- منها الحديث ٧ و ١٠.

[المسألة السابعة لا تصرف الكفاره إلى من تجب نفقته على الدافع]

المسألة السابعة:

لا تصرف الكفاره إلى من تجب نفقته على الدافع، كالأب و الأم و الأولاد و الزوجه و المملوك بلا خلاف أجده فيه، لا لأنهم أغنياء بالدافع كما أوضحناه في كتاب الزكاه (١) بل لانسياق غيرهم من الأدله خصوصا مع ملاحظه قوله تعالى (٢) «مَنْ أَوْسَطَ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ» المشعر بكون المساكين غيرهم، و ملاحظه

قول الصادق عليه السلام في صحيح عبد الرحمن (٣) الوارد في الزكاه: «خمسه لا يعطون من الزكاه شيئا: الأب و الأم و الولد و المملوك و الزوجه، و ذلك لأنهم عياله لازمون له»

المشعر بأن العياليه منافيه لصدق إيتاء الزكاه الظاهر في خروجها عنه و عن عياله، ضروره اقتضاء إعطائها لعياله رجوعها إليه بنوع من الاعتبار، و كذا الصدقه التي منها الكفاره، بل لعل ما دل (٤) على عدم أكل

العيال من العقيقه لأنها صدقه مشعر بذلك، بل قد يدعى معلوميه ذلك من الشرع على وجه يعرفه كل تابع له.

و من ذلك يظهر لك جواز دفع الغير لهم الكفاره مع بذلها ممن عليه و عدمه، لعدم هذه الموانع، كما جاز دفع الزكاه من غير المنفق لهم عدا المملوك حتى

١-١ راجع ج ١٥ ص ٣٩٥-٤٠٣.

٢-٢ سورة المائده: ٥- الآيه ٩٢.

٣-٣ الوسائل الباب-١٣- من أبواب المستحقين للزكاه الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب-٤٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ من كتاب النكاح الا أنه ليس فيه التعليل بأنها صدقه، نعم ورد في المستدرک في الباب-٣٤- من أحكام الأولاد الحديث ٢ «فان لم يطبخه فلا- بأس أن يتصدق به» و في البحار ج ١٠ ص ٢٥٢ ط الحديث «لا يصلح لها- أى الأم- الأكل منه فليصدق بها كلها».

الزوجه إن لم يقيم إجماع، كما تقدم تحقيقه في كتاب الزكاه (١) و به أفتى جملة من الأساطين، فلاحظ و تأمل ليظهر لك ما فى تعليل المصنف هنا المقتضى عدم الفرق بين المنفق و غيره.

بل و ما فى إطلاق الفاضل فى القواعد من عدم جواز صرفها إلى ولد الغنى و لا إلى من تجب نفقته عليه، و كذا ما فيها أيضا من جواز دفعها لعبد الفقير بناء على جواز تملكه قبول الهبه أو أذن له مولاه و إلا فلا، إذ فيه أن الإذن لا تصيره قابلا للتملك حتى يصح دفعها له، نعم لا بأس بإطعامه مع عدم نهى المولى بناء على جواز ذلك له، لأنه إحسان.

ثم قال: «و لا- يجوز صرفها إلى من تجب عليه نفقته إلا- مع فقر المكفر على إشكال» قيل: من أنه حينئذ لا يجب عليه الإنفاق، فيكون كالأجنبى الفقير، و قوله عليه السلام فى

حسن جميل (٢) لمن أفطر فى رمضان: «فخذة فأطعمه عيالك، و استغفر الله تعالى»

و قول الصادق عليه السلام فى خبر إسحاق بن عمار (٣): «إن الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفاره فليستغفر ربه، و لينو أن لا يعود قبل أن يواقع ثم ليواقع، و قد أجزأ ذلك عنه عن الكفاره، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفر به يوما من الأيام فليكفر، و إن تصدق بكفه و أطعم نفسه و عياله فإنه يجزؤه إذا كان محتاجا، و إن لم يجد ذلك فليستغفر الله ربه، و ينوى أن لا يعود، فحسبه بذلك و الله كفاره»

و من أنه إذا تمكن من الإطعام للكفاره فهو متمكن منه للقرابه مثلا، و هو مقدم فيجب عليه.

و لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه، ضروره عدم مدخلية الفقر و الغنى فى عدم جواز صرفها لمن وجبت نفقته عليه، لما سمعته من عدم صدق

١- ١ راجع ج ١٥ ص ٣٩٧ الى ٤٠١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤- من أبواب الكفارات الحديث ٤.

الامتثال كما عرفت، ثم لا ملازمه بين الفقر و عدم وجوب الإنفاق، إذ قد تجب النفقه عليه و إن كان فقيراً، بمعنى أنه لا يملك مئونه السنه، و لكن يملك نفقه جملة من الأيام، و أما الخبران المزبوران فمن المعلوم إرادته سقوط الكفاره عنه فيهما، و إلا فإطعام النفس

ليس منها قطعاً، و حينئذ فالمراد أن الله تعالى يحسب ذلك كفاره له بعد الاستغفار و الندم.

هذا و قد تقدم في الزكاه ما يستفاد منه جملة من الأحكام في المقام، مثل جواز دفع الزكاه للعيال لا للإنفاق، بل للتوسعه عليهم، و مثل دفعها إليهم، لأن عندهم من يعولون به، و غير ذلك من الفروع التي لا يخفى عليك جريانها في المقام، بل من التأمل فيما هناك يظهر لك النظر فيما في المسالك و غيرها فمن الغريب إرسالهم الحكم هنا إرسال المسلمات من غير إحاله له على ما تقدم، فلاحظ و تأمل.

و على كل حال فلا خلاف و لا إشكال في أنها أى الكفاره تدفع إلى من سواهم ممن لا تجب نفقته و إن كانوا أقارب و لكن بشرط المسكنه و الايمان، بل هم أفضل من غيرهم، و الله العالم.

[المسألة الثامنة في وجوب تقديم الكفاره على المسيس في الظهار]

المسألة الثامنة قد عرفت فيما تقدم أنه إذا وجبت الكفاره في الظهار وجب تقديمها على المسيس سواء كفر بالعتق أو بالصيام أو بالإطعام و إن لم يصرح به في الأخير في الآية (١) إلا أنه معطوف على المصرح به، خلافا للإسكافي في خصوص الإطعام، و قد سمعت ضعفه، و الله العالم.

[المسألة التاسعة إذا وجب عليه كفاره مخيره كفر بجنس واحد]

المسألة التاسعة:

إذا وجب عليه كفاره مخيره كفر بجنس واحد عتق أو صيام أو إطعام و لا يجوز أن يكفر بنصفيين من جنسين بأن يصوم شهرا و يطعم ثلاثين مثلا، بلا خلاف أجده و لا إشكال، لعدم إتيانه بالمأمور به على وجهه، نعم لا بأس باختلاف أفراد الصنف الواحد منها، كما لو أطعم بعضهم قوتا خاصا و آخر غيره، أو كسى أحدهم ثوبا و الآخر ثوبا من جنس آخر، لصدق اسم الإطعام و الكسوه، كما هو واضح.

[المسأله العاشره لا يجزئ دفع القيمه فى الكفارہ]

المسأله العاشره:

لا يجزئ دفع القيمه فى الكفارہ، لاشتغال الذمه بالخصال لا بقيمتها التى لا تندرج فى إطلاق الأمر بالإطعام مثلا حتى فى الفرد الذى يراد منه التمليك للإطعام، و الاجتزاء بها فى الزكاه و نحوها للدليل، و من هنا لم يكن خلاف فى ذلك عندنا، بل فى المسالك هو إجماع و إن خالف فيه بعض العامه لنوع من الاستحسان الذى ليس بحجه عندنا كالقياس على الزكاه.

[المسأله الحاديه عشره كفاره من قتل فى الأشهر الحرم]

المسأله الحاديه عشره قال الشيخ: من قتل فى الأشهر الحرم و جب عليه صوم شهرين متتابعين من أشهر الحرم و إن دخل فيهما العيد و أيام التشريق، لروايه (و هى روايه خ ل) زواره^(١) و المشهور عموم المنع بل حكى غير واحد الإجماع عليه، كما تقدم الكلام فى ذلك مفصلا فى كتاب الصوم^(٢) فلاحظ.

١- ١ الوسائل الباب - ٨- من أبواب بقيه الصوم الواجب الحديث ١.

٢- ٢ راجع ج ١٧ ص ٨٨.

[المسألة الثانية عشره كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز صام ثمانية عشر يوما]

المسألة الثانية عشره:

كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز صام ثمانية عشر يوما، فإن لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام ل
خبر أبي بصير و سماعه (١)قالا: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عليه صيام شهرين متتابعين فلم يقدر على الصيام و
لم يقدر على العتق و لم يقدر على الصدقه، قال: فليصم ثمانية عشر يوما عن كل عشره مساكين ثلاثة أيام»

المؤيد

بالموثق (٢)«عن رجل ظاهر عن امرأته فلم يجد ما يعتق و لا ما يتصدق و لا يقوى على الصيام، قال: يصوم ثمانية عشر يوما»

و إن كان مورده خاصا بالظهار الذى هو أحد أفراد الكليه الشامله للكفاره المرتبه و

المخيره لكن على معنى تعذر الفردين الآخريين و تعين الصوم عليه فعجز عنه على الوجه المراد منه، لا- كما فى المسالك حيث
قال: «إطلاق وجوب الشهرين يشمل ما لو وجب بسبب كفاره أو نذر و ما فى معناه و ما لو وجب فى الكفاره تعيينا أو تخيرا، لأن
الواجب المخير بعض أفراد الواجب بقول مطلق- ثم قال:- و فى الحكم بذلك على إطلاقه إشكال، و فى مستنده قصور، لكن
العمل بذلك مشهور بين الأصحاب- إلى أن قال بعد أن ذكر كلاما فى الأثناء:- و بالجمله ليس لهذا الحكم مرجع يعتد به حتى
يلحظ و يترتب عليه ما يناسبه من الأحكام» و تبعه على ذلك بعض من تأخر عنه.

و فيه أن المستند ما سمعت من الخبر المنجبر بالشهره التى حكاها، و الموثق

١ - ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب بقيه الصوم الواجب الحديث ١ نقلا- عن التهذيب ج ٤ ص ٣١٢ عن أبي بصير الا- أن
الموجود فى الاستبصار ج ٢ ص ٩٧ عن أبي بصير و سماعه بن مهران.
٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب الكفارات الحديث ١.

الذى لم يرد منه خصوص الظهار و لو بقرينه الشهره، بل بيان حكم خاص لكيفيه التكفير التى لا فرق فيها بين الظهار و غيره، خصوصا بعد ملاحظه ما هو كالتعليل للحكم المزبور فى الخبر الأول الظاهر- و لو بقرينه ذكر العتق و الصدقه- فى الكفاره لا ما يشمل النذر، و كذا نحو عباره المتن و غيرها، بقرينه ذكر ذلك من أحكام الكفاره، و كونه تعبيراً عن مضمون الخبرين المزبورين.

و من ذلك يعرف ما فى دعوى تناول الإطلاق المزبور للنذر، كما عرفت ما فى دعوى شموله للمخيره على الوجه الذى ذكره، ضروره عدم انسياقه من إطلاق الوجوب ثم العجز الظاهر فى المعين إلا على الوجه الذى ذكرناه، و هو تعين ذلك بتعذر الفردين الآخرين، لعدم ما يجده للعتق و الصوم، فتعين عليه الصوم بتخيل قدره عليه فعجز عن الإتيان به على الوجه المراد منه، و شرع له بدل آخر عن إطعام الستين، و هو صوم الثمانيه عشر، بل هو كذلك أيضا فى المرتبه، بل قد يدعى أن المراد من إطلاق نحو المتن ذلك أيضا.

و منه يعلم حينئذ إرادته التابع فيها، لأنها من الكفاره و إن قال فى المسالك و غيرها: «و فى اشتراط التابع فى الثمانيه عشر وجهان: من أصاله البراءه، و كون التابع واجبا فى الأصل فكذا فى البدل، و الملازمه ممنوعه» لكنه كما ترى، ضروره انسياق التابع فى كل صوم شرع كفاره، خصوصا فى المقام.

و مما ذكرنا يعلم أيضا أن المراد بالصدقه عن كل يوم بمد الثمانيه عشر لا الستين كما عن بعضهم، بل جعله فى نهايه المراد أحد الوجهين، ضروره أنك قد عرفت كون مفروض المسأله تعذر الآخرين فى المرتبه و المخيره، فلا- يصح فرض الصدقه على الستين المقتضى للتمكن من فرد الإطعام الذى لا يقتضى الانتقال معه إلى صوم الثمانيه عشر فى المرتبه و المخيره، و لعل الوجه فيه فحوى ما ورد(١) فى

١- ١ لم يرد التصديق بمدين لصوم كل يوم فى قضاء شهر رمضان، إلا فى موثق سماعه- على ما قيل فى بعض نسخه- المروى فى الوسائل فى الباب- ٢٥- من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٥ و تعرض لها فى الجواهر ج ١٧ ص ٣٣ نعم فى صحيحه ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام فى الشيخ الكبير و الذى به العطاش أنه لا- حرج عليهما ان يفطرا فى شهر رمضان» و يتصدق كل واحد منهما فى كل يوم بمدين من طعام». راجع الوسائل الباب- ١٥- من أبواب من يصح منه الصوم الحديث ٢.

النصوص فى قضاء شهر رمضان وغيره من أنه مد ان لصوم كل يوم بل لعل إطعام الستين مع تعذر الشهرين فى المرتبه يومئ إلى ذلك. و بذلك كله ظهر لك الوجه فيما ذكره المصنف و غيره من الأصحاب.

فما عن الإسكافى و المفيد- من عدم البديل للظهار مع تعذر الخصال للأصل المقطوع بما عرفت، بل و الصدوقين من أن بدله التصديق بما يطيق- واضح الضعف، بل لا شاهد للأخير سوى قاعده الميسور التى لا تعارض الدليل المخصوص، بل العمل بها دونه كالأجتهد فى مقابله النص.

