



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران  
علیه السلام

www.ghaemiyeh.com  
www.ghaemiyeh.org  
www.ghaemiyeh.net  
www.ghaemiyeh.ir

# حاشية الشارح

جلد دوم

تأليف

المحقق القبة

الإمام العلامة والشيخ العلامة

١٣٧١ - ١٣٥١



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# جامع الشتات

نویسنده:

ابوالقاسم بن محمد حسن گیلانی میرزای قمی

ناشر چاپی:

کیهان

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

# فهرست

۵	فهرست
۱۳	جامع شتات جلد ۵
۱۳	مشخصات کتاب
۱۳	اشاره
۱۷	فهرست
۱۹	پس از حدود بیست سال (۱)
۴۱	کتاب الطلاق
۴۱	اشاره
۴۱	۱- سؤال:
۴۱	جواب:
۴۲	۲- سؤال:
۴۲	جواب:
۴۲	۳- سؤال:
۴۲	جواب:
۴۳	۴- سؤال:
۴۳	جواب:
۴۳	۵- سؤال:
۴۴	جواب:
۴۶	۶- سؤال:
۴۶	جواب:
۴۶	۷- سؤال:
۴۷	جواب:
۴۸	۸- سؤال:
۴۸	جواب:

٤٩ ..... كتاب الطلاق - رسالته في الطلاق

١٦١ ..... كتاب الطلاق من المجلد الثاني - مسائل الطلاق

١٦١ ..... ١٠-سؤال:

١٦١ ..... جواب:

١٦٤ ..... ١١- سؤال:

١٦٤ ..... جواب:

١٦٥ ..... ١٢- سؤال:

١٦٥ ..... جواب:

١٦٦ ..... ١٣- سؤال:

١٦٧ ..... جواب:

١٦٩ ..... ١٤- سؤال:

١٦٩ ..... جواب:

١٧٠ ..... ١٥- سؤال:

١٧٠ ..... جواب:

١٧٠ ..... ١٦- سؤال:

١٧١ ..... جواب:

١٧٢ ..... ١٧- سؤال:

١٧٢ ..... جواب:

١٧٤ ..... ١٨- سؤال:

١٧٥ ..... جواب:

١٧٩ ..... ١٩- سؤال:

١٧٩ ..... جواب:

١٨٠ ..... ٢٠- سؤال:

١٨١ ..... جواب:

١٨١ ..... ٢١- سؤال:

١٨١ ..... جواب:

١٨٢ ..... سؤال: ٢٢-

١٨٢ ..... جواب:

١٨٢ ..... سؤال: ٢٣-

١٨٢ ..... جواب:

١٨٢ ..... سؤال: ٢٤-

١٨٢ ..... جواب:

١٨٣ ..... سؤال: ٢٥-

١٨٣ ..... جواب:

١٨٣ ..... سؤال: ٢٦-

١٨٤ ..... جواب:

١٨٤ ..... سؤال: ٢٧-

١٨٤ ..... جواب:

١٨٥ ..... سؤال: ٢٨-

١٨٥ ..... جواب:

١٨٦ ..... سؤال: ٢٩-

١٨٦ ..... جواب:

١٨٨ ..... سؤال: ٣٠-

١٨٨ ..... جواب:

١٨٨ ..... سؤال: ٣١-

١٨٨ ..... جواب:

١٩٠ ..... سؤال: ٣٢-

١٩٠ ..... جواب:

١٩٠ ..... الجواب:

١٩٢ ..... السؤال: ٣٤-

١٩٢ ..... الجواب:

٢٠١ ..... سؤال: ٣٥-

٢٠١ ..... جواب:

٢٠٣ ..... الجواب:

٣٦٩ ..... سؤال: ٣٨-

٣٧٠ ..... جواب:

٣٧١ ..... سؤال: ٣٩-

٣٧٢ ..... جواب:

٣٧٤ ..... كتاب الكفارات

٣٧٤ ..... مسائل الكفارات من المجلد الاول

٣٧٤ ..... سؤال: ١-

٣٧٤ ..... جواب:

٣٧٥ ..... مسائل الكفارات من المجلد الثاني

٣٧٥ ..... سؤال: ٢-

٣٧٦ ..... جواب:

٣٧٦ ..... سؤال: ٣-

٣٧٦ ..... جواب:

٣٧٨ ..... سؤال: ٤-

٣٧٩ ..... جواب:

٣٧٩ ..... سؤال: ٥-

٣٨٠ ..... جواب:

٣٨٢ ..... كتاب النذر

٣٨٢ ..... اشاره

٣٨٢ ..... سؤال: ١-

٣٨٢ ..... جواب:

٣٨٢ ..... سؤال: ٢-

٣٨٢ ..... جواب:



٣٨٤ ..... سؤال: ٣-

٣٨٤ ..... جواب:

٣٨٤ ..... سؤال: ٤-

٣٨٤ ..... جواب:

٣٨٥ ..... سؤال: ٥-

٣٨٥ ..... جواب:

٣٨٦ ..... سؤال: ٦-

٣٨٦ ..... جواب:

٣٨٦ ..... سؤال: ٧-

٣٨٦ ..... جواب:

٣٨٧ ..... سؤال: ٨- [ال-]سؤال:

٣٩٦ ..... سؤال: ٩-

٣٩٦ ..... جواب:

٣٩٧ ..... السؤال: ١٠-

٣٩٧ ..... الجواب:

٤٠٢ ..... سؤال: ١١-

٤٠٢ ..... جواب:

٤٠٣ ..... باب التندر و العهد و اليمن و الايلاء

٤٠٣ ..... سؤال: ١٢-

٤٠٣ ..... جواب:

٤٠٣ ..... سؤال: ١٣-

٤٠٤ ..... جواب:

٤٠٤ ..... سؤال: ١٤-

٤٠٤ ..... جواب:

٤٠٥ ..... سؤال: ١٥-

٤٠٥ ..... جواب:

٤٠٥ ..... سؤال: ١٦-

٤٠٥ ..... جواب:

٤٠٥ ..... سؤال: ١٧-

٤٠٦ ..... جواب:

٤٠٨ ..... سؤال: ١٨-

٤٠٨ ..... جواب:

٤١٠ ..... سؤال: ١٩-

٤١١ ..... جواب:

٤١٥ ..... سؤال: ٢٠-

٤١٥ ..... جواب:

٤١٧ ..... سؤال: ٢١-

٤١٨ ..... جواب:

٤١٨ ..... كتاب النذر من المجلد الثالث

٤١٨ ..... سؤال: ٢٢-

٤١٨ ..... جواب:

٤١٩ ..... سؤال: ٢٣-

٤١٩ ..... جواب:

٤٢٧ ..... سؤال: ٢٤-

٤٢٨ ..... جواب:

٤٢٨ ..... سؤال: ٢٥-

٤٢٨ ..... جواب:

٤٣٠ ..... سؤال: ٢٦-

٤٣٠ ..... جواب:

٤٣١ ..... السؤال: ٢٧-

٤٣١ ..... الجواب:

٤٣٣ ..... سؤال: ٢٨-

٤٣٣ ..... جواب:

٤٣٨ ..... كتاب العتق

٤٣٨ ..... باب مسائل العتق من المجلد الاول

٤٣٨ ..... ١- سؤال:

٤٣٨ ..... جواب:

٤٣٨ ..... ٢- سؤال:

٤٣٨ ..... جواب:

٤٣٩ ..... مسائل العتق من المجلد الثاني

٤٣٩ ..... ٣- سؤال:

٤٣٩ ..... جواب:

٤٣٩ ..... ٤- سؤال:

٤٣٩ ..... جواب:

٤٥٢ ..... كتاب الاقرار

٤٥٢ ..... باب مسائل الاقرار من المجلد الاول

٤٥٢ ..... ١- سؤال:

٤٥٢ ..... جواب:

٤٥٣ ..... ٢- سؤال:

٤٥٣ ..... جواب:

٤٥٤ ..... ٣- سؤال:

٤٥٤ ..... جواب:

٤٥٤ ..... ٤- سؤال:

٤٥٤ ..... جواب:

٤٥٥ ..... باب الاقرار من المجلد الثاني

٤٥٥ ..... ٥- سؤال:

٤٥٥ ..... جواب:

٤٦٣ ..... ٦- سؤال:

٤٦٣ ..... جواب:

٤٦٩ ..... سؤال: ٧-

٤٦٩ ..... جواب:

٤٧١ ..... سؤال: ٨-

٤٧٢ ..... جواب:

٤٧٢ ..... باب الاقرار - مسائل الاقرار من المجلد الثالث

٤٧٢ ..... سؤال: ٩-

٤٧٣ ..... جواب:

٤٧٤ ..... السؤال: ١٠-

٤٧٤ ..... الجواب:

٤٧٤ ..... سؤال: ١١-

٤٧٤ ..... جواب:

٤٧٥ ..... سؤال: ١٢-

٤٧٦ ..... جواب:

٤٨٠ ..... دربارہ مرکز

سرشناسه: میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، ۱۱۵۱-۱۲۳۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: جامع الشتات / تالیف ابوالقاسم قمی؛ با تصحیح و اهتمام مرتضی رضوی.

مشخصات نشر: تهران: کیهان، ۱۳-.

مشخصات ظاهری: ج.

شابک: ۳۲۰۰ ریال (ج. ۱)؛ ۳۷۰۰ ریال (ج. ۲)؛ ۸۰۰۰ ریال (ج. ۳)؛ ۱۵۰۰۰ ریال (ج. ۴)

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۳۷۵.

یادداشت: ج. ۲ (چاپ اول: تابستان ۱۳۷۱).

یادداشت: ج. ۱ (چاپ اول: بهار ۱۳۷۱).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ اول: پاییز ۱۳۷۱).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: فقه جعفری -- رساله عملیه

شناسه افزوده: رضوی، مرتضی، ۱۳۱۰-، مصحح

رده بندی کنگره: BP۱۸۳/۹ م ۹۴ ج ۲ ۱۳۰۰ ی

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۴۲۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۷-۳۹۵۴

ص: ۱

جامع الشتات

جلد پنجم

كتاب الطلاق

كتاب الكفارات، كتاب النذر و الايلاء و العهد، كتاب الاقرار

تأليف المحقق الميرزا ابى القاسم بن الحسن الجيلانى القمى

۱۱۵۱-۱۲۳۱

تصحیح: مرتضى رضوى

ص: ۲

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ص: ٣





## فهرست

مقدمه. ۷

کتاب الطلاق.. ۲۹

کتاب الکفارات... ۳۵۹

کتاب النذر. ۳۶۷

کتاب العتق.. ۴۲۴

کتاب الاقرار. ۴۳۵

ص: ۵



## پس از حدود بیست سال (!)

کتاب گرانقدر جامع الشتات با ویژگی هائی که دارد- و در مقدمه جلد اول به شرح رفته است- اثری منحصر به فرد در عرصه فقه و فقهات شیعه است؛ جناب آقای دکتر سید محمد اصغری سرپرست مؤسسه کیهان از مزایای این کتاب (بوژه نیازمندی محافل حقوقی دانشگاهی در کشور و علی الخصوص مراکز آکادمیک خارج از کشور) هر از چندگاهی سخن می گفت؛ کمر همت بر بست که جامع الشتات تصحیح و چاپ شود، از من خواهش کرد کار تصحیح آن را به عهده بگیرم. نظر به دوستی صمیمانه ای که در آن ایام با آقای اصغری داشتیم خواهش ایشان را پذیرفتم.

صریحاً عرض می کنم: لفظ «خواهش» را در این جا به معنی لغوی حقیقی آوردم؛ زیرا

هرگز در کار نویسندگی قلم به کاغذ ننهادم مگر یک موضوع علمی ابتکاری را عنوان کرده باشم، یعنی «تصحیح یک متنی که قبلاً تدوین شده»، برایم مصداق نوآوری نبود گرچه جامع الشتات بس ارجمند و گرانقدر است و پرداختن به آن نیز کاری بس ارزشمند است.

پس از مدتی کار، تایپ و چاپ کتاب در بخش انتشارات کیهان شروع شد.

وقتی که می خواهند جلد اول را صحافی کنند متوجه می شوند که مقدمه مفصل و مشروحی که من در معرفی نویسنده (۱) و نیز درباره ویژگی های کتاب، نوشته بودم گم شده است. خواهش کردند از نو مقدمه را بنویسم.

این مسئله در مرکزی به نام انتشارات کیهان تا حدودی عجیب بود، بعدها معلوم شد که بیشتر چند نفری تصحیح کتاب را به عهده گرفته و شروع کرده اند (۲) که باصطلاح مقبول نمی افتد و جناب اصغری به سراغ من می آید.

مطابق قرارداد فی ما بین (نسخه قرار داد موجود است) مقرر شد کار تصحیح به صورت «تک نسخه ای» انجام شود و از مقابله با نسخ دیگر صرف نظر شود.

بدیهی است اگر با نسخ دیگر مقابله می شد حق مطلب بهتر ادا می شد لیکن گوئی جناب اصغری احساس می کرد که زمان صدارتش در موسسه کیهان خیلی طولانی نخواهد بود و عجله داشت که این متن متین هر چه زودتر از چاپ قدیمی به چاپ نوین درآید.

و نیز مقرر شده بود که من نتیجه کارم را تحویل دهم و پس از تایپ فقط یک بار آن را بررسی کنم و اغلاط تایپی را اصلاح کنم و نوبت های بعدی اصلاح چاپی به عهده خودشان باشد.

ص: ۸

---

۱- مرحوم میرزای قمی از شخصیت هائی نیست که نیازمند معرفی باشد؛ این کار اولاً برای عمل به رسم رایج و ثانیاً برای معرفی این شخصیت بزرگ برای مراکز آکادمیک کشورهای غیر مسلمان و یا غیر شیعه بود.

۲- صفحاتی از کار آنان که جناب اصغری در اختیار من قرار داده هنوز هم موجود است.

وقتی که جلد اول انتشار یافت و در دسترس عموم قرار گرفت مشخص شد در حدود ۲۱۶ غلط چاپی دارد. نه تنها کار مرسوم اصلاح چاپی را انجام نداده اند بل برخی از موارد اصلاحی خودم نیز از نو غلط تایپ شده است.

کسانی که به کار چاپ و نشر آگاهی دارند می دانند که یک نوشته باید چندین بار اصلاح شود و پس از اطمینان، چاپ شود. حتی همه آن افرادی که در بخش های مختلف موسسه عظیم کیهان کار می کنند (حتی آبدارچی های شان) کاملاً به این موضوع توجه دارند. پس چرا چنین شد!؟!

به طور کتبی به مسئول بخش انتشارات کیهان اعلام نمودم: اگر همه نسخه های چاپ شده از کتاب فروشی ها جمع آوری و به خمیر تبدیل نشود، ناگزیرم بر علیه شان شکایت کنم.

جناب مسئول به همراه سرپرست حروف چینی به منزل آمدند و مقرر شد جلد اول از نو چاپ شود و چاپ مغلوط جمع آوری و معدوم گردد(۱). به بخشی از تعهدشان عمل کردند و جلد اول مجدداً چاپ و منتشر گردید.

کار تصحیح را ادامه دادم و این بار پذیرفتم اصلاح چاپی را نیز انجام دهم، بنده که کار تصحیح را غیر ابتکاری می دانستم و به خاطر خواهش آقای اصغری زیر بار آن رفته بودم، اینک زیر بار اصلاح چاپی هم رفتم، مصحح که شده بودم اکنون غلط گیر چاپی هم شدم.

جلد چهارم به پایان کار نزدیک می شد، روزی در شهر مقدس قم به کتابفروشی کیهان رفتم مشاهده کردم جلد اول با همان چاپ مغلوط در کنار جلد دوم و سوم به فروش می رود به فروشنده گفتم: قرار بود این نسخه مغلوط جمع آوری شود چرا این را می فروشید؟

گفت: مگر اطلاع ندارید؛ چند نفری نشستند و گفتند: برای این کتاب بیت المال هزینه

ص: ۹

شده است باید فروخته شود.

گفتم: آیا صحیح است برای منافع بیت المال مسلمین، مطالب غلط به خورد مسلمین داده شود؟! چرا تصمیم نگرفتند که عامل یا عاملین این ضرر را مجازات کنند!؟

در همان جا معلوم شد که نشریه ای در قم طی مقاله ای هیاهو راه انداخته است که: ای مردم بیائید و ببینید چه بلائی بر سر کتاب و بیت المال آورده اند.

و شگفت این که هر کسی با مراجعه به کتاب می بیند که آن اغلاط همگی غلط چاپی هستند نه اشکالات تصحیحی، و من اصلاحگر چاپی نبوده و نیستم با اینهمه نویسنده مقاله تاکید کرده بود که این ها غلط چاپی نیستند و با ترسیم جدولی غلط ها را در آن قرار داده بود. و همین کار ایشان موجب شد همگان بدانند که غلط چاپی هستند نه تصحیحی.

و نیز چاپ مجدد جلد اول به خوبی روشن می کند که نویسنده محترم اشتباه کرده است؛ یک مقابله میان چاپ مغلوط و چاپ درست، حتی حقیقت را برای دانش آموزان دوره راهنمایی نیز مشخص می کند.

البته دو مورد از انتقادهای فراوان نویسنده، وارد بود:

۱- من میان قبرستان شیخان و قبرستان بابویان که در دو طرف خیابان ارم قم هستند فرق نگذاشته بودم، در اصل یکی بودند که به وسیله خیابان جدا شده و هر کدام نام مخصوص به خود گرفته اند.

۲- در انتساب یک حدیث به کلینی(ره) یا صدوق(ره) اشتباه کرده بودم.

درباره این دو مورد از نویسنده مقاله تشکر می کنم. به گمانم در یک کتاب که بیش از چهار صد صفحه است، زیر تیغ انتقاد، فقط دو اشتباه باشد، رضایتبخش است. حتی درباره کل مقاله متشکرم. کسی که برای کار من وقت صرف کرده و یک جلد کتاب را از اول تا آخر با دقت مطالعه کرده، باید کارش را ارج نهاد. و این که موارد اغلاط چاپی را، اغلاط تصحیحی فهمیده، برداشت خودش است و بدیهی است هر منتقد بر اساس برداشت خودش،

کار می کند.

معتقدم به حدی دچار فقر دانش هستم که معلوماتم در برابر جهلم، قطره ای است از اقیانوسهای بی کران. و همین قطره را کتاب ها و مقالاتی که نوشته ام و در سایت بینش نو [www.binesheno.com](http://www.binesheno.com) قرار داده ام، نشان می دهند.

مشخص شد دو دستگی در میان مسئولین موسسه، عامل کار شکنی ها بوده است؛ دیگر رغبتی به ادامه کار تصحیح نداشتم با انتشارات کیهان تماس گرفتم و اعلام نمودم دیگر ادامه کار نخواهم داد و از جانب من از آقای اصغری عذر خواهی کنید.

در همان مکالمه کوتاه مشخص شد مانعی مضاعف پیش آمده است. و همچنان ماند تا پس از گذشت چند سال آن مانع مرتفع گردید و جلد چهارم که در آخرین مراحل بود و یک نوبت دیگر باید توسط من بازنگری و اصلاح می شد، بدون اطلاع من چاپ شد.

لطفاً به صفحه ۳۱۴ جلد چهارم جامع الشتات مراجعه کنید عبارت «مربوط به آخر سطر شانزدهم هفت صفحه قبل است (۳۰۸)» را مشاهده کنید. این عبارت تصحیحی من است که با قلم قرمز نوشته ام و با فلش نشان داده ام که مربوط به دو سطر بالا از صفحه ۳۰۸ است که به اینجا آمده.

و در همان صفحه نیز در پایان سطر شانزدهم باز با قلم قرمز جای آن دو سطر را تعیین کرده ام. فلش و علامت ها را حذف کرده و عبارت اصلاحی من را بعینه در همان صفحه ۳۱۴ چاپ کرده اند! این در واقع یکی از طنزهای بزرگ تاریخ چاپ و کتابت است کارشکنی، اهمال و کاهلی منجر به جفایی بزرگ بر کتابی چنین سترگ گشت.

و همچنین در همان صفحه باز مشخص کرده ام که دو سطر و نیم متعلق به صفحه ۴۵۶ و به مسئله شماره ۲۸۳ مربوط است باز همان بلا را به سرش آورده اند.

هر کسی که کمتر آشنائی با امور چاپی داشته باشد، با یک نگاه سطحی به متن کتاب، این واقعیت را به راحتی مشاهده می کند.

و شگفت این که: وقتی یک کار چاپی به پایان خود می رسد و در مرحله صفحه بندی قرار می گیرد و صفحات شماره گذاری می شود و پس از آن اصلاحگر با قلم قرمز معین می کند که این سطرها جا به جا شده، اولاً اصل جا به جایی این چنین - بل این چینی - حاکی از نوعی تعمد است. ثانیاً مطلبی که با قلم قرمز نوشته شده چرا باید چاپ شود؟! خلاصه بگوییم: کارشکنی ها حتی پس از چند سال نیز ادامه داشت.

یک نسخه از جلد چهارم برایم آوردند، خواستند که بقیه کار را نیز تحویل بدهم، (با کمال احترام و ارزش وافی که به موسسه کیهان و بخش انتشاراتی آن قائل هستم) گفتم: نه خیر، مرا بخیر شما را سلامت.

پس از تاسیس سایت بینش نو ([www.binesheno.com](http://www.binesheno.com)) همیشه عدّه ای پیشنهاد می کردند که مجلدات چهارگانه را در سایت قرار دهیم، تا آنان که جلد اول مغلوب به دستشان رسیده آن را با چاپ دوم مقابله کنند و اغلاط چاپی مذکور را اصلاح کنند.

می گفتم: این نیازمند اجازه از موسسه کیهان است و نمی خواهم چنین خواهشی داشته باشم گرچه حقوق من به عهده کیهان بیش از این هاست خواه درباره این کتاب و خواه درباره آن همه مطالب من که در روزنامه کیهان، کیهان هوائی و... چاپ شده است.

پس از مدتی مشاهده کردیم که سایت دیگری به نشر الکترونیک آن اقدام نموده و خود به خود چنین اجازه ای به دست آمد و در سایت قرار دادیم.

انگیزه برای ادامه: چهار مجلد از آغاز کتاب، تا پایان «کتاب النکاح» است. اما در تماس های تلفنی و حضوری معلوم می شود خیلی از افراد گمان می کنند که جامع الشتات همین است که در چهار مجلد گرد آمده است این موضوع باعث می شود که احساس کنم چیزی به مرحوم میرزای قمی بدهکار هستم باید آن را انجام دهم، در صورت امکان، کتاب را تا آخر ارائه دهم تا این نقص جبران شود.

اوراق تصحیح شده را (که نوعی خاطره جوانی هم هست) از بایگانی بیرون آورده و به



دست تایپ سپردم که ان شاء الله در حدود شش جلد همراه با فهرست مستقل، تقدیم خواهد شد.

فهرست: در آغاز قرارداد با کیهان، نظر به ویژگی کتاب جامع الشتات بنابر این شد که یک فهرست مفصل و مشروح در پایان کتاب تنظیم کنم. زیرا جامع الشتات طوری تدوین شده که مثلاً بخش مهمی از مسائل «کتاب الوقف» در «کتاب الطهاره»، و اهم مسائل «کتاب الاقرار» در آغاز «کتاب الطلاق» آمده است و همچنین دیگر ابواب، بنابراین تنظیم فهرست با رسم مرسوم برای این کتاب کافی نیست بل مضرّ هم هست. فهرست ویژه ای برای این کتاب ضرورت داشت که مثلاً احکام باب وقف را در دیگر ابواب نیز پیگیری کند و نشان دهد. و به همین دلیل در مجلدات چهارگانه فهرستی ارائه نشده است مگر عنوان باب ها.

جامع الشتات با همه ویژگی هایش مخصوصاً ویژگی کاربردی آن که آن را بیش از دیگر ویژگی هایش برجسته تر و متمایز تر کرده است، همچنان به صورت پر از اغلاط چاپی و نیز با سقط های فراوان، مانده بود؛ و در «عصر نهضت تصحیح» نیز کسی به تصحیح آن اقدام نمی کرد.

دکتر اصغری به خوبی تشخیص داده بود که اگر این کتاب تصحیح شود، علاوه بر نقش آن در حوزه های علمیه، نیاز مبرم مراکز دانشگاهی را برآورده خواهد کرد.

خدای را شاکرم که در آن دوره جوانی و ادارم کرد به تصحیح آن پردازم و این بن بست را باز کنم تا گرامیانی در دانشگاه با عظمت تهران، بنشینند و تصمیم بگیرند آن را با پی نویسی های بیشتر به ویژه با مقابله نسخه ها با همدیگر، تکمیل کنند.

گرچه نظم ابواب کتاب را رعایت نکرده و «کتاب التجاره» را جلد اول قرار داده اند و از روی کتاب های طهارت، صلوه، و چهار کتاب دیگر عبور کرده اند. و پس از تجارت نیز آن همه کتاب را ترک کرده و به «کتاب النکاح» رسیده اند و به دنبال آن «کتاب الطلاق» را

واگذاشته و در جلد چهارم به «کتاب اطعمه و اشربه» پرداخته اند.

در مقدمه ای که مرقوم فرموده اند دلیل این کار را کاربرد و کار آمدی جنبه حقوقی ابواب، ذکر کرده اند. اما در سرتاسر فقه ما، کتاب اطعمه و اشربه پائین ترین کاربرد حقوقی، و کمترین کار آمدی حقوقی را دارد و بیش تر به امور فردی افراد و رابطه فردی شان با خوراکی ها و نوشیدنی ها، مربوط است. اما کتاب الطلاق که تا کنون به آن پرداخته اند، غیر از امور حقوقی موضوعی ندارد<sup>(۱)</sup>.

علاوه بر این، نظام ترتیبی فقه به طور اتفاقی و بدون اقتضاهای اصول علمی بس مهم، تنظیم نشده تا بتوان به آسانی از آن صرف نظر کرد. حتی با انگیزه ای که مرقوم فرموده اند.

درست است: اگر حضرات بدون این که ترتیب جدیدی به آن بدهند و سخن از جلد اول و دوم به میان آورند، این کار را می کردند- مثلاً می نوشتند «تصحیح کتاب التجاره از جامع الشتات» و مثلاً در جلد دیگر می نوشتند «تصحیح کتاب النکاح از جامع الشتات»- شاید ایرادی نداشت و شاید چنین کاری مجاز باشد، اما ترتیب کتاب با نظام دیگر، علاوه بر اشکالات علمی، بر اساس اصول حقوقی خود دست اندرکاران حقوق، رفتاری مجاز نیست.

بی تردید حضرات رضایت نمی دهند کسی با آثار علمی خودشان این گونه رفتار کند. با این وجود، کارشان بسی قابل تمجید و بسیار پر ارزش است.

این مسئله نیز در کنار آن چه پیشتر توضیح دادم، موجب شد که اوراق دستنویس از بایگانی در آمده و تایپ شود تا در صورت توفیق، یک دوره کامل فقهی از میرزای قمی (ره) با همان نظام اصلی کتاب، به سبک امروزی ارائه شود.

پیشنهاد: جامع الشتات، علاوه بر کاربرد معطوف به هدفش (فقه) که موضوع آن است،

ص: ۱۴

---

۱- البته تصحیح بخش هائی از کتاب الطلاق، به ویژه «رساله فی الطلاق» که در آغاز آن است، بس دشوار و کار سنگینی است.

برای یک جامعه شناس محقق و مدقق، که هیچ کاری با فقه و حتی اطلاعی از فقه استدلالی نداشته باشد، یک منبع پر ارزش است. او می تواند با بررسی آن، کار مهمی در جامعه شناسی عصر زنده و قاجاریه، انجام دهد. و همچنین یک روان شناس اجتماعی، و همین طور یک دست اندرکار ادبیات که در ادبیات آن دوره کار کند.

ویژگی های کتاب الطلاق در جامع الشتات:

۱- در مقایسه با برخی از بخش های دیگر مانند کتاب التجاره، تعداد مسئله های کتاب الطلاق خیلی اندک است، گویا درباره طلاق کمتر مسئله ای را از او پرسیده اند. و این نشان می دهد که در جامعه آن روزی آمار طلاق خیلی اندک بوده است. و جامع الشتات می تواند در این موضوع، یک معیار بزرگ جامعه شناختی درباره آن جامعه باشد.

۲- در عوض، حضور چند مطلب علمی سنگین و بس عمیق و خیلی ظریف، در آن- که برخی از آن ها را «رساله» نامیده، و برخی دیگر را به دلیل کم حجمی شان، عنوان رساله نداده- کتاب الطلاق را به یک متن فقهی بس مستند (همراه با ژرف اندیشی و ورود به ظرایف روابط ادله و قواعد با همدیگر، و موشکافی هائی درباره اصول عملیه و قواعد فقهیه) تبدیل کرده است. که بی تردید چنین ویژگی هائی در هیچکدام از متون فقهی قدیم و جدید یافت نمی شود.

۳- دقت در بحث، و التزام به کاوش همه بعدی مسائل، و تعهد به اثبات همه جانبه نظر مختار خودش، موجب شده که دامنه بحث به دیگر ابواب فقه کشیده شود؛ به حدی که می توان گفت: جان تمام فقه را در این رساله ها آورده است. کسی که این رساله ها را خوب بفهمد یقیناً مجتهد است.

۴- با این همه (و شاید به همین دلایل) بیش از همه ابواب جامع الشتات، مغلوط و با سقط های فراوان همراه است. به حدی که خواندن آن بس دشوار و تصحیح آن انصافاً کاری

شاید نسخه یا نسخه هائی که در دسترس من نبوده و نیستند هر کدام در جای خود، چنین نباشند، اما به همان دلایل باید گفت آنها نیز نمی توانند چندان تفاوتی با نسخه من داشته باشند. زیرا نسخه نویسان نه فقیه بودند که با علم به عبارت ها، درست بنویسند. و نه بی سواد محض بوده اند که فکر خودشان را دخالت ندهند. آنهم در متنی با این سنگینی.

۵- تصحیح آن، بیش از تصحیح هر متن قدیمی، نیازمند علائم نگارش بود، به همان دلایل که به شرح رفت. و علاوه کنید بر آن ها، سبک و ادبیات خاص مصنف(ره) را.

اینک به لطف خدا این رساله های باصطلاح درب و داغان شده، احیاء گردیده است.