نعم قد يعارض الخبر (١) المزبور

صحيح ابن سنان أو حسنه (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل وقع على أهله فى شهر رمضان فلم يجد ما يتصدق به على ستين مسكينا، قال: يتصدق ما يطيق»

و فى صحيحه الآخر (٣) عنه عليه السلام أيضا «فى رجل أفطر فى شهر رمضان متعمدا يوما واحدا من غير عذر، قال: يعتق نسمة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا، فان لم يقدر تصدق بما يطيق»

بل عن ظاهر الكلينى العمل بهما، بل قيل: إنه فتوى التهذيبي صريحا، بل فى الرياض أنه لا يخلو من قوه، لصحه السند، و لموافقه قاعده الميسور.

و جمع الشهيد فى الدروس بينهما تبعا للفاضل فى محكى المختلف بالتخير بينهما الذى هو مقتضى الجمع، و لثبوتة فى المبدل منه فكذا فى البديل.

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب بقيه الصوم الواجب الحديث ١ من كتاب الصوم. راجع التعليقه ١ من ص ٢٩٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ١.

و فيه أن المتجه الجمع بينهما بالتخصيص، فيخرج حينئذ كفاره شهر رمضان من الحكم المزبور، كما سمعته من ظاهر الكليني و الشيخ، بل حكى عن الصدوقين أيضا و جماعه، و إن لم يكن على الوجه الذي ذكرناه جمعا بين النصوص، بل لا محيص عنه مع مراعاة مقتضى أصول المذهب و قواعده، و دعوى خرقه الإجماع المركب و اضححه الفساد، لعدم استقرار إجماع فيها تستريح به النفس، كما هو واضح.

و أما الاستغفار الذي أشار إليه المصنف بقوله فان لم يستطع استغفر الله تعالى و لا شىء عليه فظاهر الأصحاب الاتفاق على بدليته مع العجز عن خصال الكفاره على الوجه الذي عرفت في غير الظهار الذي قد تقدم البحث فيه على ما اعترف به في المسالك، كما أنه قد تقدم البحث عن ذلك في الجملة في كتاب الصوم (١).

و قد سمعت

قول الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير (٢): «كل من عجز عن الكفاره التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقه في يمين أو نذر أو قتل

أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفاره فالاستغفار له كفاره ما خلا يمين الظهار»

و في

خبر زراره (٣) عن أبي جعفر عليه السلام «سألته عن شىء من كفاره اليمين - إلى أن قال - قلت: فان عجز عن ذلك، قال: فليستغفر الله عز و جل و لا يعود».

بل لعل ظاهرهما خصوصا الأول منهما بدليته على وجه تسقط عنه الكفاره لو تمكن بعد ذلك، و المناقشه في سند الخبرين بعد الانجبار بما سمعت لا وجه لها،

١-١ راجع ج ١٦ ص ٣١١.

٢-٢ الوسائل الباب -٦- من أبواب الكفارات الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب -١٢- من أبواب الكفارات الحديث ٦.

كالمناقشه بأنه لم يجعل بدلا في الكفارات التي سئل عنها النبي صلى الله عليه وآله (١) في رمضان وغيره مع اعتراف السائل بالعجز، إذ هو لا ينافي ثبوته في دليل آخر، وقد عرفت سابقا أن مقتضى إطلاقها الاكتفاء بالمره فيه بدلا.

نعم الأولى له أن يضم إليه الندم على ما وقع و العزم على عدم العود إليه إن كان عن ذنب و إلا اكتفى به، و الله العالم بحقيقه الحال.

١ - ١ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ٢ و ٥ من كتاب الصوم و الباب - ١ - من كتاب الظهار الحديث ٤ و الباب ١ من أبواب الكفارات الحديث ٢.

كتاب الإيلاء وهو فى الأصل الحلف من ألت أى قصرت، يقال: آلى يولى إيلاء، و الاسم الأليه و الألوه، و الجمع أليا، مثل عطيه و عطايا، و كذا يقال: ائلى يأتلى ائتلاء و منه قوله تعالى (١) «وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَ السَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولَى الْقُرْبَى وَ الْمَسَاكِينِ».

و شرعا حلف الزوج على ترك و طء زوجته الدائمة المدخول بها قبلا- أو مطلقا مقيدا بالزيادة على الأربعة أشهر أو مطلقا للإضرار بها، كما ستسمع تفصيل ذلك كله إنشاء الله.

و الأصل فيه قوله تعالى (٢) «لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ. وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» بل منها استفاد الوجه فى جملة من أحكامه الآتية.

و قد كان طلاقا فى الجاهلية كالظهار، فغير الشارع حكمه، و جعل له أحكاما خاصة إن جمع شرائطه، و إلا فهو يمين يعتبر فيه ما يعتبر فى اليمين، و حينئذ فكل موضع لا- ينعقد إيلاء مع اجتماع شرائط اليمين يكون يمينا، كما ذكره غير واحد، بل أرسلوه إرسال المسلمات و إن كان قد يناقش بأن المتجه عدم ترتب أحكام اليمين عليه، لأنه قصد به الإيلاء، و الفرض عدم انعقاده، فما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

لكن قد يدفع بأن الإيلاء فرد من مطلق اليمين، و يشخصه مورده لا قصده،

١- ١ سورة التوبه: ٢٤- الآيه ٢٢.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٦ و ٢٢٧.

إذ الذى ذكره فى الفرق بينه وبين اليمين مع اشتراكهما فى أصل الحلف والكفاره الخاصه جواز مخالفته فى الإيلاء، بل وجوبها على وجه و لو تخيرا مع الكفاره، دون اليمين المطلقه، و عدم اشتراط انعقاده مع تعلقه بالمباح بأولويته دينا أو دنيا أو تساوى طرفيه، بخلاف مطلق اليمين، و اشتراطه بدوام الزوجه كما ستعرف دونه، و انحلال اليمين على ترك وطئها بالوطء دبرا مع الكفاره دون الإيلاء، و هى أجمع بعد الإغضاء عن المناقشه فى بعضها أحكام لا تغير مهيته.

و لعله لذا اكتفى الأصحاب فيه بكل لسان مع اشتراط العرييه للقادر فى غيره من العقود و الإيقاعات، إذ ليس ذلك إلا- لأن الإيلاء لم يكن للشارع تصرف فى إيقاعيته على وجه تغاير إيقاعيته اليمين و إن كان قد يتوهم من قولهم: «كتاب الإيلاء» و قولهم: «هو لغه كذا و شرعا كذا» إلا أن ذلك كله على ضرب من التسامح، و ليس الإيلاء إلا يمينا مخصوصه باعتبار خصوص موردها، مثل الصرف و السلم بالنسبه إلى البيع، فتأمل جيدا، و ربما تسمع له تأيدا.

و كيف كان ف النظر فى أمور أربعه:

[الأمر الأول فى الصيغه]

الأول:

فى الصيغه و من المعلوم أنه لا- ينعقد الإيلاء إلا- بأسماء الله سبحانه و تعالى المختصه به أو الغالبه فيه، بلا خلاف أجده فيه، للأصل و لأنه كما عرفت من اليمين المعتبر فيه ذلك، ل

قوله صلى الله عليه و آله و سلم (١) «من كان حالفا فليحلف بالله أو فليصمت»

و قال محمد بن مسلم (٢) «قلت لأبى جعفر عليه السلام قول الله عز و جل «وَ اللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى» (٣) «وَ النَّجْمِ إِذَا هَوَى» (٤) و ما أشبه ذلك، فقال: إن

١- ١ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٨.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

٣- ٣ سوره الليل: ٩٢- الآيه ١.

٤- ٤ سوره النجم: ٥٣- الآيه ١.

لله تعالى أن يقسم من خلقه بما شاء، و ليس لخلقه أن يقسموا إلا به»

و قال الصادق عليه السلام: في صحيح الحلبي (١): «لا أرى أن يحلف الرجل إلا بالله تعالى»

و قال عليه السلام في صحيحه الآخر (٢) أيضا: «و الإيلاء أن يقول: و الله لا أجامعك كذا و كذا، و الله لأغيظنك ثم يغاضبها، فإنه يتربص به أربعة أشهر».

إلى غير ذلك من النصوص.

نعم قد يقال بالاكْتفاء بكل ما يدل على الحلف بمسمى الاسم من موصول و صله و إشاره و نحو ذلك مما يصدق معه أنه حلف بالله تعالى المعلوم إرادته كونه حلفا بمسماه لا بخصوص اسمه، و يأتي إنشاء الله تمام البحث في ذلك في الأيمان.

و على كل حال فلا ينعقد لو كان الحلف بالكعبة أو النبي صلى الله عليه و آله و سلم أو الأئمة عليهم السلام و غيرها مما هو محترم و إن أثم بهتك الحرمه للاسم، بل و المسمى كما نص عليه في كشف اللثام، بل لا بد مع ذلك من التلفظ بها أى بالجملة القسميه، فلو قال: «لأتركن و طءك» لم يقع و إن أشعرت اللام بالقسم للأصل.

و يقع بكل لسان لصدق الإيلاء و الحلف معه و إن قلنا باشتراط العربيه في غيره من العقد و الإيقاع، لكن قد عرفت أن الإيلايه ليست شيئا زائدا على اليمين الذى يقع بكل لسان، و هو مؤيد لما ذكرناه سابقا، كما أشرنا إليه.

نعم لا بد أن يكون ذلك مع القصد إليه فلا يقع من الساهى و النائم و السكران و نحوها.

و اللفظ الصريح فيه هو قول و الله تعالى لا أدخلت فرجى فى

١- ١ الوسائل الباب-٣- من الإيلاء الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب-١- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

فرجك و ما أشبهه أو يأتي باللفظه المختصه بهذا الفعل كالنيك، بناء على اختصاصه بالوطء فى القبل دون الدبر أو ما يدل عليه صريحا من نحو ذلك.

و المحتمل الذى هو فى المتن كقوله: لا- جامعتك و لا وطأتك، فان قصد به الإيلاء صح، و لا يقع مع تجرده عن النيه، و فيه أنهما من الصريح عرفا و إن كانا فى الأصل للأعم من ذلك، و لذا اكتفى بالأول منهما فى

صحيح (١) أبى بصير عن الصادق عليه السلام «سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: هو أن يقول الرجل لامرأته: و الله لا أجامعك»

و كذا فى غيره أيضا، فالأصح كونه من الألفاظ الصريحه.

أما لو قال: لا جمع رأسى و رأسك بيت أو مخده أو لا سافقتك بمعنى «لا جمعنى و إياك سقف» و نحو ذلك من الملاصقه و الملاصقه و المباشره مما هو كناية عن المعنى المزبور قال فى الخلاف: لا يصح به إيلاء و تبعه ابن إدريس و الفاضل على ما حكى عنهما، للأصل و حصر الإيلاء فى غير واحد من النصوص (٢) فيما لا يشمل ذلك، و قال فى المبسوط: يقع مع القصد، و هو حسن بل عن الفاضل فى التحرير و التلخيص و المختلف اختياره، لإطلاق أدله الإيلاء، و ل

حسن يزيد ابن معاويه (٣) «إذا آلى الرجل أن لا- يقرب امرأته و لا- يمسه و لا- يجمع رأسه و رأسها فهو فى سعه ما لم تمض الأربعة أشهر»

و فى

خبر أبى الصباح الكنانى (٤) «الإيلاء أن يقول الرجل لامرأته: و الله لأغضبنيك أو لأسوأنيك»

و صحيح الحلبي (٥) السابق، و لما عرفت من أن الإيلاء من اليمين المعلوم انعقاده بذلك، و هو الأقوى.

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ١ و ٦ و الباب ٩ منها.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الإيلاء الحديث ١ عن بريد بن معاويه.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٩- من أبواب الإيلاء الحديث ٣.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

و لو قال: «لا- جامعتك في دبرك» لم يكن مؤلماً لأنه محسن غير مضار، و كذا لو قال: لا وطأتك في حيز أو نفاس» أو نحو ذلك.

و هل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط؟ للشيخ قولان، أظهرهما عند المصنف اشتراطه كما عن بنى حمزه و زهره و إدريس و يحيى بن سعيد و الفاضل في أحد قولي، فلو علقه بشرط أو زمان متوقع أو صفة كان لاغياً بل عن الخلاف الاستدلال عليه بالإجماع و الأخبار و أصالة البراءة، لكن لعل المراد بالأخبار ما سمعته من النصوص (١) المتضمنة لتفسيره منجزاً، و إلا فلم نقف على خبر يدل على الحكم المزبور بخصوصه، و بالإجماع أنه إنما وقع مطلقاً، و لا دليل على وقوعه مشروطاً، نعم عن ابن زهره دعوى الإجماع على اشتراط التجريد، كما عن ظاهر السرائر.

إلا أن الأقوى مع ذلك جوازه وفاقاً للمحكي عن المبسوط و المختلف، لما عرفت من عدم تسبب للشارع في الإيلاء زائد على تسبب اليمين المعلوم قبوله للشرط، و حينئذ فكل ما جاز في مطلق اليمين يجوز فيه، بل هو ليس إلا

فرداً مخصوصاً من اليمين، و النصوص (٢) المزبورة إنما سبقت لبيان صيغته بالنسبة إلى المحلوف به و المحلوف عليه، لا غير ذلك مما يشمل المفروض، و الإجماع المزبور بالمعنى الذى ذكرناه يرجع إلى الاحتياط الذى لا يعارض الإطلاق.

و أما إجماع ابن زهره المعتضد بظاهر السرائر فلم نتحققه، بل لعل المحقق خلافه، و كأنه نشأ من توهم كون الإيلاء كغيره من أفراد الإيقاع المعلوم عدم جواز تعليقه بالإجماع و غيره مما عرفت سابقاً، كالطلاق و نحوه إلا ما خرج و نحوه.

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ١ و الباب- ٩- منها.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ٦ و الباب- ٩- منها.