می گویند: اگر این رساله های ریز و درشت، ترجمه هم می شدند بهتر می شد و به کارایی آن ها افزوده می گشت، بویژه برای حقوقدانان دانشگاهی داخل و خارج. عرض می کنم بنده نه مصحح هستم و نه مترجم، کار دیگری دارم. تصحیح جامع الشتات نیز همان طور که گفتم یک حادثه بود. اکنون که راه باز شده است، عزیزانی می توانند به ترجمه آن پردازند. و حتی می توانند با افزودن پی نویسه های دیگر از نسخه های دیگر، این جاده باز شده را باصطلاح اسفالت کنند.

با یاد آوری مجدد که من نیز از خطا و اشتباه بریئ نیستم. و العذر عند کرام الناس مقبول.

جامع الشتات گول زننده است: به مصداق «گهی بر تارم اعلا نشیند، گهی خود را چو یک ذره بیند». جامع الشتات گاهی عمیق ترین ژرفا را می پیماید و در همان حال در بالاترین افق حرکت می کند؛ عمیق ترین مطالب را با تیز بینی و ریزه کاری شگفت، زیر استدلال دقیق و ظریف و در عین حال بس پیچیده، قرار می دهد. در بستری از اندیشه و تعقل، که دستی در «عرف» دارد و دستی در قرآن، و دستی در سنت و حدیث، و دستی در تعقل، به

همراه احترام سنگینی که بر اجماع و شهرت، قائل است، مخاطب را به همراه خود، هم به عمق اعماق می برد، و هم به بلندی آفاق اندیشه.

لحظه ای در نظر خواننده، مانند زرگر هنرمند عیار سنج ظریفکار ماهر، جلوه می کند و گاهی مانند آهنگری قوی عضله که با پتک دلیل بر سندان مبانی می کوبد.

گاهی چنان فرود می آید که در پاسخ یک سؤال عوامانه با ادبیات عوامانه آن، همنشین می شود و با همان صمیمیت پرسش کننده و ادبیات مردمی او، به او پاسخ می گوید.

از جانب دیگر: حضور بخش های فارسی در این کتاب برخی افراد را وسوسه می کرده که وارد آن شوند، و یا به نسخه برداری از آن پردازند، گویا به همین دلیل، نسخه های قدیمی آن مغلوپ تر از اکثر دیگر متون قدیمی است.

گویا برخی از دوستان محترم نیز به دام این وسوسه افتاده اند. بهتر بود در درون همان مرزهای چهار جلدی موسسه کیهان کار می کردند که کارشان قابل ارج و امتنان است. گرچه خالی از اشکالات و اشتباهات (بویژه در ترجمه بخش های عربی) نیست، اما در عرف کار تحقیقی و نویسندگی، معفو هستند. همان طور که هر کتاب و هر نوشته ای چنین است.

حضرات نسخه های متعدد در اختیار داشتند و این، کار تصحیح را ۹۵٪ برای شان آسان و حل کرده بود. زیرا طبیعی است که اکثر غلط های یک نسخه، در نسخه دیگر به صورت درست می آید. و اکثر سقط های یک نسخه در نسخه دیگر، سر جای خود می باشد. و اندک می شود که مثلاً هر سه نسخه سقط ها و یا غلط های مشترک داشته باشند. و همین طور است الفاظ یا جملاتی که رنگ و روی خطی یا چاپی شان، پریده باشد.

با این همه، کتاب الطلاق را با بی مهربانی تمام وا گذاشته و به سراغ: اطعمه و اشربه، صید و ذباجه رفتند که کمترین بار حقوقی را دارد.

مرحوم دکتر گرجی گرامی، در مقدمه جلد چهارم تصحیح شان، نوشته است که در جلد سوم شان، کتاب نکاح و طلاق را تصحیح و منتشر کرده اند، اما این یک اشتباه قلمی است که

به جای «کتاب هبات» لفظ طلاق آمده، هیئت زیر نظر ایشان که در آغاز تعهد کرده اند همه جامع الشتات را تصحیح کنند، حدود یک دهه و نیم، است که به دور کتاب طلاق می گردند، هنوز هم خبری نشده است.

مرحوم گرجی که خدمت پرارجی در عرصه فکری و فرهنگی دارد و خدایش اجر کامل عنایت فرماید و بنده به عنوان یک فرد، عمر پر برکت ایشان را یک نعمت بزرگ می دانم.

با کار و دقت کاری ایشان آشنا هستیم، ایشان در کار تصحیح، همیشه نام نسخه های متعدد را که مرجع تصحیح بوده اند تعیین کرده و آن ها را با حروف ابجد کد گذاری می کنند. همان طور که در جلد چهارم همین تصحیح شان نیز این کار شده است.

اکنون پرسش این است: چرا در بخش های دیگر مثلاً جلد اول (که کتاب متاجر) و یا جلد سوم (که کتاب النکاح است) این اصل اصیل را رعایت نکرده اند؟! و به جای آن نظام، مرتب تکرار شده: در نسخه دیگر، در نسخه دیگر.

آیا این روند ناقص بل نادرست برای فرار از ذکر نام نسخه تصحیح شده موسسه کیهان بوده است؟ که مبادا بوئی به مشام خواننده برسد که حضرات از نسخه کیهان استفاده کرده اند، نسخه کیهان که راه را باز کرده. و مسئله که حل شد، آسان است.

خارج از دو صورت نیست: یا حضرات به هیچوجه از نسخه تصحیحی موسسه کیهان استفاده نکرده اند. در این صورت آن ماجرای قرن ۱۷ با سنت قرون وسطائی اروپا در ذهن تداعی می شود که در دوران دادگاه های انگیزاسیون، جریان هائی بودند که نام مثلاً گالیه را نیز نجس می دانستند و به زبان نمی آوردند که مبادا لب های مقدس شان آلوده شود.

و یا استفاده کرده اند اما «تجاهل العارف» فرموده و بی انصافی فرموده در عرصه علم بدعت گذاشته اند به جای قدر دانی از کیهان، حق کشی فرموده اند.

و در جلد چهارم که نسخه تصحیحی کیهان (در آن ابواب) چاپ نشده، به همان سبک و

سنت زیبای جناب گرجی بزرگوار، عمل کرده و کد گذاری کرده اند.

حضرات که با تصمیم و اقدام مقدس خود، خواستند، تصحیح شده را از نو تصحیح کنند و بر حسن و کمال آن بیفزایند، آدرس های بیشتر بدهند، نسخه ها را مقابله کنند، و به هر دلیل مثلاً به محصول موسسه کیهان بسنده نکردند (و گفتم: این کارشان بس نیکو و ارجمند است) بهتر بود آن را نیز مانند یکی از نسخه های دیگر با ذکر نام همه نسخه ها و با کد گذاری، می آوردند. راستی پای گذاشتن روی اصول و اصل مسلم اخلاق علمی، چه فایده ای داشت!؟

اما جلد چهارم به تصحیح حضرات: این کارشان از حیث آمار آدرس ها در پاورقی ها، و نیز از جنبه های کیفی دیگر، بس عالی است. لیکن:

۱- محتوای جلد چهارم، تقریباً بل قطعاً، آسان ترین بخش جامع الشتات است، با وجود این، کار حضرات دچار کاستی های اساسی است که در زیر خواهد آمد.

۲- با این که سه نسخه در اختیار داشته اند (و گفته شد که در این صورت ۹۵٪ تصحیح سهل و آسان، و حل شده می باشد) باز همراه با آفت های زیر است که عملاً مصداق تخریب است نه تصحیح:

الف: در بخش های عربی، از علائم نگارش در حد کافی، استفاده نشده، گوئی قرار است ارباب رجوع به متن آن ها نگاه نکنند و به ترجمه بسنده کنند.

ب: برخی از کلمات که در هر سه نسخه سقط شده بوده، همچنان مانده و تصحیح نشده. و بدیهی است که این نقص بزرگ است و کتاب را از علمیت می اندازد و جابه جایی یک نقطه اساسی، مقصود مؤلف را وارونه می کند. مثلاً «یک» «نشود»، «بشود» نوشته شود، نظر، موضعگیری علمی، و فتوای مؤلف از اساس با آن چه مورد نظرش بوده باصطلاح یکصد و هشتاد درجه، معکوس می شود.

ج: گاهی همان متن مغلوط یا مسقوط، به طور درست ترجمه شده، که به مصداق «رجماً للغیب» صحیح آمده است. یا در ترجمه، نظارت ناظر محترم آن مورد نادر را اصلاح کرده.

اما فواید این نظارت، نه به متن مذکور، رسیده و نه به موارد دیگر در ترجمه.

د: گاهی برعکس: متن درست است و حتی علائم نگارش هم دارد اما ترجمه دچار نادرستی است. شاید در این باره نیز نظارت برعکس بوده.

ه-: در مواردی (باصطلاح طلبگی) بستر سخن به «ان قلت، قلت» می افتد، مولف می گوید «لا يقال». اما در تصحیح به جای آن «لا- يقول» آمده. آن هم به طور مکرر. و در ترجمه آن نیز گاهی معنی همین لا يقول است و گاهی با مسامحه عبور شده است.

این گونه الفاظ در متون قدیم با علامت های اختصاری می آمده مثلاً به جای «حينئذ» فقط يك حرف «ح» می گذاشتند و به جای «لا- يقال» علامت «لا یق-»، و به جای «ممنوع» علامت «مم»، و به جای «نم» و به جای «الظاهر»، «ظ». اما سخن در این نیست که صرفاً درباره علامت اشتباه شده. يك مصحح باید به حدی توان ادبی داشته باشد تا بداند که معنی «لا يقول» با مقصود مولف و حتی با جریان کلام او سازگار نیست، بل گاهی سر از غلط در آورده و گاهی موجب وارونه کردن مطلب می شود. همان طور که این آفت بزرگ در ترجمه نیز حضور دارد. و ذهن خواننده را منحرف می کند.

نمونه از بخش فارسی:

برای نمونه، تاکید می کنم فقط برای نمونه به موارد زیر توجه کنید:

۱- پس از مقدمات و فهرست، تازه در صفحه ۷۵، کارشان را با «كتاب الصيد و الذباجه» شروع کرده اند، دقیقاً در اول سطر دوم به جای «به هم رسد»، «هم رسد» نوشته اند. شگفت این که این غلط تا آخر کتاب بارها به طور مرتب تکرار شده است. حضرات معنی آن را معمولاً ندانسته اند در حالی که تا دیروز در ادبیات رسمی فارسی رواج داشت امروز نیز يك اصطلاح غریبه نیست. به هم رسد، یعنی محقق شود، واقع شود. مانند «اگر یقین به هم رسد» یا «اگر بیمار را سلامتی به هم رسد» و... و در عبارت کتاب چنین است: بعضی علامات و حالات مجزبه از او به هم رسد.

ص: ۲۰



۲- در سطر سوم آمده است: آیا سربریدن آن محلل است.

در حالی که در نسخه الف، چنین است: آیا سربریدن آن محلل آن است.

عبارت صحیح را کنار گذاشته و عبارت ناقص را آورده اند. این لفظ «آن» نقش مهمی در مطلب دارد. سؤال کننده گرچه یک شخص عالمی نبوده اما می خواهد با کلمه «آن» به «خصوصیت موضوع» اشاره کند. یعنی: در این موضوع خاص با شرایط خاص آن، بریدن سر حیوان در حلال بودن آن کافی است؟

می دانیم که مختصر خصوصیتی می تواند حکم و فتوی را عوض کند.

۳- در سطر هفتم آمده است: تیر به او اندازد و روده او بیرون برد.

در حالی که در نسخه الف چنین است: تیر به او اندازد و روده او را بیرون برد.

به جای نسخه صحیح، غلط را برگزیده اند.

۴- دو صفحه بعد از آن، یعنی صفحه ۷۸، سطر اول، آمده است: آیا حلالی کذا بی آتش از گرمی هوا به جوش آید.

در پی نویس علامت را روی کذا گذاشته و نوشته است: منظور انگور است.

در حالی که مراد از حلالی، انگور است. و دست حضرات به معنی لفظ «کذا» در این جا نرسیده است. سؤال کننده از مردم است و با ادبیات مردمی نوشته است. در آن زمان لفظ کذا در زبان ها رایج بوده که امروز جایش را به لفظ مردمی «همینطوری» داده است و «کذا بی آتش از گرمی هوا به جوش آید» یعنی همینطوری بدون آتش به جوش آید.

۵- یک صفحه بعد از آن (ص ۷۹) سطر اول کلمه «دویم» ویرایش شده و به صورت «دوم» آمده است. در حالی که در مقدمه کتاب آمده است که حضرات سخنان میرزا(ره) را ویرایش نکرده اند.

اگر در نسخه دیگر نیز دوم آمده باشد، باز نادرست است زیرا همه جای جامع الشتات خواه در متن سؤال ها و خواه در متن جواب ها معمولاً به صورت دویم آمده است.

۶- سطر هشتم که سخن در حیوان دریائی به نام جَرِّیث است، آمده است: آن را جَرِّی می گویند به حذف حرف آخر.

در حالی که در نسخه الف چنین است: آن را هم جری می گویند به حذف حرف آخر.

و باید مصحح توجه می کرد که یک تقدم و تاخر رخ داده و لفظ «هم» در نسخه برداری اشتباهاً بر لفظ «جری» مقدم شده. و بدین صورت تصحیح می کرد: آن را جَرِّی هم می گویند به حذف حرف آخر.

آیا همچنان تا آخر کتاب پیش روم و اغلاط را ردیف کنم؟ که بی تردید یک جلد کتاب می شود.

۷- در همین پنج صفحه، در موارد بسیار به طور نادرست از علائم نگارش استفاده شده. و در مقدمه گفته شده که از اصول فرهنگستان تبعیت شده است.

من کاری با فرهنگستان ندارم، اما می پرسم: آیا فرهنگستان به شما دستور داده که در موارد بس بسیار در سرتاسر کتاب به جای نقطه (.) از ویرگول (،) استفاده کنید؟ یا فرهنگستان دستور داده است که جایگاه علامت (؛) را همینطوری (و به قول سخن بالا: کذا بدون نقش) بیاورید؟

فرهنگستان دستور داده است که در بخش های عربی هر جا که نتوانستید مطلب را دریابید، بدون علائم نگارش عبور کنید-؟

براستی آقای دکتر اصغری من را گرفتار کرد و الا بنده کجا و پرداختن به این مسائل کجا.

نمونه از بخش عربی:

برای نمونه فقط برخی از اغلاط و اشتباهات را تنها در بخشی از یک مسئله، که اولین بخش عربی آن است، در زیر می آورم:

صفحه ۱۷۷، سوال دوم:

۱- در سطر اول سؤال، آمده است: اذا كان دگان صغیر بین رجلین و مات احدهما.

ص: ۲۲

حضرات به غلط به این روشنی توجه نکرده اند که دکان صغیر یعنی چه. در حالی که خود نسخه بردار در نسخه الف روی کلمه صغیر خط زده که خواننده متوجه شود. همان طور که روال او بوده روی هر لفظ نادرست یا بی جا، یک خط کوچک کشیده است.

۲- در سطر اول جواب، به جای لفظ «ثبت»، «یثبت» آمده است. که باید تصحیح می شد.

۳- در دو سطر بعد از آن، عبارت «باصِل المسئله معذوریه الجاهل» آمده که کلمه «المسئله» غلط است باید «مسئله» و بدون الف و لام می آمد. و تقریباً هر کس که آشنائی مختصر با ادبیات عرب داشته باشد می داند که در «اضافه»، مضاف باید خالی از الف و لام باشد. این غلط همچنان مانده و اصلاح نشده است.

۴- صفحه ۱۷۹ سطر اول- عبارت «لا یتمکن عن رکوبه» زاید است و باید حذف می شد.

۵- در سطر دوازده، عبارت «وجه الدلاله حکمه عمم ببطلان الشفعه»، باید یا بدین صورت می آمد «وجه الدلاله، انه عمم حکمه ببطلان الشفعه». و یا به صورت «ان حکمه عمم ببطلان الشفعه». البته این صورت دوم، تعبیر بشدت ناقص است گرچه غلط نباشد. و جالب این است که ترجمه نیز «رجماً للغب» مطابق همین صورت است.

۶- و در دو سطر بعد از آن، به جای «استدلال» لفظ «استدراک» جا خوش کرده است!! با این که در نسخه الف به طور صحیح همان لفظ «استدلال» آمده در حالی که لفظ «استدلال» در سطر سوم صفحه بعدی می تواند خواننده را به نادرستی آن هدایت کند. در ترجمه نیز لفظ استدراک را آورده اند.

و غلط های متعدد بسیار آن هم فقط در دو صفحه. که اگر اصرار شود، چاره ای نیست مگر ردیف کردن آن ها در کل کتاب.

۷- در مقدمه نوشته اند: .... در این قسمت مطالب حاشیه ای و تکراری ترجمه نشده و با این علامت «...» در آخر پاراگراف و در اول پاراگراف بعدی به حذف ترجمه اشاره شده

است.

اولاً: در صفحه ۱۸۷، از پاراگراف «فان قلت» تا آخر پاراگراف دوم صفحه ۱۸۸ ترجمه بیش از یک صفحه حذف شده و از علامت «...» نیز خبری نیست.

همچنین در صفحه ۱۹۰ و ۱۹۱. حدود یک صفحه حذف شده است.

ثانیاً: کدام آئین علمی و فرهنگی به یک مصحح به عنوان مصحح، جواز داده است که عبارت متن را به طور ناقص ترجمه کند؟! مگر هیئت زیر نظر مرحوم گرجی اعلام کرده است که جامع الشتات را تلخیص می کند-؟

ثالثاً: کجای این عبارت های محذوف، حاشیه ای یا تکراری هستند؟ این چه بهانه ای است؟ بهتر است وقتی که نمی توانیم، به ناتوانی خود اعتراف کنیم، نه این که دنبال بهانه باشیم. میرزای قمی در مباحثاتش گاهی مسئله را طوری شکافته و بسط می دهد که یک مسئله در یک باب با ابواب دیگر ارتباط استدلالی پیدا می کند. آیا این تکرار است؟! مطالب حاشیه ای است؟!

خواننده فهمیده به خوبی این بهانه را مشاهده می کند.

۸- هر آشنا می داند که یکی از ویژگی های جامع الشتات، نیاز مبرم و مضاعف آن، به علائم نگارش است که شاید شبیه آن در میان متون علمی کهن، در این باره یافت نشود.

علاوه بر اشتباهاتی که در متن عربی در استفاده از علائم نگارش وجود دارد، در قسمت های سنگین آن از علائم استفاده نشده. و طوری عبور شده که آن مثل فارسی را تداعی می کند: میهمان پرسید: قبله کدام طرف است؟ صاحبخانه گفت: خانه، خانه خودتان است به هر طرف می توانید بخوانید.

بدیهی است، تا متن به خوبی فهمیده نشود، استفاده از علائم، امکان ندارد.

با اطاله این سخنان نه سر خواننده را به درد آورم و نه وقت و کاغذ برای این سلسله که سر دراز دارد، مصرف کنم. عرض کردم اگر لازم باشد اغلاط مجلدات، اعم از بخش های

فارسی و عربی ردیف خواهد شد. البته در خود نسخه های قدیمی در بخش های فارسی چندان غلط یا سقط، وجود ندارد.

هیئت محترم زیر نظر مرحوم دکتر گرجی! اغلاط نسخه های پیشین جامعه الشتات در همین تک مسئله، خیلی کمتر از آن است که در تصحیح حضرات آمده. پس چه نیازی به این کار و این زحمت و این هزینه بود؟ این تصحیح نیست، تخریب است.

حضرات لطف کرده بفرمایند: اگر نسخه های چهار جلدی موسسه کیهان نبود، آیا وضع سه جلد قبلی شان بهتر از این جلد چهارم شان بود؟

در منزل یکی از دوستان بودیم، کتاب تازه چاپ شده اش را آورد که ترجمه یک متن اروپائی بود.

یکی از دوستان گفت: این که قبلاً ترجمه شده بود.

گفت: بلی اما آن ترجمه خوبی نبود.

پرسید: در این کارت از آن ترجمه پیشین استفاده کرده ای؟

گفت: نه هرگز.

گفت: اولاً همین که آن را خواندی و به نظرت خوب نیامد، یک استفاده است. ثانیاً: اگر به راستی استفاده نکردی، پس خیلی خود پرست و متکبری. و اگر استفاده کردی، نامی از او نبردی، صداقت علمی را ذبح کرده ای.

گویا این سر نوشت جامع الشتات است که باید هیچ وقت به سامان نرسد؛ دچار اغلاط و اسقاط باشد. جلد سومش (مثلاً) جلد اول شود. این کتاب از قدیم چنین بوده، نسخه ها گواه آن هستند. در دوره نهضت تصحیح، از همه متون دیگر، عقب مانده. کاملاً اطلاع دارم که اشخاصی برای سامان دادن به آن اقدام کرده اند اما یا در اوایل راه به دلیل حوادثی که برای شان پیش آمده، باز مانده اند و یا مثل من در اواسط آن، و یا مثل حضرات در بخش های

مختلف آن. من نیز قول صد در صد، نمی دهم که بقیه آن را تقدیم کنم به دلیل مشکلات و حوادثی که شرحش بر خلاف حدیث «ایاک و الکسل و الزجر» است. البته تصمیم دارم.

ویرایش یا تصحیح؟-؟: در موارد بسیاری، سقط ها را ترمیم نکرده اند، و غلط ها را اصلاح نکرده اند، و زواید را حذف نکرده اند. این رفتار نادرست را در مقدمه با این سخن توجیه فرموده اند که: عبارت ها و بیان میرزای قمی را ویرایش نکرده ایم.

درست است هیچ مصححی حق ندارد عبارت و سخنان متن، را ویرایش کند. اما این غیر از تصحیح غلط های استنساخی و ترمیم سقط ها و حذف زواید و اصلاح غلط ها است که در نسخه برداری غلط یا ساقط یا زاید شده اند. اساساً تصحیح غیر از این کارها (و نیز تنظیم کلام متن، با علائم نگارش) معنائی ندارد.

مثلاً در متن، به جای «فیتحقق»، «و یتحقق» آمده و مراد نویسنده متن را مغشوش، مشوش و گاهی کاملاً بر عکس کرده است. آیا نباید تصحیح شود؟!

اساساً استفاده از علامت [] مصداق ویرایش نیست. زیرا مصحح با آوردن این علامت، مسئولیت آن را به عهده می گیرد و به مصنف ربط نمی دهد. حتی در جایی که احتمال سقط ضعیف باشد، و مصحح به جای این که برای توضیح عبارت، یک یا چند سطر در پاورقی بنویسد، با لفظ مختصر در میان علامت مشکل را حل می کند.

درست است میرزای قمی، ادبیات خاصی دارد، اما حضرات با رفتار خودشان، آن مرد بزرگ و دانشمند را به غلط نویسی محکوم کرده اند. آن هم مردی را که علاوه بر قواعد علمی ادبیات در صرف و نحو، از شخصیت های سر آمد معانی، بیان، بدیع و عروض است. و در مواردی از همین جامع الشتات، با تمسک به اصول معانی و بیان، به استدلال در مسائل فقهی پرداخته است.

چه دلیلی دارد که ناتوانی های خودمان را با نسبت دادن نا توانی به بزرگانی مانند میرزای قمی، پوشش دهیم.

شاید خواننده محترم بگوید: این همه شکوه و گلایه، سزاوار مقدمه یک کتاب علمی نیست. اما اگر توجه کند که حضرات چه ستمی بر کتاب، صاحب کتاب، بر نسخه های کیهان، و بویژه بر خوانندگان خودشان، و حتی به «آئین و رسم تصحیح»، کرده اند، و چه بدعت های منفی ای را بنا نهاده اند، بایستگی این مقدمه را تأیید می کند.

سخن در عدم توان علمی است. نه در سلیقه تصحیح، و نه در اشتباهات یا غلط هائی که ممکن است در کار هر نویسنده و هر مصحح باشد، در حدی که از همگان معفو است.

با درود به روان بزرگ دانشمند شیعی مرحوم میرزای قمی

مرتضی رضوی

۱۰/۴/۱۴۳۲ ه، ق

۲۴/۱۲/۱۳۸۹ ه، ش

ص: ۲۷





۱- سؤال:

۱- سؤال: هرگاه شخصی ضوابط و قواعد عربیت را نداند، به مجرد الفاظ طلاق، زوجه خود را مطلقه نماید، با عدم عدلین و با وجود عدلین، طلاق زوج صورت دارد؟

و هرگاه قدری از مقدمات خوانده و عدول طلاق حاضر نباشد، می تواند طلاق گفت یا نه؟-؟

جواب:

جواب: همین که صیغه طلاق را می تواند گفت- به این نهج که فلانه طالق، یا: زوجتی طالق- و قصد زوجه معین داشته باشد، و فرق (۱) مابین خلعی و رجعی، و صیغه آن ها را بداند و بفهمد معنی آن را (هر چند به تلقین کردن شخص عادل باشد) خوب است. و ملأ بودن شرط نیست.

بلی: عبارت عربی را غلط نگوید و اعراب را درست بگوید، هر چند تلقین آن شخص باشد.

ص: ۲۹

و بدون حضور عدلین، طلاق منعقد نمی شود. و در این معنی زوج و غیر زوج تفاوت ندارد. والله العالم.

## ۲- سؤال:

۲- سؤال: هرگاه زینب در سنّ من حیض باشد و صاحب عادت عددیه و وقتیّه باشد، آیا چه وقت باید شرعاً صیغه طلاق او جاری شود؟ و بعد از اجرای صیغه طلاق چه قدر وقت باید عدّه نگاه بدارد که بعد از آن عدّه به شوهر دیگر، تواند رفت-؟

## جواب:

جواب: هرگاه ضعیفه در سنّ حیض بین است و حیض هم می بیند، و عادت مستمرّه معینه دارد، همین که از حیض پاک باشد، قبل از جماع کردن شوهر باید طلاق گفت. و هرگاه شوهر با او جماع کرد دیگر نمی توان طلاق گفت تا ثانیاً حیض بیند و پاک شود.

و عدّه این زن بعد طلاق سه طهر است، که همان طهری که طلاق در او گفته می شود یک طهر حساب می شود (۱) هر چند یک لحظه بعد طلاق حیض شود. و همین که داخل حیض سیّم شد، از عدّه بیرون رفته است. و عقد او جایز است از برای غیر.

و هرگاه ضعیفه در سنّ حیض بین هست اما حیض نمی بیند؛ پس آن باید که بعد از جماع کردن شوهر، سه ماه بنشیند که شوهر به او نزدیکی نکند، و بعد از سه ماه او را طلاق بگوید. و بعد از طلاق هم سه ماه عدّه بدارد بعد از آن شوهر کند. والله العالم.

## ۳- سؤال:

۳- سؤال: آیا خلع در غیر مدخوله صحیح است یا نه؟-؟

## جواب:

جواب: بلی دخول شرط صحت طلاق خلعی نیست.

ص: ۳۰

---

۱- عبارت نسخه: که در همان طهری که طلاق در او گفته می شود و یک طهر حساب می شود.

#### ۴- سؤال:

۴- سؤال: چه می فرمائید که زید مثلاً عمرو را وکیل کرده که زوجه او را مطلقه نماید. و عمرو مذکور زوجه مذکوره را مطلقه نموده. و زید مذکور بعد از چند یوم به آن زوجه رجوع کرده. و بعد در میان زید و زوجه اش، امر به ناخوشی و منازعه کشیده، و زید آن زوجه را گذاشته و به سمت شیراز رفته. و الحال زوجه مذکوره مدعیه است که من غیر مدخوله و باکره ام. در این صورت هرگاه زوجه در ادعای خود صادق باشد، این طلاق صحیح است یا نه؟-؟ و این رجوع معنی دارد یا نه؟-؟ و به عقد دیگری می تواند در آید یا نه؟-؟

#### جواب:

جواب: دعوی مسموعه است و لکن باید اثبات کند بکارت را چون امکان دارد.

و اما «مطلق غیر مدخوله بودن»- یعنی آن که در دبر هم به او دخل نکرده است- پس امر در آن مشکل است و عدم تحقق طلاق رجعی در باکره وقتی است که دخول در دبر نشده باشد زیرا که آن چه محقق است نه این است که طلاق غیر مدخوله باین (۱) است که طلاق باکره باشد، (۲) و دخولی که موجب عدّه است [اعم] از دخول در دبر و قبل [است].

و لکن ظاهر این است که ادعای زوجه در عدم دخول در دبر مسموع باشد، چون کسی دیگر بر آن مطلع نمی تواند شد غالباً. شاید قَسَمی متوجه او بشود و بعد از قسم حکم شود به این که طلاق باین است و رجوع صحیح نیست. والله العالم.

#### ۵- سؤال:

۵- سؤال: در سال قبل که حال مدت چهارده ماه می شود که شخصی به نزد مخلص آمده و حقیر را وکیل نموده که زوجه مدخوله او را مطلقه نمایم در عوض بذل المهر. و زوجه مزبوره هم ملبوس خود را کننده به زوج داده و مخلص را وکیل به خصوص بذل مهر

ص: ۳۱

۱- در نسخه: باینست.

۲- یعنی بکارت معیار نیست، ممکن است یک زن غیر باکره نیز به عقد کسی در بیاید و قبل از دخول طلاق داده شود، و طلاقش «طلاق باین» است.

نموده. و چون (۱) در طهر غیر مواقعه حقیر را مطلع نماید تا صیغه طلاق را عوض بذل المهر جاری نمایم (و در طهر غیر مواقعه نبود). حقیر مدت، قرار دادم که بعد از عادت و در طهر غیر مواقعه مخبر نموده، در مسجد در حضور جمعی از مومنین ظاهر العداله بعد از نماز ظهر صیغه طلاق را جاری نمودم.

و بعد از دو سه یوم، زوج مزبور نزد حقیر آمده اظهار نمود که زوجه ام را می خواهم. مخلص گفتم: او را راضی نموده و تصرف کن. و زوجه راضی نشده مانده تا حال.

و الحال زوجه اراده مزاجت با غیر نموده. و زوج مزبور ادعا می نماید که زوجه ام را می خواهم. و علاوه بر این ادعا می نماید که قبل از اجرای صیغه طلاق به بنده زاده گفته است که به والد بگو صیغه را جاری ننماید. و این خبر به مخلص نرسیده، اگر می رسید البتّه طلاق را نمی دادم. آیا زوجه به زوج می رسد یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: بدان که: حق و تحقیق و ظاهر جمهور علمای ما این است که «طلاق بعوض» منحصر باشد در خلع و مبارات. و آن چه از شهید ثانی (ره) ظاهر می شود که قسم ثالثی باشد، دلیلی ندارد. و به هر حال؛ این فرض (۲) که شما تابع او هم باشید، معلوم نیست که سؤال از چه قسم آن است.