و لكن قد عرفت أنه ليس الإيلاء إلا- اليمين الذي قد دل الدليل على جواز تعليقه، و ليس له إنشائه زائده على إنشائه، و لا تسبب زائد على تسببه، نعم لهذا الفرد الخاص من اليمين و هو المتعلق بترك جماع الزوجه الدائمه أزيد من المده أحكام شرعيه بها استحق اسم الإيلاء، و دعوى أن من خصوصيته كونه منجزا لا دليل عليها. بل لعل الإطلاق يقتضى خلافها، و لعله إلى ذلك أشار فى كشف اللثام، حيث إنه بعد أن اختار الجواز فرق بينه و بين غيره من الإيقاع- كالطلاق و العتاق- بأنهما إيقاعان، و التعليق ينافى الإيقاع، و الإيلاء يمين و التزام.

و كيف كان ف لو حلف بالعتاق لا- يطأها أو بالصدقه أو التحريم بأن قال: إن جامعتك فعبدى حر أو مالى صدقه أو أنت أو فلانه محرمه على أو نحو ذلك لم يقع عندنا يمينا فضلا عن الإيلاء و لو قصد الإيلاء لما عرفته من اعتبار الحلف بالله تعالى.

و كذا لو قال: إن أصبتك فعلى كذا لم يكن إيلاء بلا- خلاف و لا- إشكال، و إنما ذكره تنبيها على خلاف بعض العامه فى ذلك، و ضعفه بل فساد و واضح عندنا.

و لو آلى من زوجته و قال للأخرى: شركتك معها أو أنت شريكها أو مثلها أو نحو ذلك لم يقع بالثانيه و لو نواه، إذ قد عرفت أنه لا- إيلاء إلا- مع النطق باسمه تعالى و لا- تجزئ الكنايه عنه و إن قلنا بالاكْتفاء بها فى المحلوف عليه، بل فى المسالك «فان التصريح باسمه عماد الدين (١) حتى لو قال به:

لأفعلن كذا ثم قال: أردت بالله لم ينعقد يمينه، و هذا مما اتفق عليه الكل و إن اختلفوا فى مثل قوله: أنت طالق ثم قال للأخرى: شركتك معها، فقد قال جمع بوقوعه، لأن الكنايات فيه عن الطلاق، و هو مما قد قيل بوقوعه أيضا ككنايه المحلوف عليه هنا» و هو حسن إلا دعوى اعتبار التصريح به بحيث

١- ١ هكذا فى النسختين المخطوطتين و فى المسالك «فان التصريح باسمه عماد اليمين».

و على كل حال ف لا يقع الإيلاء إلا في إضرار بلا خلاف أجده في ذلك، بل في كشف اللثام الاتفاق عليه، فلو حلف لصلاح اللبن أو لتدبير في مرض لم يكن له حكم الإيلاء، و كان كالأيمان قال الصادق عليه السلام في

خبر السكوني (١): المنجبر بما عرفت «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام، فقال: يا أمير المؤمنين إن امرأتى أرضعت غلاما و إنى قلت: و الله لا أقربك حتى تفتميه، قال عليه السلام: ليس في الإصلاح إيلاء»

و قد تقدم ما في صحيح الحلبي (٢)

و غيره (٣) من أن «الإيلاء أن يقول: و الله لا أجامعك كذا و كذا، و الله لأغيظنك ثم يغاضبها»

و نحوه ما في

خبر أبي الصباح (٤) «الإيلاء أن يقول الرجل لامرأته:

و الله لأغضبنيك و لأسوأنيك»

و في

الخبر أو الصحيح (٥) «إن تركها من غير مغاضبه أو يمين فليس بمؤول»

فمن الغريب وسوسه بعض الناس في الحكم المزبور، و الله العالم.

١-١ الوسائل الباب-٤- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

١-٢ الوسائل الباب-١- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

١-٣ الوسائل الباب-٩- من أبواب الإيلاء.

١-٤ الوسائل الباب-٩- من أبواب الإيلاء الحديث-٣.

١-٥ الوسائل الباب-١- من أبواب الإيلاء الحديث ٢.

[الأمر الثاني في المولى]

الأمر الثاني:

في المولى و لا خلاف كما لا إشكال بل الإجماع بقسميه عليه في أنه يعتبر فيه البلوغ و كمال العقل و الاختيار و القصد مضافا إلى ما عرفته مكررا من الأدله العامه الداله على اشتراطها في غيره من العقود و الإيقاعات.

و يصح من المملوك حره كانت زوجته أو أمه لمولاه أو لغيره مع اشتراط رقيه الولد و عدمه، للعموم كتابا(١) و سنه(٢)، بل لا أجد فيه خلافا و لا إشكالا، نعم في المسالك «أما إذا كانت حره فظاهر، إذ لا حق للمولى في وطئه و عموم الآيه(٣) يتناولها، و أما إذا كانت أمه للمولى أو لغيره و شرط مولاه رقيه الولد فقد ينقدح عدم وقوع الإيلاء منه، لأن الحق فيه لمولاه، فيتوقف على إذنه» و فيه منع حق للمولى على وجه يصح إجباره عليه، و وجوب الطاعه ليس حقا في خصوص الفرض، و إلا لجاء الإشكال في الحره أيضا، فالمتجه العموم.

و كذا يصح من الذمي و غيره من الكفار المقرين بالله للعموم، و امتناع صحه الكفاره منهم ما داموا كفارا لا يقدر في صحته، لأن الشرط مقدور عليه بتقديمه الإسلام، و لا ينحل بالإسلام، خلافا لمالك، و لم يخالف الشيخ هنا

في الوقوع منه و إن خالف في الظهار، مع أن المقتضى واحد.

هذا و في المسالك «و التقييد بالذمي من حيث اعترافه بالله تعالى، و ينبغي أن لا يكون على وجه الحصر فيه، بل الضابط وقوعه من الكافر المقر بالله تعالى ليتوجه حلفه به» و يقرب منه ما في كشف اللثام.

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٦.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ١ و ٦ و الباب - ٩- منها.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٦.

و قد يقال بترتب حكم الإيلاء عليه من التكفير و نحوه بالحلف بالله و إن لم يكن مقرا به، لأنه مكلف بالفروع التي منها ترتب ذلك على الحلف بالله من المقر و غيره للعموم و لأنه لولا ذلك لم يتوجه اليمين عليه لو ادعى عليه.

و كذا يصح من الخصى الذى يولج و لا ينزل بلا خلاف و لا إشكال، للعموم.

نعم فى صحته من المجبوب الذى لم يبق من آله ما يتحقق به اسم الجماع تردد من العموم و من كونه يمينا على الممتنع، بل و خلاف. لكن أشبهه الجواز وفاقا للمبسوط و التحرير و الإرشاد و التبصره و التلخيص، لعموم الكتاب (١) الذى لا ينافيه

ما فى السنه من كون «الإيلاء أن يقول: و الله لا أجامعك» (٢)

لإمكانه منه بالمساحقه، خصوصا إذا بقى من آله دون الحشفه يلجه فى الفرج و ينزل منه، و أولى من ذلك بالجواز ما لو عرض الجب بعد الإيلاء.

و على كل حال ف تكون فتنه بناء على ما ذكرنا العود إلى المساحقه، لا أنها تكون كفته العاجز لمرض و نحوه التى هى القول باللسان «لو قدرت لفعلت». نعم قد يقال: إن فتنه ذلك لو فرض تعذر المساحقه منه، و لا ينافى ذلك عدم صدق للجماع حتى على المساحقه، لإطلاق قوله تعالى (٣):

«لَلَّذِينَ يُؤْلُونَ» و ليس فى شىء من النصوص السابقه اشتراط الجماع الذى يمكن دعوى انسياقه إلى غير المساحقه، بل أقصاها أن يقول الرجل لزوجته: «و الله لا أجامعك» و هو متحقق فيمن يكون مجامعته المساحقه و نحوها، بل و من لا يكون له مجامعه أصلا، بناء على ما ستعرفه من عدم اعتبار إمكان وقوع المحلوف عليه

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٦٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ١ و الباب- ٩- منها الحديث ١ و ٢.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٦٦.

من الحالف فى الإيلاء، فيتحقق حينئذ بذلك، و تكون فئته القول باللسان و العزم على الفعل مع فرض إمكانية له، ضروره أن ذلك فئه مثل هذا المولى الذى فرض تناول الأدله له، نعم قد يقال: إنه و إن سلم كون فئته ذلك لكن لا ريب فى عدم تحقق الإضرار الذى اعتبروه شرطاً، إذ الفرض أنه لإجماع له، اللهم إلا أن يمنع شرطيته ذلك على وجه ينافى ذلك، و إنما

المراد منها إخراج الحلف لصالح الولد و نحوه، لا- بحيث يشمل المقام، و من هنا كان المشهور تحقق الإيلاء، مع أنك قد عرفت الاتفاق على اعتبار الإضرار، و لا يمكن ذلك إلا بما قلناه.

و على كل حال فما فى المسالك- من أن الأصح عدم الإيلاء منه، لفقد شرط الصحة منه، و هو مخصص لعموم الآيه، و الفرق بينه و بين المريض توقع زوال عذره دونه، و مرافعته و صرب المده له ليقول باللسان ذلك فى حكم العبث الذى لا يليق بمحاسن الشرع، حتى التزم لذلك بطلان الإيلاء لو عرض الجب فى أثنائه، لاستحاله بقاء اليمين مع استحاله الحنث، و مجرد المطالبه باللسان و ضرب المده لذلك قبيح، كالمجبوب ابتداء- لا يخلو من نظر بعد الإحاطه بما ذكرناه، مضافاً إلى إمكان منع عدم انعقاد اليمين على الممتنع، للإطلاق، و استحاله الحنث لا ينافى انعقادها.

لكن الانصاف عدم تحقق الإضرار بالزوجه الذى قد عرفت اعتباره مع الحال المزبور إلا على المساحقه التى ذكرناها، فتأمل جيداً. هذا كله المجبوب الذى لم يبق من آله ما يتحقق به اسم الجماع، و إلا جاز الإيلاء منه بلا خلاف و لا إشكال، بل فى شرح الصيمرى الإجماع عليه.

[الأمر الثالث فى المؤلى منها]

الأمر الثالث:

فى المؤلى منها، و لا خلاف فى أنه يشترط فيها أن تكون منكوحه بالعقد لا بالملك بل لعله إجماع، لعدم اندراج المملوكه فى «نِسَائِهِمْ»^(١) و فى الزوجه.

و أن تكون مدخولا بها بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به فى كشف اللثام، حتى ممن قال بعدم اعتباره فى الظهار، كالمفيد و سار و ابنى زهره و إدريس، فإن المحكى عنهم التصريح هنا باعتباره، نعم فى المسالك «و ربما قيل به هنا أيضا، و لكنه نادر» و إن لم نتحققه، و لعله نظر فى النصوص الداله على ذلك هنا، ك

صحيح ابن مسلم ^(٢) عن أحدهما عليهما السلام قال: «فى غير المدخول بها لا يقع عليها إيلاء و لا ظهار»

و خبر أبى الصباح ^(٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «لا يقع الإيلاء إلا على امرأه قد دخل بها زوجها»

و فى

خبر آخر ^(٤) عنه عليه السلام «إن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن رجل آلى من امرأته و لم يدخل بها، قال: لا إيلاء حتى يدخل بها، قال: أ رأيت لو أن رجلا حلف ألا يبنى بأهله سنتين أو أكثر من ذلك أ يكون إيلاء؟».

لكن قد يقال إن ذلك مناف لما سمعته من المشهور من وقوعه من المجبوب الذى لا يتصور

دخول فيه، مع فرض جبه على وجه لم يبق من الذكر شىء يتحقق به الدخول، اللهم إلا أن يحمل الدخول فى كلامهم هنا على ما يشمل دخول

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من كتاب الظهار الحديث ٢ عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام الا أن الموجود فى التهذيب ج

٨ ص ٢١ الرقم ٦٥ عن أبى جعفر أو أبى عبد الله عليهما السلام.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الإيلاء الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٦- من أبواب الإيلاء الحديث ٣.

المجبوب من المساحقه و نحوها.

و كيف كان ف فى وقوعه بالمستمتع بها تردد، أظهره المنع وفاقا للمشهور إما لتبادر الدائمه من النساء و الزوجه أو لظهور قوله تعالى (١) «وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ» بعد قوله «لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ» فى قبول المولى منها له، و هو منتف فى المستمتع بها، نحو ما جاء فى النص (٢) من الاستدلال على اعتبار النكاح الدائم فى المحلل بقوله تعالى (٣) «فَإِنْ طَلَّقَهَا» كما نبهنا عليه فى محله، فلاحظ و تأمل.

و لما قيل: أن لازم صحته جواز مطالبتها بالوطء و هو غير مستحق للمستمتع بها، و لأصالة بقاء الحل فى موضع النزاع، و ل

قول الصادق عليه السلام فى صحيح ابن أبي يعفور (٤): «لا إيلاء على الرجل من المرأة التى تمتع بها».

خلافاً للمحكى عن المرتضى من الوقوع بها، للعموم الذى لا- يخصصه عود الضمير إلى بعض المذكورات سابقاً، و مطالبتها مشروطه بالدوام نظراً إلى الغايه، و هو لا يستلزم عدم وقوعه بدون المطالبه، و الأصل مقطوع

بالإيلاء الثابت بالايه (٥) و هو كما ترى، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى كتاب النكاح، فلاحظ.

و يقع بالحره و المملوكه كما يقع من الحر و المملوك، للعموم، بلا- خلاف أجده فيه. و لا فى أن المرافعه إلى المرأة لضرب المده و كذا إليها بعد انقضائها المطالبه بالفئه و لو كانت أمه، و لا اعتراض للمولى لأن حق الاستمتاع لها لا لمولاه.

و كذا يقع بالذميه كما يقع بالمسلمه للعموم، و الله العالم

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٤ من كتاب الطلاق.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٠.

٤- ٤ التهذيب ج ٨ ص ٨ الرقم ٢٢.

٥- ٥ سورة البقره: ٢ الآيه ٢٢٦.

[الأمر الرابع فى أحكامه]

الأمر الرابع:

فى أحكامه، و فىه مسائل.

[المسألة الأولى لا ینعقد الإیلاء حتى یكون التحريم بالحلف]

الأولى:

لا ینعقد الإیلاء حتى یكون التحريم بالحلف مطلقا فیحمل على التأيید، ضروره توقف الصدق على الانتفاء فى جمیع الأوقات أو مقیدا بالدوام الذى هو تأكید لما اقتضاه الإطلاق أو مقرونا بمدته تزيد على الأربعة أشهر و لو لحظه و إن انحلت بعدها اليمين،

قال زراره(١): «قلت لأبى جعفر علیه السلام:

رجل آلى أن لا یقرب امرأته ثلاثه أشهر، قال: فقال: لا یكون إیلاء حتى یحلف أكثر من أربعة أشهر»

أو مضافا إلى فعل لا یحصل إلا بعد انقضاء مدته التبرص یقینا أو غالبا، كقوله و هو بالعراق: حتى أمضى إلى بلاد الترك و أعود، أو یقول:

ما بقیت الذى هو بمعنى أبدا، فان أید كل إنسان عمره، بل لو قال: ما بقى زید فكذلك فى أحد الوجهین أو أقواهما مع غلبه الظن ببقائه، لأن الموت المعجل كالمستبعد فى العادات، فىكون كالتعلیق على خروج الدجال.

و لا یقع لأربعة أشهر فما دون لما عرفت و لا معلقا بفعل ینقضی قبل هذه المدته یقینا أو غالبا أو محتملا على السواء لعدم صدق الحلف على أكثر من أربعة أشهر، و لعدم تحقق قصد المضاره، فلا یحكم بكونه مؤلیا و إن اتفق مضى أربعة أشهر و لم یوجد المعلق به، بل یكون یمینا، لما عرفت من عدم تحقق قصد المضاره فى الابتداء، و أحكام الإیلاء منوطه به، لا بمجرد اتفاق الضرر بالامتناع من

الوطء كما لو امتنع من غير يمين، وحيثذ فيرتفع اليمين لو وجد المعلق به قبل الوطء و تجب الكفاره لو وطأ قبل وجوده حيث ينعقد اليمين.

قلت: قد يقال: إن لم يكن إجماعاً- على ما سمعت المدار على واقعيه الزيادة- على أربعة أشهر- لا ظن حصولها أو عدمه، فإن الصدق يدور مداره- فمع فرض التعليق لغايه يضم فى العاده بلوغها الأزيد من أربعة فاتفق عدمه خلاف العاده و بالعكس لا معنى لجريان حكم الإيلاء على الأول دون الثانى المتحقق فيه الصدق دون الأول، و كذا محتمل الوقوع فاتفق تأخره عن الأربعة، و لا- دليل على اعتبار إحراز ذلك على الوجه المزبور، نعم هو كذلك لتعجيل حكم الإيلاء، لا- لأصل كونه إيلاء حتى بعد الانكشاف، فتأمل جيداً، فانى لم أجد ذلك محرراً فى كلماتهم.

و لو قال: و الله لا وطأتك حتى أدخل هذه الدار و لم يكن له مانع منها لا يرتفع إلا بما زاد على أربعة أشهر لم يكن إيلاء، لأنه يمكنه التخلص من التكفير مع الوطء بالدخول الذى هو غايه الحرمة و هو مناف للإيلاء المعتبر فيه حرمة الوطء عليه أزيد من الأربعة إلا مع الكفاره، إذ هو الذى تتحقق به المضاره، بل لا يصدق على مثله أنه آلى إلى أزيد من أربعة أشهر بعد أن كان غايه اليمين راجعه إلى اختياره، كما هو واضح.

[المسألة الثانية مده التربص في الحره و الأمه]**اشاره**

المسألة الثانية:

مده التربص في الحره و الأمه و المسلمه و الذميه أربعه أشهر من حين الإيلاء على الأصح، كما ستعرفه سواء كان الزوج حراً أو مملوكاً مسلماً أو ذمياً بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن دعوى تواتر النصوص (١) فيه مضافاً إلى الكتاب (٢) وما عن مالك في الزوج المملوك و أبي حنيفة في الزوجه المملوكه- من كون المده فيهما على النصف في الحر و الحره لقاعدته- كالاجتهد في مقابله النص.

و على كل حال ف المده حق للزوج و ليس للزوجه مطالبته فيها بالفئه لكن إن وطأ فيها كفر و انحل الإيلاء و إلا تربص إليها، قال الباقر و الصادق عليهما السلام في الصحيح (٣): «إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول و لا حق في الأربعة الأشهر، و لا إثم عليه في كفه عنها في الأربعة أشهر، فإن مضت الأربعة أشهر قبل أن يمسهما فما سكتت و رضيت فهو في حل و سعه، و إن رفعت أمرها قيل له: إما أن تفىء فتمسها، و إما أن تطلق، و عزم الطلاق أن يخلى عنها، فإذا حاضت و طهرت طلقها فهو أحق برجعها ما لم تمض ثلاثه قروء، فهذا الإيلاء الذى أنزل الله تبارك و تعالى في كتابه و سنه رسوله صلى الله عليه و آله»

و نحوه غيره (٤).

و لا ينافى ذلك

خبر أبى مريم (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «عن رجل آلى من

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب الإيلاء.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٦.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ٣ و هو مضمرا- أن فى الاستبصار ج ٣ ص ٢٥٥ عن أبى عبد الله عليه السلام.

امرأته، قال: يوقف قبل الأربعة أشهر و بعدها»

المنزل على إرادته الإيقاف قبلها لإلزام الحكم عليه بعد تلك المدة، لا لإلزام الطلاق أو الإيفاء، فإنه إنما يكون بعد، ليوافق غيره من النصوص (١)المجمع عليها، ك

خبر أبي الجارود(٢)«أنه سمع أبا جعفر عليه السلام يقول: الإيلاء يوقف بعد سنه، فقلت: بعد سنه، فقال: نعم يوقف بعد سنه»

المنزل على إرادته أنه يوقف و لو مضت سنه لم يرفع أمره فيها، و لا تكون مطلقه بمضى المدة ليوافق غيره من النصوص أيضا التي منها

خبر عثمان (٣)عن أبي الحسن عليه السلام «سألته عن رجل آلى من امرأته متى يفرق بينهما؟ قال: إذا مضت أربعة أشهر و وقف، قلت له: من يوقفه؟ قال: الامام، قلت: و إن لم يوقفه عشر سنين، قال: هي امرأته».

بل ظاهر النص (٤)و الفتوى أن المدة المزبوره حق للزوج ليس لها مرافعتة و إن كان قد ترك و طء ما قبل الإيلاء بأربعة أشهر أو أقل مثلا، و فى المسالك «و لو فرض كونه تاركا و طءها مده قبل الإيلاء يفعل حراما بالنسبه إلى ما زاد من أربعة أشهر من حين الوطاء، لأنه لا

يجوز ترك و طء الزوجه أكثر من ذلك، و لا ينحل بذلك اليمين، لأن الإيلاء لا ينحل بذلك».

و فيه أن ظاهر الآيه (٥)و النصوص (٦)بل هو صريح الصحيح (٧)المزبور عدم الإثم عليه فى ترك الوطاء مده التربص مطلقا، بل لعل الغالب عدم و طئها قبل الإيلاء بأن ما، بل لو كان المراد تربص الأربعة فى خصوص الموطوءه فى زمان متصل بإيقاع الإيلاء و إلا اتجه لها المطالبه قبل المده المزبوره لصار زمان الإيلاء

١-١ الوسائل الباب-٨- من أبواب الإيلاء.

٢-٢ الوسائل الباب-٨- من أبواب الإيلاء الحديث-٢.

٣-٣ الوسائل الباب-٨- من أبواب الإيلاء الحديث-٤.

٤-٤ الوسائل الباب-٢- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

٥-٥ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٦.

٦-٦ الوسائل الباب-٨- من أبواب الإيلاء.

٧-٧ الوسائل الباب-٢- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

شهرًا و شهرين و أقل و أكثر إذا فرض ترك وطئها قبل الإيلاء بثلاثة أشهر أو شهرين و نحو ذلك، و هو مناف للنص و الفتوى، و إن قال الفاضل في القواعد: «و لو كان الوطء يجب بعد شهر مثلاً فحلف أن لا يطأها إلى شهرين ففي انعقاده نظر» و لعله من القصور عن المدة المقدره للإيلاء، و من أن الإيلاء إنما انعقد لامتناعه من الوطء مده يجب عليه في أثنائها، و لكن لا ريب في أن الأول أقوى، كما اعترف به في كشف اللثام.

و كيف كان فلا ريب في ظهور النص (١) و الفتوى في أن المدة المزبوره حق للزوج ليس لها المطالبه فيها إذا آلى و إن ترك وطئها سابقاً، و لعل هذا أيضاً من أحكام الإيلاء، فتأمل جيداً، فإن المسأله غير محرره.

و على كل حال فإذا انقضت الأربعة أشهر لم تطلق بانقضاء المده عندنا، للأصل و ظاهر الكتاب (٢) و السنه (٣) أو صريحهما، خلافاً لأبي حنيفه، فقد جعل المده وقت الفئه، و قال: «إذا لم يفى ء فيها طلقت بائه» و لعل

قول الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير (٤): «إذا آلى الرجل من امرأته فمكث أربعة أشهر فلم يفى ء، فهي تطليقه، ثم يوقف فان فاء فهي عنده على تطليقتين، و إن عزم فهي بائه منه»

مطرح أو محمول على ما عن الاستبصار من أنه إذا طلق بعد الأربعة أشهر فهي تطليقه رجعيه، فإن فاء أى راجعها كانت عنده على تطليقتين، و إن عزم حتى خرجت من العده فقد صارت بائه لا يملك رجعتها إلا بعقد جديد و مهر مسمى، و إن بعد إلا أنه خير من الطرح الذى لا بد منه مع فرض عدم تأويله، لاتفاق الكتاب و السنه القطعيه و الإجماع على خلافه.

١-١ الوسائل الباب-٢- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

٢-٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٦.

٣-٣ الوسائل الباب-٨ و ٩- من أبواب الإيلاء.

٤-٤ الوسائل الباب-١٠- من أبواب الإيلاء الحديث ٤.

بل لو فرض عدم طلاق الزوج لها بعد المده لم يكن للحاكم طلاقها بلا خلاف أجده فيه، لأن

«الطلاق بيد من أخذ بالساق»^(١)

و لفحوى النصوص^(٢) الداله على حبسه و التضييق عليه ليفى ء أو يطلق، مضافا إلى

ظاهر الكتاب^(٣) و السنه^(٤) أو صريحهما، و ما فى

مضمرة عثمان^(٥) من أنه «إن لم يفى ء بعد أربعة أشهر حتى يصلح أهله أو يطلق جبر على ذلك، و لا يقع طلاق فيما بينهما حتى يوقف و إن كان بعد الأربعة الأشهر، فان أبى فرق بينهما الإمام»

كالذى فى خبره السابق الآخر^(٦) محمول على إرادته جبر الامام له على ذلك إن لم يفى ء، فما عن مالك و الشافعى فى أحد قوليه- من أن له ذلك- واضح الفساد.

و على كل حال ف إذا رافعته فهو مخير بين الطلاق و الفئه، فإن طلق فقد خرج من حقها، و يقع الطلاق رجعه (الطلقه رجعيه خ ل) إن لم يكن ما يقتضى البينونه على الأشهر بل المشهور، بل لم يعرف المخالف بعينه و إن أرسله بعض، لأنه الأصل فى الطلاق، و لذا احتاج البائن إلى سبب يقتضيه، و للنصوص^(٧) التى منها

قول الصادق عليه السلام فى حسن يزيد بن معاويه^(٨): «فإذا

١- ١ كتر العمال ج ٥ ص ١٥٥ الرقم ٣١٥١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب الإيلاء.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٦ و ٢٢٧.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٨ و ٩- من أبواب الإيلاء.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٩- من أبواب الإيلاء الحديث ٤ عن عثمان بن عيسى، عن سماعه قال: «سألته.».

٦- ٦ الوسائل الباب- ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ٤.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الإيلاء الحديث ١ و الباب- ١٠- منها الحديث ٢.

٨- ٨ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الإيلاء الحديث ١ عن يزيد بن معاويه.

مضت الأربعة أشهر أوقف، فاما أن يفى ء 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 برجعها ما لم تمض الثلاثة الأقرء».

فما فى

صحيح منصور بن حازم (١) عن الصادق عليه السلام «المؤلى إذا وقف فلم يفى ء طلق تطليقه بائه»

محمول على من يرى الإمام إجباره على البائه بفديه، أو على من كانت عند الرجل على تطليقه واحده، و كذا

مضمرة الآخر (٢) «إن المؤلى يجبر على أن يطلق تطليقه بائه»

و فى الكافى عن غير منصور (٣) «أنه يجبر على أن يطلق تطليقه يملك فيها الرجعه، فقال له بعض أصحابه: إن هذا ينتقض، فقال: لا، التى تشكو فتقول يجبرنى و يضربنى و يمنعى من الزوج يجبر على أن يطلقها تطليقه بائه، و التى تسكت و لا تشكو شيئاً يطلقها تطليقه يملك فيها الرجعه».

ثم على تقدير طلاقه رجعيًا إن استمر عليه فذاك و إن رجع عاد الإيلاء، كما ستسمع تمام الكلام فيه إنشاء الله.

و على كل حال فبطلاقها يخرج عن حقها و كذا إن فاء و رجع إلى وطئها يخرج عن حقها أيضا.