بدان که: در خلع شرط است که کراهت از جانب زوجه باشد. و ظاهر این است که شدت کراهت هر گاه به حدی باشد که خوف وقوع در حرام و مخالفت حدود و احکام الهی ظاهر شود، کافی است. خواه به قول زن ظاهر شود چنان که بگوید که من در هیچ امری اطاعت تو نمی کنم و دیگری را در فراش تو داخل می کنم، و امثال این ها. و خواه از افعال او

ص: ۳۲

---

۱- چنین است در نسخه که بالای حرف «و» ضمّه بزرگی هست. - آقائی می گفت: این یک اصطلاح محلی است: و چون، یعنی و در وقت.

۲- در نسخه: فرضی.

ظاهر شود این معنی، و فدیة که می دهد که در عوض آن طلاق بگیرد، می تواند شد که همان مهر باشد، یا بیشتر، یا کمتر.

و همین که طلاق خلعی گفته شد، زن بائن می شود و از برای مرد رجوعی نیست، مگر آن که زن پشیمان شود و رجوع کند به آن چه داده است در عوض طلاق، در این صورت می تواند مرد هم که رجوع کند مادامی که در عده است. و اظهر آن است که در مثل طلاق ثالثه که رجوع از برای زوج ممکن نیست، زوجه نمی تواند رجوع به بذل کرد هر چند در عده باشد.

و مبارات در اکثر احکام با خلع شریک است. تفاوت این است که در این جا باید کراهت از هر دو طرف باشد، و فدیة [ای] (۱) که زن می دهد در عوض طلاق، زاید بر مهر نمی تواند شد. بل که باید مثل مهر باشد یا کمتر. و این که لفظ «طلاق» البته در صیغه مذکور می شود اتفاقاً، بخلاف خلع که در آن خلاف هست.

و اما «طلاق بعوض» که کراهت از هیچ طرف نباشد، مثل این که زن می خواهد از پدر و مادر جدا نشود، و به همین معنی راضی می شود که شوهر او را طلاق بگوید در عوض بذل مهر، یا این که بر فرضی که کراهت هم باشد لکن به آن شدت نباشد که در خلع معتبر است. در این جا اظهر این است که طلاق باطل است.

و بعضی احتمالی داده اند که صحیح باشد و مبذل شود به طلاق رجعی. و آن ضعیف است به جهت آن که رجعی بودن مقصود نیست. و مطلق بودن هم مقصود نیست. بل که داعی بر طلاق اخذ فدیة و عوض است، خواه بداند که جائز نیست اخذ فدیة، یا نداند.

و ظاهر این است که مطلق تراضی زوجین به مزاجه در عده کافی [ن-] باشد. بل که باید رجوع به بذل از زوجه به عمل آید با امکان رجوع زوج. و در صورت رجوع زوجه به بذل،

ص: ۳۳

آن چه را داده می‌گیرد خواه زوج هم راضی شود به رجوع یا نه.

و اما اعلام زوج به عزل شما از وکالت؛ پس اشهر و اظهر آن است که تا عزل به وکیل نرسیده باشد آن چه کرده است ممضی است. به هر حال هرگاه طلاق خلعی یا مباراتی بوده و رجوعی از زوجه واقع نشده باشد که زوج هم تواند رجوع کرد، زوجه از حباله زوج خارج است و می‌تواند به غیر شوهر کرد. والّا، فلا. والله العالم باحکامه.

#### ۶- سؤال:

۶- سؤال: هرگاه زید زوجه اش را در طهر مواقعه مطلقه نموده به این نحو که بعد از پاک شدن از حیض، وقاع واقع و به فاصله ده یوم صیغه طلاق جاری، بعد به ظهور رسید که زوجه مذکوره از همان وقاع [حامل] (۱) گردیده. و زوجه ادعا می‌نماید که من در حین طلاق، عالم به حمل بودم. آیا در صحت طلاق حامل، مجرد حمل نفس الامر کافی است یا استبانة حمل در کار است؟-؟

و دعوی علم مطلقه مذکوره مفید فائده هست در این مقام یا نه؟-؟

#### جواب:

جواب: مجرد حصول حمل در حین طلاق در طهر مواقعه در نفس الامر کافی نیست. بل که استبانة و تیقن در آن حال (خصوصاً در این زمان قلیل که ده روز از حمل گذشته است) مناط تصحیح طلاق نمی‌شود.

#### ۷- سؤال:

۷- سؤال: مردی زنی را طلاق بگوید به طلاق خلعی در عوض مهری که از او می‌خواهد. و بعد از آن ظاهر شود که آن زن مهر خود را به برادر خود صلح نموده است. الحال زوج می‌گوید که طلاق باطل است و من زن خود را می‌خواهم. و زن می‌گوید که من صلحنامه نوشته‌ام اما صیغه مصالحه نخوانده‌ام. و زوج او می‌گوید که تو دروغ می‌گوئی، صیغه خوانده شده. این طلاق صحیح است یا نه؟-؟

ص: ۳۴

جواب: ظاهر صحت طلاق است به عنوان خلع. زوج مدعی فساد است و باید اثبات کند فساد را. و هرگاه عاجز شد از اثبات، زوجه را قسم می دهند بر این که مصالحه نکرده است. و زوج حقی ندارد خصوصاً بنا بر قول به صحت خلع هرگاه کاشف به عمل بیاید که فدیه یعنی «عوض»، مال غیره بوده. که بر فرض ثبوت مصالحه هم باز طلاق صحیح خواهد بود. و زوج رجوع می کند به مثل یا قیمت و از زوجه می گیرد.

چنان که این قول اختیار شهید است در لمعه که اغلب اوقات فتاوی آن در آن کتاب، مطابق مشهور است. و محقق هم در شرایع این قول را پسندیده است. و علامه در قواعد و تحریر این را احتمال داده بعد از آن که قول به بطلان را نسبت به مفید داده. و قول به فساد منقول است از شیخ در مبسوط، و مختار شهید ثانی است و مختار ابن مفلح است در شرح شرایع و آن را از فخر المحققین نیز نقل کرده.

و دلیلی که از برای قول به صحت گفته اند، «اصالت صحت عقود» و «عمومات آیات و اخبار» مثل «اوفوا بالعقود» و غیره است. و این که از باب معاوضات حقیقیه مثل بیع نیست و بطلان عین عوض، مؤثر در بطلان عقد نیست. و فوات عوض منجر می شود به ضمان قیمت آن یا مثل آن.

و دلیل قول به فساد، این است که: عوض از لوازم ماهیت خلع است و بطلان لازم، مستلزم بطلان ملزوم است. و طلاق بدون عوض مقصود نیست. و عقود تابع مقصود است. و به [عوض] عوض مذکور، غیر صحیح است، و قیمت نیز مراد نیست در عقد، بل که اراده همان عین شده.

و عبارتی که از مبسوط نقل شده اشعاری به دعوی اجماع دارد که گفته است: «الذی

یقتضیه مذهبنا أنه يبطل الخلع»(۱).

و باز از موضع دیگر از مبسوط نقل کرده اند که گفته است: «اذا اختلعت [نفسها] بعد قیمته مأه و خرج نصفه مستحقاً، فهو خلع بعوض معین لم یسلم نصفه. و [قیل] فیه قولان: احدهما: أنه له نصفه و یرجع علیها بنصف مهر مثلها فی مقابله النصف الذی لم یسلم. و عندنا أنها يبطل الخلع»(۲).

و این ها در وقتی است که جاهل باشد زوج به استحقاق غیر، و الاً از اصل باطل خواهد بود بی اشکال.

و بدان که: صاحب مسالک گفته است: بر هر یک از تقدیرین (یعنی تقدیر علم و جهل) هر گاه با لفظ خلع، طلاق را هم گفته باشد، طلاق صحیح است و رجعی می شود(۳).

و این سخن مشکل است به جهت آن که رجعی مقصود نیست و خلعی باطل.

این بود کلام در مسئله طلاق خلعی که ظاهر شود این که فدیة خلع مال غیر بوده. و بعد از تأمل در ادله طرفین، ظاهر می شود قوت قول به فساد خلع مذکور. پس تکیه ما در جواب سؤال، از اصل مسئله، به همان است که زوج مدعی فساد است و قول قول زوجه است با یمین والله العالم.

#### ۸- سؤال:

۸- سؤال: هر گاه کسی به زن خود بگوید: تو به مرتبه مادر و همشیره منی، و من دیگر تو را نمی خواهم. آیا به همین، حرام می شود یا نه؟-؟

#### جواب:

جواب: حرام نمی شود؛ خصوصاً هر گاه شرایط طلاق همه در او موجود نباشد، یعنی

ص: ۳۶

۱- المبسوط، چاپ مکتبه المرتضویه، ج ۴، کتاب الخلع ص ۳۴۴.

۲- همان، ص ۳۷۱.

۳- مسالک الافهام، ج ۲ ص ۵۰ چاپ دارالهدی.



## کتاب الطلاق - رسالہ فی الطلاق

مسئلہ ۹: (۱) الحمد للہ و کفی و الصلوہ علی عبادہ الذین اصطفی (۲)

اما بعد: فہذہ کلمات فی تبیین مسئلہ وقع التّشاجر فیما بین عصرنا؛ وہی أنّ الرّجل اذا قال: طلّقت زوجتی. وانکرت الرّوجہ طلاقہا.

فهل يُسمع اقرار الرّجل علی الرّوجہ، بان یتربّ علیہ سقوط القسم (۳) والثّفقہ و امثالہما، بعد قبول اقرارہ علی نفسه فی سقوط تسلطہ علیہا ام لا (۴)؟-؟

و ظنی أنّہ لا ینبغی الاشکال فی عدم الاكتفاء بہ (۵) فی حقّ الرّوجہ.

ص: ۳۷

۱- یادآوری می شود کہ مرحوم میرزا(ره) برای مسائل کتابش شماره گذاری نکرده و همه شماره ها در تصحیح آمده اند. البتہ این مسئلہ را بہ عنوان یک رسالہ تدوین کرده است کہ یک بحث مشروح و مفصل است. در آغاز عنوان رسالہ را نیاورده و لذا عنوان «رسالہ فی الطلاق» را آوردم کہ در پیشانی صفحات بعدی آورده است.

۲- این تعبیر، درست است کہ با حمد و ثنا و نیز تصریح بہ نام پیامبر(صلی اللہ علیہ و آلہ) و اهل بیت(علیہ السلام) بہ صورت رایج آن، فرق دارد لیکن شامل همه انبیاء و اهل بیت(علیہ السلام) می شود.

۳- القسم: تقسیم «اللیالی» بین الرّوجات.

۴- هنا مسئلتان: الاول: هل یسقط حقوق الرّجل (الرّوج) بقبول اقرارہ مع انکار الرّوجہ، ام لا؟-؟ الثانی: هل یسقط حقوق الرّوجہ بقبول اقرار الرّجل مع انکار الرّوجہ، ام لا؟-؟ فبدء المصنف(ره) اولاً بالمسئلہ الثانیہ و فرّع علیہا المسئلہ الاول فی خلالها.

۵- بہ: ای باقرار الرّوج.

وذهب جماعه من المعاصرين الى سماعه بالنسبه اليها ايضاً. فلمهد لبيان ذلك مقدمات:

الاولى: قد يختلف المعنى اللغوى و العرفى العام و عرف الشارع و عرف المتشرعه و عرف الفقهاء، و قد يتحد.

ولابد للفقهاء ان يميز بين الاصطلاحات، لثلاً يشته عرف الفقهاء بغيره؛ فانه قد يكون العرف مختصاً بهم كما انهم عرفوا البئر: «مجمع ماء نابع فى الارض و لا يتعداها غالباً و لا يخرج عن مسماها عرفاً».

و ذلك انهم لم يعلموا ان (1) حكم هذا القسم من الماء مخالف لغيره من المياه، و عرفوا ان الاخبار التى وردت فى الحكم الخاص انما هو فى ماء هذا القسم الخاص من البئر، لا فى مثل بئر القنوت و العيون، و لا فيما يستنقع فيه الماء من دون نبع. و وضعوا لبيان حكم هذا القسم من الماء باباً و جعلوا موضوعه «ماء البئر»، و عرفوا البئر بما ذكر لثلاً تشبه احكام المسئله.

و لا يستلزم ذلك كون البئر هذا فى اصطلاح الشارع و لا المتشرعه، فضلاً عن العرف و اللغه. و كذلك الكلام فى الحيض و النفاس و نحوهما.

فحينئذ نقول: لفظ «الاقرار» و ان كان فى اللغه بمعنى «الاثبات» و افاده القرار للشئى، ولكنه فى عرف الفقهاء عبارته عن: «اخبار جازم بحق لازم او بحق سابق». و زاد بعضهم كلمه «للمخبر» يعنى بثبوت حق لغيره عليه، او سقوط حق له عن الغير. و زياده لفظ «للمخبر» لثلاً ينتقض طرده بالشهاده، كما صرح به فى المسالك (2). فانه لولاه لصدق التعريف على الشهاده ايضاً.

ص: ٣٨

١- وفى النسخه: الآ.

٢- الشهيد الثانى (ره): مسالك الافهام- اول كتاب الاقرار، التعليقه الثانیه.

و بالجمله: فالتعريف قبل ذلك القيد تفيد الاخبار عن تضرر احد، سواء كان المتضرر هو المخبر او غيره؛ فزاد بعضهم هذا اللفظ لتخصيص التضرر بالمخبر. فالاخبار عن لزوم حق للمخبر على الغير لا يدخل في التعريف و لا يمكن اراده ذلك من هذا اللفظ، لانه يستلزم اخراج الاقرار الحقيقي عن الحد، او اراده النفع والضرر كليهما من «اللام»<sup>(١)</sup>. فتعين اراده ما ذكرنا لا غير. و موضوع كتاب الاقرار هو هذا المعنى.

و لعل من ترك هذا القيد، ايضاً مراده ذلك و اعتمد على ظهوره من ساير عباراتهم و تمثيلاتهم له بعد ذكر التعريف بحيث يظهر منها انه جزء التعريف، و مما يدل على ذلك، استدلالهم لاصل الاقرار (بعد ذكر تعريفه بما ذكرنا) بالعقل و النقل اما العقل فهو ان العاقل لا يكذب على نفسه بما يضره. و اما النقل فهو آيات كثيره منها قوله تعالى: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ»<sup>(٢)</sup>. قالوا: قال المفسرون: شهاده المرء على نفسه، اقراره.

و الاخبار الكثيره مثل قوله (عليه السلام): قولوا الحق و لو على انفسكم<sup>(٣)</sup>. و كلما ورد في تضاعيف الفقه من الاخبار الاماميه مثل اجراء الحد بسبب الاقرار بالزنا و نحو ذلك.

و ممّا يشهد بما ذكرنا انهم جعلوا اركانه اربعة: الصيغه و المقرّ و المقرّ له و المقرّ به. و صيرحوا في مقام بيان الصيغه بانه: اللفظ المتضمن للاخبار عن حق واجب. و كلما ذكروه من الامثله داله على الاخبار عن [ثبوت]<sup>(٤)</sup> حق سابق على الخبر، او سقوط حقه عن الغير، مثل:

ص: ٣٩

١- اى من حرف لام الملتصق ب- «للمخبر»- و فى النسخه: من الاوم.

٢- نساء، ١٣٥.

٣- تحف العقول، ص ١٤٩- بحار، ج ٣٠ ص ٤١٤.

٤- وفى النسخه: سقوط.

لَه عَلَيَّ كَذَا. او [لَه] عِنْدِي كَذَا. او مثل ذلك.

و مَّا يَشْهَد بِذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَسَالِكِ فِي مَسْئَلَةِ «اِقْرَارِ الصَّبِيِّ بِالْبُلُوغِ»، فَانَّهُ قَالَ: وَ فِي الْحَقِيقَةِ دَعْوَى الصَّبِيِّ بِالْبُلُوغِ بِالْاِحْتِلَامِ وَ غَيْرِهِ، او مُطْلَقًا، لَيْسَ اِقْرَارًا. لِأَنَّ اِقْرَارَ اِخْبَارٍ عَنْ ثُبُوتِ حَقِّ عَلَيْهِ لِلغَيْرِ وَ نَفْسِ الْبُلُوغِ لَيْسَ كَذَلِكَ. لِهَذَا يُطَالَبُ مَدْعَى الْبُلُوغِ بِالسَّنِّ، الْبَيِّنَةِ (١).. اِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ.

و الْحَاصِلُ: اَنَّ اِقْرَارَ فِي عَرَفِ الْفُقَهَاءِ حَقِيقَةً فِيمَا ذَكَرْنَا.

نَعَمْ: قَدْ يُطْلَقُونَ عَلَيَّ مَا هُوَ اِقْرَارٌ عَلَى الْغَيْرِ، مِنْ بَابِ الْمَشَاكِلَةِ؛ فَيَقُولُونَ: هَذَا اِقْرَارٌ عَلَى الْغَيْرِ وَهُوَ غَيْرٌ مَسْمُوعٌ.

وَ هَذَا لَا يُوجِبُ (٢) صِيْرُوْرَتَهُ (٣) حَقِيقَةً فِي الْاِعْمِّ، بَلِ الْاِسْتِعْمَالُ اَعْمٌ مِنَ الْحَقِيقَةِ (٤).

نَعَمْ: رُبَّمَا يَظْهَرُ الْاِشْكَالُ مِنَ الْمُحَقِّقِ الْاِرْدِيْلِيِّ (رَه) فِي اِقْرَارِ الْمَطْلُوقِ وَ مَنَعِ كَوْنِ سَبْقِهِ الْحَقِّ دَاخِلًا فِي مَفْهُومِهِ شَرْعًا، مَوْجِبًا بِاِطْلَاقِهِ عَلَى الْاِعْمِّ، وَ اَنَّ ذَلِكَ اِصْطِلَاحُ الْاَصْحَابِ. ثُمَّ رَدَّهُ بِاِصَالَةِ الْبِرَائَةِ عَنْ لُزُومِهِ، وَ عَدَمِ وُجُوبِ الْوَفَاءِ بِالْوَعْدِ (عَلَى مَا يَظْهَرُ مِنَ الْاَصْحَابِ) وَ اِنْ كَانَ ظَاهِرٌ بَعْضُ الْاَيَاتِ وَ الْاِخْبَارِ، الْوُجُوبِ. ثُمَّ اسْتَشْكَلَ فِي كَوْنِهِ وَعَدًّا اَيْضًا. وَ كَذَلِكَ فِي دَخُولِهِ تَحْتَ عَمُومِ «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ». وَ لَمْ نَقِفْ عَلَيَّ مِنْ قَالِ بِكَوْنِ الْاِخْبَارِ عَنْ ثُبُوتِ حَقِّ لِمُخْبِرِ عَلَى الْغَيْرِ، اِقْرَارًا حَقِيقَةً. وَ ظَنِّي اَنَّ هَذَا الْمَطْلَبُ مِمَّا لَا يَحْتَاجُ اِلَى

ص: ٤٠

١- الْمَسَالِكُ (كِتَابُ اِقْرَارِ) ج ٢ ص ١٤١ ط دار الهدى.

٢- وَ فِي النِّسْخَةِ: لَا يَجِبُ.

٣- وَ فِي النِّسْخَةِ: صِيْرُوْرَتَهُ.

٤- مَحَلُّ الْكَلَامِ هُوَ «اِصْطِلَاحُ الْفُقَهَاءِ»- هَلِ اسْتِعْمَالُهُمْ لَفْظِ «اِقْرَارِ» فِي «اِقْرَارِ عَلَى الْغَيْرِ» يَدُلُّ عَلَيَّ اَنَّ اِقْرَارَ فِي اِصْطِلَاحِهِمْ حَقِيقَةٌ فِي الْاِعْمِّ مِنَ اِقْرَارِ عَلَى نَفْسِهِ وَ اِقْرَارِ عَلَى غَيْرِهِ؟ او اِقْرَارِ حَقِيقَةً فِي اِقْرَارِ عَلَى نَفْسِهِ، وَ اسْتِعْمَالِهِمْ فِيمَا عَلَيَّ غَيْرِهِ، اسْتِعْمَالُ اَعْمٌ مِنَ الْحَقِيقَةِ وَ غَيْرِ الْحَقِيقَةِ؟- يَخْتَارُ الْمُصَنِّفُ قَدَسَ سِرِّهِ، الثَّانِي.

بسط و استدلال فأنه غير خفي على المطلع.

بل يمكن ادعاء الحقيقه العرفيه فيه ايضاً، بل اللغويّه، قال الجوهرى فى «الصّيحاح»: اقرّ بالحقّ، اعترف به. و قال فى باب الفاء: الاعتراف بالذنب، الاقرار به. و لا ينافيه ما نقل عن القاموس من انه الاذعان للحقّ.

الثانيه: انّ ما قرع سمعك من لزوم حمل اقوال و افعال المسلمين على الصّحه، يحتاج معرفه حقيقه ذلك الى تفصيل و تنقيح؛ و هو انّ المراد منه كل فعل او قول يحتمل صدوره عن المسلم عن وجه صحيح و عن وجه فاسد، فينبغى ان يحمل على الوجه الصّيح ما لم يزاحمه قول مسلم اخر، او فعله، او كلاهما، او لزوم اشتغال ذمّه، او برائته، او نحو ذلك. و الا فلا بدّ من المراجعه الى القوانين الممهده لذلك. ولذلك اذا رأينا مسلماً يدعى ما فى يد مسلم اخر، فان صدّقنا المدعى لا بدّ ان نكذب المدعى عليه و هو ايضاً مسلم و يقول بانّه مالى. و تعارض القولين و ان كان يوجب التساقط، ولكن لما كان قول المدعى عليه معتضداً بفعله و يده فكان اقوى. فلذلك نكلّف المدعى بالبينه التى هى اصعب و المدعى عليه باليمين التى هى اسهل.

وكذلك الكلام اذا ادعى عليه مالا فى ذمته؛ فأنه يعارضه قول المسلم فى انكار ذلك مع اعتضاده بعدم اشتغال الذمه و اصاله البرائه. فالقول فى مقابل القول، و الفعل و اصاله البرائه فى مقابل البينه.

و امّا الخبر: فيكتفى فيه بالصّحّه و الوثوق، لانه لا يثبت حقاً على مسلم خاص. لانّ الخبر هو ما كان مفهومه عاماً، بخلاف الشّهاده. فالشّهاده لما كانت مثبتة للحق على شخص خاص فلا بدّ فيها من قوه زايده. و لذلك اعتبر فيها التعدد مع العداله، حتى يرفع قوه قول المسلم و فعله و برائه ذمته. و اما الخبر فلا يتصدى الا لاثبات حكم لمطلق المكلفين

كقوله (عليه السلام): «الشفعة في كل امر مقسوم»<sup>(١)</sup>.

فِيكْتَفِي فِيهِ بِصَحِّهِ الْخَبْرِ أَوْ حَصُولِ الظَّنِّ بِهِ، كَمَا هُوَ الْمَخْتَارُ<sup>(٢)</sup>.

وَأَمَّا الْإِقْرَارُ: فَلَمَّا كَانَ هُوَ قَوْلُ الْمُسْلِمِ، لَا يَزَاحِمُهُ غَيْرُهُ. لِأَنَّهُ فِي الْحَقِيقَةِ إِقْرَارٌ عَلَى النَّفْسِ، كَمَا مَرَّ بَيَانُهُ. وَمَعَ ذَلِكَ فَمَعْتَضِدٌ بِمَلَاخِظِهِ أَنَّ الْعَاقِلَ لَا يَكْذِبُ عَلَى نَفْسِهِ فِي مَا يَضُرُّهُ. فَهُوَ مَسْمُوعٌ لِمَقْتَضَى إِصَالِهِ صَدَقَ قَوْلُ الْمُسْلِمِ.

فَالْإِقْرَارُ فِي مَقَابِلِ الدَّعْوَى، فَإِنَّهُ إِخْبَارٌ بِضُرْرِ النَّفْسِ. وَهِيَ إِخْبَارٌ بِضُرْرِ الْغَيْرِ.

وَقَدْ يُطْلَقُ الْإِقْرَارُ [عَلَى قَبُولِ] الدَّعْوَى، وَلَا رَيْبَ أَنَّهَ إِضْطِافٌ مِنْ بَابِ الْمَشَاكِلَةِ. وَلِذَلِكَ تَرِيهِمْ يَقُولُونَ: جَوَابُ الْمَدْعَى إِمَّا أَنْكَارٌ أَوْ إِقْرَارٌ، أَوْ سَكُوتٌ.

الثالثة: الإقرار قد يكون بلفظ صريح فيه<sup>(٣)</sup> يدل عليه مطابقه، كقوله: له في ذمتي درهم. أو ظاهر كقوله: له عليّ درهم.

وَقَدْ يَكُونُ بَلْفِظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِ تَضَمُّنًا، أَوْ التَّزَامًا، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لَهُ: الْيَسَّ عَلَيْكَ كَذَا؟ فَقَالَ: أَقْبَضْتُكَ، أَوْ وَهَبْتَهُ، أَوْ بَعْتَهُ، فَيَصِيرُ مَقْرَأً وَيُنْقَلَبُ مَدْعِيًا.

فَقَدْ يَكُونُ شَيْئٌ فِي صَوْرِهِ الدَّعْوَى، فَيَكُونُ إِقْرَارًا مِنْ وَجْهِ، أَوْ يَصِيرُ إِقْرَارًا مِنْ جِهَةٍ. وَكَذَلِكَ قَدْ يَكُونُ شَهَادَةً وَتَسْتَلْزِمُ الْإِقْرَارَ مِنْ وَجْهِ، أَوْ يَصِيرُ إِقْرَارًا فِي زَمَانٍ أُخَرَ. وَهَكَذَا.. وَلِذَلِكَ قَدْ تَرَاهُمْ يُطْلَقُونَ الْإِقْرَارَ عَلَى الشَّهَادَةِ، أَوْ الدَّعْوَى. فَلْنَذَكُرْ بَعْضَ هَذِهِ الْمَوَاضِعِ:

قَالَ الْعَلَّامَةُ فِي الْقَوَاعِدِ: وَ لَوْ أَقْرَبَ بَحْرِيَّةٌ عَبْدًا فِي يَدِ غَيْرِهِ، لَمْ يُقْبَلْ. فَإِنْ اشْتَرَاهُ، صَحَّ،

ص: ٤٢

- 
- ١- ما وجدت حديثاً بهذا اللفظ و لكن بلفظ «الشفعة في كل مشترك» و «الشفعة في ما لم يقسم» مستدرک الوسائل، ج ١٧ ص ٩٧ و ٩٩- «الشفعة في كل شيء» ص ١٠١.
  - ٢- و مما انفرد به المصنف (ره)، حجیه الظن مطلقاً، لا الظن الخاص فقط.
  - ٣- ما بين العلامتين مضبوط في هامش النسخة.

تعويلاً على قول صاحب اليد. و الاقرب أنه فداءً في طرفه، بيع في طرف البائع. فلا يثبت فيه خيار المجلس و الشرط و الحيوان بالنسبة الى المشتري، كما لا يثبت في بيع من ينعق على المشتري (١).

و قال فخر المحققين في شرحه: الشهادة على الغير بعين في ملكه، يكون اقراراً من الشاهد من وجه؛ بمعنى أنه لو لم ينفذ شهادته و حصل يوماً من الدهر في يده بحيث لولا الشهادة لكان ملكه، تمخضت تلك الصيغة للاقرار، و حكم عليه بمقتضاها. فلو قال: انّ زيدا اعتق عبده غانماً، لم يحكم بحزّيته في الحال بمجرد قوله. فلو اقدم على شرائه قال الشيخ في المبسوط يصحّ الشراء. و الظاهر أنه يريد في الظاهر.

الى ان قال: و قال قوم أنه ليس بشراء، بل افتداء. لأنّ البيع عقد مركب من جزئين؛ ايجاب و قبول، و صحّته بصحتهما و فساده بفساد احدهما. و القبول غير صحيح بالنسبة الى البيع لاعتراف المشتري بحزّيته و امتناع شراء الحرّ. و التحقيق ما قاله المصنّف و هو أنه يجتمع (٢) فيه المعنيان جميعاً؛ فهو بيع من جهة البائع لا محاله. و فداء و استيفاء (٣) من جهة المشتري. للحكم على كل باقراره عملاً بعموم الخبر. انتهى (٤).

بل الشيء الواحد قد يكون قابلاً لكونه اقراراً على نفس المخبر و على غيره باختلاف الاحوال، مثلاً: الطلاق ماهيته مشتمله على امور: مثل قطع سلطنه الزوج على الزوجه، و مثل سقوط حق القسم و النفقه، و نحو ذلك. فالاقرار بالطلاق من الجهة الاولى، مرّة [يكون]

ص: ٤٣

- ١- ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد، ج ٢ ص ٤٣٧. طبع كوشانپور- و فيه «يعتق على المشتري» بدل «يعتق على المشتري».
- ٢- و في النسخة: «و هو أنه لا يجتمع». و الصحيح ما في طبع كوشانپور.
- ٣- و في طبع كوشانپور: «استنقاذ».
- ٤- ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد، طبع كوشانپور، ج ٢ ص ٤٣٧-٤٣٨.

اقراراً حقيقياً<sup>(١)</sup>؛ كما لو كان قطع السلطنة مبغوضاً له حين الاقرار و تكون المواصله محبوباً له. و كذلك في جانب المرئه فاذا كان المفارقه مطلوبه للزوجه و تكون راضيه بترك القسم و النفقه و يكون الزوج مكرهاً للطلاق، فربما تدعى هي الطلاق. فاذا اقر الزوج بالطلاق فحينئذ يكون اقراراً على نفسه، لا- على الزوجه. و اذا كان الزوج راغباً الى الفراق، و الزوجه مكرهه فليس ذلك اقراراً<sup>(أ)</sup> على نفسه من جهه قطع السلطنة.