و إن امتنع عن الأمرين بعد مرافعه الحاكم حبس و ضيق عليه حتى يفى ء أو يطلق بلا خلاف أجده فيه،

قال الصادق عليه السلام فى خبر غياث بن إبراهيم (٤): «كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا أبى المؤلى أن يطلق جعل له حظيره من قصب و أعطاه ربع قوته حتى يطلق»

و قال فى خبر حماد بن عثمان (٥) «كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل له حظيره من قصب يحبسه فيها و يمنعه من الطعام و الشراب حتى يطلق»

و فى المرسل (٦) «إن فاء و هو أن يرجع إلى الجماع و إلا حبس

١- ١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الإيلاء الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الإيلاء الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الإيلاء الحديث ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١١- من أبواب الإيلاء الحديث ٣.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١١- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

فى حظيره من قصب و شدد عليه فى المأكل و المشرب حتى يطلق»

بل

عن الفقيه «روى (١) أنه متى أمره إمام المسلمين بالطلاق فامتنع ضرب عنقه، لامتناعه على إمام المسلمين»

و فى مرسل خلف بن حماد (٢) عن الصادق عليه السلام «فى المؤلى إما أن يفى ء أو يطلق، فان فعل و إلا ضربت عنقه»

بل

روى أيضا (٣) «إن أمير المؤمنين عليه السلام بنى حظيره من قصب و جعل فيها رجلا آلى من امرأه بعد الأربعة أشهر، فقال له: إما أن ترجع إلى المناكحة و إما أن تطلق و إلا أحرقت عليك الحظيره».

و كيف كان ف لا يجبره الحاكم على أحدهما تعيينا قطعاً لأن الشارع خيريه بين الأمرين، فلا يجبر إلا على ما وجب عليه شرعاً.

و لو آلى مده معينه و دافع بعد المرافعه حتى انقضت المده سقط حكم الإيلاء و لم يلزمه الكفاره مع الوطء لأنها تجب مع الحنث فى اليمين، و لا يتحقق إلا مع الوطء فيها، و أما إذا انقضت سقط حكم اليمين، سواء رافعته و ألزمه الحاكم بأحد الأمرين أم لا، لاشتراكهما فى المقتضى و إن أثم بالمدافعه على تقدير المرافعه، كما هو واضح.

و لو أسقطت حقها من المطالبة مده و لو بالسكوت عنه لم يسقط أصل المطالبة، لأنه حق يتجدد فيسقط بالعفو ما كان لا ما يتجدد و إن وجد سببه، و لما كان حقها فى المطالبة يثبت فى كل وقت ما دام الإيلاء باقياً فهو مما يتجدد بتجدد الوقت، فإذا أسقطت حقها فيها لم يسقط إلا ما كان فيها ثابتاً وقت الإسقاط، و ذلك فى قوه عدم إسقاط شىء كما اعترف به فى المسالك، لأن الان الواقع بعد ذلك بلا فصل

يتجدد فيه حق المطالبة و لم يسقط بالإسقاط، فلها المطالبة متى شاءت، قال: «و كذلك القول فى نظائره من الحقوق المتجدده بحسب الوقت، كحق القسمة للزوجه، و حق الإسكان فى موضع معين حيث نقول بصحته

١-١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب الإيلاء الحديث ٥.

٢-٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب الإيلاء الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب الإيلاء الحديث ٦.

و نحو ذلك، و من هذا الباب ما لو علمت بإعسار الزوج فرضيت ثم أرادت الفسخ على قول من يجوز به، فلها ذلك لتجدد الضرب بفوات النفقه يوما فيوما، و يخالف ما إذا رضيت بعنه الزوج ثم أرادت الفسخ، حيث لا يبطل خيارها لفوات الفوريه، بأن جهلت الفوريه أو نحو ذلك مما سبق، فإنها لا تمكن منه، و فرق بأن العنه عجز حاضر و خصله ناجزه لا تبسط على الأيام، و حق الاستمتاع و النفقه يبسطان عليها، و بأن العنه عيب و الرضا بالعيب يسقط حق الفسخ».

قلت: لا- يخفى عليك ما فى الفرق المزبور، و المتجه فى كل سبب يسقطها على الخيار فى العقد متى أسقطت حقها منه لزم العقد، و ليس لها بعد المطالبه، ضروره اتحاد صيغه العقد بالنسبه إلى ذلك، فلا يكون فى حال جائزا و فى آخر لازما، كما هو واضح.

إنما الكلام فى إسقاط حق القسم و حق المطالبه، و لا- ريب فى سقوطه لو وقع بعقد صلح و نحوه، كما ورد ذلك فى حق القسم، أما سقوطه بالإسقاط فلا يخلو من إشكال، لما عرفت، مع احتمال صحته اكتفاء بحصول سببه، و لفحوى ما دل (١) على سقوطه بالصلح، ضروره أنه مع فرض عدم قابليه سقوطه لعدم حصوله لا يصلح الصلح و الفرض صحته، فيدل على صحه سقوطه بالإسقاط.

و من ذلك حق الدعوى الذى لا خلاف فى مشروعيه الصلح لإسقاطه، و هو أقرب شىء إلى حق المطالبه لها فى المقام، نعم لا يسقط بالسكوت عنه مده قطعاً، كما هو صريح النص و الفتوى، إنما الكلام فى سقوطه بالإسقاط الحاصل بقولها:

«أسقطته من أصله» و نحوه، فتأمل جيدا، فان المقام محتاج إلى التأمل، و الله العالم.

[فروع]**[الأول لو اختلفا في انقضاء المده فالقول قول من يدعى بقاءها]**

الأول:

لو اختلفا في انقضاء المده بأن ادعت المرأه انقضاءها لتلزمه بالفئه أو الطلاق و ادعى هو بقاءها فالقول قول من يدعى بقاءها للأصل، لأن مرجع دعوى انقضائها إلى تقدم زمان الإيلاء أو زمان المرافعه، و الأصل عدم تقدم كل منهما.

و كذا لو اختلفا في تقدم زمان إيقاع الإيلاء أو المرافعه و تأخره فالقول قول من يدعى تأخره للأصل المزبور، كما هو واضح.

[الثاني لو انقضت مده التربص و هناك مانع من الوطاء كالحيض و المرض]

الثاني:

لو انقضت مده التربص و هناك مانع من الوطاء كالحيض و المرض و نحوهما لم يكن لها المطالبه بالفئه فعلا بلا خلاف أجده، بل في المسالك الإجماع عليه لظهور عذره في التخلف و لعدم المضاره لها، نعم لو قيل لها المطالبه بفئه العاجز عن الوطاء كان حسنا بل اختاره غير واحد، بل حكى عن كثير، لإطلاق الأدله، و لقاعده الميسور، و لتخييره بين الفئه و الطلاق و ربما طلقها إذا طالبته، و لعدم كون المانع منها، بل هي ممكنه و لكن المانع من الله تعالى، خلافا للمحكي عن الشيخ من المنع، لأن الامتناع من جهتها، و فيه أن عدم قبول المحل كعدم القدره من الفاعل، و كما يلزم بفئه العاجز عند عجزه عن الوطاء كذلك يلزم عند عجزها، فلا فرق بين الحيض و غيره.

و لو تجددت أعضارها في أثناء المده قال في المبسوط: تنقطع الاستداه عدا الحيض أى لا تحتسب من المده، فإذا زال العذر بنت على ما مضى من المده قبل العذر كما في حاشيه الكركى و المسالك، لأن الحق لها و العذر من قبلها، و مده التبرص حق له فلا يجب عليه منها ما لا قدره له على الفئه فيه، بل في كشف اللثام «تستأنف مده التبرص لمنعها من ابتداء الضرب- إلى أن قال:- و إنما يستأنف و لا يبنى على ما مضى لوجوب المتابعه في هذه المده، كصوم كفاره الظهار و نحوه» و فيه منع واضح. و على كل حال تنقطع المده بتجدد أعضارها الشرعيه و الحسيه عند الشيخ، نعم يستثنى من ذلك خصوص الحيض، فإنه لا يقطعها إجماعاً، لأنه لو قطع لم تسلم مده التبرص أربعة أشهر، لتكرره في كل شهر غالباً.

و لكن فيه تردد من ذلك و من إطلاق الأدله مع قيام فئه العاجز مقام الوطء من القادر، و هو بحكمه.

و من هنا لا- ينقطع المده بأعذار الرجل ابتداء و لا- اعتراضاً إجماعاً، لأن حق المهله له و العذر منه، و المرأه لكن المضاره حاصله (١) سواء كانت شرعيه كالصوم و الإحرام أو حسيه كالجنون و المرض. و كذا لا تمنع من مواقعه (٢) انتهاء لو اتفقت على رأس المده، بل يؤمر بفئه العاجز أو الطلاق، كما سيأتى، لإطلاق الأدله.

١- ١ هكذا في النسخه المخطوطه المسوده، و الموجود في المبيضة «و المرأه لكن المضاره حاصله» و هو خطأ، و الصحيح ما أثبتناه.

٢- ٢ هكذا في النسخه الأصلية، و في الشرائع المطبوع «المرافعه».

[الثالث إذا جن بعد ضرب المده احتسب المده عليه و إن كان مجنوناً]

الثالث:

إذا جن بعد ضرب المده احتسب المده عليه و إن كان مجنوناً للإطلاق، فإن انقضت المده و الجنون باق تربص به حتى يفيق لرفع القلم عنه، و لا يقوم و ليه مقامه فى ذلك، نعم لو كان العذر مما لا يرتفع معه التكليف أمر بفته العاجز.

[الرابع إذا انقضت المده و هو محرم ألزم بفته المعذور]

الرابع:

إذا انقضت المده و هو محرم ألزم بفته المعذور لما عرفت. و كذا لو اتفق صائماً على وجه لا يجوز له الإفطار، و لا يلزم بالوطء المحرم و لكن لو واقع أتى بفته و إن أثم لحصول الغرض، سواء وافقته على ذلك أم أكرهها، و سواء قلنا بجواز موافقتها له لأنه ليس محرماً من طرفها أو لا، لأنه إعانه على الإثم و كذا الكلام فى كل و طء محرم كالوطء فى الحيض و الصوم الواجب و نحوهما.

[الخامس إذا ظاهر ثم آلى أو عكس صح الأمران]

الخامس:

إذا ظاهر ثم آلى أو عكس صح الأمران لبقاء الزوجيه الصالحه لإيقاع كل منهما و إن كانت قد حرمت بالسبب الآخر، فتحرم حينئذ من الجهتين و لا تستباح بدون الكفارتين، لكن قد عرفت اختلاف المده فى إمهاله فيهما، ففى الظهر ثلاثه و فى الإيلاء أربعة، و حينئذ ففى الفرض إذا انقضت مده الظهر

الزم بحكمه خاصه، فترافعه و يوقف بعد انقضاء مدت ه أى الظهر، فان طلق فقد و فى الحق و خرج من حكمى الإيلاء و الظهر و إن أبى ألزم ب التكفير و ال عود لل و طء لأنه أسقط حقه من التربص إلى الأربعة بالظهر و كان عليه كفاره الإيلاء إذا وطأ و إن توقفت كفاره الظهر على مده تزيد عن مده الإيلاء أو كان الظهر متأخرا عنه بحيث انقضت مدته قبل التخلص منه طوبل بالأمرين معا و لزمه حكمها، و لكن قد يختلف حكمها فيما لو انقضت مده الإيلاء و لما يكمل الكفاره للظهر، فان حكم الإيلاء إذا لم يختر الطلاق إلزامه بالفئه و تعجيل الوطاء، و حكم الظهر تحريمه إلى أن يكفر، و طريق الجمع حيث إن إلزامه للإيلاء بفئه العاجز، لأن الظهر مانع شرعى من الوطاء قبل التكفير، فتجتمع الكفارتان بالعزم على الوطاء إحداهما للفئه و الآخرى للعزم عليه، و لو أراد الوطاء فى هذه الحاله قبل التكفير للظهر حرم عليه ذلك، بل يحرم عليها أيضا تمكينه منه، كما سبق و إن أبيع له و لها من حيث الإيلاء، و لو فعل حراما و وطأ حصلت الفئه و لزمه كفارتا الظهر و الإيلاء.

[السادس إذا آلى ثم ارتد لا تحتسب عليه مدة الرده]

السادس:

إذا آلى ثم ارتد عن غير فطره مثلاً- قال الشيخ: لا- تحتسب عليه مدة الرده، لأن المنع بسبب الارتداد الذى هو فاسخ للنكاح كالطلاق لا بسبب الإيلاء فلا تحتسب مدته من مدة الإيلاء المقتضيه لاستحقاق المطالبه بعدها بالوطء، لتضاد المؤثرين المقتضى لتضاد الأثرين كما لا يحتسب زمان العده.

و الوجه عند المصنف بل فى المسالك نسبته إلى الأكثر الاحتساب، لتمكنه من الوطء بإزاله المانع فلا يكون عذراً، و يفارق العده بأن المرتد إذا عاد إلى الإسلام تبين أن النكاح لم يفسخ و الطلاق الماضى مع لحوق الرجعه لا يفسخ، و لهذا ظهر أثره بتحريمها بالثلاث و إن رجع فى الأولين، و لكن ذلك كما ترى. و لعله لذا قال الكركى فى الحاشيه: «و فى الفرق بحث».

[المسأله الثالثه إذا وطأ في مده التربص لزمته الكفارہ إجماعاً]

المسأله الثالثه:

إذا وطأ في مده التربص لزمته الكفارہ إجماعاً بقسميه، و لا- طلاق ما دل على كفارہ اليمين من الكتاب (١) و السنه (٢) ضروره كون

المفروض منه، و لا إثم عليه في الكف عنها في المده المزبوره التي لا حق لها فيها.

و لو وطأ بعد المده قال في المبسوط: لا- كفاره للأصل بعد الشك أو الظن بخروج الفرض عن إطلاق ما دل على وجوبها بالحنث بسبب وجوب الوطء عليه شرعاً، لأنها مطالبه بعد مضي الأربعة، فلا حنث حينئذ، و بذلك يظهر لك الفرق بين ما بعد المده و أثنائها، على أن خروج الثاني في صورته جواز الوطء أو رجحانه بالإجماع لا يقتضى خروج الأول عن مقتضى أصاله البراءة عن التكفير.

و لكن مع ذلك قال في الخلاف و محكى النهايه و التبيان:

تلزمه الكفارہ كما عن مجمع البيان و روض الجنان و أحكام القرآن، بل هو ظاهر الأكثر، بل عن الخلاف الإجماع عليه، مضافاً إلى

خير منصور بن حازم (٣) المنجبر بما عرفت عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن رجل آلى من امرأته فمرت به أربعة أشهر، قال: يوقف فان عزم الطلاق بانت منه، و عليها عده المطلقه، و إلا كفر عن يمينه، و أمسكها»

معتضداً ب

ما عن العياشى من إرساله عنه عليه السلام (٤) «أنه سئل إذا بانت المرأة من الرجل هل يخطبها مع الخطاب؟

قال: يخطبها على تطليقتين، و لا يقربها حتى يكفر عن يمينه»

و كذا

ما أرسله

١- ١ سورة المائدة: ٥- الآيه ٩٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الكفارات.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الإيلاء الحديث ٣.

عنه عليه السلام أيضا في المحكى عن بعض الكتب (١) أنه قال: «إذا فاء المؤلى فعليه الكفار».

و لعله لذا قال المصنف و هو أشبه و تبعه الفاضل و غيره، مؤيدا ذلك بأن يمين الإيلاء يخالف مطلق اليمين في أمور هذا منها، و منها انعقاده و إن كان تركه أرجح، بل ربما وجب، كما لو آلى في وقت يجب فيه الوطاء، فما في المسالك - من الوسوسة في الحكم المذكور لأموالنا - توافق أصولنا - في غير محله، على أنه هو في آخر كلامه أعاده الله تعالى و إيانا من الوسواس قال: «و مع ذلك فاعتمادنا على المذهب المشهور من وجوب الكفار على المؤلى مطلقا».

[المسألة الرابعة إذا وطأ المؤلى ساهيا بطل حكم الإيلاء]

المسألة الرابعة:

إذا وطأ المؤلى ساهيا أو مجنونا، أو اشتبهت بغيرها من حلاله أو في نحو ذلك من الأحوال التي لا يكون بها عامدا قال الشيخ: بطل حكم الإيلاء الذي هو ترك وطئها في المدة المزبوره بحيث يكون لها المطالبه، ل أن المفروض تحقق

الإصابة و لو في الأحوال المزبوره نعم لم تجب الكفار بلا خلاف و لا إشكال و إن انحل حكم الإيلاء لعدم الحث إذ الفرض عدم عمدته، فيندرج فيمن رفع عنه الخطأ أو النسيان من الأمه، بل من المعلوم أن المراد من اليمين الالتزام بمقتضاها، و لا يكون ذلك إلا حال التذكر، فليس الفرض حينئذ متعلقا لليمين، لكن قد ينقدح من ذلك حينئذ عدم الانحلال، لأنه ليس من أفراد المحلوف عليه، و كذا مطلق اليمين.

اللهم إلا أن يقال: إن متعلق اليمين عدم وجود الحقيقه من الحالف أصلا، إلا أن الكفار على اليمين يتبع التكليف المتوقف على حصول التذكر، فالانحلال

يحصل بكونه منافيا للمحلوف عليه من عدم وجود الحقيقه أصلا و لا تجب الكفاره، لأن عنوانها حال التكليف، فتأمل جيدا.

ثم إن الحكم على تقدير انحلال الإيلاء واضح، أما إذا لم نقل بالانحلال ففي المسالك «وجهان أحدهما أنه لا تحصل الفئه و تبقى المطالبه، لأن اليمين باقيه، و الثاني تحصل بوصولها إلى حقها و اندفاع الضرر، و لا فرق في إبقاء الحق بين وصوله إلى صاحبه حال الجنون و العقل كما لو رد المجنون وديعه إلى صاحبها، و لأن وطء المجنون كوطء العاقل في التحليل و تقرير المهر و تحريم الربيبه و سائر الأحكام فكذلك هنا، و لا يلزم من عدم وجوب الكفاره عدم ثبوت الفئه، لأنها حق لله تعالى، و الفئه حق للمرأة، و يعتبر في حق الله تعالى من القصد الصحيح ما لا يعتبر في حق الآدمي، و الأصح الأول».

قلت: لا يخفى عليك ما في دعوى الوجهين، ضروره أنه يتعين مع عدم انحلاله عدم كون ذلك فئه، و إن حصل بسببه سقوط المطالبه من المرأه في تلك الأربعة و لكن يبقى لها حكم المطالبه في أربعه أخرى، لبقاء حكم الإيلاء فيها، و قد عرفت أن الأقوى عندنا الانحلال، فيسقط هذا التفرع من أصله.

[المسألة الخامسة إذا ادعى الإصا به فأنكرت فالقول قوله مع يمينه]

المسألة الخامسة:

إذا ادعى الإصا به فأنكرت فالقول قوله مع يمينه بلا خلاف أجده فيه لتعذر إقامة البينه أو تعسرهما، فلو لم يقبل قوله فيه مع إمكان صدقه لزم الحرج، ولأنه من فعله الذى لا يعلم إلا من قبله، وأصالة بقاء النكاح، وعدم التسلط على الإيجابار على الطلاق، و

قول الباقر عليه السلام فى خبر إسحاق بن عمار (١): «إن عليا عليه السلام سئل عن المرأة تزعم أن زوجها لا يمسهأ و يزعم أنه يمسهأ، قال:

يحلّف و يترك»

و قول الصادق عليه السلام فيما أرسل عنه فى بعض الكتب (٢): «فى فئه المؤلى إذا قال: قد فعلت و أنكرت المرأة فالقول قول الرجل و لا إيلاء»

و مثله فى تقديم قوله فى الإصا به المخالف للأصل ما لو ادعى العين اصابتها فى المده أو بعدها.

ثم إذا حلّف على الإصا به و طلق و أراد الرجعه بدعوى الوطاء الذى حلّف عليه قال فى التحرير: «الأقرب أنه لا يمكن، و كان القول قولها فى نفى العده و الوطاء على قياس الخصومات من أن البينه على المدعى و اليمين على من أنكر، و إنما خالفناه على دعوى الإصا به لما ذكر من العله، و هى منتفيه هنا، كما لو اختلفا فى الرجعه ابتداء».

و فى المسالك «هذا التفريع لابن الحداد من الشافعية، و وافقه الأكثر، و استقر به العلامة فى التحرير، و هو مع اشتماله على الجمع بين المتناقضين لا يتم على أصولنا من اشتراط الدخول فى صحه الإيلاء، قال الشهيد ره: ما سمعنا فيه خلافا، و إنما فرعوه على أصولهم من عدم اشتراطه، و مع ذلك فلهم وجه آخر

١-١ الوسائل الباب-١٣- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

٢-٢ المستدرک الباب-١١- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

بأنه يمكن من الرجعه، و يصدق في الإصابه من الرجعه كما يصدق فيها لدفع التفريق، لأن في الرجعه استيفاء ذلك النكاح أيضا، و هذا أوجه».

قلت: لا- يخفى عليك ما فيه من دعوى التناقض، و إنما هو اختلاف الأحكام الظاهريه، و اشتراط الدخول في الإيلاء لا ينافي ثبوته بطريق شرعى، كتصديق المرأه في دعوى الحيض و نحوها.

[المسأله السادسه المده المضروبه بعد الترافع لا من حين الإيلاء]

المسأله السادسه قال في المبسوط و محكى الغنيه و السرائر و الجامع و ظاهر غيرها:

المده المضروبه بعد الترافع لا- من حين الإيلاء، بل في المسالك هو المشهور، بل عن الأول دعوى الإجماع على ذلك، لأن ضرب المده إلى الحاكم، و لما

عن تفسير العياشى عن العباس بن هلال (١) عن الرضا عليه السلام «ذكر لنا أن أجل الإيلاء أربعة أشهر بعد ما يأتيان السلطان»

و حسن أبى بصير (٢) المروى عن تفسير على ابن إبراهيم عن الصادق عليه السلام «و إن رفعته إلى الامام أنظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد ذلك: إما أن ترجع إلى المناكحه و إما أن تطلق، فان أبى حبسه أبدا»

و للمروى عن قرب الاسناد عن البنزطى (٣) عن الرضا عليه السلام «أنه سأله صفوان و أنا حاضر عن الإيلاء، فقال: إنما يوقف إذا قدمته إلى السلطان، فيوقفه السلطان أربعة أشهر ثم يقول له: إما أن تطلق و إما أن تمسك»

و خبر أبى مريم (٤) المتقدم سابقا عن أبى عبد الله عليه السلام «عن رجل آلى من امرأته، قال: يوقف قبل الأربعة أشهر و بعدها».

١-١ الوسائل الباب - ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ٧.

٢-٢ الوسائل الباب - ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ٦.

٣-٣ الوسائل الباب - ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ٥.

٤-٤ الوسائل الباب - ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ٣ راجع التعليقه ٥ من ص ٣١١.

و لكن مع ذلك فيه تردد مما سمعت و من عموم الآية (١) و الأخبار (٢) و الأصل و الحكمه، لأن الأربعة غايه صبرها، و انسياق ابتدائه من الإيلاء و غير ذلك، بل عن القديمين التصريح بأنه من الإيلاء، بل هو خيرها الفاضل فى المختلف و ولده فى الشرح، بل جزم به فى المسالك، لترتيب التبرص فى الآية (٣) على الإيلاء، فلا يشترط بغيره، و ل

قول الصادق عليه السلام فيما تقدم من حسن يزيد بن معاويه (٤): «لا يكون إيلاء إلا إذا آلى الرجل ألا يقرب امرأته و لا يمسه و لا- يجمع رأسه و رأسها، فهو فى سعه ما لم تمض الأربعة أشهر، فإذا مضت الأربعة أشهر وقف، فاما أن يفىء و إما أن يعزم على الطلاق»

و نحوه حسن الحلبي (٥) و أبى بصير (٦) عنه عليه السلام.

مضافا إلى منع احتياج المده إلى الضرب، بل هو مقتضى الحكم الشرعى الثابت بالايه (٧) و

الروايه (٨) المرتب على مضى المده المذكوره من حين الإيلاء، و إثبات توقفها على المرافعه يحتاج إلى دليل، و هو منتف و هذا الدليل أخرجه عن حكم العدم الأصلي، كما أن أصاله عدم التسلط قد انقطعت بالإيلاء المقتضى له بالايه (٩) و الروايه (١٠) و الإجماع.

إلا أن ذلك كله كما ترى مناف لأصول المذهب و قواعده التى منها العمل

١- ١ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨ و ٩- من أبواب الإيلاء.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٦.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب الإيلاء الحديث ١ عن بريد بن معاويه.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٨- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٩- من أبواب الإيلاء الحديث ١.

٧- ٧ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٦.

٨- ٨ الوسائل الباب- ٨ و ٩- من أبواب الإيلاء.

٩- ٩ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٦.

١٠- ١٠ الوسائل الباب- ٨ و ٩- من أبواب الإيلاء.

بالنصوص (١) المزبوره المعتضده و المنجبره بما سمعت، بل قد يدعى انسياق كون ذلك من أعمال السلطان، و الآيه و الروايه تعليم لذلك، نحو

قوله صلى الله عليه و آله و سلم (٢): «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

و نحوها مما هو ميزان للحكم و كيفيه لعمل الحاكم.

[المسأله السابعه الذميان إذا ترافعا كان الحاكم بالخيار]

المسأله السابعه:

الذميان إذا ترافعا إلينا كان الحاكم بالخيار بين أن يحكم بينهما بمقتضى شرعنا، لعموم الأدله، و لأنهم مكلفون بالفروع، و

لقوله تعالى (٣) «لَتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ» و بين ردهما إلى أهل نحلتهما لإقرارهم عليها المقتضى لجواز الإعراض عنهم فى ذلك، لقوله تعالى (٤) «فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ» و دعوى أنها منسوخه بقوله تعالى (٥):

«وَ أَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ» كما عن بعض العامه لم نقف على شاهد لها، مع أن النسخ خلاف الأصل و الاعراض عنهم من الحكم بينهم بما أنزل الله، نعم قد يقال: إن الاعراض عنهم غير الأمر لهما بالرجوع إلى أهل نحلتهما الذى هو من الباطل، فلا يؤمر به، و إقرارهم عليه غير الأمر بالرجوع إليه.

١- ١ الوسائل الباب- ٨ و ٩- من أبواب الإيلاء.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ١ من كتاب القضاء و فيه «البينه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه».

٣- ٣ سوره النساء: ٤- الآيه ١٠٥.

٤- ٤ سوره المائده: ٥- الآيه ٤٢.

٥- ٥ سوره المائده: ٥- الآيه ٤٩.

[المسأله الثامنه فئه القادر غيبويه الحشفه فى القبل]

المسأله الثامنه:

فئه القادر على الجماع عقلا و شرعا غيبويه الحشفه فى القبل الذى هو المحلوف عليه بلا خلاف أجده فيه، بل فى السرائر و الغنيه و متشابه القرآن لابن شهر آشوب أن المراد بالفى ء فى الكتاب العزيز(١)العود إلى الجماع بالإجماع، مضافا إلى ظاهر النصوص (٢).

و أما فئه العاجز عقلا- و شرعا كما عرفت ف إظهار العزم على الوطء مع القدره بأن يقول أو يكتب أو يشير إشاره مفهمه، و يمهل إلى زوال عذره. و لو طلب الإمهال مع القدره أمهل ما جرت العاده به، كتوقع خفه المأكول منه إن كان شبعانا أو الأكل إن كان جائعا أو الراحة إن كان متعبا و السهر و الانتباه إن كان نائما و ما قضى الشرع بإمهاله، كالفراغ من الصوم و الصلاه و الإحرام، و لا يتقدر ذلك و نحوه بيوم أو ثلاثه عندنا، خلافا لبعض العامه، فقدر بثلاثه، و لا دليل عليه، فالمتجه فيه الرجوع إلى العرف و العاده فى أمثاله.

١-١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٦.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الإيلاء و الباب- ٨- منها الحديث ٧ و الباب- ١٠- منها الحديث ١.