و كذلك الاقرار بالرجعه في العده؛ قد يختلف الحال فيه بالنسبه الى حال الزوجين؛ فقد يصير دعوى الرجوع اقراراً على النفس، و قد يكون على الغير، فيختلف الحكم باختلاف الموارد. فيظهر من جميع ذلك ان مثل الطلاق و الرجعه، ممّا [قد] يكون امره بيد شخص واحد فقط، و [قد] يكون مركباً من امور قد يختلف ثبوت مقتضاها بالنسبه الى الزوجين؛ فيكون اقراراً على النفس من جهه فيسمع، و اقراراً على الغير من [جهه] اخرى، فلا يسمع. و الجهتان ايضاً قد يتعاكسان كما مرّ.

قال الشيخ في المبسوط في كتاب الرجعه في مسئله ما لو اختلفا فقال الزوج: طلقتك في شوال. و قالت: لا- بل طلقنتي في رمضان. فالقول قوله مع يمينه. لان الاصل عدم الطلاق. و ان كانت بالعكس من هذا؛ فقال الزوج: طلقتك في رمضان. و قالت: لا- بل في شوال. فالقول قولها، لانه يطول<sup>(٢)</sup> على نفسها العده غير انه تسقط النفقه من الزوج فيما زاد على ما [اقر به]<sup>(٣)</sup>، الا ان [تقيم]<sup>(٤)</sup> بينه، كما اذا اختلفا فقال الزوج: طلقتك قبل الدخول. و قالت: بعد الدخول. فاننا نقبل قول الزوج في سقوط نصف المهر، و نقبل قول الزوجه في وجوب العده،

ص: ٤٤

١- اي قد يكون اقراراً حقيقياً.

٢- والصحيح: تطول - كما في المبسوط.

٣- و في نسخه: ما يريد.

٤- و في نسخه: يقيم.



لأنه يضربها(١).

و مثله كلام ابن البراج وغيره على ما نقل عنهم.

فان قلت: أنا و ان سلّمنا انّ التّسميه بالاقرار على النفس و على الغير يختلف باختلاف الحثيات، فانّ الإخبار عن سقوط التسلّط [على الزّوجه، مثلاً- اقرار على النفس. و الإخبار عن سقوط حقها من النفقه، اقرار على الغير. و كذا الكلام فى اللفظ الدالّ على ذلك الاخبار. فاذا اخبر عن المطلبين بانّ(٢) سلطنتى(٣) قد انقطعت عنها و(٤) بانّ حقها قد سقط عنى، فلا ريب فى انّ الاول اقرار على النفس و الثانى اقرار على الغير.

و اما لو اخبر عن ذلك بقوله: اتى طلقتها فى العام السابق. فلا نسلم دلالتة الاّ على سقوط سلطنته عنه. اذ ليس معنى هذا الكلام بالدلالة الاصلية المقصوده بالذات الاّ ذلك؛ لانّ معنى الطلاق و مهيتته أنّما هو اسقاط السلطنه عليها.

و دلالتها على [سقوط حقها عنه من باب الدّلاله الطبيعیه بدلاله الاشاره. فلا يدلّ هذا اللفظ على الاقرار على الغير بالدلاله الاصلية.

و اما ما ذكرت من كون الاقرار بحريه عبد الغير(٥) اقراراً على النفس، فهو أنّما يسمّى اقراراً على النفس باعتبار(٦) زمان تملكه للعبد بعد ذلك و صيروره امره اليه فى الزّمان المتأخر عن صدور هذا اللفظ عنه. و ما اشبه ذلك كاحكام الصّبيّ الجاربه عليه بعد البلوغ

ص: ٤٥

١- المبسوط، كتاب الرّجعه، ج ٥ ص ١٠٢ طبع مكتبه المرتضويه.

٢- و فى النسخه: بقوله.

٣- ما بين العلامتين، نقلناه من هامش النسخه الى المتن.

٤- و فى النسخه: او.

٥- نقلنا ما بين العلامتين من الهامش.

٦- و فى النسخه: و اعتبار.

باعتبار الاسباب الحاصله قبله، كوجوب الوضوء للحدث السابق على البلوغ.

و لَمَّا كان حقيقه الاقرار على النفس هو الإخبار بثبوت حق الغير عليه، او سقوط حق له على الغير، و كان الطلاق و ماهيته الاصلية هو ازاله قيد النكاح و قطع سلطته على الزوجه الثابته بالنكاح و كان امره(١) اليه بعد وقوع النكاح، فكان الاخبار بوقوعه اذا صدر عن الزوج اقراراً و عن الزوجه ادعاءً. و لا يلاحظ التوابع و اللوازم الخارجه من المهيه.

فالطلاق و الاخبار به، كالعتق و الاخبار به. و اذا كانا معاً من الايقاعات و امرهما الى واحد (و مقتضى الاول فك ملكيه البضع، و الثانى فك ملكيه الرقبه) فلا يلاحظ(٢) الحقوق الثابته مع بقاء الملكيه على الزوج و المولى حتى يصير الاقرار بزوالها اقراراً على الغير.

و اما ما ذكرت اخيراً من مدخلية الحب و الكراهه فى التسميه بالاقرار و الدعوى، فلا دخل لهما، و لذا لم يؤخذ فى احدهما.

قلت: لا- يجدى ما ذكرته فى بيان ما رمته، و لا يضرننا اصلاً. اذ غايه ذلك أنه بالاخبار عن الطلاق لا يُثبت حقاً للزوجه لاجل النفقه مثلاً. لا أنه يُثبت عدمها.

و نحن ايضاً لا- نقول بانّ الاقرار بالطلاق بالنسبه الى النفقه ينفعنا، بل نقول أنه لا يضرننا. و اما ثبوت النفقه فهو حاصل بثبوت الزوجيه السابقه المسلّمه. بل المدلول عليها ضمناً بالاقرار بالطلاق ايضاً. و انت ايضاً اعترفت بأنه لا يلاحظ هذا على ما من شأنه الضرر، يعنى انّ اقرار العاقل بما من شأنه الضرر على النفس لو حكم به الشارع، محكوم بأنه لازم.

ثم: لا يخفى الفرق بين «فلان أقَرَّ على نفسه» و «شهد على نفسه» و «أشهد على نفسك» و «قل على نفسك» و «أقرَّ على نفسك»، و بين قولهم «اقرار العاقل على نفسه

ص: ٤٦

١- اى امر الطلاق.

٢- و فى النسخه: و لا يلاحظ.

جائز». لأنّ الأول إمّا اخبار عن وقوع نوع من الاقرار على المعنى الاعم، او امرٌ بنوع منه. و الثاني بيان الحكم لنوع خاص منه. فمعنى «اقرار العاقل على نفسه لازم» أنّ هذا النوع من الاقرار الموصوف بكونه على النفس، حكمه اللزوم. فيصير الظرف مستقراً (١) جزءاً، لأنّه بمنزله الصّفه او الحال، و متعلقه عام؛ يعنى اقرار العاقل الحاصل فى ضمن كونه على النفس، حكمه اللزوم. بخلاف الصّور السابقه؛ فأنّه لا يتصوّر فيها (٢) معنى الوصفية او الحائيه او الخبرية (٣). فلا يمكن كونه ظرفاً مستقراً. و ظنّى أنّ هذا واضح لا يخفى على من تأمل فيه ادنى تأمل.

فاذا تأملت فيما ذكرنا بنظر ثاقب و فكر صائب، علمت أنّه لا يمكن الجمع بين الاستدلال بهذه الروايه مع الايه و الروايه الاخرى (خالياً عن كل عيب عدا البعد اللفظى) الآ على اول الوجهين اللذين ذكرنا هما.

ثمّ على الوجه الاخر و ان كان اقرب لفظاً. و اما جعل الظرف لغواً متعلقاً ب- «الاقرار» فلا يصحّ بوجه.

هذا كلّ مع أنّه يتمّ مطلوبنا على هذا الوجه ايضاً، فأنّا وان نمنع حجّيه مفهوم الوصف او اللقب، ولكن قرينه المقام يفيد ذلك كما اشرنا.

لا يقال: أنّ الاستدلال بالايه و الروايه المساوقه لها، ليس لاثبات اللزوم، بل أنّما هو لاثبات المشروعيه، كما صرّح به فى الدروس و غيره.

لأنّنا نقول: لا معنى لتصدّى الفقيه للاستدلال على أنّ الاقرار و قول الحق، هل هو جائز

ص: ٤٧

١- يحتمل: مستتراً. - كما اظهر الظرف المستتر بعد جملتين بقوله: فى ضمن كونه. - و هكذا تكرر هذا اللفظ بعد سطرين - لكنّ ما فى المتن اظهر، لدلاله قوله «جعل الظرف لغواً».

٢- و فى النسخه: فيه.

٣- و فى النسخه: الخبيرته.

و مشروع ام لا. لكون حسن الصدق و بيان الواقع، من البديهيّات الاولى. بل المراد من الشرعيه هو الاعتبار و الصّحّه اعنى ترتّب الاثر. كما عتبر بهما فى التذكّره و غيرها.

و الحاصل: انّ ثبوت مال الغير فى ذمّه احد فى نفس الامر، موجب لوجوب الرّد فى نفس الامر. فاذا ثبت ذلك بعلم الحاكم او البينه (١)، فيحكم بوجوب الرّد ظاهراً ايضاً (٢).

و اما أنّه هل يحكم بوجوب الرّد بسبب الاقرار و ان لم يكشف عن نفس الامر، ام لا؟-؟ و هل يترتب حكم و جوب الرّد على هذا مثل ما يترتب على العلم و البينه، ام لا؟-؟ فهذا هو الذى بيانه شأن الفقيه. و لذلك ذكر العلامة فى التذكّره (بعد الآية (٣) و الزوايه) الاحاديث التى دلّت على ترتّب الحكم؛ مثل حكايه امر النبيّ (صلى الله عليه و آله) بالرّجم بعد اقرار ماعز [بن مالك] بالزّناء. و ما فى معناها، فلاحظ.

لا يقال: انّ من اقرّ بكون ما فى يده خاصه مغضوباً من زيد، يحكم عليه و على كل ما تعاقبه من الايدى (مثل الودعى و الوصى و الوارث) بوجوب الرّد. فلا اختصاص لنفسه به، و يسقط به كل حق مالى يتوجه اليه مثل نفقه و اجب النفقه و حق الغريم.

و اذا اقرّ المولى بعق عبده المدعى للعق، نفذ فى حقهما و فى حق الوصى و الوارث. و اذا اقرّ الاب بنكاح الصغير، نفذ فى حق الجسد، كعكسه. و اذا اقرّ ذوالحق بوصول حقه اليه، نفذ فى حقه و فى حق من عليه الحق فيسقط عنه تكليف الوفاء. الاّ ان يُعلم عدمه. و ربما لا يجوز له الوفاء اذا صادمه حق آخر يجب وفائه. و كذا ساير الاقارير.

ص: ٤٨

١- و فى النسخه: البينه.

٢- اى كما يحكم به فى نفس الامر.

٣- و فى النسخه: بعد الامر.

لأننا نقول: يد الودعي و الوصي، هو يد المقر و ليس مغايراً له. اذ تصرفهما في المال ليس إلا باذنه و بملاحظه يده، و لا يتصور ضرراً عليهما باقراره.

فان قلت: انّ وجوب الرد تكليف و ضرراً، سيّما اذا اقتضى تعباً و مشقة، و سيّما اذا تلف بما يوجب الضمان و وجب الرد عوضه.

قلت: هذا التكليف انما نشأ من اليد، فانّ عليها ما اخذت حتى تؤدى و ان لم يكن عالماً بالغضب، فيجب ردها على زيد ان صدّقه، و الا فهو امانه شرعيّه يجب العمل بمقتضاها. و لذلك لا نقول بالوجوب لو لم يقع في يده. و مرادنا من المفهوم انّ ضرر الاقرار من حيث هو، لا- يتوجه الى الغير، لانه لا يترتب عليه حكم على الغير مطلقاً. و الا فالغالب ان الاقرار على النفس يستلزم نفع الغير. فليس المراد انحصار مطلق ما يترتب على الاقرار في النفس. و هذا واضح.

و اما الوارث فلم يثبت له حق قبل موت المورث، و انما ينتقل اليه ما بقى في ملك المورث حين الموت. مع ان نفوذه في حقه لا يجامع عدم نفوذه في حق الغير؛ و الاول مقدم بالفرض فليعمل على مقتضاه، و بعد العمل عليه لا تبقى للعمل على الاخير صورته امكاناً. و ليس ذلك من باب الاقرار بالمال المشترك بينه و بين غيره، لثالث. كما لا يخفى. و الكلام في وجوب الرد كما مرّ.

و اما سقوط [حق] من له عليه (1) حق مالي: فسقوطه بمجرد ذلك ممنوع. فغايه الامر ان الغرماء و ذوى الحقوق (2) لو ادعوا عليه الكذب، يقدم قوله. و ذلك ليس معنى سقوط حقهم.

ص: ٤٩

---

١- اى على ذمه المقر.

٢- كمن يجب نفقته على المقر.

اذ معنى سقوط الحق به (١)، استقلاله (٢) فيه (٣). واما في صوره الدعوى فلا يسقط الا باليمين (كما سيجيء الكلام في امثاله). و القول بان المراد انه يسقط به الحق في الجملة و لو كان جزء السبب، خروج عن المبحث. لان (٤) الظاهر من الحكم بالسقوط بالاقرار، السببه التامه.

و يظهر مما ذكرنا، الكلام في العبد، حرفاً بحرف؛ و سقوط (٥) نفقه العبد انما هو لاجل ادعائه العتق المستلزم لاقراره على نفسه بالنسبه الى النفقه. و كذلك الكلام في النكاح؛ اذ قد ينجر الى الدعوى، و قبول القول مع اليمين ليس معنى نفوذ الاقرار، كما لا يخفى و قد اشرنا اليه آنفاً. و يظهر بالتأمل فيما ذكرنا، الجواب عن باقى الامثله.

و بالجملة: مرادنا من دعوى الحصر، ان اقرار العقلاء نافذ اذا كان على انفسهم، لا اذا كان على غيرهم. و ليس المراد ان اقرار العقلاء على انفسهم لا- يفيد الا- ذلك، و لا يثبت به شئى آخر حتى ثبوت ذلك الحق بعينه للغير و ما يترتب عليه و نحو ذلك ايضاً. و هو واضح.

و ربما يُحمل الخبر على ان المراد منه ان اقرارهم على انفسهم فيما يتعلق بهم نافذ مطلقاً؛ فبالنسبه اليهم اصالة و بالنسبه الى غيرهم فيما يترتب عليه تبعاً. و على هذا بناء الاقارير. فالتصرف المقر به اذا كان مما يشارك المقر، فيه غيره (كعقد النكاح مثلاً) لم ينفذ الا في حقه خاصه. و ان كان مما يختص به، نفذ بالنسبه اليه اولاً و بالذات، و بالنسبه الى غيره ثانياً و بالتبع. و على هذا فحكم التصرف بقسميه حكم العين التى عليها يد المقر خاصه او مع غيره.

ص: ٥٠

١- اى بالاقرار.

٢- اى باستقلال الاقرار فى كونه سبباً للسقوط.

٣- اى فى السقوط.

٤- و فى النسخه: ان.

٥- و فى النسخه: سقوطه

و لَمَّا كَانَ كُلٌّ مِنْ بَقَاءِ النِّكَاحِ وَ إِزَالَتِهِ بِالطَّلَاقِ حَقًّا مُخْتَصًّا بِالزَّوْجِ [و] لَهُ الْوَلَايَةُ عَلَيْهِ لَا غَيْرَ، فَاقْرَارُهُ حِينَئِذٍ بِالطَّلَاقِ أَقْرَارٌ عَلَى حَقِّ نَفْسِهِ وَ إِخْرَاجٌ لِأَمْرٍ [هـ] (١) مِنْ يَدِهِ. فَإِذَا سُمِعَ كَانَ ثَابِتًا مُطْلَقًا وَ لَا مَعْنَى لِلتَّفَرُّقِ الْمَذْكُورِ أَصْلًا.

أقول: (٢) قد يكون الطلاق موافقاً لغرض الزوج، فلا يكون اقراراً على النفس. كما يكون اقراراً عليها لو تجدد شوقه الى وصالها و ندم على فراقها. و لا ريب ان الطلاق مما يتعلّق به. فكيف يقال: معنى قوله (عليه السلام) «اقرار العقلاء على انفسهم جاز» ان اقرارهم على انفسهم فيما يتعلّق بهم جاز مطلقاً بالنسبة اليهم اصالةً، و بالنسبة الى غيرهم تبعاً؟ و لا ريب ان الطلاق من حيث هو طلاق، ليس بمعنى الاقرار على النفس. و ان جعل المراد منه هو الحثييه (٣) التي هي اقرار على النفس، فلا معنى للتعميم و القول بانّه مسموع بالنسبة اليه بالاصاله و بالنسبة الى الغير بالتبع.

فان قلت: مراده ان الاقرار بالطلاق، اقرار بما يتعلّق به و في يده؛ و معناه ازاله قيد النكاح و حق ملكيه البضع. كما ان العتق متعلق بالمولى و في يده، و معناه ازاله حق الملك و فكّ رقبه العبد عن العبوديه.

فاذا زال هذا القيد يزول لوازمه. و لا ينافي ذلك ترتب حق اخر (للزوجه و العبد) على حق ملكيه البضع و الرقبه مادام ثابتين. و كما ان الزوجه كالبايعة بضعها بعوض الصداق (لا شئ اخر من النفقه و غيرها و لا دخل لغير تملك البضع في عوض الصداق في حقيقتها) فالطلاق المختصّ بالزوج هو قطع ذلك الملك. فلا يبقى شئ اخر.

ص: ٥١

١- و في النسخه: هـ.

٢- جوابٌ و ردٌّ على «ربّما يُحمل الخبر...».

٣- و في النسخه: الجنييه.

قلت: قد ظهر مما ذكرنا سابقاً، الجواب عن ذلك؛ و نقول: هنا ايضاً لا يخفى ما فيه من الخلط؛ فانّ كون معنى الطلاق ازاله قيد النكاح و حق ملكيه البضع، لا يستلزم كون الاقرار به معناه ذلك. و كذا الكلام في العتق.

قولك: و لا ينافي ذلك الخ..، فيه أنّه اذا قبلت الترتب مادام الحقان ثابتين، فما الذي رفع الحقين حتى لا يرتب عليهما حق اخر. و المسلم (١) رفعهما أنّما هو اذا تحقق الطلاق و العتق في الخارج، و لا نسلم رفعهما (٢) بالاقرار. لأنّ للزوجه و العبد انكار وقوع الطلاق و العتق. و الاقرار أنّما يُسقط ما يختصّ بالمقرّ و يتضرّر به، لا ما هو حق لآخر (٣) بالعقد الثابت من النكاح و شراء العبد.

و اما القول بعدم دخول شئى اخر في حقيقه النكاح الا تمليك الزوجه بضعها بعوض الصداق. فهو ممنوع اذ وُضع النكاح الدائم لحصول النسل و قطع الشهوه باستمتاع كل منهما من الاخر. فيستحق الزوجه مضافاً الى الصداق، التمتع من الزوج و لو كان محدوداً في المضاجعه و المواقع. كما ان في جانب الزوج ايضاً محدود بغير حال الحيض و نحوها. و كذلك طلب النسل فلا يجوز العزل بدون اذنها. و قد عرفت منع انحصار مهية الطلاق في رفع السلطنة ايضاً.

و بالجمله: هذا الحمل مضطرب غايه الاضطراب، لاستلزامه «القاء ما ذكره الحكيم في اللفظ و تقدير ما لم يذكر» (٤). اذا المقصود (على هذا) بيان انّ الاقرار بما يتعلّق بالمقرّ و يختصّ به كالطلاق، موجب لامضائه و مسموعيته و ترتب احكامه عليه. و لا ريب ان الطلاق

ص: ٥٢

١- و في النسخة: و في المسلم.

٢- و في النسخة: دفعهما.

٣- و في النسخة: حق الاخر.

٤- استمساك بقاعده «مقدمات الحكمه».



هو المهية التي من شأنها منع الزوج عن التسلط على الزوجه و اسقاط حقوق الزوجه عنه. فاذا سُمع ذلك و أمضى فلا فرق بين الامرين بان يكون احديهما بالاصاله و الاخر بالتبعيه. بل هما مسموعان بالاصاله. و حينئذ فيكون قيد «على انفسهم» لغواً.

و ان اريد ان سماع ذلك اّما هو من جهه حصول الاقرار على النفس. ففيه: اّنه اّما ان يكون سماعه من جهه انه نفس الاقرار على النفس، ف- (مع اّنه باطل لانه مركب منه و من الاقرار على الغير) اّ هذا التقدير من دون قرينه عليه، غير صحيح في كلام الحكيم.

و اّما ان يكون سماعه من جهه اّنه مشمول على الاقرار على النفس، فإّما ان يراد من الجهه الحيثيه التقيديه، فكيف يقتضى سماعه من هذه الحيثيه، سماعه من الجهه الأخرى و ان كان تبعياً ايضاً. اذ معناه حينئذ اّنه يسمع من هذا الطلاق ما هو اقرار على النفس بعينه و هو اسقاط التسلط عليها لا غير مثلاً. فيصير الحديث حينئذ لنا لا علينا. و اّما ان يراد من الجهه الحيثيه التعليليه، فهو يستلزم ان يُسمع كلّما وجد فيه هذه العله و ان كان من حيث احد جزئيه، فالنكاح (١) ايضاً مشتمل على الاقرار على النفس بالتزام حقوق الزوجه. و الاّ لم يكن العله عله، بل هي مع كونها في ماده مختصّ بالمقرّ، عله. و هذا ينافي حقيقه العليه. كما لا يخفى.

و ان قلت: لا- يستلزم لغواً و لا- تقديراً، فان المقيد و هو الاقرار المقيد ب- «على انفسهم»، باق على حاله، و الحكم المطلق بالجواز (٢) باق على اطلاقه. يعنى يجوز على النفس و على الغير. فانّ الاقرار ان حمل على المصطلح، فالقيد للتاكيد على اى حال، و لا يكون لغواً. و الاّ فللتأسيس على اى حال. و المراد ان اقرارهم على انفسهم نافذ مطلقاً. فان اقتضى اسقاط

ص: ٥٣

١- و في نسخه: كالتاح.

٢- اى الحكم المطلق بنفوذ الاقرار.

حق للغير ثابت، على وجه التبعية. فسماع ذلك أنّما هو من جهة انه اقرار على النفس بالاصاله و على الغير بالتبع، فهو اقرار مشوب بالدعوى.

قلت: ان الحكم بالجواز المطلق(1) على اطلاقه، مع ما ذكرت (من التفصيل باراده اسقاط ما عليه بالاصاله و ما على الغير بالتبع) تناقض. و اما بقاء الاقرار المقيّد بما له: ففيه ايضاً ان اريد المعنى المصطلح و كان القيد للتأكيد، فهذا اوضح شاهد على أنّ السماع انما هو بالنسبه الى ما هو على نفسه، لا ما هو على غيره، اصله كان او تبعاً. و ان حمل على المعنى اللغوي، فالامر اوضح. لان التقييد ب- «على انفسهم» حينئذ بمعنى التعليل او الاجتراء(2) عما كان على غيرهم. فما اقتضائه اسقاط [حق] الغير الثابت على وجه التبعية؟

فقولك: ان سماع ذلك أنّما هو من جهة انه اقرار على النفس بالاصاله و على الغير بالتبع، اول الدعوى و لا برهان عليه، سيّما مع اعترافك بانه مشوب بالدعوى. و الدعوى مما لا يثبت الحكم بمجردھا.

و يرد عليه ايضاً ان «اقرارهم على انفسهم» ليس له نسبتان، بل هو امر واحد. و انما النسبتان لنفس الطلاق مثلاً، اي المُقرّبه. و هو ليس نفس الاقرار على النفس.

و اما التفرّيع بقوله «فالتصرف المقرّبه..»(3)، فهو يشعر بان العله هو كونه مما يتعلق به و يختصّ به، يعنى اذا كان المقرّبه مما يختصّ بالمقر فاقارره نافذ فيه سواء كان له او عليه. و اذا كان مشتركاً مع الغير فلا يُسمع الا ما كان اقراراً على نفسه. و هذا اعتراض عن ملاحظه عليه الاقرار على النفس رأساً. و لا ادري كيف يصير معنى قوله(عليه السلام): «اقرار العقلاء على

ص: ٥٤

١- و في النسخه: ان الحكم بتبعاً الجواز.

٢- لعلّ فرقاً بين «الاجتراء على ...» و بين «الاجتراء عن ...»- كما بين «الرغبه على ...» و بين «الرغبه عن ...».

٣- لا يذهب عليك؛ ارجع المصنف(ره) البحث، بعد مقال مشروح طويل، الى اول مبحث «ربما يحتمل الخبر..» فراجع.

انفسهم جازي» ان الاقرار اذا كان فيما يختص به فيسمع سواء كان له و عليه، و اذا كان فيما يشترك معه غيره فلا يسمع الا ما كان عليه. مع ان ذلك محض دعوى، لا دليل عليه.

و ايضاً: فلا- ريب انه لا- يمكن الحكم بترتب اثر الطلاق او النكاح في الواقع، الا مع فرض تحققهما في الخارج بتمامهما. فما (1) يُسمع من الاقرار في حق المقرّ بالنكاح (2) ظاهراً، ليس من جهة سماع الاقرار بالايجاب فقط، او القبول فقط، حتى يترتب عليه ثمره احدهما فقط. اذ لا ثمره لاحدهما فقط، ابدأً. فبعد فرض تحقق الاقرار بالمجموع فيرجع القبول و عدم القبول (3) الى كونه اقراراً على النفس و على الغير. و هو كما يختلف فيه [فيما] كان مشتركاً بينهما، يختلف ايضاً فيما يختص باحدهما. فلا وجه للفرق بينهما. فظهر بذلك ان تقدير قوله «فيما يتعلق به» لا دليل عليه، بل فاسد جزماً و موجب لالغاء (4) قوله (عليه السلام): «على انفسهم»، او تخصيص الروايه بمثل الطلاق و العتق.

فان قلت: انه لم [يبتن] (5) كلامه على التقدير الصناعي، بل استنبطه عن لفظ الروايه، كسائر المدلولات الالتزاميه.

قلت: ان قوله «فيما يتعلق بهم»، اما يراد به المعنى المساوق لقوله «على انفسهم»، فيصير تأكيداً بعد تأكيد، اذا اريد من الاقرار، المصطلح. فلا- مجال لاراده النفوذ بالنسبه الى الغير تبعاً ايضاً. و كذا لو اريد معنى اللغوى. لا هما مفيدان له (6). او يراد به ما يختص بالمقرّ، كالطلاق و

ص: ٥٥

١- حرف «ما» موصوله و مبتدأً و جوابه: ليس من جهة...

٢- و في النسخه: قى حق المدعى النكاح.

٣- اى تنفيذ الاقرار و عدم تنفيذه.

٤- و في النسخه: لالقاء.

٥- و في النسخه: لم يبين.

٦- اى المعنى الاصطلاحى و المعنى اللغوى لا يفيدان لهذا القائل. او: كلا المعنيين لا يفيدان ما اراده القائل.

العتق، لا- ما يشترك بينه و بين غيره. فحينئذ لا- مناص عن التقدير الصناعي الذى لا دليل عليه و هو خلاف الاصل و الظاهر و موجب لتخصيص الروايه بمثل الطلاق والعتق و اخراج غيره من الاقارير الوارده على العقود و المعاملات. و هو كما ترى.

و قوله: «و على هذا فحكم التصرف الخ...»، هذا قياس مع الفارق. اذ الاقرار للغير فيما لا يشاركه احد فى اليد، اُتْمَا يُسْمَعُ فى الكل، لانه اقرار على النفس فى الكل. بخلاف ما لو شاركه غيره، فانّ اقراره لثالث، اقرار على النفس و على الغير الذى هو شريكه فى اليد. و الطلاق و نحوه (مما يختص به) مشتمل على ما هو حق له و لغيره معاً. فالاقرار به اقرار على النفس و على الغير. هذا خلف.

قوله: «و لما كان... الى آخره»: فيه ان ثبوت الولاية عليه و اختصاصه به لا يوجب كونه اقراراً على نفسه. كما لا يخفى بل هو اقرار على النفس (1) من حيث هو قاطع لتسلطه، و اقرار على الزوجه من حيث انه مسقط لحقوقها.

اذا عرفت هذه المقدمات فاعلم: ان الاشكال فى المسئله فى مقامين: الاول: انّ حكم المرثه بينها و بين الله اى شىء؟ و كيف حكم غيرها من باب الحسبه-؟ و الثانى: ان المخاصمه بين الزوجين كيف يرتفع؟ و كيف حال المرافعه اذا تنازعا-؟

اما المقام الاول: فنقول: ان علمت المرثه بصدق الزوج، فلا بد ان تقبل قوله، و يسقط عنه حقوقها كما يسقط حقوقه. و يجوز لها التزويج بغيره. و لا يجوز لغيرها (2) مباشره امر تزويجها، و ليس له منعها من باب النهى عن المنكر. و لا اشكال فى شىء من ذلك.

ص: ٥٦

١- و فى النسخه:.. على النفس و على الغير.

٢- و فى النسخه: و يجوز له التزويج بغيره ولا يجوز لغيرهما.- و له وجه بعيد.

و ان علمت كذبه، فلا- يجوز لها قبول قوله و تزويجها بالغير(١). و اما فى اسقاط حقوقها فلا شبهه فى عدم سقوطها فى نفس الامر. و لكن الامر فى اسقاطها بيدها. و هى مختاره فى الاخذ (بالاستعلاء الى الحاكم، او التقاص، و نحوهما) و عدمه. الا ان يزاحمه واجب مثل الاضطرار الى النفقه بحيث يتوقف بقاء الحيوه باخذها و نحو ذلك، فيجب عليها المطالبه حينئذ. و اما حقوق الزوج، فقد اسقطه هو باقراره. اذ اقرار العقلاء على انفسهم مسموعه.

نعم: لو كذب نفسه و طالب حقه، فعلى المرثه ان يوفيهما بينها و بين الله و ان لم تكن ماخوذه عليها فى ظاهر الشرع.

و اما اذا كانت جاهله بالحال ولم يكن الزوج متهماً، فلا يجوز تكذيبها اياه. لحرمة اتهام المسلم و تكذيبه من دون حجه. و الظاهر انه يجوز لها قبول قوله ان كان(٢) ثقه. و المراد بالجواز هنا ما يشمل الوجوب، يعنى يجب تصديقه فلا يجوز لها مطالبه حقوقها منه(٣). و يجوز لها التزويج و نحو ذلك. و كذلك يجوز لغيرها(٤) المباشرة فى امر تزويجها بالغير و اجراء الصيغه من قبلها و نحو ذلك. و ذلك لان ذلك اخبار صدر عن مسلم ثقه.