[المسألة التاسعة إذا آلى الحر من الأمه ثم اشتراها و أعتقها و تزوجها لم يعد الإيلاء]

المسألة التاسعة إذا آلى الحر من الأمه ثم اشتراها و أعتقها و تزوجها لم يعد الإيلاء، و كذا لو آلى العبد من الحره ثم اشترته و أعتقته و تزوج بها بلا خلاف و لا إشكال، ضروره كون العنوان تحريم ما حل بالزوجيه، فمع فرض انتفائها ينتفى موضوع الحكم و إن عاد بعد ذلك بسبب جديد، و عوده بالرجعه بالطلاق إنما هو لبقاء الحل حينئذ بالتزويج السابق.

و من ذلك يعلم الحل فى المثال الأول بمجرد الشراء، لأن الوطء بالملك حينئذ، و هو بسبب جديد غير التزويج، فلا يتوقف على العتق و التزويج، نعم هو كذلك فى المثال الأخير، لأنها لا تباح له بالعقد و هو مملوك لها و إن كان التحريم قد زال بالشراء، لزوال العقد كما زال بالطلاق و إن لم يفرض تزويجه لها، و تظهر الفائدة لو وطأها قبل العقد بشبهه أو حراما، فإنه لا كفاره، لزوال حكم الإيلاء لزوال الزوجيه، كما هو واضح.

[المسألة العاشرة إذا قال لأربع: والله لا وطأتكن لم يكن مؤلّيا في الحال]

المسألة العاشرة التي قال في المسالك: «إنها مسألة شريفة كثر اعتناء الفضلاء ببحثها و الخلاف فيها و في أقسامها» و هي إذا قال لأربع: والله لا وطأتكن مريدا بذلك مجموعهن لا كل واحده منكن و لو بالقرينه لم يكن مؤلّيا في الحال عندنا، بمعنى عدم ظهور ترتب اليمين في الحال، لعدم الحنث بوطء الثلاث الذي هو ليس مصداقا لوطنهن أجمع، نعم يظهر بوطء الرابعه باعتبار تحقق الصدق حينئذ و لكن ليس عليه إلا كفاره واحده، لأنها يمين واحده متعلقها المجموع الذي كل واحده جزء مفهومه، لأن المراد من المفروض سلب العموم لا عموم السلب، و تقريب الوطء بالواحد و الثنتين إلى الحنث لا يوجب حصول الإيلاء الذي هو الحلف على ترك وطء الزوجه.

فما عن بعض العامه- من أنه يكون مؤلّيا منهن كلهن من حيث إن وطء كل واحده مقرب للحنث، و قد منع نفسه من وطئهن باليمين بالله تعالى، فكان مؤلّيا، كما لو قال: لا أطأ واحده منكن- واضح الضعف، لا لما قيل من أن تمكنه من وطء كل واحده منهن بغير حنث يدل على عدم تأثير يمينه قبل وطء الثلاث، و هو معنى قولنا: غير مؤل في الحال، لا أن المراد به تأخر انعقاد الإيلاء حتى يكون منافيا لقاعده اقتران الأثر للمؤثر و السبب للمسبب، بل هو قد انعقد من حين وقوعه إلا أنه كان كيفية انعقاده على الوجه المزبور، إذ قد يناقش بأن وطء الرابعه من حيث إنها رابعه ليست مصداقا لوطنهن جماعتهم قطعا فليس تحقق الحنث بها إلا باعتبار ضم وطء من سبق منهن إلى وطئها حتى يصدق وطؤهن أجمع، فيكون متعلق الإيلاء وطء الجميع، و عدم الحكم عليه قبل وطء الرابعه باعتبار عدم العلم بانضمام ما يتحقق به متعلقا للإيلاء لا ينافي الحكم بتعلقه به بعد حصول ما ينكشف به

أنه متعلق بالإيلاء، بل أقصاه أنه مراعى بوطء الرابعه و عدمه، و دعوى أن وطء الثالث شرط لتحقيق متعلق اليمين بوطء الرابعه لا أنه من متعلقه ممنوعه، ضروره عدم كونها مصداقا، بل لا فرق بين وطئها و وطء الأولى فى ذلك، و إنما تحقق بها المصداق الذى هو وطئها و وطء غيرها، فتأمل فإنه دقيق.

بل لأن ذلك و إن انكشف به الإثم فى وطء الأولى إلا أنه لا يترتب عليه حكم الإيلاء، ضروره أن الإثم المزبور قد كان من جهه أن وطء الأولى جزء من مفهوم وطء المجموع الذى هو متعلق الإيلاء، لا أنه من حيث كونه نفسه متعلقا للإيلاء، و المتيقن من الأدله أن الإيلاء الثانى لا الأول، ضروره مخالفته الأصل، فينبغى الاقتصار فيه على المتيقن، بل إن لم يكن إجماعا أمكن منع ترتب حكم الإيلاء إذا كان متعلقه المجموع بالمعنى المزبور، فان المجموع من حيث كونه كذلك ليس زوجه و ليس من النساء اللذين هما و نحوهما عنوان حكم الإيلاء، كما تقدم نظير ذلك فى الطلاق و الظهار، حيث يكون متعلقهما المجموع بالمعنى المزبور، فلاحظ و تأمل، فإننى لم أجده محررا فى كلام أحد من الأصحاب.

بل منه ينقدح النظر فى كلامهم حتى قول المصنف و غيره جاز له وطء ثلاث منهن، و يتعلق التحريم فى الرابعه، و يثبت الإيلاء، و لها المرافعه، و يضرب لها المده، ثم تقفه بعد المده إذ قد عرفت أن الرابعه و غيرها سواء فى مصداق المجموعيه، و جواز وطء الثالث إنما هو مع عدم وطء الرابعه، و إلا انكشف تعلق التحريم بالجميع، و إلا فالرابعه من حيث نفسها لم يتعلق بوطئها يمين فكيف يثبت لها الإيلاء و المرافعه و الضرب و الإيقاف، إذ هى جزء من مصداق المجموع الذى هو متعلق اليمين، و كون انكشاف تحقق المصداق يحصل بوطئها لا يقتضى ترتب الأحكام المزبوره لها.

و كيف كان ف لو مات واحده منهن قبل الوطء انحلت اليمين بناء على توقف انعقادها على إمكان حصول الحنث بها و الفرض تعذر ههنا،

لأن الحنث لا- يتحقق إلا- مع وطء الجميع وقد تعذر في حق الميته، إذ لا- حكم لوطئها حتى في المصاهره و نحوها إلحاقا لها بالجمادات أو لانسياق وطء الحيه في المقام.

و ليس كذلك إذا طلق واحده أو اثنتين أو ثلاثا و لو بائنا لأن حكم اليمين هنا باق فيمن بقى، لإمكان الوطاء في المطلقات زنا أو حلالا و لو بالشبهه لأن الاسم يشمل الحلال و الحرام، فتثبت الكفاره حينئذ في هذه الحاله على تقدير وطء الباقيه في النكاح مع وطئهن، لتحقق الحنث و هو الحلف على وطء الزوجه، فوطء المطلقات شرط في حصول الحنث في وطء الزوجه لا- لأن الإيلاء متعلق بهن، لما تقدم من أن الطلاق البائن يبطل اليمين، كذا قرره في المسالك في شرح عبارته المتن، و تبعه غيره في شرح عبارته الفاضل، و سبقهما إلى ذلك و إلى كثير مما ذكر هنا الفخر في شرح القواعد.

و لكن قد يناقش بأن الحلف قد وقع على ترك وطء جماعه الزوجات لا- خصوص الباقيه، و لا ريب في انتفاء الموضوع، بل تعذره في طلاق الواحد فضلا عن الزيادة، ضروره تعذر الحنث حينئذ كما في الميته، خصوصا بعد ما عرفت سابقا من اعتبار تعلق الإيلاء بالزوجه من حيث كونها كذلك، و لذا لو طلقها بائنا انحل الإيلاء، و لا يعود بعقدها جديدا، إذ هو سبب آخر غير الذى حرم عليه مقتضاه بالحلف.

و من الغريب قوله: «لتحقق الحنث» إلى آخره، إذ المحلوف عليه ليس ترك وطء الزوجه الباقيه، بل مجموع الزوجات الذى قد تعذر بانتفاء الموضوع و لو فى إحداهن، و لو كان المراد ما يشمل المطلقه لتحقق بوطنهن زنا أو شبهه مع طلاقهن أجمع، كما هو واضح. هذا كله فى الصوره الأولى.

و أما الثانيه و هى لو قال: لا وطأت واحده منكن مريدا فيها العموم البدلى تعلق الإيلاء بالجميع، و ضرب لهن المده عاجلا، لأن كل

واحد مصداق لمفهوم متعلق الإيلاء الذى هو مطلق الواحد، نعم لو وطأ واحد منهن حث و انحلت اليمين فى البواقي لتحقق مفهوم الواحد التى تعلق بها الإيلاء.

و لو طلق واحد أو اثنتين أو ثلاثا كان الإيلاء ثابتا فيمن بقى لأنه مصداق للمفهوم الذى تعلق به الإيلاء.

و لو قال فى هذه أردت واحد معينه قبل قوله، لأنه أبصر بنيته مع قبول اللفظ لما ذكره و إن كان ظاهره خلافه، فاحتمال عدم القبول لاتهامه فى إخراج بعضهن عن موجب ظاهر اللفظ واضح الضعف، نعم تؤمر بالبيان، فان صدقته الباقيات فذاك، و إن ادعت غيرها أنه عنها و أنكر فهو المصدق بيمينه، فان نكل حلفت المدعيه، و حكم بكونه مؤليا عنها أيضا، و إن أقر فى جواب الثانية أنه عنها أخذ بموجب إقراره، و طولب بالفئه أو الطلاق، و لا يقبل رجوعه عن الأولى.

بل فى المسالك «و إذا وطأهما فى صوره إقراره تعددت الكفاره و إن وطأهما فى صورته نكوله و يمين المدعيه لم يتعدد، لأن يمينها لا يصلح لإلزام الكفاره عليه» و إن كان قد يناقش بالمنع مع تعدد الكفاره بعد العلم ببطلان أحد إقراريه، لأن المفروض إرادته واحد فقط و إن اختلف كلامه فى تعيينها، و ملاحظه الحكم فى الظاهر يقتضى عدم الفرق بين الإقرارين و أحدهما مع اليمين المردوده، و إن كان هو لا- معنى له باعتبار أنه تكليف شرعى يخصه و هو أعلم بتكليفه، و لا- مدخله لإلزام الحاكم له بذلك.

و دعوى تسلطه عليه باعتبار تعلق حق الفقراء يدفعها- مع أن من خصالها ما لا تعلق للفقراء فيه، كالصوم و التحرير- أنه لا وجه لتسلطه عليه بعد العلم بأن عليه كفاره واحد، كما هو واضح، مع إمكان القول بأن الإنكار بعد الإقرار يقوم مقام الفئه، فلا يبقى للإيلاء فيها حينئذ حكم.

و لو ادعت واحد أو لا أنك عيتنى فقال: «ما عيتك» أو «ما آليت عليك»

و بمثله أجاب ثانيه و ثالثه تعينت الرابعه للإيلاء.

و لو قال: «أردت واحده غير معينه» لا على جهه العموم البدلى ففى المسالك «فى كونه مؤليا و جهان مثلهما فى طلاق المبهمه، فإن قلنا به أمر بالتعيين، و يكون مؤليا قبله عن إحداهن لا على التعيين، و إذا عين واحده لم يكن لغيرها المنازعه، و فى كون المده من وقت التعيين أو من وقت اليمين إذا جعلنا مده الإيلاء من حينه و جهان مبنيان على أن الطلاق المبهم إذا عينه يقع عند التعيين أو يستند إلى اللفظ، فإن لم يعين و مضت أربعة أشهر فإن أوقفنا الإيلاء من حينه و طالبت أمر بالتعيين ثم الفئه أو الطلاق، و لوفاء إلى واحده أو اثنتين أو ثلاث أو طلق لم يخرج عن موجب الإيلاء، لاحتمال أن المؤلى عنها الرابعه، و إن قال:

طلقت التى أوليت عنها خرج عن موجب الإيلاء، لكن المطلقه مبهمه، فعليه التعيين».

قلت: قد يقال بصحة الإيلاء عن المبهمه هنا و إن منعناه فى الطلاق لما سمعته من أن الإيلاء من اليمين الباقي على كيفية الخطابات التى لا مانع من تعلقها بالواحد المطلق، لكن استظهر الكركى فى حاشيته عدم كونه مؤليا أصلا، لعدم المضاره لوجه خاصه، إذ كل واحده تحتمل غيرها، و فيه أن المضاره تنكشف حينئذ بتعيينها و لو بالقرعه، و على القول بصحته و عدم التعيين يحث بوطء الجميع و تترتب عليه الكفاره.

و لو طلق واحده بائه أو ماتت انحل الإيلاء، و لو ترك و طء هن أجمع حتى مضت المده كان الحق لواحد منها، فتستخرج حينئذ بالقرعه أو يرجع فيها إلى تعيينه.

و لو وطأ بعضهن و ترك الآخر حتى مضت المده أمكن القول بجعل الحق لمن ترك و طءهن، فإن كانت واحده تعينت للإيلاء و إلا استخرجت بالقرعه أو بتعيينه، و أمكن القول ببقاء الحق شائعا بين الجميع، فيقرع حينئذ، فإن خرجت القرعه

لمن وطأها فى أثناء المده انحل الإيلاء، و لم يكن للأخرى إيقافه من حيث الإيلاء، بل و كذا لو قلنا بأن مرجع التعيين إليه، فيعين من وطئها فى أثناء المده، فتأمل جيدا، فإن المسأله غير محرره، و ربما كان فيما تقدم فى طلاق المبهمه إشاره لبعض أحكامها، فلاحظ و تأمل.

و إن أراد الاستغراق اللغوى من المفروض لا العموم البدلى - بدعوى أنه معنى عرفى للفظ المزبور، بمعنى إرادته التعميم فيه بغير طريق البدل - كان الحكم فيه ما تسمعه فى الصوره الثالثه.