و قول المسلم و ان كان محمولاً على الصدق حقاً، الا انه اذا عارضه شئى اخر (مثل قول مسلم اخر، او اضرار، او اشتغال ذمه) فلا بد من النظر فيه. فنقول فيما نحن فيه: ان لوحظ كونه اخباراً عن ضرر نفسه، فيسمى بذلك اقراراً، و يسمع على نفسه بالخصوص. فانه مع انه اخبار مسلم، معتضد بالاعتبار و هو ان العاقل لا يكذب على نفسه بشئى يضره. فهو خبر و

ص: ٥٧

---

١- و فى النسخه:... قوله و جواز تزويجها بالغير.

٢- و فى النسخه: ان كانت.

٣- و فى النسخه: منها.

٤- و فى النسخه: لغيرهما.

اقرار معاً. و ان لوحظ من حيث انه اخبار بما يوجب فك وثاقه و زوال استصحاب ممنوعيتها عن تزويجها بغيره، فان كان ثقه فيجب قبوله. لانه خبر صحيح و خبر الواحد حجه شرعيه اذا لم يعارضه ما هو اقوى منه او مساو له. بل لا يبعد الاكتفاء بمحض حصول الظن و الوثاقه و ان لم يكن المخبر عادلاً، كما هو الاظهر عندى فى خبر الواحد(١).

بل لا يبعد حينئذ الاكتفاء بعدم الاتهام. بل هو متعين. لان ما دل على حمل قول المسلم على الصحة، اقوى من هذا الاستصحاب. و يرشدك الى هذا تتبع ابواب الفقه؛ مثل قبول خبر من يخبر باشتراء مال الغير، يجوز ذلك اشتراؤه عنه و ان كنت عالماً بكونه بالامس مال الغير. و يجوز اجراء الصيغه دواماً بخامسه و كالتألمن اخبر بموت رابعته، مع علمك بكونه صاحب اربع. و كذلك باحدى الاختين اذا اخبر بموت الاخرى او طلاقها و ان كنت عالماً به(٢).

و كذلك لنفس الخامسه و الاخت يجوز التزويج باخبار الزوج عن موتها او طلاقها. و من هذا القبيل قول القاسم و المترجم و نحوهما. و جواز العمل بقول المطلقه ثلاثاً لزوجها: انى زوجت و حللت لك نفسى. و المشهور حكموا باستصحاب كونها ثقه، موافقاً للصحيحه الوارده فيه(٣). و كذلك العمل بقول كل امرئه تدعى فوت زوجها، او طلاقه اياها، كما هو المشهور. الى غير ذلك من المواضع التى لا حجه الى ذكرها. و الاستصحاب المانع هنا موجود فى كل المذكورات. مع ان اصل ذلك الاستصحاب فى الاغلب ناش اما من فعل مسلم او قوله. فكما انا نكتفى فى اصل المزواجه و الملك و غيرهما بقول المسلم و نحكم

ص: ٥٨

١- هذا مما انفرد به المصنف(ره) و اشتهر فى الالسن.

٢- و فى النسخه: عالماً به بكون.

٣- الوسائل: كتاب الطلاق، ابواب اقسام الطلاق و احكامه، ب ١١ ح ١.

بصحتها(١) فكذلك فى قطع انسحابهما(٢). فاذا وجدنا رجلاً و امرئه يعترف كل منهما بالزوجيه بينهما، نحكم بصدقهما، فيسمع قول كل منهما فى ادعاء قطع علاقته عن الاخر(٣) ايضاً، ما لم يعارضه انكار الاخر.

و الحاصل: ان اخبار المسلم ان كان على ضرر نفسه، فهو بعنوان الاقرار. و ان كان على ضرر غيره لاجل نفسه او من يقوم مقامه، فهو خبر بعنوان الدعوى. و ان كان يُثبت حقاً [لغيره، فهو خبر بعنوان الشهاده. و ان كان يثبت حكماً](٤) لا يعارضه غيره من الامور المذكوره و ليس له مزاحم بالفعل، فهو خبر محض و ان كان قد يصير اقراراً. كما مرّ الاشاره اليه.

و ما نحن فيه حينئذ من هذا القبيل؛ فلا بد ان يسمع فيه اذا لم يكن متّهماً، اذ هو خبر مسلم لا معارض له، سيما اذا اسقطت المرثه حقها و لكن تريد ان تعرف جواز تزويجها بالغير. [فلها الجواز] اذ الامر الذى كان مانعاً عنه، هو يد الزوج عليها و كونها زوجه له، و المفروض ارتفاعها باقراره. فاقرار الزوج متضمّن لامور: احداها اقرار على نفسه باسقاط سلطنته عليها. و الثانى اخبار بسقوط حقوقها. و الثالث كونها خاليه عن المانع بحيث يجوز لها التزويج بغيره بينها و بين الله.

و الاول سقط باقراره من حيث انه اقرار على نفسه. و الثانى باسقاط المرثه حقها بالفرض. فيبقى اخباره عن خلّوها عن مانع التزويج، بلا معارض. و ان كان الزوج ثقّه، فالامر واضح، و الا فيجوز العمل به ايضاً و ان اعتبرنا عداله المخبر مطلقاً، اعنى حتى فى غير

ص: ٥٩

١- و فى النسخه: بصحتها.

٢- اى انسحاب المزواجه و الملك- الانسحاب: جرى شئ مع شئ. او جرى امر مع امر- و فى النسخه: انسحابها.

٣- و فى النسخه: الاخرى.

٤- نقلنا ما بين العلامتين من الهامش.

الحديث المصطلح، كما هو مورد آية النبأ من جهة المفهوم و اخذ العموم في مفهوم الخبر و مهيتته في مقابل الشهاده، غير مسلّم مطلقا. كما يستفاد من استدلالهم بالا-يه لحججه الخبر مع أنّ حدودها، الواقعه الخاصه. كما لا يخفى. و ذلك لان المسلم من اعتبار العداله أنّها هو اذا اريد بالخبر اثبات تكليف و شغل ذمّه، و يجوز ذلك مما يكون اقوى منه. و المفروض فيما نحن فيه عدمه، لعدم المعارض الاقوى.

و كيف كان: فالمراد بجواز العمل بقوله، وجوبه. كما هو المراد في جواز العمل بخبر الواحد. كما هو واضح.

و ما يتوهم أنّ الزوجه حينئذ مخيره بين التصديق و التكذيب؛ و ان صدقته فيجوز لها التزويج بالغير، و الا فلا. فهو بمعزل من التحقيق. اذ لا معنى لابتناء حكم الله على خيرتها المتغيره.

و مما يؤيد سماع قول الزوج حينئذ، هو الاخبار الوارده في قول الزوج للزوجه «اعتدى»<sup>(١)</sup>، في لزوم العده. و توهم ان قوله حينئذ يساوى مع قول الاجنبى لو اخبرها بالطلاق. فيه ما لا يخفى؛ اذ يد الزوج حينئذ مانعه عن امضائه، فيعتبر فيه العدلان. كما يعتبر في المدعى على ذى اليد في ساير الاموال و الحقوق. و الظاهر ان الاخبار بالنكاح ايضا كذلك، يعنى اذا اخبر رجل امرئ<sup>(٢)</sup> أنّ اباك قد زوجك اياى في حال صغرك. فلا مانع من القبول و التمكين. الا ان تدعى كذبه او تتهمه فترافع الى الحاكم.

و قد صرح بما يقرب مما نحن فيه سيد المحققين في شرح النافع في مسئله «ادعاء المطلقه ثلاثاً للطلاق و التحليل للزوج»، فقال يسمع لانه دعوى لا معارض لها، و لانّ قبول

ص: ٦٠

١- الوسائل، كتاب الطلاق ابواب مقدماته و شرائطه، ب١٦ ح ٢ الى ٥.

٢- و في النسخه: امراته.



قولها فى ذلك ليس بابعء من قبول قول ذى اليد فى انتقال مال غيره اليه، و نحو ذلك. مع اتفاقهم ظاهراً على قبوله، فتأمل. انتهى.

و ليس ذلك إلا- لعدم مقاومه استصحاب المنع، لما دلّ على لزوم حمل قول المسلم على الصّحّه. سيّما بالنسبه الى من يريد التزويج بمحض قول الزوج و سكوت الزوجه و جهلها بالحال.

و مما ذكرنا ظهر حال ما لو كان الزوج ثقّه او غير متّهم.

و اما لو كان متّهما فلا يبعد القول بجواز استماع قوله حينئذ ايضاً. اذ ليس ما يعارضه بالفرض إلا الاستصحاب. و لا تبعد لترجيح ما دلّ على حمل قول المسلم و فعله على الصّحّه مطلقاً، على هذا الاستصحاب. كما فى نظائره. نعم: يستحبّ الاحتياط و ترك التزويج للمرئّه حتى يظهر لها حقيقه الحال. كما تبّه (١) عليه فتوى المشهور فى المطلّقه ثلاثا و الصّحيحه الدالّه عليه (٢).

و اما المقام (٣) الثانى: و هو بيان حال المرافعه و المخاصمه: و هو إما بتكذيب الزوجه اياه صريحاً و قطعاً. و إما ادعاء ظن كذبه، او تقول انى لا اترك حقى و لا علم لى بسقوطه حتى يثبت على سقوطه فهو باق على حاله.

اما الصوره الاخيرّه (٤) فالظاهر عدم سماع دعويها. لانه ليس لها شىء يُعتمد عليها إلا الاستصحاب (و المفروض أنّها لا تنكر قوله و لا تكذّبه) فلا بدّ من تصديقه لما مرّ.

ص: ٦١

١- و فى النسخه: كما بيّنه.

٢- الوسائل، كتاب الطلاق، ابواب اقسام الطلاق و احكامه، ب ١١ ح ١.

٣- و فى النسخه: مقاله.

٤- اى اذا قالت انى لا اترك حقى.

و اما الصورة الثانية(١): فسماعها موقوف على سماع الدعوى الظنيه. و الاظهر عندى سماعها، فلها ان تُحلفه على عدم الكذب. و ليس له الرد كما حققناه فى محلّه.

و اما الصورة الاولى: فلاريب ان دعوى الزوجه مسموعه. و لكن الاشكال فى تقديم قول ايّهما(٢). و ما يتوهم من تقديم قول الزوج بلا يمين، فهو مما لا يلتفت اليه و الكلام فى انه يتوجه اليه او اليها؟-؟:

و لابد فى تحقيق المقام من تمهيد مقدّمه فى تحقق معنى المدعى و المنكر و بيان معنى قولهم(عليه السلام): «البينه على المدعى و اليمين على من انكر». فاعلم انهم عزّفوا المدعى بتعريفين: احدهما انه «من يُترك لو ترك». و الثانى انه «من يدعى امرأ خفياً بخلاف الاخر، فيكون الراجح هو قول الاخر» و الرجحان اما من جهه مطابقته للاصل او الظاهر. فاذا تواردا فلا اشكال. و ان كان موافقا لاحدهما دون الاخر، فيبنى على تقديم الاصل او الظاهر. فمعرفة المدعى و المنكر من فروع هذا الاصل.

و لعل ما يظهر من بعض الاصحاب- ان القول فى تعريف المدعى ثلاثة: احدها «من ترك لو ترك»، و الثانى «من يدعى خلاف الظاهر»، و الثالث «من يدعى خلاف الاصل»- مسامحه باعتبار المثال. و الاً فالاقوال حقيقه اثنان(٣). كما يظهر من ساير الفقهاء. و صرح به فخر المحققين فى الايضاح(٤).

ثم: ان مرادهم من الظهور اعم من ان يكون ذلك من جهه غلبه العاده، او العرف، او

ص: ٦٢

---

١- اى اذا ادعت كذبه ظناً.

٢- اى: لكن الاشكال فى تعيين ايّهما مدعى و ايّهما منكر.

٣- و فى النسخه: اثبات.

٤- ايضاح الفوائد، كتاب القضاء، المقصد الثالث فى الدعوى و الجواب- راجع و تأمل.

القرابين، او لحصول الظن من جهه اصاله حمل فعل المسلم على الصحه، [1] و ظهور ذلك و غلبه الظن. و هذه التعريفات من المصطلحات الفقيهيه. فالمهم بيان المأخذ من جانب الشارع. و لما كان وضع هذا الباب (و العله الغائيه لعقد البحث فيه) لرفع النزاع بين العباد فلا بد اولاً من ملاحظه معنى النزاع. فنقول: النزاع عبارته عن قضيتين متخالفتين واردتين على موضوع واحد من شخصين او اكثر (1)، من اكثر. فذلك اما يحصل باثبات صريح و نفي صريح (2)؛ مثل ان يقول احدهما «لى عليك كذا» و يقول الاخر «ليس على ما تدعيه» او «ليس على شئ». او ما يتضمن ذلك؛ من ان يقول «لى عليك من ثمن فرسى كذا»، و يقول الاخر «ما اشتريت منك شيئاً». و هكذا.. و اما يحصل بقضيتين متخالفتين او اكثر، من غير جهه التناقض اولاً، و ان استلزمه بالغرض، مثل ان يقول احدهما «ارضى عندك كانت بالاجاره»، و الاخر يقول «بالاعاره». او يقول احدهما «وقع البيع فى حال الرضا»، و الاخر يقول «فى حال الاجبار». او يقول احدهما «فى حال الكبر»، و الاخر «فى حال الصغر». او يقول احدهما «تم الكيل و الوزن»، و الاخر يقول «نقص». و ما يحصل بين شخصين مثلاً احدهما يدعى الجنايه و الاخر مثلاً. و الاخر يقول «انى لا اعلم بما تذكره». و هكذا..

و قد جعل الشارع معيار رفع النزاع اموراً مثل الاقرار، و البيئه، و اليمين. اما الاقرار: فأنما جعله نافذاً على الفاعل اذا كان مما يقول ضرر (3) اليه، على تفصيل ذكره فى محلّه. و اما البيئه و اليمين: فقد استفاض بل تواتر عنهم (عليه السلام) بأن «البيئه على المدعى و اليمين على مدعى

ص: ٦٣

١- اى اكثر من قضيتين.

٢- و فى النسخه: او نفي صريح.

٣- و فى النسخه: ضرره.

عليه- او على من انكر». فيقع الاشكال في فهم هذا الحديث (الذي هو معيار رفع النزاع) من وجهين: احدهما بيان مرادهم (عليه السلام) من المدعى و المدعى عليه و حقيقتهما. و الثانى بيان معنى هذا التفصيل و بيان المناص في صورته عدم التمكن منهما او من احدهما.

فنقول: انّ الالفاظ اذا لم يثبت فيها حقيقه شرعيه، فيرجع فيها الى العرف العام، على الاصح. و لا ريب في دخول ما هو اثبات صريح و نفى صريح (او ما يتضمنهما، او ما يستلزمهما مع كون احدهما اظهر من الاخر) في عموم الروايه؛ فقال للمثبت المطالب، أنّه مدعى. و لمن نفاه انه مدعى عليه [و] منكر. فلا- اشكال فيه. أنّما الاشكال في القضيتين المتخالفتين بالتضاد؛ كالاجاره و الاعاره. فانّا ان اعتبرنا الانكار الضمنى الحاصل من جهه التضاد، فهو موجود في الطرفين. فكل واحد منهما مدعى و منكر. فلا يحصل المناص بالعمل بالروايه، على ما هو الظاهر منها(1). و ان لم نعتبر ذلك فلم يندرج تحت الروايه اصلاً. و كذلك لو ادعى احدهما شيئاً، و قال الاخر لا علم لى بذلك. و عدم اندراجه تحت الروايه، اظهر.

اما مقاله الاول:(2) فنقول: ان ادّعينا ان معنى المدعى في العرف هو من يتصدى اثبات امر خفى، فلا بد من التحرى في الموارد المذكوره انّ اى الطرفين اخفى من الاخر، و ايّهما اظهر؟- كما انه يقال: الاظهر كونها اجاره [لانّ] الاصل عدم انتقال منافع المال الى الغير بلا عوض. او الاصل عدم اشتغال(3) ذمه الغير بالاجره، فهى عاريه. و الاظهر الاول، لاعتضاده بعموم «على اليد ما اخذت حتى تؤدى» و نحوه. و هكذا مدعى النقص في الكيل و الوزن،

ص: ٦٤

١- اى على ما هو الظاهر من الروايه- و فى النسخه: منهما.

٢- و هو اذا لم يقل «لا علم لى» بل كان قوله عن القطع او الظن.- و فى النسخه: اما المقام الاول.

٣- و فى النسخه: او الاصل عدم لانه اشتغال...

إذا كان هو المشتري، فيقدم قوله. لان العاده تقضى بان اهتمامه فى ذلك اكثر من البايع. فاذا تعين من هو مطلبه اخفى فيندرج فى الروايه و يتوجه عليه البينه.

و ان لم يُسلم صدق المدعى على ذلك عرفا حتى يستدل بالحديث، فيمكن ان يقال: العله فى اصل الحكم فى المثبت الصريح و المنكر الصريح، هو خفاء(١) مطلب المطالب و ظهور براهه المطالب منه، من جهه الامور الخارجه العامه؛ كاليد و براهه الذمه. و الا فكلاهما مسلمان قولهما محمول على الصحه، فيجرى فيما نحن فيه ايضا.

و بذلك ظهر انه لو فرض كون ماده من مواد المدعى الحقيقى(٢). (الذى لاريب فى صدق اللفظ عليه عرفاً لاجل كونه اثباتا فى مقابل الانكار، مع صراحتهما و كونه فى صدد ما هو خفى بنوعه، مخالف للاصل و الظاهر، و ترك لو ترك) لكن كان تشخصه مقارناً بقرائن خاصه شخصيه يفيد كمال وضوح دعواه، لا يخرج عن مدلول الخبر. كما اذا ثبت اللوث لمدعى الدم، فانه لاريب ان من يدعى القتل على احد و هو ينكره رأساً، فهما مدعى و منكر حقيقيان (من حيث الصدق العرفى و الوضوح و الخفاء الكلى الحاصل بسبب نوع الدعوى) و ان كان مطلب المدعى اظهر (بسبب اللوث من مطلب المدعى عليه بمراتب)، و مع ذلك فلا يقال انه منكر حتى نكتفى فيه بيمين واحد، بل هو مدعى، و كان لابد عليه بمقتضى الحديث، اقامه البينه. لكن الشرع خصيص الدماء بثبوت القسامه على المدعى احتياطاً.

فالتشبت بالظهور و الخفاء فى تحقيق المدعى و المنكر انما يحتاج اليه غالباً فيما لم يظهر كونه بنوعه مدلولاً للروايه عرفاً.

و كذلك لو ادعى رجل صالح متقى، على فاسق متقلب شيمته التقلب و الغضب، أخذ

ص: ٦٥

١- و فى النسخه: و المنكر يقرع هو هذه على خفاء.

٢- تنبيه: «ماده» اسم للكون. و «من مواد المدعى» خبره. - اى: لو فرضنا نزاعاً لاريب فيه فى تشخص المدعى لكن كان تشخصه...

مضافاً الى طرد القاعده فى طريقه النزاع.

و على هذا فما تريهم قد يقدمون قول من يصدق عليه عرفاً أنه مدع مع يمينه (مع أنه خلاف مدلول الروايه) فوجهه أنه مستلزم لتجديد دعوى اخر لصيرورته (٢) منكرًا.

او لعدم امكان اجراء الروايه من وجه اخر؛ و هو ان مصداق الروايه أنما هو صوره الامكان، فقد لا يمكن البينه للمدعى لعدم وجودها، و لا اليمين للمدعى عليه لعدم علمه. كما فى صوره ادعاء الغبن المشروط سماعه بثبوت جهاله الثمن اذا ادعاها. و اذا لم يمكن اثبات الجهاله بالينه فقد لا يمكن لمنكرها اليمين ايضا لعدم علمه. فيلزم سقوط الدعوى بدون بينه و يمين.

و من هذا القبيل ادعاء الزوجه كون اذنها بالتزويج جبراً من ثالث مع سبق كراهتها لذلك و ثبوت الجائر الأمر اياها بذلك، المخوف لها بما يلزمها. فقد لا يمكن للزوجه اثبات المجوريه حال الاذن، و لا يتمكن الزوج ايضا من اليمين لعدم علمه بعد رضاها (٣) حيثئذ حتى يحلف. فالأظهر فى امثال ذلك تقديم قول المدعى مع يمينه، لما سنبينه بعد ذلك من اندراجها تحت عموم الاخبار الداله على ان قاطع الدعوى إما البينه و إما اليمين مع حمل الحديث المتواتر على صوره الامكان. كما بينا.

مع امكان ان يقال: أنه يصدق على خصمها، المدعى. من جهه أنها تدعى شيئاً ظاهراً

ص: ٦٦

١- يعنى: الرجل الصالح المتقى هو المدعى و عليه البينه، و ان كان مطلبه اظهر عرفاً.

٢- و فى النسخه: لصيرورتها.

٣- كذا فى النسخه. - و لعل الصحيح: بجِدِّ رضاها. او: بحدِّ رضاها.

جلياً (١) و هو يدعى امرأ خفياً. فإن سبق [الكراهه] (٢) و استصحابه (سيما اذا عاضده قرينه اخرى مثل حضور الجائر حين العقد، و كون الرضا مخالفاً للاصل و كون المرثه اعرف بقصدها و ارادتها) يفيد ظهور مطلبها (٣).

لا يقال: ان اكتناف القرائن الخاصه بالمقام، ليس مما يمكن ان يصير مناطاً لرفع النزاع الذى يستدعى اطراد القاعده.

لأننا نقول: ان ظهور كون اقرار مثل هذا الشخص جبرياً، بعنوان الكليه قاعده. فيكون من كليات اقسام الظاهر و يصير معياراً. و هذا ليس من باب اللوث فى مدعى الدّم، اذ قد بينا ان هناك يُميّز المدعى و المنكر بالصدق العرفى، و اللوث امر زائد افاد صدق المدعى و اعتبروه فى الدّماء للدليل، و الا فمقتضى عموم الخبر المتواتر، عدمه. و كذلك مدعى الظهور فى مدعى جهاله الثمن فى دعوى الغبن، لكونه مما لا يطلع عليه الا هو غالباً مع مطابقته للاصل، و لزوم العسر و الحرج، فبذلك يصير بمنزله المنكر لكون خصمه مدعيّاً للاخفى منه.

فان قلت: ان صحه فعل المسلم المستفاده من الادله، مقتضيه لحمله عليها و كان عليه وقوعه على الوجه الصحيح، و المسئلتان المذكورتان تنافيانها على ما ذكرت.

قلت: ان هذه القاعده (اعنى جعل المعيار فى تقديم قول مدعى (٤) الصّححه، هو غلبه فعل المسلم و ظهور فعله فى الصحيح من جهه اسلامه. مع ان بعضهم خالف فى ذلك. و منع بعضهم كونها اجماعياً) يحتاج الى تأمل فى تحقيق مواضعه. فانها ليست كليه. فقد تريهم

ص: ٦٧

١- و فى النسخه: من جهه أنّهما يدعيان شيئاً ظاهراً جلياً.

٢- و فى النسخه: الاخبار.

٣- و فى النسخه: مطلبه.

٤- و فى النسخه: المدعى.

يقدمون قول مدعى الكبر اذا تنازع البايع و المشتري فى وقوع البيع فى حال الصغر او الكبر.

و كذلك مدعى الافاقه للمجنون الادوارى اذا تنازعا فى وقوع البيع حال الافاقه او الجنون. تمسكاً بحمل فعل المسلم على الصحه للظهور او لغلبه وقوع معاملاتهم فى حال الكبر و العقل.

مع انّ الحق انه لا بد فيه من تفصيل؛ فانّ تقديم مدعى الكبر انما يتمّ اذا كان نزاعهم فى وقوع البيع حال الكبر و الصّغر. لا فى حصول الكبر و العقل فى حال البيع. يعنى مع معلوميه التاريخ و كون الصّيبى مشكوك البلوغ فى ذلك الحين لا يمكن ان يدعى انّ الغالب فى مثل ذلك الصّيبى انه كبير. و دعوى ذلك يصحّ فى مجهول التاريخ مع عدم نزاعهما فى نفس الكبر و الصغر. فعموم تقديم مدعى الكبر و العقل، ليس على حاله.

و كذلك: دعوى كون ظاهر حال المرثه المسلمه راضيه فى اذنها غالباً غير مجبوره فى نكاحها، لا يتمّ فى مثل هذا القسم الذى كان مجبوريتها معلومه مستمرّه سيّما مع حضور الجائر المخوف له حال الاذن و العقد و ان كان ساكتاً حينئذ و هكذا. و على هذا فينقلب الحال و يصير ظاهر الفساد لاعتضاده بالاصل. فيصير مدعى الصّحه مدعياً لامر مرجوح.

و اما مقاله الثانى: و هو الذى يقول المدعى عليه: لا علم لى. فنقول: ظاهر الاصحاب- كما ذكر المحقق الاردبيلى و صاحب الكفايه رحمهما الله- انّ اليمين على المدعى. مع انّ ذلك لا ينطبق على قاعدتهم المستفاده من الخبر المتواتر. قالوا: و مقتضى كلماتهم انه لا يكتفى حينئذ بالحلف على نفى العلم. و لا يجوز له الحلف بنفى استحقاق المدعى، لعدم علمه بذلك. فلا بد من ردّ اليمين. و ان [لم] يردّ، فيقتضى (1) بالنكول، ان قيل به. او بعد ردّ اليمين على المدعى، لو لم نقل به.

ص: ٦٨

١- و فى النسخه: و ان يردّ فيقتضى.



و احتمال المحقق الاردبيلي (ره) قوياً عدم القضاء بالنكول (في الصورة المذكوره و ان قيل به في غيرها) بل يجب الرد حينئذ، و احتمال الاكتفاء في الاسقاط يمينه على عدم علمه بذلك. و قال صاحب الكفايه (ره): لا يبعد الاكتفاء حينئذ بالحلف على نفي العلم، و لا دليل على نفيه اذ الظاهر انه لا يجب عليه ايفاء (١) ما يدعيه الا مع العلم. و يمكن على هذا ان يكون عدم العلم بثبوت الحق كافياً في الحلف على عدم الاستحقاق. لانّ وجوب ايفاء (٢) حقه يكون عند العلم به. و لكن ظاهر عباراتهم خلاف ذلك.

اقول: ان ادعى المدعى، عليه العلم، فلا اشكال في جواز الحلف على نفي العلم. و به يسقط الدعوى. و ما ذكره من الكليه (من لزوم الحلف على البتّ في نفي العلم، لا العلم به اذا كان فعل نفسه) لا دليل عليه. بل المتبادر من الادله هو لزوم البتّ في صوره الامكان.

و ان لم يدع عليه العلم، فمقتضى الاصل و الاخبار أنّه لا يتوجّه اليه شئ، و لا يجب عليه ردّ اليمين، و لا يرده الحاكم ايضاً على القول بعدم القضاء بالنكول. اذ لا معنى للردّ الا بعد ثبوت اليمين عليه، و لا شئ يثبتها عليه حينئذ. فلا يجوز للمدعى ايضاً الحلف و لا يثبت به شئ لو حلف.

و ما ذكره صاحب الكفايه من جواز الحلف على عدم الاستحقاق، فهو بعيد. اذ عدم اشتغال ذمته شرعاً قبل العلم، لا يستلزم نفي استحقاق المدعى في نفس الامر.

و التحقيق ان يقال: انّ العمومات الدالّه على انّ اليمين مثبتة للحق (مثل قولهم -ع-: «احكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله، و يمين قاطعه، و سنّه ماضيه» (٣). و مثل ما روى

ص: ٦٩

١- و في النسخه: ابقاء

٢- و في النسخه: ابقاء

٣- الوسائل، كتاب القضاء، ابواب كيفيه الحكم و احكام الدعوى، ب ١ ح ٦.

عن علي (عليه السلام): «أنه تعالى قال في جواب نبى من الانبياء شكى الى ربه القضاء: اقض بينهم بالبينات و اضفهم الى اسمى (١)». لكفى في ذلك. اذ العام المخصّص، حجه في الباقي على التحقيق. فالخير المتواتر المفصل بانّ البيّنه على المدعى و اليمين على المدعى عليه، محمول على الغالب و هو صورة الامكان. بلى في صورته تمكّن كل واحد منهما لكل واحد. و الغالب في الدعاوى ان يكون المدعى عليه، منكرًا، و لذا عبّر في لفظ آخر بـ «المنكر». و المنكر متبادر في العالم بالنفى، لا [في] نافي العلم. فكانه قيل: اذا تمكّن كل منهما من البيّنه و اليمين، فالبيّنه وظيفه المدعى، و لا يكلف المنكر بتجشّمه و ان تمكّن منه. و اليمين وظيفه المدعى عليه، فلا يجوز ان يبادر به المدعى. لانه لا يتمشى البيّنه من المدعى عليه، اصلاً و لا ينفعه قطعاً، و لا اليمين من المدعى اصلاً و لا ينفعه قطعاً. لصحّه بيّنه الداخل و قبولها، بل اظهرتها عندي، كما حقّقت في كتاب مناهج الاحكام.

و اما صحّه يمين المدعى و نفعها به، فهي ايضا كثيره. مثل مسئلة الدّم، و الدعوى على الميت، و غيرهما. و بالجمله: القدر المسلم من كون البيّنه وظيفه المدعى، و اليمين وظيفه المدعى عليه، أنّها هو مع الامكان. مع أنّه مخصّص بموارد كثيره جداً. و لها تفصيلات عديده مذكوره في محالها. فيبقى عموم الاخبار في كون اليمين مثبتة للحق بحالها. مع أنّه لو لم نقل بلزوم يمين المدعى ههنا، للزم سقوط الدعوى المسموعه، بلا- شىء. و هو خلاف الحكمه. سيّما بعد ملاحظه كلام اميرالمومنين (عليه السلام) في صحيحه محمد بن مسلم الوارده في كيفيته تحليف الاخرس انه (عليه السلام) قال: «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي لَمْ يُخْرِجْنِي مِنَ الدُّنْيَا حَتَّى بَيَّنْتُ لِلْأُمَّةِ جَمِيعَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ» (٢) الحديث. فعموم تلك الاخبار كان في ابلاغ حكم مثل ذلك؛ فاذا فقد البيّنه

ص: ٧٠

١- الوسائل، كتاب القضاء، ابواب كيفيته الحكم و احكام الدعوى، ب ١، ح ١، ٢، ٣.