و لو أطلق اللفظ المزبور و لم يعلم إرادته منه ففى حمله على الواحده المبهمه أو العموم البدلى أو الشمولى أوجه، و لعل أوسطها أوسطها.

و أما الصوره الثالثه التى هى لو قال: و الله لا وطأت كل واحده منكن مريدا منها العموم الشمولى الملحوظ فيه كل واحده واحد بطريق العموم ففى المتن و غيره كان مؤليا من كل واحده كما لو آلى من كل واحده منفرده لتعلق المحذور بوطء كل واحده منهن، و هو الحنث و لزوم الكفاره و تضرب المده فى الحال، فإذا مضت كان لكل واحده منهن مطالبته بالفئه أو الطلاق و كل من طلقها منهن فقد وفاها حقها و لم ينحل اليمين فى البواقى، و كذا لو وطأها قبل الطلاق لزمته الكفاره و كان الإيلاء فى البواقى باقيا لأنك قد عرفت انحلال الفرض إلى اليمين على كل واحده بخصوصها على وجه لا تعلق له باليمين على أخرى. و كذا الكلام فى كل يمين تعلق على الوجه المزبور.

و قد يقال بالفرق بين ملاحظه الأفراد بجهه العموم و بين ملاحظه كل واحد واحد منها بالخصوص، فإن الأول يعد فى العرف يمين واحد على وجه متى حنث فى بعضها انحل فى الباقى بخلاف الحلف على كل واحد بالخصوص، و لعلك تسمع لهذا تتمه إنشاء الله فى الأيمان و النذور إذا كان متعلقها مثل ذلك.

هذا و فى المسالك هنا أنه «يمكن أن يقال هنا كما قيل فى السابقه من أنه

إن قصد بقوله: لا أجامع كل واحده المعنى الذى قرروه اتجه بقاء الإيلاء فى حق الباقيات، و إلا كان الحكم فيها كالحكم فيما لو قال: و الله لا- اجامعكن، فلا- يحصل الحث و لا- يلزم الكفاره إلا بوطء الجميع، و لا يكون مؤلماً فى الحال على ما قرر هناك، لوجهين: أحدهما أنه إذا وطأ بعضهن كالواحدة مثلاً صدق أنه لم يطأ كل واحده منهن، و إنما وطأ واحده منهن، كما يصدق أنه لم يطأهن و إنما وطأ إحداهن، و ذلك يدل على أن مفهوم اللفظ واحد، و الثانى أن قول القائل: طلقت نسائى و قوله: طلقت كل واحده من نسائى يؤديان معنى واحداً و إذا اتحد معناهما فى طرف الإثبات فكذلك فى طرف النفى، فيكون معنى قوله: «لا أجامع كل واحده منكن» معنى قوله:

«لا اجامعكن» خصوصاً على ما ذكره الشيخ عبد القاهر و من تبعه من أن كلمه «كل» فى النفى إذا دخلت فى حيزه بأن قدم عليها لفظاً كقوله: «ما كل ما يتمنى المرء يدركه» و قوله: «ما جاء القوم كلهم»، أو «ما جاء كل القوم» أو تقديرها بأن قدمت على الفعل المنفى و أعمل فيها، لأن العامل رتبته التقديم على المعمول، كقولك: «كل الدراهم لم آخذ» توجه النفى إلى الشمول خاصه لا (دون ل) إلى أصل الفعل، و أفاد الكلام ثبوته لبعض أو تعلقه ببعض، و فى هذا المقام بحث، و له جواب لا- يليق بهذا المحل».

قلت: هو على طوله لا- حاصل له، ضروره رجوعه إلى بحث لفظى، و المراد هنا بيان الحكم على فرض كون المراد العموم الشمولى على أن إرجاع قوله:

«لا- اجامعكن» إلى إرادته العموم الشمولى أولى من العكس عرفاً، و بالجمله ذلك بحث آخر خارج عما نحن فيه، و هو حكم الإيلاء على تقدير إرادته المعنى المفروض، و الله العالم بحقائق أحكامه، و نسأله التأييد و التسديد.

[المسألة الحادية عشره إذا آلى من المطلقة الرجعيه صح]

المسألة الحادية عشره:

إذا آلى من المطلقة الرجعيه صح بلا خلاف و لا إشكال، لما تكرر من أنها بحكم الزوجه و يحتسب زمان العده من المده بناء على أن مبدأها من حين الإيلاء، أما على القول بأنها من حين المرافعه فلا، ضروره أنه ليس لها المرافعه، لأنها لا تستحق عليه الاستمتاع، فلا يحتسب منها شىء من العده، بل إن راجعها فرافعته ضربت لها المده حينئذ.

و كذا لو طلقها طلاقاً رجعيًا بعد الإيلاء و راجع في احتساب العده من المده، و حينئذ يطالب مع فرض رجوعه و انقضائها بأحد الأمرين: الفئه أو الطلاق، لأن الزوجيه و إن اختلت بالطلاق إلا أنه متمكن من الوطء بالرجعه، فلا يكون الطلاق عذراً كالرده و إن افترقا بأن النكاح معها لا ينخرم، و الطلاق بالرجعه لا ينهدم، إلا أن هذا الفرق لا يوجب اختلاف الحكم هنا، لاشتراكهما في التمكن من الوطء بإزاله المانع من قبل الزوج.

خلافاً للمحكى عن الشيخ، فمنع من احتساب المده فيهما، محتجاً بأن الطلاق رفع النكاح و أجراها إلى البيئونه، بمعنى أنها في العده في زمان يقتضى مضيئه البيئونه، فلا يجوز احتساب هذه المده من مده يقتضى مضيها المطالبه بالوطء، و هو زمان التربص، لتضاد الأثرين المقتضى لتضاد المؤثرين، و كذا الرده.

و عن التحرير موافقته على انهدامها، و أنه إن راجع ضربت له مده أخرى وقف عند انقضائها، فإن فاء أو طلق و فى، فإن راجع ضربت له مده أخرى و وقف

بعد انقضائها و هكذا.

و فيه أنه مناف لإطلاق الكتاب (١) و السنه (٢) بعد فرض اندراج المطلقه الرجعيه فى النساء، سواء كانت مطلقه قبل الإيلاء أو بعده، و من هنا كان ما فى المتن لا يخلو من قوه، و أما الرده فقد عرفت البحث فيها سابقا، و أنها كالمطلقه.

١-١ سورة البقره: ٢ الآيه ٢٢٦.

٢-٢ الوسائل الباب- ١ و غيره- من أبواب الإيلاء.

[المسألة الثانية عشره لا تكرر الكفاره بتكرر اليمين]

المسألة الثانية عشره:

لا تكرر الكفاره بتكرر اليمين سواء قصد التأكيد أو لم يقصد أو قصد بالثانيه غير ما قصد بالأولى إذا كان المحلوف عليه واحدا و الزمان واحدا كأن يقول: «و الله لا وطأتك و الله لا وطأتك» أو يقول: «أبدا» فيهما أو «خمسه أشهر» فيهما، لأن اليمين مبالغه فى المحلوف عليه و إنما تغايرها بتغاير المحلوف عليه، فإذا كررها على محلوف عليه واحد فإنما زاد فى التأكيد و المبالغه، و لا يجدى قصد المغايره، و الأصل البراءه من التكرير، و لأنه يصدق الإيلاء بالواحد و المتعدد على السواء، و العمده الإجماع إن تم، كما عساه يظهر من نسبهته إلى ظاهر الأصحاب فى المسالك، و إلا فلا يخلو من نظر مع الإطلاق أو قصد التأسيس، لأصالة عدم التداخل بعد ظهور تعدد السبب بتعدد اليمين، و منه يظهر الحال فى اليمين غير الإيلاء، اللهم إلا- أن يقال: إن التأكيد لازم لتكراره، قصده أو لم يقصده، لأنه كتكرار الاخبار بالجملة الواحده، فإن اليمين لم يخرج عن الخطابات.

نعم لو قال: و الله لا وطأتك خمسه أشهر فإذا انقضت فو الله لا وطأتك سته أشهر أو دائما فهما إيلاءان و كذا لو قال: «و الله لا وطأتك خمسه أشهر و الله لا- وطأتك سنه» و إن تداخلا فى الخمسه و انفرد الثانى بباقى السنه كما فى كشف اللثام، قال: «فتربص به أربعه أشهر فإن فاء أو دافع حتى انقضت السنه انحلا، و ليس عليه بالفئه إلا كفاره واحده، و إن دافع حتى انقضت مده الأول بقى حكم مده الثانى، و إن طلق ثم راجع أو جدد العقد عليها و أبطلنا مده التربص

بالطلاق فان لم يبق من مده الثاني بعد الرجعه إلا أربعة أشهر أو أقل انحلت الثاني أيضا، وإلا طالبتة بعد التربص».

و نحوه ما فى المسالك، قال فى مفروض المسأله: «فإذا مضت أربعة أشهر فلها المطالبه، فإن فاء انحلت اليمينان، فإذا أوجبت الكفاره فالواجب كفاره واحده أو كفارتان على ما سبق- أى من احتمال التعدد فى مطلق الإيلاء و إن اتحد مورده- و إن طلقها ثم راجعها أو جدد نكاحها فإن بقى من السنه أربعة أشهر أو أقل لم يعد الإيلاء و تبقى اليمين، و إن بقى أكثر من أربعة أشهر و لم نقل ببطلان المده عاد الإيلاء بالرجعه، و فى تجديده ما سبق».

و ظاهره كالأول حصول الإيلاء الثانى مع فرض اجتماع شرائطه مع تجديد العقد أيضا. بل هو صريح كلامه فى المسأله الآتية، معللا له بأن الطلاق البائن إنما يحل الإيلاء الحاصل لا المتوقع.

و لكن قد يشكل ذلك فى الفرض بأنه مناف لانحلالهما بالفئه المبني على كون المده من أول الإيلاء الأول لهما، ضروره عدم الانحلال مع فرض اختصاص المده المشتركه بالأول، و حيثئذ فالمتجه انحلالهما أيضا بالطلاق البائن المقتضى لخروج الزوجه عن الزوجيه موضوعا و حكما، بل لعله كذلك أيضا المسأله الآتية، و فرض خروجها عن الزوجيه قبل حصول وقتها لا ينافى بطلان استعداد تعلقه الحاصل باليمين الأول، و حيثئذ فالأول و الثانى سواء فى الحكم المزبور، نعم لا تداخل فى الأول، بل هما إيلاءان متباينان لكل منهما حكمه.

و حيثئذ ف لها المرافعه لضرب مده التربص عقيب اليمين، فإذا انقضت أربعة أشهر فإن فاء فى الخامس أو طلق وفاها حقها من الأول و بقى من الثانى.

و لو رافعته فما طل حتى انقضت خمسه أشهر فقد انحلت اليمين الأولى،

قال الشيخ: و يدخل وقت الإيلاء الثاني فله التبرص أربعة أشهر إن لم يكن طلقها أو راجعها و احتسبنا العده من المده أو بقى
أزيد من أربعة أشهر. و أيضا فيه وجه ببطلان (و الوجه ببطلان خ ل) الإيلاء الثاني لتعليقه على الصفة على ما قرره الشيخ كما
عرفت الكلام فيه سابقا، و بالجملة فكلامهم فى المقام لا يخلو من غبار.

[المسأله الثالثه عشره إذا قال و الله لا أصبتك سنه إلا مره لم يكن مؤلّيا]

المسأله الثالثه عشره:

إذا قال: و الله لا- أصبتك سنه إلا مره أو أزيد أو يوما لم يكن مؤلّيا فى الحال عندنا بمعنى عدم جريان حكم الإيلاء عليه فى الحال لأن له الوطاء من غير تكفير و لكن لو وطأ العدد الذى استثناء وقع الإيلاء حينئذ بالمعنى الأعم ثم ينظر فان تخلف من المده قدر التربص فصاعدا صح إيلاء بالمعنى الأخص لحصول الحنث و الكفاره و كان لها المواقفه، و إن كان دون ذلك بطل حكم الإيلاء بالمعنى المزبور و بقى بالمعنى الأعم، خلافا للمحكى عن بعض العامه فجعله مؤلّيا فى الحال، لأن الوطاء الأول و إن لم يحصل به الحنث لكنه مقرب منه كما سبق، و قد عرفت ضعفه.

و لو لم يطأها فى السنه أصلا كان عليه كفاره، لأن الاستثناء من النفى إثبات، إلا أن يريد باليمين الالتزام بعدم الزيادة على الواحد.

و لو وطأها فى هذه الصوره و نزع ثم أولج لزمته الكفاره بالإيلاج الثانى، لأنه وطاء مجدد، و فى المسالك احتمال العدم، لعد الإيلاجات المتتابعه فى العرف و طأه واحده مثل الأكله، و هو كذلك مع عدم النزع.

و لو قال: «إن أصبتك فى هذه السنه فو الله لا أصبتك فيها» أو أطلق لم يكن مؤلّيا فى الحال أيضا و بنى وقوعه بعد الإصابه على جواز المعلق، بخلاف الأولى التى

عقد اليمين فيها فى الحال و استثنى وطأه واحده مثلا، و هنا علق الإيلاء على إصابتها، فلا يمين قبل إصابتها، و الله العالم و الموفق و المسدد.

إلى هنا تمت بحمد الله تعالىقنا على الجزء ٣٣ من كتاب جواهر الكلام، و هى الموسوعه الكبيره الفقهيه التى امتازت عن سائر الكتب الفقهيه بسعتها و احاطتها، و لا أنس جهود علامه الأخ الشيخ محمد القوجانى سلمه الله حيث شاركنى فى إنجاز العمل، و أرجو من الله تعالى وحده أن يوفقنى لإتمام العمل و تحقيق بقيه الاجزاء انه سميع مجيب.

محمد القوجانى النجف الأشرف ٢٠- ع ٢- ١٣٩٦ و تم تصحيحه و تهذيبه و ترتيبه فى اليوم الخامس عشر من شهر صفر الخير سنه -١٣٩٨- و الحمد لله أولا و آخرا، و ذلك بيد العبد:

السيد إبراهيم الميانجى عفى عنه و عن والديه

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 آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



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