٢- الوسائل، ج ٢٧ ص ٣٠٢- و فيها «تحتاج» بدل يحتاج.

و لم يمكن اليمين للمدعى عليه، فيكتفى بيمين المدعى.

و بالجمله: تلك العمومات (مع كون العمل عليها مقتضى الحكمه و تركها خلافها و [خلاف] ظاهر فتوى الاصحاب، مع لزوم الضرر و الحرج فى اسقاط حق ثابت فى نفس الامر) يكفى فى اثبات هذا الحكم.

و الحاصل: انا نقول قد يثبت اليمين على المدعى بالرد عليه. و قد يثبت عليه من جهة النص بالخصوص كدعوى الدم و الدعوى على الميت و نحوه. و قد يثبت بالعموم و ما نحن فيه من هذا القبيل. و ليس شئى ينافيه الا الخبر النبوى المفصل، و قد عرفت جوابه.

اذا عرفت هذا فنقول: ان الزوج المقر بالطلاق مدعى بالنسبه اليها، فان صدقته فلا اشكال. و ان كذبتة فعليه البيئه. و ان عجز فعليه اليمين (1) او الرد (ان لم نقل بالقضاء بالنكول). و ان كانت جاهله و تمسكت بالزوجيه السابقه و قالت لا اخلى حقوقى الى ان يثبت على الطلاق، فعلى الزوج اليمين، لعدم تمكن الزوجه منها لعدم العلم. مع اشكال فى ذلك لامكان القول بوجوب تصديقه، سيما اذا كان ثقه. كما يصدق المرثه بفوت زوجها، او طلاقها، [ا] و بتحليلها بالتزويج و الطلاق. حملاً لقول المسلم على الصدق حيث لا منازع. كما صرح به [ال-] سيد محمد (ره) فى شرح النافع. و كما يصدق مدعى الوكاله و مدعى التزكيه و التطهير، و قول الوكيل: اشتريت هذا لك، او بعت مالك. و غير ذلك.

و فيه: ان خبر المسلم انما يجب العمل به و تصديقه اذا لم يعارضه شئى اخر مثله، او اقوى منه. و اما اذا عارضه دليل اخر (مثل لزوم العلم (2) فى دعوى الغبن، و براهه الذمه ما لم يعلم بالاستغلال فيمن يدعى عليه جنايه فى نفس او خيانه فى مال و هو لا يعلم به و ان

ص: ٧١

١- و فى النسخه: فعليه البيئه.

٢- و فى النسخه: لزوم العقد.

احتمل صدقه) فلا. إلا إذا كان المخبر ثقه يوجب قوله ظناً أقوى من المعارض.

و اما استصحاب الزوجية (١) و حرمة التمتع بها و عدم التوارث، و سائر الاحكام المترتبة عليها فى الامثله المذكوره، فلا يُعتنى به. لعدم المدعى فى المقابل، و عدم من يتمسك به. فالفارق بين استصحاب (٢) الزوجيه فيها، و استصحاب عدم ارتفاع آثار الزوجيه فى ما نحن فيه، هو تمسك [هم] فى ما نحن فيه بالاستصحاب، دون تلك الامثله. فهو حجه اخرى داله على عدم انخرام الاستصحاب [فى ما نحن فيه]، بخلاف الامثله المتقدمه، فانه استصحاب لم يتمسك به احد. و لا يلزم فى طرف مقابل الدعوى التصريح بطلان قول المدعى و نفي قوله فى نفس الامر. بل يكفيه عدم ظهور انتفاء المستصحب و انخراجه.

فعدم علم المتمسك (٣) بجهاله مدعى الغبن مثلاً، لا ينافى تمسكه بلزوم البيع و استصحابه و ان كان مدعى الجهاله مسلماً يجب تصديقه لو لم يكن له متمسك (٤).

فمع عدم ظهور بطلان متمسكه، يصح الدعوى و يحتاج رفعها الى امر اخر مثل اليمين و البينه و غير ذلك.

و كذلك الكلام فى من يُدعى عليه الجنايه فى نفس او مال، و هو يقول «انا لا اعلم ذلك و ذمتى بريئه حتى يثبت على». و لما لم يكن البينه بالفرض، و لم يمكن اليمين للمتمسك باللزوم، [و لم يمكن] الاستصحاب لعدم علمه بكذب مدعى الجهاله (٥) و مدعى

ص: ٧٢

١- و فى النسخه: استحباب الزوجيه.

٢- و فى النسخه: استحباب.

٣- و فى النسخه: العلم المتمسك..

٤- اى: و ان كان مدعى الجهاله مسلماً يجب تصديقه لو لم يكن له متمسك اذا لم يعارضه شئ اخر مثله او اقوى منه.

٥- و فى النسخه: المدعى الجهاله.

الجنايه، فالمناص أنما هو اليمين على من يدعيهما.

فعلى هذا: لو لم تكذب المرثه زوجها فى الطلاق، و لا صدقتها، و لا تمسكت بالاستصحاب فى مقام الدعوى، و كانت طالبه للحق، فيجوز لها التزويج. سيما اذا كان الزوج ثقه يحصل الظن بصدقه. فالمعيار معلوميه حال الاستصحاب و بقاء الظن به الذى يظهر من تمسك المتمسك به. و اما فى الامثله المتقدمه؛ فليس فيها تمسك به.

و من ذلك يظهر الكلام فى الاجنبى الذى يريد تزويج المرثه المخبره عن موت زوجها، او طلاقها، و الزوج فى قبول تحليلها. كذلك فى نكاح الاجنبى للمرثه التى اخبرها زوجها بطلاقها مع جهالتها بالحال و سكوتها. فان استصحاب حرمه المذكورات على الاجنبى و الزوج، معارض بقول المسلم. و لكنهما لم يتمسكا به. ولكن بذلك لم يندفع الاشكال رأساً. لان الكلام حينئذ يرجع الى جواز التمسك و عدمه (كما مر فى المقام الاول)؛ فان جاز فيجب التمسك و يحرم. و ان لم يجز فيجب القبول و يحل.

فالعمده بيان ذلك؛ و ظنى أنه لا مناص فى دفع الاشكال الا العدول عن تاسيس القاعده فى حمل قول المسلم على الصدق. و القول بان ذلك ايضاً من باب ساير الكليات، التى بينها عموم من وجه. و كذلك بينها و بين معارضاتها من الاحكام الشرعيه (مثل نفي العسر، و الحرج، و الضرر، و رفع الاشكال<sup>(1)</sup> بالقرعه، و التخير، و قاعده عدم نقض اليقين الا باليقين، و العمل على الاصل و الظاهر، و امثال ذلك). فحمل قول المسلم على الصدق، انما يتم اذا لم يعارضه شئ اقوى منه. فلا بد من الرجوع الى المرجحات الخارجيه، كساير الادله الفقهيّه. و ربما يرجح تلك القاعده على الاصل و الاستصحاب، و ربما ينعكس، و ربما ينضم قرينه

ص: ٧٣

١- و فى النسخه: و دفع الاشكال.

الى إخبار المسلم يوجب ضعف الاستصحاب. و ربما يظهر للاستصحاب (١) قوّه يغلب عليه. و هكذا..

فيمكن (٢) ان يقال: من مرجّحات قول الزوج هنا، كونه مخبراً عن يقين و الزوجه عن ظنّ. فبهذا يرحّح قول الزّوج فيصير في معنى المنكر و يقدم قوله مع اليمين. و اما بدونها، فلا. لأنّ المفروض تحقق الدعوى و يحتاج الى ما يُسقطها.

ثمّ: يمكن ان يقال: انّ قاعده حمل قول المسلم و فعله على الصّحّه، أنّما هو لاجل حصول الظنّ بصدقه و لو من جهة الغلبه، فكلمّا لم يحصل هناك مخاصمه بالفعل او بالقوّه، فُيبنى على الصدق (كقول من يجيئ بالهديه و يقول هذا مال فلان اهده اليك، و مثل قول من يبيعك الثياب و يقول اشتريتها بالامس من فلان، او يقول هذا من فلان و كلني في بيعها، و امثال ذلك. و من هذا القبيل قول المرثه: كان لى زوج مات فى السنه الماضيه و اريد ان ازوّجك نفسى. و مثل قول المطلّقه ثلاثا لزوجها: حلّت لك نفسى، و امثال ذلك مما لا يحصى). فُيبنى على الصدق و الصّحه لكنّها مراعات لظهور الحال. و الصّحه مرتبه عليه، حتى تحصل هناك مخاصمه فيجئى صاحب الهديه و يقول كذب فلان بل سرقه عنى و جاء بها لك. و كذلك نظايره. فحينئذ يجب الاثبات. فالواسطه لاققراره (٣) انه من المالك، ماخوذ باقراره، فلا بدّ من اثبات كونه هديّه او وكيلاً فى البيع. و نحو ذلك. فقبول قول المسلم فى هذه المواضع لا يحتاج الى كونه عادلاً. و لذلك حملوا اشتراط الثقه فى المطلّقه ثلاثا، على الاستحباب.

و اما اشتراط العدالة كما يستفاد من الايه: فأنّما هو من الشهاده لاجل اثبات الدعوى. كما

ص: ٧٤

١- و فى النسخه: الاستصحاب.

٢- و فى النسخه: و يمكن.

٣- و فى النسخه: فاقراره.

استدل الفقهاء بآية التّبأ لاشتراط العدالة و الايمان فى الشاهد. او بخبر الواحد الذى يُثبت تكليفاً عاماً للعباد، او يرفع تكليفاً عاماً لهم و ان توجه الى هذا المكلف بالخصوص. مثل اثبات النجاسه للماء القليل الملاقي بالنجاسه، و اثبات الشفعه فى كل امر مقسوم. او فى الامور الخاصه باحد المكلفين فى دفع تكليف ثابتٍ عنهم، او اثبات تكليف. كاخبار الاجير عن الحج و الطيب عن المريض المييح للفطر و التيمم. و غير ذلك.

و قد يخرج فى امثال ذلك خلاف بين الفقهاء؛ و اختلفوا فى مثل ما لو اخبر الفاسق عن الحج نيابةً اذا فعله للميت تبرعاً. و قد قيل: يُسمع و يُجزى عن الميت، لحمل قول المسلم على الصدق و الصّححه. و قيل لا [يُسمع] لقوله تعالى «ان جائكم فاسق بناءً فتبينوا». و نحو ذلك. فحينئذ فسمع قول الصغار فى تطهير الثوب، و سماع قول المرثه فى الحيض و العده و نحو ذلك، لا بدّ ان يقال انه مُخرج بالدليل و هو العسر، و الحرج، و الاخبار، و الاجماع فى البعض.

و اذا كان هناك مخاصمه بالفعل او بالقوّه، فلا يسمع الاً بالبينه. و من جمله ما بَعُدَ من الدعوى و الخصام بالقوه، هو المطالبه عن الميت و الطفل و الغايب. و اما الخصام الفعلى: فقد يكون مع انكار المدعى عليه، و قد يكون مع تمسكه بالاستصحاب و ان لم يعلم بالحال. فانه لا ريب انه يُعِدُّ من جمله دعاوى، و لذلك يرجع الى وارث الميت فى اليمين على نفى العلم. فانه مع كونه غير عالم بالحال، يُعِدُّ مدعى عليه.

و الحاصل: انّ من جمله المخاصمات، هو ما لو ادعى احد على الغير، و اجاب: لا- ادرى ما تقول. و مع ذلك يعدّ مدعيّاً، و الطرف الاخر مدعى عليه. فقال الشهيد فى القواعد: لو ادعت تسميته و قدره (1). و قال الزوج: لا اعلم، و كان قد زوجه و كيله. او قال نسيت. حلف

ص: ٧٥

١- اى: لو ادعت المرثه تسميه المهر و تعيين مقداره.

على نفى العلم و يثبت مهر المثل. و يحتمل ما ادّعتة، اذ لا معارض لها. و كذا لو ادعت على الوارث، فاجاب بنفى العلم.

و قال بعد ذلك فى موضع اخر: لو ادّعت تقدم الطلاق على الوضع (١). و قال: لا ادرى. لم يسمع منه بذلك، بل اّمّا بالحلف يميناً جازمه، او ينكل فتحلف هى. و ان نكلت فعليها العده. و ليس قضاء بالنكول، عند بعضهم. بل لأنّ الاصل بقاء النكاح و آثاره، فيعمل به حتى يثبت رافع. انتهى.

اقول: و يجيى فيما نحن فيه (٢)، القول ببقاء نكاح الزوجه اذا نكل الزوج، او كان الدعوى مع الوارث و لا يمكن من الحلف. و اعلم: انّ فى كلامه اشاره الى أنّه لا يحلف احد على نفى فعل نفسه، الا جازمه. فلا يحلف انه لا يدري.

و الحاصل: انه لا- استبعاد فيما نحن فيه، انّ الزوج اذا قال: طلّقت زوجتى (و الزوجه كانت جاهله بالحال و لا تتهم زوجة (٣)) لا بعنوان الدعوى و اراده اسقاط الحق، بل يكون غرضه الاخبار عن الواقع. فيجوز للزوجه البناء على مقتضاه و التزوج بالغير، و ان لم يشهد لها البيّنه. و ان تمسكت (٤) بالاستصحاب، فيسمع دعويها، و يكلف الزوج بالبيّنه. و قد ينتهى الامر الى رجوع اليمين اليه. كما اشرنا اليه سابقاً، من اجل العمومات. و الا يلزم سقوط الدعوى المسموعه من دون حجه.

و ليس لك ان تقول: لا يجوز لها التمسك بالاستصحاب مع عدم العلم. فانه فى معنى

ص: ٧٤

١- اى على وضع الحمل.

٢- عبارته النسخه: اقول و على يجيى فيما نحن فيه.

٣- و فى النسخه: زوجة زوجته.

٤- و فى النسخه: وان تمسك.



العلم ونظيره في المسائل كثير، من جملتها: من ادعى على احد ان مورثي يطلب منك كذا. و هو يقول: أبرأني، و عجز عن الاثبات. فيرجع الى الوارث باليمين على نفى العلم لو ادعى عليه العلم. فهذا يستلزم جواز مقابله الوارث للمدعى المسلم، بمحض عدم العلم بالابراء بالاستصحاب.

بقي الكلام في انه: هل يجوز للمرثه حينئذ التمسك بالاستصحاب مطلقا، او مختص بوقت دون وقت؟-؟ الذي يظهر لي الان، انه اذا حصل لها من قول الزوج ظن يغلب على الاستصحاب فلا- يجوز لها، و الاجاز [لها] التمسك به. و كذلك في كل ما كان المدعى عليه جاهلا بالحال و فاقدًا للعلم. فاذا غلب الظن على صدق قول المدعى، فالظاهر انه ليس له التمسك بالاستصحاب، و لا يسمى ذلك دعوى و لا مخاصمه بالفعل. و اما احتمال تجدد راي للمدعى عليه و حصول علم له بعد ذلك، ليدخل ذلك في امثله المدعى عليه بالقوه، فالظاهر انه لا يعتنى به في الموجود الحاضر.

اذا تمهيد هذا: فمقتضى قاعده «رفع الدعوى» و «ان البينه على المدعى و اليمين على من انكر»، هو ان الزوج وظيفته اقامه البينه على وقوع الطلاق، لانه مدعى بجميع معانيه. لان الاصل عدم الطلاق، و الظاهر بقاء الزوجيه للاستصحاب. و انه يُترك لو ترك الدعوى. فان عجز فاليمين على الزوجه؛ فاما تحلف، او لا. و على الثاني فاما يحكم بالنكول (كما هو الاظهر سيما اذا علمت ان لها الرد)، او يُردّ اليمين على الزوج فيحلف. او ينكل فيقضى عليه بمقتضى ما اتى به.

و ايضا يدلّ على كون وظيفه مدعى الطلاق البينه، قوله تعالى «و اشهدوا ذوى عدل منكم» بعد ذكر الطلاق. اذ المخاطب به هو الازواج. و المتبادر من امر المباشر بالاشهاد(1).

ص: ٧٧

١- و في النسخه: امر المباشر لامر بالاشهاد.

أنه لاجل اثبات ما يباشره اذا احتاج اليه المباشر، من انكار منكر، [1] وعروض رادع له. او اعم من ذلك. و لو كان يمكن اثباته بمجرد قوله، او باليمين فقط اول مره، لم يكن للامر الظاهر في الوجود العيني، معنى.

و أما [احتمال] ان يكون ذلك محض تعبد، او لاجل اثبات حق الزوجه من عدم تسلط الزوج عليه بسبب الطلاق و انكار الزوج، فكلاً. لكامل بعد الاول (1) و مخالفته لظاهر المذهب. و لذلك يعتبر في معرفه الشاهدين للزوجين بحيث يتمكنان عن اقامه الشهاده. كما هو الحق. و المحقق أنه لا يجوز الاكتفاء بمجرد اجراء الصيغه عند العدلين. فانّ الاكتفاء به، لا دليل عليه. بل لا اصل له في المذهب. كما صرح به سيد المحققين في شرح النافع. و لكون الثاني (2) خروجاً عن الظاهر او تقييد الاطلاق، من غير دليل.

و اما ما يقال: ان كون الحكمه في الاشهاد، هو اثبات الطلاق، ممنوع. و لو سلم، فالحكمه لا يجب ان يكون مطرده، بل يكفي وجودها في الاثبات على الزوج المباشر للاشهاد مطلقاً، و على الزوجه في بعض الصور (3)، الذي هو غير ما اقرّ الزوج به.

ففيه: انا ندعى كونه عله، لا حكمه. مع انه لا معنى لعدم اطراد الحكمه فيما نحن فيه. اذ المراد بعدم اطراد الحكمه، ثبوت الحكم في غير محلّ الحكمه ايضاً (كتبوت غسل الجمعه في غير ما وجد هنا [ك] نتن الابطاط، و العده في غير ما يخاف فيه من اختلاط المياه و الانساب). فان قلنا ان الحكمه في وجوب الاشهاد، هو اثبات الطلاق اذا احتيج اليه بسبب حصول منكر، او عارض. و [قلنا ب-] انّ هذا حكمه، لا عله. فمعنى عدم الاطراد انه يجب

ص: ٧٨

١- اى: كون الاشهاد للتعبد محضاً.

٢- اى كون الاشهاد لاجل اثبات حق الزوجه...

٣- و فى النسخه: فى بعض صور.

الاشهاد و ان فرض عدم الاحتياج اليه فى مادّه خاصه و لو فى نفس الامر. و ليس معنا[ه] انه لا يلزم ملاحظه مقتضاها فيما تحقق فيه الحكمه (كما هو المفروض فيما نحن فيه) و انه يكفى ثبوته فى بعض صور وجودها. و هذا واضح لا يخفى.

و امّا ما قد يتمسّك به فى تقديم قول الزوج: فهو امور: الاول: انه يظهر من تتبع الاخبار و فتوى الاصحاب، قبول ذى اليد و تصديقه فى مقتضى التكليف النفس الامرى، و فى الامر الظاهرى فى كل ما يده عليه ما لم يثبت خلافه. حتى انه لو تداعى اثنان عيناً فى يد ثالث غاصب و اقتر به لاحدهما و نفاه عن الآخر، صيّدق، و يصير المقرّ له كصاحب اليد، و يقدم قوله. و كذلك الوكيل، [و] الولى، و الوصى. حتى ان الوكيلين المستقلين و الوصيين كذلك، ينفذ اقرار كل منهما و تصرفه على نفسه و على الآخر و على المولى عليه.

و فيه: ان قبول قول ذى اليد (مع انه ممنوع مطلقاً، كما ذكره فى الحكم بنجاسه انائه بعد استعمال الغير اياه)، فهو انما يسلم اذا لم يكن هناك منازع. فلو اراد المشتري للماء، ردّ الماء لعيب النجاسه، فلا يكفى فى دفعه، قول ذى اليد بالطهاره، او بالتطهير. و كذلك اذا ادعى المشتري عن الوكيل، او الولى، بل المالك نفسه. و ما ذكرته من قبول قوله و نفوذ اقراره على الموكل و المولى عليه و الوكيل الآخر و الوصى الآخر و الولى الآخر (كالاب و الجد)، فانما هو لاجل ان يد الوكيل يد الموكل، و يد احد الوكيلين يد الآخر، من جهه كونهما معاً قائمين مقام يد الموكل. و كذلك الوصى. فلذلك يرجع فى المذكورات الى امضاء الاقرار على النفس. و ليس فى شئ منها اقرار على الغير. كما لا يخفى. و مسئله الاقرار مما [لا] يختلف فيه احد، و لا اشكال فيه. و اما حكاية المتداعيين على ما فى يد ثالث: فلا يخفى انه فى حكم فاقد المنازع، لتساقطهما، فيرجع الى قبول قول ذى اليد فيما لا نزاع لاحد فيه.

فحينئذ نقول فى ما نحن فيه (بعد المعارضه بانّ الزوجه ايضا ذات يد على حقوقها الثابته [و] لا بد ان يُسمع قولها فى عدم سقوطها): انّ سماع قوله فى بقاء علّه النكاح و زوالها، انما

هو قبل حصول المنازعه. و اما بعد حصولها، فلا ريب في عدم سماعه بمجردة جزماً، بل يحتاج الى شئى اخر و لا اقل من اليمين. و لا ريب ان اليمين هنا ليست محض تعبد. بل انما هو لاثبات الحق. و القول بان المثبت هو قول الزوج للزوم تصديقه فان اليمين انما هو لرفع دعوى الكذب عليه و اتّهامه به. فلا يرجع الى محصل، اذ ليس معنى تكذيب المرثه اياه مع احتمال صدقها، الا انكار الطلاق في نفس الامر. و قد يكون ذلك لنفس الامر. فاليمين انما هو لاثبات الطلاق، لا غير.

و الأخبار و كلام الاصحاب ناطقه بان اليمين من جمله ما يُستخرج به الحقوق.

و الحاصل: ان النزاع يرجع الى ان الزوج هل هو مدّع او منكرف؟-؟ حتى يُعلم توجه اليمين الى ايهما. لان اليمين لا مدخلية لها في اثبات المطلب. و قد عرفت ان الظاهر ان الزوج مدّع فوظيفته البيّنه. فلا منافات بين ما اخترناه في المقام الاول من لزوم تصديقه اذا كانت جاهله بالحال، و بين عدم سماع قوله هنا الا [ب]-[البيّنه].

الثانى: ان النكاح انما وضع لتملك الزوج بضع الزوجه على وجه مخصوص، بعوض معلوم. فيكون كسراء ساير الاملاك. و لذلك ورد في بعض الروايات؛ انه يشترىها باغلى الثمن (1) و اما استحقاق الزوجه بحقوقها عليه، فمن التوابع المشروطه ببقاء ذلك التملك المختص ولايته به وجوداً و عدماً، كاستحقاق العبد و الدّابه لحقوقهما على المالك. و الطلاق ليس الازاله لذلك الحق المختص به. و لذلك كان امره بيده. فيكون الاقرار به، كاقرار[ه] ببيع العبد و عتقه و وقفه. و كما ان (2) حقه التبعية لا يمنع من نفوذ اقرار المالك فكذلك حق

ص: ٨٠

١- الكافي، ج ٥ ص ٣٦٥.

٢- و في النسخه: انه.

المرئيه. على ان (١) حقها من الاستمتاع قد سقط ظاهراً، لعدم تمكن الزوجه منه لمنعه عنه شرعاً بعد الاقرار، فلم يبق الا حق الانفاق الذى صارت به مساوياً للعبد فى الفروض المذكوره. مع أنه مشروط هنا بالتمكين الذى لا اثر له هنا و ان رجح عن اقراره.

ففيه: اولاً: ان ما ذكر ليس باولى من ان يقال: ان النكاح انما وضع لاجل ان تستحق الزوجه التمتع من الزوج لحفظ فرجها من الزنا، على وجه مخصوص، بعوض معلوم. فيكون كبيع ساير الاملاك، فيكون هى السابقه لبضعها المستحقه فى عوضها الزوج المعلوم (٢).

سلمنا؛ لكن نقول: وضعه لاجل حصول الامرين معاً. و اختصاص توليه الابقاء و الازاله بالزوج، لا ينافى استقلال كل منهما فى اصل المعامله و المعاوضه.

و قوله: و اما استحقاق الزوجه... الى آخره، ان اراد اصل الاستحقاق و حصوله اولاً، ففيه منع واضح. اذ هو امر اصلى مقصود بالذات فى عقد النكاح، الذى هو بينهما على السواء. بل الاصل فيها هو المرئيه، لكونها موجهه و هو قابل، و الايجاب مقدم على القبول طبعاً و وضعاً. و ان اراد بقائه فهو كذلك. و ظن بقاء استحقاق الزوج لحقوقه ايضا مشروط ببقاء ذلك التملك. غاية الامر ان ملاك الابقاء و الازاله انما هو الزوج، و ولايتهما بيده. و لكن ذلك لا ينافى استقلال الزوجه، و لا يستلزم كون حقها (٣) تبعياً.

قوله: كما ان استحقاق العبد و الدائبه... الى آخره، فيه: اولاً: أنه قياس مع الفارق. اذ ليس بيد العبد و الدائبه شئ من الامر، و امر المبايعه بيد البايع و المشتري. بخلاف الزوجه. و هذا ظاهر. و ثانياً: نمنع انه لا يجوز للعبد مزاحمه المولى اذا عرف كذبه لاجل [ما] آخره من

ص: ٨١

١- اى: اضعف على هذا ان...

٢- و فى النسخه: الزوجه المعلوم.

٣- و فى النسخه: حقهما.

قوله: و لذلك كان امره بيد... الخ، اقول: نعم، ولكن امره بيده في اصل الطلاق، لا في الاقرار به. فانه اول الكلام.

قوله: على انّ حقها من الاستمتاع قد سقط.... الخ، فيه: انّ عدم جواز مطالبه الزوج حق استمتاعه من الزوجه، لا ينافي جواز مطالبه الزوجه حق استمتاعها من الزوج. و يظهر الثمره فيما لو لم يمكن الزوجه من الاستمتاع من زوجها جبراً و كرهاً (٢).

قوله: مع انه مشروط هنا بالتمكين الذى لا اثر له... [الخ، اقول:] قد عرفت ان عدم الاثر ممنوع. اذ عدم تمكن الزوج لا ينافي تمكين المرثه. و انما حصل عدم التمكين من فعل الزوج و لا تقصير للزوجه في ذلك. و ذلك كما تمكن الزوجه من الاستمتاع و لم يقدر الزوج عليه، لعدم الرغبه. او العجز، او مانع اخر. فان ذلك يكفى في استحقاق التّفقه. كما لا يخفى.

الثالث: بعض الاخبار المشتمله على انه اذا ترك الميّت عبداً و اقرب بعض ورثته بانه اعتقه في حيوته، نفذ اقراره من نصيبه، و استسعى العبد فيما كان لغيره من الورثه؛ مثل ما رواه الصدوق في الفقيه عن يونس بن عبدالرحمن، عن منصور بن حازم، عن ابي عبدالله (عليه السلام) في رجل مات و ترك عبداً فشهد بعض ولده انّ اباة اعتقه. فقال (عليه السلام): يجوز عليه شهادته و لا يُعْرَمُ وَ يُشْتَسِيَعِي الْغُلَامُ فِيمَا كَانَ لِغَيْرِهِ مِنَ الْوَرْتِه (٣). و ما رواه الشيخ في التهذيب؛ عن محمد بن علي بن محبوب، عن علي بن السندي، عن حماد، عن حريز، عن محمد بن مسلم، عن

ص: ٨٢

١- و في النسخه: لاجل اخره و من التّفقه.

٢- كذا في النسخه. و لعلّ الصحيح: لو تمكن الزوجه من الاستمتاع من زوجها جبراً و كرهاً. فانّ الزوجه حينئذ تستمتع من الزوج، و لاشيئ عليها لانّ الاستمتاع حقها.

٣- الفقيه: ج ٤ ص ٢٣٠ ح ٥٥٤٤- الوسائل، ج ٢٧ ص ٤١١ ح ٣٤٠٨٢.

احدهما عليهما السلام: قال: سئلته (١) عَنْ رَجُلٍ تَرَكَ مَمْلُوكًا بَيْنَ نَفَرٍ فَشَهِدَ أَحَدُهُمْ أَنَّ الْمَيِّتَ أَعْتَقَهُ. فَقَالَ إِنْ كَانَ الشَّاهِدُ مَرَضِيًّا لَمْ يَضْمَنْ وَجَازَتْ شَهَادَتُهُ فِي نَصِيْبِهِ وَاسْتُشْعِيَ الْعَبْدُ فِيمَا كَانَ لِلْوَرَثَةِ. (٢)

وَأُخْرَى: عَنْ بَنَانٍ، عَنْ مُوسَى بْنِ الْقَسَمِ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ، عَنْ مَنْصُورٍ؛ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) عَنْ رَجُلٍ مَاتَ وَتَرَكَ غُلَامًا مَمْلُوكًا، فَشَهِدَ بَعْضُ وَرَثَتِهِ أَنَّهُ حُرٌّ. قَالَ: إِنْ كَانَ الشَّاهِدُ مَرَضِيًّا، جَازَتْ شَهَادَتُهُ. وَيُسْتَشْعَى فِيمَا كَانَ لِغَيْرِهِ مِنَ الْوَرَثَةِ. (٣)

فحکم فی هذه الاخبار بسماع اقراره فی نصيبه، و حکم على العبد بسقوط حقه عنه بذلك، و استسعائه فی سهام باقى الورثه و حکم عليهم مع انكارهم بقبول قيمه سهامهم. فالحکم مبنی على نفس الاقرار و على كونه مستقلاً، لكونه مالکاً له فی نصيبه ظاهراً، و ليس ذلك مخصوصاً بالعتق. فيكون فی الطلاق و نظائره ايضاً كذلك.

و حاصل الجواب فی تلك الاخبار: (على فرض تسليمها على الاطلاق) ان الاقرار بالعتق يوجب فرض تحققه بالنسبه اليه فى الواقع. فيجرى عليه كل حكم يتعلق به بالنسبه اليه. فيسقط تسلطه عليه فى بيعه و اجارته و اِخدامه و نحو ذلك. و اما انفاق العبد، فلَمَّا كان العتق انفع شئى للعبد غالباً، فيقدم، و ان كان يلزمه سقوط الانفاق. اذ من النادر ان يكون النفقه اهمّ فى نظر العبد. و الاقرار لشخص و على شخص، قد يختلفان فى المقامات بحسب الاحوال. ففيما اجتمع الامران ضرورة لفك الرقبه و سقوط الانفاق، فيعتبر اهمهما (٤) و انفعهما

ص: ٨٣

١- و فى النسخه: سئل ابا جعفر (عليه السلام).

٢- التهذيب: ج ٨ ص ٢٣٤ ح ٧٧. كتاب العتق، ب ١.

٣- التهذيب: ج ٨ ص ٢٤٦ ح ١٢٢. كتاب العتق، ب ١.

٤- و فى النسخه: اهميتهما.

و اما استلزام ذلك الاقرار سرايه العتق (و هو ضرر على الشركاء) فكانت ينبغي ان لا يكون الاقرار فيه مسموعاً، لكن جرت تلك الاخبار على الترتيب عليه، نظراً الى التغليب المتحقق في العتق دون غيره. اذ مبناها(1) تغليب جانب الحرّيه، كما يستفاد من تتبع الاخبار و فتاوى الاصحاب. و لا يستلزم اجراء الحكم في الطلاق و غيره. و كون ذلك مقتضى نفس الاقرار مطلقاً، مجرد دعوى لا برهان عليها.

و بذلك يتقوى حكم عدم ضرر سقوط الانفاق في العبد ايضاً. كما مرّ.

هذا، مع أنّي لا يحضرني الاين، قائل بمضمونها صريحاً. غايه الامر اقتضاء الاقرار سقوط تسلطه عليه. و كذلك لم يقل احد باشرط كون المقرّ مرضياً. فلا يلائم قواعدهم في الاقوال، و لا عمومات ساير الاخبار.

الرابع: القاعده المسلّمه عندهم باختلاف عباراتهم أنّ «كل من ملك شيئاً، ملك الاقرار به» و «من يملك التصرف في شيء، ينفذ اقراره فيه»، و نحو ذلك. و المراد بها ان من ملك شيئاً او تصرف في شيء على سبيل الاستقلال (على ظاهر الحال)، كان اقراره بذلك التصرف او بذلك الشيء، نافذاً ماضياً، بنفس التصرف، ما لم يعلم كذبه. و كذلك اذا كان على سبيل الولايه، عند الاكثر. و لا ريب ان الشارع جعل علقه النكاح (المستلزمه لثبوت حقوق عليه و حقوق عليها بقاءً و ازاله) على يد الزوج، فهو مالك لامرها. فيكون اقراره بازالتها بالطلاق، ماضياً. كما يمضى نفس الطلاق لو اوقعه.

اقول: كلامهم هذا، في مثل الوكيل، و العبد الماذون في التجاره، و المكاتب، و نحو ذلك.



و مرادهم أنّ اقرار العاقل لما كان لا يُسمع الآ على نفسه، و في هذه المواضع شائبه كونه اقراراً على الغير (اذ اقرار العبد ببيع سلعه مولاه<sup>(١)</sup>)، او قبض ثمنه، و ان كان اقراراً على نفسه بالنسبه الى المشتري لكّنه متضمّن للاقرار على المولى ايضاً) فدفعوا ذلك بأنّه لما كان تصرفه ماضياً في مال مولاه و اتلافه و اخراجه من ملكه، فكان اقراره على ذلك ماضياً. و ليس ذلك اقراراً بما لا يمكن الزامه على نفسه. ضروره ان تنفيذ الاقرار بالشيء، فرع جواز التصرف في ذلك الشيء. كما صرّح به الشهيد في شرح الارشاد. و كذلك الكلام في الوكيل و غيره.

و بالجملة: يد هؤلاء، يد المنوب عنه. و ذمتهم ذمته. فيكفي اقرار العبد بالبيع و القبض للمشتري مثلاً. و امّا دعوى المولى و الموكل على العبد و الوكيل، و ان كانت مسموعه اذا انكر البيع و القبض. لكنّها دعوى يتعلّق بالامين. و الظاهر انه منكر، لاجل ايتمانه و تفويض الامر اليه. فالمولى و الموكل يدعيان كذبهما، فعليهما البيّنه على الكذب، و عليهما اليمين على نفيه.

و الحاصل: أنّ تقديم قول العبد و الوكيل (اذا نازعهما المولى و الموكل) ليس من جهه هذه القاعده. اذ مقتضى القاعده النفوذ و الامضاء بدون توقف على شيء. كما هو مقتضى الاقرار. لانّ الاقرار مستقل باثبات الحكم في مادّه المقرّ به<sup>(٢)</sup>، على نفس المقرّ. غايه الامر؛ دلالتها على تصديقه و قبول قوله بالنسبه الى الغير ايضاً اذا جهل الحال و لم يكذبه احد. كما صرّح المتمسك بها هنا ايضاً. حيث قال «انّ اطلاقهم في هذه القاعده و في تنصيبهم على تقديم قول الزوج في الطلاق بدون ذكر اليمين أنّما هو في صوره الجهل بالحال». و مع ذلك

ص: ٨٥

١- و في النسخه: سلفه مولاه.

٢- و في النسخه: المقرّ له.

تمسك بها(١) في صورته التكدب و الانكار ايضاً. و هو عجب.

سيماً و يظهر من ملاحظه كلماتهم، خلافهم. لأنه ذكروا هذه الاطلاقات في مقام الدعوى ايضاً.

فقول: التعليل المذكور في كلامهم أنّما هو لاجل اثبات الحكم للمقرّله. قال في الشرايع في اقرار العبد «و لو كان مأذوناً في التجاره، فاقّر بما يتعلق بها قبل. لأنه يملك التصرف فيملك الاقرار، و يؤخذ بما اقّر به مما في يده»(٢). و في المسالك: «أنما قبل اقرار [المأذون في التجاره] لأنّ تصرفه نافذ فيما اذن له فيه منها، فينفذ اقراره بما يتعلق بها، لأنّ من (٣) ملك شيئاً ملك الاقرار به»(٤). و مثله عبارات غيرهما(٥) من الاصحاب. فلاحظ الدروس و الارشاد و غيرهما(٦).

و اما مثل عبارته الشيخ في المبسوط، حيث قال في حكم اختلاف الوكيل و الموكل في فعل ما وكل فيه كالبيع و قبض الثمن أنه: «قيل فيه قولان: احدهما أنّ القول قول الوكيل. لأنه يملك هذا العقد و القبض. فاذا ادعى ذلك كان القول قوله. كما اذا ادعى الاب تزويج ابنته البكر، كان القول قوله فيه، سواء ادعى تزويجها قبل بلوغها او بعد[ه]. و الثاني ان القول قول الموكل. لان الوكيل اذا ادعى فيه قبض الثمن، و انكره الموكل، فقد اقّر الوكيل على موكله

ص: ٨٦

١- و في النسخه: بهما.- و الضمير راجع الى «القاعده».

٢- الشرايع، ج ٣ ص ١١٩ طبع دارالتفسير- كتاب الاقرار، النظر الثاني في المقرّ.

٣- و في النسخه: لان كل من.

٤- المسالك، كتاب الاقرار- ج ٢ ص ١٤٠، ط دارالهدى.

٥- و في النسخه: ها.

٦- و في النسخه: ها.

بحق لاجنبى (١). فكان القول قول الموكل فى ذلك. كما اذا ادعى على الموكل أنه قبض الثمن [من المشتري بنفسه] فإنه لا يقبل قول الوكيل على موكله بلا خلاف. و الصحيح الاول. انتهى (٢).

فهى و ان كانت اولها موهمه خلاف (٣) ما ذكرنا من كون التعليل بهذه القاعده، لاجل اثبات الحكم للمقرّله. و لكن اخر كلامه فى تقرير القول الثانى يوضح أنّ مراده ما ذكرنا، و أنّ مراده من التعليل بقوله «لأنه يملك هذا العقد» بيان صحه اقراره فى العقد و القبض، و نفوذه للمقرّله، و صيروره فعله هذا، فعل الامين. فاذا تعقبه دعوى الموكل بنفى العقد و القبض، فيقدم قول الوكيل لأنه امين. او مراده بيان الامانه اولاً- بتقريب أنّ الامر مفوض اليه و هو مالك للتصرف من هذه الجهه، فيقدم قوله مع يمينه. و وجه ايضاح اخر كلامه لما ذكرنا، أنه تمسك للقول الثانى بان اقراره بالبيع و القبض، اقرار على الموكل فلا يسمع اصلاً لأنه اقرار على الغير، فلم يثبت الحق للمشتري المقرّله اصلاً، و لم يتحقق البيع بالنسبه اليه ايضاً. و اما ما ذكر للقول الاول؛ فالمراد به أنه يتحقق بالنسبه الى المشتري، لأنه يملك هذا العقد و القبض، فينفذ اقراره فيه على نفسه بالنسبه الى المشتري. و اما دعوى الموكل معه فهو تكذيب له و لا يقدم قوله. بل يقدم قول الوكيل مع اليمين، لأنه امين.

و بالجمله: نفوذ الحكم من جهه الاقرار، غير تقديم القول من جهه كون القائل بمعنى المنكر و متمسكاً بما هو الظاهر الجلى، و مخالفته متعاطياً لاثبات امر خفى. و مقتضى القاعده (على ما يفهم من كلماتهم) هو الاول. و لا ينفع فيما نحن فيه فى شىء. [و] لا يحتاج

ص: ٨٧

- 
- ١- و فى النسخه: الاجنبى. و هكذا فى المبسوط، ج ٢ (كتاب الوكاله) ص ٣٧٣، ط المكتبه المرتضويه.
  - ٢- المبسوط، ج ٢ (كتاب الوكاله) ص ٣٧٣، ط المكتبه المرتضويه.
  - ٣- و فى النسخه: الخلاف.

تقديم قول المدعى الى شئى اخر.

و قد ينضم الى الاستدلال بهذه القاعده، الاستدلال بقوله (عليه السلام): «اقرار العقلاء على انفسهم جايز» بالتقريب الذى مرّ و هو أنه يُسمع فيما كان الاقرار على غيره بتبعيه سماع ما كان على نفسه اذا كان الاقرار مركباً من الامرين. كما فيما نحن فيه اى الطلاق. و انت خبير بان مقتضى الحديث، النفوذ و السماع من دون حاجه الى شئى. فالجمع بين الاستدلالين و القول مع ذلك باحتياج تقديم قول مدعى الطلاق(1) الى اليمين، مما يفضى منه العجب.

اذا عرفت هذا فنقول فيما نحن فيه: هذا الحديث و تلك القاعده، تفيضان (نسخه البدل: تقيضان)(2) نفوذ اقرار الزوج بالطلاق، فى حق نفسه. اذ هو المتبادر من الاقرار و ادلته. و بالنسبه الى غيره إما مدع فيحتاج الى البيئه، و إما منكر فيحتاج الى اليمين.

و اما ما يُدعى أنه امين من الله على ذلك لانه فوّض اليه(3) امر الطلاق، و ليس ذلك باقل من تامين العباد بعضهم بعضاً، فلا بدّ من تقديم قوله. فهو كلام ظاهرى، خطابى. اذ المعيار فى تقديم قول الامين، هو جعله منكرّاً متمسكاً بامر جلى راجح. و ذلك لانّ العقل و العاده يحكم بانّ العاقل لا يفوّض امره الا الى من يطمئن به، و يسكن نفسه اليه، و يصدّقه فى قوله و فعله. فاذا ادعى شيئاً فالراجح وقوعه و صدقه. و للزوم الحرج و العسر لو لزم منه فى افعاله البيئه، لتعذّره، او تعسّره عليه غالباً.

و اما فيما جعل الله الامر الى عبده من الاحكام، مثل الطلاق و الظهار و الايلاء، و نحو ذلك، فليس منوطاً بالامانه و الصدق. اذ الفاسق و العادل سواء فى هذه الامور. كما هو

ص: ٨٨

١- و فى النسخه: المدعى الطلاق.

٢- و فى النسخه: بدل كلتا الكلمتين كلمه واحده- تقيضان.

٣- و فى النسخه: فرض اليه.

واضح، بين. فتقديم قول امناء العباد، لا يستلزم تقديم المستقلين (١) في الامر من جانب الله تعالى.

فنقول حيثئذ: إما ان يكون النزاع في بقاء سلطنه الزوج و عدمه، (مع كون باقى احكام الطلاق و لوازمه مسكوتا عنه) و يكون المفاقره (٢) موافقه لغرض الزوجه، و الاستمرار على النكاح موافقا لغرض الزوج، فاذا اخبر الزوج بالطلاق، فهذا اقرار و مسموع و نافذ، و لا يحتاج الى شىء اخر. و اذا انعكس الامر و كان الزوجه مدعيه للاستمرار منكره للطلاق، فاخبار الزوج بالطلاق، دعوى. فيحتاج الى الاثبات. غايه الامر جعل الزوجه مدعيه [١] لكذب به، و الزوج منكره لانه مالك الامر و الامر بيده. فلا يرفع النزاع و لا يثبت الحق الا باليمين، ايضا. و ليس هذا من باب الاقرار. فاليمين ايضا لاثبات الدعوى، لا انها خارجه من اركان المرافعه.

و [اما] اذا كان المقام خالياً عن الامرين (٣) و اخبر بالطلاق و صدقته الزوجه او سكتت و كانت جاهله بالحال طالبه لنفس الامر، فلا بد ان تصدقه. و يعمل على قوله، حملاً لفعل المسلم [و قوله] على الصّحه.

ثم: ان الظاهر من القاعده المذكوره (و المصرح بها فى كلام كثير من الاصحاب) ان سماع اقرار من ملك شيئاً، سماعه فى زمان تملكه. فاقرار الوكيل بعد العزل و كذلك العبد بعد المنع، لا فائده فيه و ان اقرّ بفعله فى زمان النصب و الاذن. يعنى لا ينفذ و لا يمضى بعنوان الاقرار، لا انه لا يسمع مطلقاً، فانه فى صورته اختلاف الزمان، يصير من باب الدعوى

ص: ٨٩

---

١- و فى النسخه: بعنوان نسخه البدل: المستقلين.

٢- و فى النسخه: فىكون المفاقره.

٣- اى: اذا لم يكن استمرار النكاح موافقا لغرض الزوج، و لم يكن ايضا موافقا لغرض الزوجه.

المحتاجه الى المُثبت و المبطل. و وجههما ظاهر ممّا تقدم.

و من جميع ذلك يظهر الكلام فيما لو تُمسك في المقام بعبارتهم الاخرى لهم في هذا الباب؛ و هو «انّ كل من قدر على انشاء شئ، قدر على الاقرار به». و اتحاد الزمان فيه ايضا معتبر كسابقه، و مصرّح به في كلامهم. و مثالها يرجع الى العبارة الاولى و هذه العبارة المذكوره في كلامهم في مقامين، يعنى في نفوذ الاقرار و امضائه، و في قبول قول المقرّ و تقديمه على قول منكره. و نذكر في كل من المقامين بعض العبارات:

المقام الاول: ففي القواعد بعد تقسيم المقرّ الى المطلق و المحجور، قال «فالمطلق ينفذ اقراره بكل ما يقدر على انشاءه»<sup>(١)</sup>. و في التحرير «و كلّ من لا يتمكّن من الانشاء لا ينفذ اقراره، فلو اقرّ المريض بانه وهب حال الصحّه، لم ينفذ من الاصل»<sup>(٢)</sup>. و مفهومه مطابق للقاعده<sup>(٣)</sup>. الى غير ذلك من العبارات التي لا يحتاج الى الدّكر.

المقام الثانى: فقال الشهيد فى اللّمعنه: و لو اختلفا فى تصرف الوكيل، حلف. و قيل [يحلف] الموكل. و كذا الخلاف لو تنازعا فى قدر الثمن الذى اُشترت به السلعه<sup>(٤)</sup>. و قال فى الروضه فى شرحها «حلف الوكيل لانه امين و قادر على الانشاء، و التصرف اليه، و مرجع الاختلاف الى فعله، و هو اعلم به. و قيل يحلف الموكل، لاصاله عدم التصرف و بقاء الملك

ص: ٩٠

---

١- القواعد، كتاب الاقرار، قال فى اول الكتاب: المطلب الاول: الصيغه... الثانى المقرّ...- و فى «ايضاح الفوائد فى شرح اشكالات القواعد» ط كوشانيور: ج ٢ ص ٤٢٤.

٢- التحرير، ج ٢ ص ١١٤.

٣- اى: مفهوم هذا الكلام مطابق لقاعده «انّ كل من قدر على انشاء شئ، قدر على الاقرار به»، و ان لم ينطبق منطوقه. لان مفهومه: «من تمكّن من الانشاء نفذ اقراره».

٤- اللّمعنه، آخر مسئله من كتاب الوكاله.

على مالكه. و الاقوى الاول»(١). و قال العلامة فى القواعد «الاقرب تقديم قول الوكيل، لانه امين و قادر على الانشاء، و التصرف اليه»(٢). الى غير ذلك من العبارات التى لاحاجه الى ذكرها.

و المراد بالقدره على الانشاء، القدره فى آن الاقرار، لا قبله. كما هو المصرح به فى كلماتهم. و وجه نفوذ الاقرار، ظاهر، لعموم «اقرار العقلاء..» و كذلك وجه تقديم قوله، لانه موافق للظاهر. و كيف كان؛ فالمراد بنفوذ الاقرار هو نفوذه على نفسه، لا مطلقا. كما يدل عليه عبارته الشهيد فى القواعد، قال «لو قال لزوجاته: ايتكن حاضت، فصواحباتها(٣) على كظهر امي. فقالت احديهن: حضت. و صدقتها. وقع الظهار بالنسبه اليه. و يشكل بان قولها لا يقبل فى حقهن، و احلافها غير ممكن، و قطع الزوج بذلك نادر. و لهذا لو صرح بالمستند و قال لا اعلم حيضها الا بقولها، عدّ مخطئا الا مع قرينه الحال المفيده للعلم. و لعل الاقرب انه ان اخبر و يعلم صدقها بالقرائن، وقع الظهار. و ان اطلق و امكن ذلك ايضا، لاصاله الصدق فى اخبار المسلم، و لانه قادر على انشاء الظهار الان، فيقبل اقراره» انتهى(٤).

فان قوله «وقع الظهار بالنسبه اليه»، يعنى ان الصواحبات باقيات على الحل الا ان يصدقها. و الاشكال الذى ذكره، انما هو فى كفايه ذلك بالنسبه اليه ايضا. و توجيهه اخيرا للوقوع بالنسبه اليه، يثبت امرين: احدهما وقوعه بالنسبه اليه. و ثانيهما ان القول قوله لو ادعت الصواحبات عليه عدم حصول العلم، و كذبته فى ذلك. فيثبت بالنسبه الى الصواحبات

ص: ٩١

١- الروضه، كتاب الوكاله، آخر الكتاب.

٢- القواعد، كتاب الوكاله، المطبوع مع «ايضاح الفوائد»، ج ٢ ص ٣٦٠ ط كوشانپور.

٣- و فى النسخه: و صوحباتها.

٤- القواعد و الفوائد، ج ١ ص ٣٧٢، قاعده ١٤٥.

مع يمينه و ان لم يصّرَح به.

و الحاصل: ان من يقدر (١) على انشاء عقدٍ او ايقاع في الحال، اذا اقربّه، فالظاهر معه (٢)، لافائده في انكاره غالباً. اذ هو (٣) قادر في تلك الحال على الانشاء بالفرض. فيجدّد الانشاء و يبطل دعوى الخصم. فمن يدعى عليه الخلاف فهو مخبر عن شيء مرجوح، خفي، و هو يدعى شيئاً ظاهراً جلياً راجحاً، فيقدم قوله. و ان احتاج الى ضم اليمين في بعض الاحوال. كما في حكاية الطلاق اذا اقتر بايقاعه بزمان متقدم استحققت فيه النفقه و ساير الحقوق، فانه يحتاج الى اثبات ذلك باليمين. و اما بالنسبه الى نفس المقرّ، فلا حاجة الى شيء اخر. و توهم انه يُسمع فيه بالنسبه الى الغير ايضاً و يُحكم بنفوذه مطلقاً، فاسد جزماً، بل خلاف اجماعهم في غير صوره السكوت و جهاله الحال. بل و تقديم قول القادر على الانشاء و المالك للتصرف مع [عدم] اليمين خلافى. كما عرفت في بعض العبارات و ستعرف. و ما يتوهم من بعض العبارات أنّه مما لا خلاف فيه، فالظاهر عدمه. كما سنشير اليه.

فنقول: اذا اقتر الزوج بالطلاق، فمن يقول بانّ قوله مسموع، ان اراد مع تصديق الزوجه او سكوتها لجهالتها، فهو كذلك، و لا كلام فيه. كما عرفت.

و ان اراد أنّه مع انكار الزوجه ايضاً كذلك، فنقول: ان اراد أنّ ذلك من جهه انه اقرار و اقرار العقلاء نافذ، فنقول ينفذ فيما كان على نفسه. و ان كان الاخبار مركباً عنه و عن الاقرار على الغير، فلا ريب (٤) انه بالنسبه الى الغير، دعوى لا اقرار.

ص: ٩٢

١- و في النسخه: من لم يقدر.

٢- اى: فالظاهر مع كونه قادراً للانشاء. - اى: الذى يظهر لى مع كونه قادراً للانشاء، أنّه لا فائده..

٣- و في النسخه: اذا هو.

٤- و في النسخه: و لا ريب.



و ان اراد ان فتوى الاصحاب يقتضى تقديم قول صاحب هذا القول اذا ملكه و قدر على انشاءه و لو كان مشتملاً على الاقرار فى حق الغير، قلنا: لم يقتض فتاويهم تقديمه مطلقاً، بل مرادهم إما فى صورته الجهل، او انه يسمع مع اليمين لكونه بمنزله المنكر.

و ان اراد انّ عليه اليمين و لكن اليمين ليس بمثبت، بل المثبت انّما هو قول المسلم، و اليمين انّما هو لرفع مظنه الكذب. فقد عرفت بطلانه، لانّ اليمين لم يعهد فى باب القضاء الا لاجل الاثبات، حتى فى اليمين الاستظهارى.

فلم يبق هنا شئ يمكن ان ينازع فيه الا ان الزوج (1) هل هو مدع يجب عليه البيئه، و اليمين عليه ليس الا فى صورته الرد (2)؟ او منكر و يتوجه عليه اليمين اولاً- بعد عجز الزوجه عن اثبات الكذب-؟ و هذه مسئلة وقع الخلاف فيها و فى نظرائها. و ليس ما يستوحش فيها من كونه مدعياً، عليه البيئه.

و ما يقال: انّ مقتضى قولهم «انّ من قدر على انشاء شئ، قدر على الاقرار به» انّ الاقرار بالشئ بمنزله انشاءه؛ فالاقرار بالبيع بمنزله انشاء الايجاب، و بالشراء بمنزله القبول فيه. و اقرار وليّ الصّغيرين معاً، بمنزله انشاءه لذلك. و هكذا...، فالاقرار بالطلاق بمنزله الانشاء به، فيقبل و ينفذ مطلقاً بالنسبه اليه و الى غيره.

فيه نظر واضح؛ اذ قد يكون الاقرار بالانشاء مشتملاً على الاقرار و المدعوى معاً. فالمراد بالقدره على الاقرار بالشئ، او جريان حكم الاقرار، انّما هو [اذا] كان على نفسه. فاما ما كان على الغير فهو دعوى. و كيف يكون الاقرار [مركباً] من شيئين يمكن التفكيك بينهما، بمنزله الانشاء الذى لا يمكن التفكيك.

ص: ٩٣

١- و فى النسخه: الا انّ حه فى الزوج.

٢- و فى النسخه: فى صورته المراد.

فمن أقرّ ببيع ماله من زيد بثمان معين، كيف يوجب التزام المشتري لوفاء الثمن اذا انكر الشراء. و لكنّه يُلزم به اذا تحقق الانشاء. و من ذلك ظهر ما فى قوله «و الاقرار بالبيع بمنزله انشاء الايجاب»؛ لان البيع ليس نفس الايجاب فقط، بل هو مجموع الايجاب و القبول. فاذا امكن تفكيك الايجاب (الذى هو جزء مفهوم البيع) عن القبول، فيمكن تفكيك اسقاط حقوق الزوجه فى الطلاق ايضا. و ايضا لازم هذا الكلام، نفوذ الطلاق من دون حاجه الى يمين او بيّنه. و لا يقول به القائل.

ثمّ: اذ قد عرفت ان معنى قولهم (1) «من ملك شيئاً ملك الاقرار به- و من قدر على انشاء شىء فى الان، قدر على الاقرار به»، هو انّ من يتمكّن من جعل شىء فى ذمّته، ينفذ اقراره به. [لا-] اذا كان [لا-] يتمكّن منه (2). ظهر لك ان هذا لا يجرى (فى صوره الدعوى و حصول من ينكر ذلك) بالنسبه الى المنكر. فاذا كان (3) هناك منكر، فعليه البيّنه. فيبطل القول بتقديم قول مدعى الطلاق و نظرائه تمسّكاً بانّ الزوج يملك انشاء الطلاق حين اقراره به و ادعائه، فينفذ اقراره على الزوجه بدون البيّنه و ان كانت الزوجه منكره. و كذلك فى نظرائه. لانّ ذلك ليس باقرار، بل هو دعوى بالنسبه الى الزوجه و ان كان اقراراً بالنسبه اليه. و دعوى فعل ما يملكه، ليس مما يجب سماعه بلا بيّنه. كما لا يسمع دعوى الاقباض الذى يحصل بالتخليه و لا يُصدّق صاحبها [الآ] بالبيّنه مع أنّه قادر عليه و مستقل به. و كذلك مدعى العمل فى الاجاره و الجعالة و ما يشبههما من المواضع الكثيره التى لا تحتاج الى الذكر.

و ما يقال: انّ المراد بتملك الشىء و القدره عليه، ليس تمكّنه منه عقلاً بل كون امره اليه

ص: ٩٤

١- و فى النسخه: ان من معنى قولهم.

٢- و فى النسخه: ينفذ اقراره به اذا كان الاقرار فى ان التمكن منه.

٣- لهذين الكلمتين خفاء فى النسخه، مانع عن الجزم.

شرعاً. و ليس موارد النقض (١) من ذلك.

ففيه: أنّ ذلك خلاف مقتضى هذا اللفظ و المنساق من القاعده، و خلاف ما ذكروه فى مواردھا؛ فانّهم ذكروا من جمله امثله مصداق القاعده، تصرف العبد الماذون فى التجاره، و المكاتب، و الوكيل، و نحو ذلك. فان اريد من كون امره اليه شرعاً، مطلق جواز فعله شرعاً، فلا يضرنا. اذ موارد النقض كلّها من هذا القبيل . و ان اريد اختصاص الفعل به شرعاً بحيث لا يمكن حصوله من غيره كالطلاق و الرجعه و نحو هما، فلا ريب أنّ بيع العبد الماذون و نظرائه، ليس من هذا القبيل. بل يمكن صدوره عن المولى و الموكل ايضاً.

و بالجمله: استحقاق الزوجه حقوقها، و استحقاق الزوج لحقوقه، الملزومان لمهية النكاح، ثابتان مستمراً حتى يثبت رافعهما. و محض دعوى الزوج لارتفاعهما معا، دعوى لا دليل عليه. بل يلزم اثباته بالبينه كما هو مقتضى الحديث النبوى المشهور، المجمع عليه: «البينه على المدعى و اليمين على المنكر». و قد عرفت معنى القاعده المذكوره. فلا يمكن القول بتخصيص مثل هذا الخبر الصريح، المجمع عليه، بمثل اطلاق هذه القاعده التى لا دلالة فيها على ما نحن فيه، بل موردها الاقرار على النفس. بل و فيما كان المنكر جاهلاً بالحكم، كما اعترف القائل المدعى للتخصيص ايضاً. حيث جعل معيار القبول هو كونه مسلماً لا بد من تصديقه (٢). و كذلك (٣) المقام أنّ القاعده المذكوره المعتمده بالعبارتين المتقدمين، ظاهرها مخصوص بالاقرار. و يظهر ذلك من ذكرها فى كتاب الاقرار. و فهمه المحقق الشيخ

ص: ٩٥

١- و فى النسخه: مراد النقض - توضيح: موارد النقض كاقرار العبد الماذون و الوكيل و غيرهما. كما بيّن المؤلف (ره) مشروحاً، و كما يأتى.

٢- اى: و ما جعل القاعده معياراً بل تمسك بقاعده «قول المسلم».

٣- و فى النسخه: و فذلكه.

على (ره) (١) كذلك. و المتبادر من الاقرار هو الاخبار بما كان حقا لازما مما يضرب به، كما اشرنا اليه.

و المراد بتملك الاقرار لمن يملك شيئاً او يملك انشاء شئ، هو نفوذه في حقه و ثبوته عليه بلا حاجه الى شئ اخر من بينه او يمين. و هذا المعنى مباين لمفهوم قولهم في مسائل الدعاوى «يُقدّم قوله، و القول قوله» و نحو ذلك.

و قد عرفت ايضاً انه يكون الاخبار مركبا عن الاقرار و الدعوى، و انه يمكن التفكيك بين جزئى المركب فى الحكم. فالاستدلال بهذه القاعده، انما يتم فى الجزء الاقرارى، لا فى الجزء الادعائى. فاخبار الزوج بالطلاق مشتمل على الجزء الاقرارى و هو قطع سلطته عن الزوجه، و الجزء الادعائى و هو سقوط حق الزوجه (٢). فلا يمكن الاستدلال بالقاعده الا على الجزء الاول.

فان قلت: تريهم يستدلون فى نظراء المسئله (مثل اخبار الوكيل عن البيع او قبض الثمن، و كذا العامل اذا ادعى الشراء للقراض، و نحو ذلك) لاثبات تقديم قول المدعى، فيقولون: يقدم قوله لانه قادر على الانشاء، و لانه اقرب بما له ان يفعله. و ربما يذكر مع ذلك: و لانه امين. و ربما يزداد فى بعض المواضع: لانه فعله و هو اعرف بنفسه. و امثال ذلك. فعلم ان مرادهم اعم من الاقرار، فيشمل ما نحن فيه يعنى ثبوت دعوى الطلاق بالنسبه الى الزوجه بمجرد الاقرار ايضاً.

قلت: اولاً: ان ما ذكرته خلاف ظاهر اللفظ، كما هو واضح. و ثانياً: انه على هذا يلزم استعمال اللفظ فى معنيين متخالفين، و الحق عدم جوازه. سواء كان مشتركاً، او حقيقه، او

ص: ٩٦

---

١- الشيخ على بن العال، المعروف ب- «المحقق الثانى» صاحب جامع المقاصد.

٢- و فى النسخه: الحق الزوجه.

مجازاً. فتملك الاقرار، أما يراد نفوذه على نفسه و على غيره معا من دون حاجه الى شئى. او نفوذه مع انضمام شئى آخر اليه. و ارادتهما معا غير صحيح. فنقول: وجه ذكرهم هذه القاعده فى مقام بيان تقديم القول، ان من يخبر بعقد او ايقاع يتضمن اقراراً على نفسه و على غيره معاً (كالطلاق و بيع الوكيل و غيرهما) فيحكم ظاهراً بسبب اقراره بتحقيق هذا العقد او الايقاع، و يترتب حكمه و ثمرته عليه، بالنسبه الى المخبر. و يتوقف ترتيبه بالنسبه الى الغير، على تصديقه. فان صدقه، ينفذ مطلقاً، و ان كذبه ذلك الغير و انكر وقوعه، فيجئ النزاع و الدعوى. فمن يستدلّ بهذه القاعده على تقديم قول المقر، ليس اعتماده على اقراره، فانه لا دليل على سماع الاقرار على الغير. بل لانّ الظاهر معه لاجل(1) انه فى حكم ذى اليد من جهة الحكم بثبوت العقد فى الخارج باقراره ظاهراً و ان لم يترتب عليه حكم بالنسبه الى ذلك الغير. و هذا وجه اقتصار من يقتصر بهذه العبارة.

و أما من يجمع بينها و بين الاستدلال بكونه اميناً؛ فذكر القاعده للاستدلال على ردّ انكار ذلك الغير، فانه ينفى وقوع هذا الفعل راساً اولاً، و ينفى لزوم ثمرته عليه ثانياً. فالاستدلال بهذه القاعده لدفع نفيه راساً، بتقريب أنّ من ملك شيئاً ملك الاقرار به. او من قدر على الانشاء قدر على الاقرار، و المفروض انه مالك و قادر. فيثبت الحكم الاقرارى بالنسبه، فيثبت تحققه فى الجملة.

و الاستدلال بانه امين، لدفع تعلقه به على فرض عدم بطلانه راساً(2)، فيقول: انى امين و الامين لا يتهم. فغايه الامر لزوم اليمين، فيقدم قوله مع اليمين.

و اما حلاوه الاستدلال بانه اعرف بنفسه، فهو اذا كان التخالف فى القصد مثلاً. بان يقول

ص: ٩٧

١- و فى النسخه: اما لاجل.

٢- لا لدفع تعلقه به على فرض عدم بطلانه فى الجملة.

الوكيل: بعته من الغير. و يقول الموكل: بعته من نفسك. و كذا العامل اذا قال: اشتريته لنفسى. و كذّبه صاحب المال. كما يذكرون فى ادعاء المرثه انقضاء العده بالحيز، او بالوضع. و المكلف البلوغ بالانزال. و نحو ذلك. فوجه الاخبار بالنسبه الى المخبر، هو حمل قول المسلم على الصدق مضافا الى عموم اقرار العقلاء. و وجه لزوم اليمين، عدم القاء قول المسلم الاخر المكذب اياه.

و اما وجه الاشكال فى مثل الوكيل و الطلاق، فأنما هو لعدم قبوله فى اول الامر من جهه أنه اقرار على الغير. و وجه دفعه، منع كون الاخبار به منحصرأ فى الاقرار على الغير بل هو مركب. كما عرفت.

اذا عرفت هذا فنقول فيما نحن فيه: لا يتم تركب هذه الادله و مقتضى هذه القاعده (١)، [لان مقتضى هذه القاعده] أنما هو قبوله فى حق الزوج. و اما كونه امينا، فلم يثبت، لان المراد بالامين، من ائتمنه خصمه. و لا يرب أنه ليس كذلك، اذ وجه تصديق الامين و لزوم قبول قوله، هو الاخبار الوارده فيه، و انه معتمد و ثقه. لان الظاهر ان خصمه ما لم يعتمد عليه و لم يوثقه، لم يأتمنه. و هو فيما نحن فيه، غير موجود. مع ان الزوجه هنا لم يفوض شيئا فى امر الطلاق الى زوجها. و تفويض بضعها اليه و اختيار امرها اليه لا يستلزم تفويض حقوقها و عدمه اليه. و تسليم نفسها للزوجيه المستلزمه لذلك تسلطه (٢) على الطلاق (الذى هو موجب للاسقاط) لا يوجب ايمانها اياه فى أنه يوفيهها حقها و لا يكذب فى ايقاع ما يسقط حقها شرعا. و هذا واضح.

و القول بأنه مؤتمن من جانب الله و هو اولى من ايمان العبد. كلام ظاهرى. اذ تقديم قول

ص: ٩٨

١- اى قاعده «من ملك..»

٢- و فى النسخه: تسلطها.

الامين، أنّما هو لاجل الوثوق و الاعتماد عليه في منافع من ائتمنه انه لا يفعل الا ما هو صلاح له (١). و للاخبار الداله عليه مثل قولهم (عليه السلام) في جملة من الاخبار «ليس لك ان تتهم من ائتمنته» (٢). و ما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق (عليه السلام): «صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان» (٣). و الظاهر أنّهما محكومان بالايتمان شرعا. لا أنّهما امينان واقعا. و لا محض أنّ المالك ائتمنها فقط. و لا ريب ان تفويض امر الطلاق الى الزوج، ليس من هذا الباب. فلا ينتقض ما ذكرنا بحكاية الولي ايضا؛ بان يقال أنّه ليس ممّن ائتمنه العباد لان الولي مؤتمن المولى عليه في منفعه لكن بامر من الله تعالى لكون المولى عليه قاصراً، ناقصاً.

و بالجملة: الفرق بين المطلق و الوكيل و الولي، اوضح من ان يحتاج الى البيان. فظهر أنّ الاستدلال بانه امين، لا يجرى هنا (٤).

و الاستدلال الاخر (يعنى انه اعرف بنفسه و بقصده): فانت خير بانه انما يناسب ما لا سبيل الى معرفته غالباً الا من قبله. لا انه لا يمكن صدوره الا منه. و وجه استدلال (٥) الفقهاء بذلك، لزوم العسر و الحرج، و عدم امكان اقامه البيّنه في مثل القصد و التّيه، او تعسيرها في مثل الحيض و الاحتلام، و نحو ذلك. و لا ريب أنّ الطلاق ليس من هذا القبيل. بل هو ممّا خصّه الله تعالى بالشهاد عليه، المشعر ذلك بعدم سماع دعوته الا بالبيّنه (كما سنبينه). فلم يبق الا دعوى حمل قول المسلم على الصدق و الصحة و المفروض ان الزوجه ايضا مسلمه منكره. فلا مناص الا عن اقامه البيّنه، كما في ساير الدعاوى.

ص: ٩٩

---

١- و في النسخه: و انه لا يفعل الامن هو صلاح له.

٢- الوسائل كتاب الوديعة، ب ٤ ح ١.

٣- الوسائل كتاب الوديعة، ب ٤، ح ٩.

٤- و في النسخه: هذا.

٥- و في النسخه: الاستدلال.

الخامس: تتبع عبارات الاصحاب فى مسائل متفرقه، بعضها يدل على ذلك فى خصوص الطلاق، و بعضها فى غيره؛ فمنها ما ذكره الشيخ فى المبسوط فى مسأله اقرار المريض بالطلاق، قال بعد ما ذكر حكم طلاق المريض فى الارث: «و لو اقرّ مريض انه طلقها ثلاثاً فى حال الصّحّه، قُبِلَ قوله و حُكِمَ بأنّها بانت منه فى حال الصّحه. و تكون العده من حين التكلم»(١). و قال المحقق فى الشرايع: «لو قال طَلَّقْتُ فى الصّحه ثلاثاً، قُبِلَ [منه] و لم ترثه. و الوجه انه لا يُقبِلُ بالنسبه اليها»(٢). قال فى المسالك: «وجه القبول أنّ اقرار المريض بما له ان يفعله، مقبول - كما مرّ فى بابهِ - و ان كان على الوارث. و ينزل ما اقرّ مريضاً من فعله حال الصّحه، منزله ما لو فعله حال الصّحّه. و لاینّ الحكم معلق على انشاءه الطلاق مريضاً بالنّص، و الاقرار ليس بانشاء. فلا ترثه. لا لفقد المقتضى للارث مع البيّنونه و هو طلاقها مريضاً. و وجه ما اختاره المصنف من عدم القبول بالنسبه اليها، أنّ المانع من ترتب حكم البيّنونه مع طلاقه مريضاً، هو التهمه بفراره به من ارثها، و هو موجود مع الاقرار. و حينئذ فيلغو قيد الصّحّه و يحكم عليه بالطلاق البائن و ترثه الى المده المذكور[ه] و لا يرثها» قال: «و لا يخل من اشكال، للفرق بين الاقرار و الانشاء»(٣). انتهى.

فانّ كلام الشيخ صريح فى قبول قول الزوج. و كذا اول كلام المحقق. و مقتضى كلام المسالك ايضا اتفاق ارباب القولين على ان اقرار الزوج بالطلاق مقبول بالنسبه الى المرثه فى جميع احكامه اذا كان فى حال الصّحه، و فى عدا الارث اذا كان فى حال المرض، سواء نسب الطلاق الى حاله او حال الصّحه، و ان الخلاف فى أنّه اذا نسب الى الصّحه هل يقبل

ص: ١٠٠

- 
- ١- المبسوط، (كتاب الطلاق، فصل فى طلاق المريض) ج ٥ ص ٦٩ ط المرتضويه.
  - ٢- الشرايع، (كتاب الطلاق، طلاق المريض) ج ٣ ص ١٦ ط دارالتفسير.
  - ٣- المسالك (كتاب الطلاق، طلاق المريض)، ج ٢ ص ١٩ ط دارالهدى.



على انه طلاق صحيح او مريض.

اقول: اختار المحقق ثانياً عدم القبول، كما عرفت. و وافقه العلامة في جملة من كتبه مثل القواعد و التحرير و التلخيص(١)، و الفاضل الهندي في شرح القواعد. و غيره من الفقهاء. و هو مقتضى قوله(عليه السلام): اقرار العقلاء على انفسهم جاز. و من الواضح ان كلامهم هذا إنما سيق(٢) لاجل بيان حكم الميراث، و ذكرهم صورته اقرار المريض بطلاقه حال الصحة، انما هو لاجل تحقيق مدخلية كون الطلاق في حال الصحة بحسب اقراره في اسقاط الميراث و عدمه. مع اتفاق الطرفين على تحقق اصل الطلاق و عدم النزاع فيه. فالتمسك بان قول الشيخ «بانت منه في حال الصحة» يدل على ان اقرار الزوج بالطلاق كاف في ثبوت الطلاق، كما ترى. فنحن نقول: اذا كانت الزوجه منكروه لاصل الطلاق، فلا ينفع هذا الاقرار اصلاً. و اما وجه توهم الشيخ فيجئ بيانه. و اقتضاء كلام المسالك لما ذكر، ايضاً ممنوعه. اذ المسئلة مفروضه في بيان قيد(٣) واحد من قيودها، و هو كونه في الصحة او المرض. و الطلاق و ساير احكامه انما يثبت للموافق، لا للاقرار.

و اما ما يقال في توجيه فتوى المحقق ثانياً (و من وافقه من الفقهاء)، انه مبتن على مفهوم القاعده يعنى «ان من لا- يقدر على الانشاء لا يقبل اقراره» بتقريب ان المريض ليس له ان يطلق طلاقاً بايناً مسقطاً للارث مطلقاً، و لا يقع منه على هذا الوجه، بل له ان يطلق طلاقاً يثبت معه ارث الزوجه الى سنه. فلا يتمكن من الاقرار بالطلاق، و لا ينفذ الا على هذا الوجه. و بعبارة اخرى: انه لا حق له في الطلاق الا- ما يثبت معه الارث على الوجه المذكور، فاقراره بغيره اقرار في حق غيره لا في حقه. فعلى هذا يلغو قيد الصحة و يجرى على طلاقه

ص: ١٠١

١- تلخيص المرام- مخطوط، راجع الدرعيه، ج ٤ ص ٤٢٧.

٢- و في نسخه: سبق.

٣- و في نسخه: قيل.

المقر به، حكم طلاق المريض بالنسبه الى الزوجه، الا اذا صدقته.

ففيه: ان معنى هذا القاعده: ان من ملك شيئاً في زمان، فيملك الاقرار بفعل ذلك الشيء في ذلك الزمان. بان يكون قولنا «في ذلك الزمان» ظرفاً للفعل، لا- للاقرار. فيصح ان يقال: ان الزوج كان مالكا للطلاق حال الصحة و هو في حال المرض يقرّ (1) بوقوع الطلاق في حال الصّحه. فمقتضى القاعده، صحّح الاقرار. و لكنّ الاقرار لمّا كان مركباً بعضه للزوج و بعضه عليه، فيسمع (2) ما عليه دون ما له و على غيره. فلذلك نقول: يحرم عليه نكاحها من دون محلل، و لا تمنع المرثه عن الميراث، الا مع الثبوت او مع تصديقها اياه (3).

و يوضح ما ذكرنا (من كون معنى القاعده- ان من ملك شيئاً في زمان.. الخ- و من ان مقتضى كلام المسالك، ليس ما ذكره القائل)، ما ذكره ابن مفلح في شرح عبارته الشرايع المتقدمه؛ قال «اذا اقرّ المريض انه طلق زوجته في حال الصّحه ثلاثاً، قبل منه، لانه اقرار بما له ان يفعل، فيكون مقبولاً. و هل ترثه؟ يحتمل العدم، لان قبول اقراره يقتضى عدم الارث. و يحتمل انها ترثه، لان الاقرار انما يقبل بالنسبه اليه بمعنى تحريمها اليه حتى تنكح زوجاً غيره. و لا يقبل بالنسبه اليها بمعنى انها ترثه ان مات في ذلك المرض ما لم تصدّقه. لان اقرار الغير على غيره غير جائز» قال «و لو كان الاقرار في حال الصحة، بانت منه قطعاً». انتهى.

فان المراد بقوله «بما له ان يفعل» ان الزوج كان له ان يفعل في زمان صحته ايقاع الطلاق، و الحين يقرّ بما كان له ان يفعل، و لكن اقراره بذلك لمّا كان مشتملاً على الاقرار

ص: ١٠٢

١- و في النسخه: يقرب.

٢- و في النسخه: فيسمع.

٣- عبارته النسخه: و لا نقول تمنع المرثه عن الميراث الا مع الثبوت او مع تصديقها اياه.

على الزوجه بعدم التوريث، فلا يسمع من هذه الجبهة، لا غير. و اما قوله «بانت منه قطعاً» فوجهه أنه لما كان غالب حال الانسان انه اذا اقرب بشيى في حال تمكّنه من ذلك الشيى، لا يزاحمه الخصم و يوافقه، لعدم الفائدة في الانكار؛ مثلاً اذا قال الزوج في العده: انا راجعتك بالامس. فان انكرت الزوجه، فيقول الزوج: راجعتك الان عن سبيل الانشاء. و هكذا اذا قال: طلقتك امس، مع تمكّنه من الطلاق حين الاقرار ايضا. فمعنى قوله «بانت منه قطعاً» انه لا ترثه المرثه، لانه لا نزاع لها في اصل الطلاق حينئذ. و ما يتصوّر فيه النزاع، كونه في الصحه او المرض. فاذا كان الاقرار في حال الصحه، فلا يبقى اشكال في عدم الارث. و بعد تسليم الطلاق فلا يمكن الاستدلال بهذه العبارة على انه لا يمكن للمرثه انكار الطلاق ايضا، و أنّ محض قول الرجل كاف في ذلك. و هذا واضح لا يخفى و مما يؤكد وضوحه أنّ ظاهر قوله «بانت منه قطعاً» انه لا يحتاج الى اليمين ايضا. و أنّ محض الاقرار يوجب البيّنونه قسراً(١). و انت خبير بانه: ليس مما يقطع به (و لم(٢) يتحقق الكلام فيه)(٣) لو فرض هناك ايضا وجه من الوجوه(٤)؛ مثل استلزام الدعوى سقوط النفقه في مدّه اذا قارنها بتقديم زمان متماد.

و على ذلك ينزل نظاير هذا (مما ذكروا في تقديم قول من يقدر على الانشاء في زمان الاقرار)(٥). و لو نقل الكلام الى مثل ذلك(٦) فحينئذ يصير المسئله قابله للاختلاف. فمن يدعى

ص: ١٠٣

١- و في النسخه: قسراً.

٢- و في النسخه: او لم.

٣- اى: لم يبسط الفقهاء الكلام في مسئلتنا حتى يعلم أنّه مما يقطع به ام لا؟-؟

٤- و في النسخه: لوجه من الوجوه.

٥- و لا ينزل على ما نحن فيه.

٦- اى الى ما نحن فيه.

ظهور قول المقرّ من جهه الغلبه، فى وجه اليمين الى المدعى المقرّ. و من يراعى الاصل فى وجه اليمين الى الاخر.

و الظاهر ان وجه توهم الشيخ فى المبسوط، انه اذا حكم بوقوع الطلاق فى حال الصحه فيلزمه الحكم بعدم الميراث، لأنّ الطلاق فى حال الصّحّه امر واحد و هو يستلزم عدم التوريث، فلا يمكن التفكيك. و لا ريب فى ضعف هذا التوهم. اذا استحاله (1) التفكيك انما هو اذا حصل الطلاق فى حال الصّحّه فى نفس الامر. و الاقرار انما يثبت الحكم على الظاهر، لا نفس (2) الامر. و نظيره فى الاحكام الشرعيه فوق حد الاحصاء.

و من فروع القاعده انه: لو ادعت المرثه بعد انقضاء العده، رجوع الزوج قبل انقضاء العده، لاجل النفقه و استيفاء حقوق الزوجيه، و اقرّ الزوج بذلك. فلا- ريب فى سماعه. لانه اقرار على النفس، لا على غيره. و اما ما ذكره فى مسئله العده من ان الزوج اذا ادعى الرجوع بعد العده، لا يسمع منه الاّ بالبينه. فهو فى صورته الدعوى، لا الاقرار. كما لا يخفى. و سنبيته ان شاء الله تعالى.

و يظهر من جميع ذلك ان مثال القاعدتين الى سماع الاقرار اذا كان على المقرّ، لا اذا كان على غيره. و ليس شىء وراء ذلك. و هو يختلف فى المواضيع باختلاف الاعتبار (3). و حينئذ فنقول: قوله «انّ المريض ليس له ان يطلق.. الى اخره» مسلم لكن نقول: كان له ان يطلق فى حال الصّحّه، و يتمكن من الاقرار بفعله فى تلك الحاله. و ذلك كاف فيما نحن فيه. و اما ما ذكره فى العبارة الاخرى، ففيه: مضافاً الى ما مرّ فى الاولى، انه اذا نفى الصحه

ص: ١٠٤

١- و فى النسخه: اذا استحالت.

٢- و فى النسخه: على الظاهر الانفس.

٣- و فى النسخه: و بخلاف الاعتبار.

فليغو الاقرار رأساً. اذ الاقرار أنّما هو بالطلاق حال الصحة. فلا يبقى اقرار بالطلاق. و هو خلاف مقتضى فتاويهم، بل قالوا أنّ الطلاق صحيح و لكن المرثه تورث.

فان قلت: ان المرثه تورث لاجل اقراره بالطلاق حال المرض. (فبسبب اتفاقهما معاً على الطلاق حال الصحة فلا يبقى اقرار بالطلاق و هو خلاف [الفرض]) لا [أن] مقتضى انفراده بدعوى كونه فى حال الصحة يُثبت التوريث.

قلت: مع تسليم صحه ذلك(١)، لم يثبت هذا من جهه الاقرار، و المفروض ان ثبوت الحكم من جهه الاقرار بمقتضى الاستدلال بالقاعده من ان «من ملك انشاء شىء، يملك الاقرار به. و من لم يملك انشاء شىء، لم يملك الاقرار به»(٢).

ثمّ: أنّ الفاضل(ره)- فى شرح عباره القواعد: و لو اقرّ مريضاً(٣) بالطلاق ثلاثاً فى الصحة، لم يُقبل بالنسبه اليها- قال: «و لو اقرّ مريضاً بالطلاق ثلاثاً او نحوها مما ينفى عنها الارث فى الصحة، قُبِلَ فى حقه. فان ماتت لم يرثها، و نحو ذلك مما يترتب عليه. لاخذ العقلاء فى اقرارهم. و لم يُقبل بالنسبه اليها، فلا- تحرم من الميراث ان مات، الا ان يثبت صدقه باقرارها او بالبينه (وفاقاً للمحقق) لانه اقرار فى حق الغير. و قيل يُقبل فلا تورث، بناءً على أنّ اقرار المريض بما له ان يفعله، مقبول و ان كان على الوارث، و ينزل منزله فعله فى الصحة. و فيه:

ص: ١٠٥

- ١- اى: صحه عدم ثبوت التوريث بدليل أنّ التوريث مقتضى انفراده بدعوى كون الطلاق فى حال الصحة.
- ٢- البحث فى «المقتضى»: هل المقتضى لتوريث المرثه، هو الاقرار، لكون الاقرار فى حال المرض-؟ ام كون الرجل منفرداً فى دعوى كون الطلاق فى حال الصحة-؟ و المؤلف(ره) هنا ينفى كلا- الاقتضائين المذكورين، فلا- يبقى الا- استصحاب بقاء استحقاق المرثه للارث. فتكون هى المدعى عليها و منكره فعلى الزوج الاثبات اما بالبينه و اما باليمين، على اختلاف المبنايين.
- ٣- كذا فى القواعد، طبع كوشانپور، كما فى اول عباره الفاضل(ره) هنا.- و فى النسخه: اقرّ مريض.

أنه إنما يُقبل اقراره بما تحرم (١) الوارث لغيره. و هنا لم يقر بما يحرم (٢) الزوجه لاحد. فأنما هو بالنسبه اليها مدع، و ان استلزمت الدعوى بثبوت حصتها لسائر الورثه» انتهى (٣).

و فى قوله «و فيه أنه إنما يقبل.. الى اخره»، خفاءً لا بأس بتوضيحه، و حاصله: ان المريض فى صوره اقرار ماله لاجنبى او لاحد الوراث (٤)، و ان كان مقرأً على الغير من جهه أنه اتلاف لحق الوارث، و لكنه اقرار بماله للغير و هو الاجنبى او وارث اخر. فمن هذه الجهه اقرار على نفسه. بخلاف الاقرار بالطلاق فى حال الصحه، فانه ليس فيه اقرار بماله لاحد و ان استلزمت الدعوى بثبوتها لغيره بالتبع.

و اقول: الاولى انّ الاقرار بالهبه مثلاً فى المرض، اقرار على النفس اولاً، و على الوارث ثانياً. و حيث لا يمكن اعمالها معاً، لوحدته الموضوع، فيقدم مقتضى اقراره على الغير. بخلاف الاقرار بالطلاق فى الصحه. فانه اقرار على النفس من جهه حرمة الاستمتاع مثلاً، و اقرار على الغير من جهه اليرث. فيسمع الاول دون الثانى، و يعمل على مقتضى الامرين لامكانه من جهه اختلاف الموضوعين (٥).

و اصرح من كلام الفاضل، ما نقل من جامع الفوائد فى شرح عبارته القواعد المتقدمه. قال «لما كان اقرار العقلاء على انفسهم جازياً ماضياً فيما يتعلق بانفسهم دون ما يتعلّق بالغير، و كان اقرار المريض بالطلاق ثلاثاً فى الصحه، يتضمن الاقرار على نفسه لعدم تسلطه عليها و

ص: ١٠٦

١- و فى النسخه: يحرمه- و لا يخلو عن وجه بعيد.

٢- و فى النسخه: يحرمه.

٣- كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحكام، ج ٨ ص ٧٠ ط جامعه المدرسين.

٤- و فى النسخه: الوارث.

٥- و فى النسخه: الموضوعه.

لسقوط ما كان له من الحقوق عليها، و يتضمن الاقرار لسقوط حقها في ميراثها منه لو مات في مرضه و غير ذلك من الحقوق، قبل اقراره بالنسبه (١) الى حقوقه، دون حقوقها» قال «و لعلّ التقييد بالثلاث، للتمثيل، و الّا فالظاهر ان الاقرار عليها لسقوط حقها بالطلاق الرجعي ايضا كذلك» (٢) انتهى.

و بالجمله: لا- دلالة في هذه المسئلة (كما عرفت) في تقديم قول الزوج اذا ادعى الطلاق و انكرتها الزوجه، اصلاً و مطلقاً. بل كلمات الاكثرين تنادي بان اقرار الزوج بالطلاق مع كون وظيفته و في حاله يمكنه هذا الاقرار (كما حققناه في معنى القاعده) لا يُقبل مطلقاً بل انما يُقبل بالنسبه الى ما تضمنه من الاقرار على نفسه، لا على غيره.

و ما يُترائي من انّ النزاع منحصر في الارث، و انه يُسمع بالنسبه الى الزوجه في ساير الحقوق ايضا (٣). فانّما هو لاجل كون موضوع المسئلة ذلك، لمصادقتهما في اصل الطلاق.

ثم: ان ذكرهما الطلاق ثلاثاً، أنّما هو من باب المثال. كما صرح به صاحب جامع الفوائد و اشار اليه الفاضل ايضا فيما نقلنا عنه. و لم نتعرض للكلام في بعض المطالب المحتاج الى البحث في طيّ هذه العبارات حذراً عن الاطناب، و كونه خارجاً عن المقصود في هذه الرساله.

و منها: (٤) ما ذكره في بعض الالفاظ الظاهره في الاقرار بالطلاق و كفايته في ثبوت الطلاق، مثل كلمه «نعم» في جواب السؤال من قول القائل «هل طَلقت زوجتك؟». فقال

ص: ١٠٧

١- و في النسخه: بالندر.

٢- جامع الفوائد، مخطوطه. انظر الدرعيه ج ٥ ص ٥٦.

٣- اى: يسمع اقراره فيما على نفسه، و في حقوق الزوجه ايضا، غير الارث.

٤- عطف على قوله «فمنها»، حيث قال: الخامس: تتبع عبارات الاصحاب.. فمنها ما ذكره الشيخ..

الشيخ في النهاية - بعد اشتراطه التلّفظ بلفظ مخصوص و هو لفظ «طالق» - فان قيل للرجل: هل طَلّقت فلانته؟ فقال: نعم، كان الطلاق واقعا و يؤدي مؤداه (١).

[و كذا] عبارات غيره من الفقهاء. فان الظاهر منها من أنّ كلمه «نعم» تقتضى اعاده السؤال فكأنه قال: طَلّقت امرأتى. فيكون اخباراً او اقراراً بوقوع الطلاق قبل ذلك، لا انه انشاء للطلاق. و ان كان يوهمه عباره بعضهم موافقا لظاهر روايه السكونى «عن جعفر، عن ابيه، عن على عليهم السلام، فى الرجل يقال له: أ طَلّقت امرتتك؟ فيقول: نعم. قال طَلّقها حينئذ» (٢).

و التحقيق ان كلمه الكل متفقه على اراده الاقرار، لا الانشاء. يظهر ذلك بادننى تأمل، [و من] تصريح كثير منهم باراده ذلك، و ظهوره من اخرين، و لاجماعهم المستفيض على عدم وقوع الطلاق الا بكلمه «طالق». كما نقل من الخلاف، و الانتصار، و فقه القرآن، و الغنيه، و غيرها. و كل [يقول ب-] عدم جواز الاكتفاء بالكنايات عندهم.

و وجه الاستدلال: أنّ كلماتهم هذه تدل على ان اقرار الزوج بالطلاق، كاف فى ثبوت الطلاق. و لو كان يمكن انكار ذلك، كما حكموا بوقوعه بمحض ذلك، فانهم (٣) فى مقام بيان صيغه الطلاق التى يوجب الحكم به مطلقا. و جعلوا قول الزوج «نعم» فى جواب السؤال عن الطلاق، بمنزله لفظ «طالق». حتى أنه صرّح بعضهم كالشيخ فى المبسوط فانه قال: «يلزمه الطلاق فى الظاهر، ثم ينظر فان كان صادقا، لزمه ظاهراً و باطناً. و ان كان كاذبا، لزمه فى الحكم و لا يلزمه فيما بينه و بين الله تعالى».

فأنه يظهر [من] هذه الكلمات أنه لا آله معطله لثبوت الطلاق بعد اقرار الزوج به. و لو كان

ص: ١٠٨

١- النهاية فى مجرد الفقه و الفتاوى، باب اقسام الطلاق، ص ٥٠٨.

٢- الوسائل كتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، ب ١٦، ح ٦.

٣- و فى النسخه: فافهم.



للزوجه مجال الانكار لتعقب على ذلك خصومات كثيره و دعاوى غير عديده، سيما اذا تزوج باختها او بخامسه. فلا يرتفع النزاع الى ان يطلقها ثانياً، و يزيد النزاع و الخصومه اذا مات الزوج و وقع الخصومه بينها(١) و بين الوصى و الوارث، و نحو ذلك. فكيف اكتفى(٢) الفقهاء العظام بذلك، مع انّ مسئله الاقرار مما لا يخفى على احد انه يسمع فيما كان على نفس المقر(٣)، و لم يكن ذكره محتاجا اليه حتى يجتمع كلمتهم بذكره فى هذا المقام بالخصوص دون ساير المواضع. مع انه لم يذكر احد من الفقهاء ان اقرار الزوج بالطلاق، مسموع على نفسه دون الزوجه. مع انهم ذكروا مثل ذلك فى ساير المواضع. فظهر ان مجرد اقرار الزوج كاف فى ذلك.

اقول: انما تعرّضوا هنا لذلك من اجل روايه السكونى فانها لمّا كانت موهمه لاراده الانشاء، بل ظاهره فيه، تعرّض لها قدماء الاصحاب و اولوها بالاقرار و ذكروها(٤) فى كتبهم فى مقام بيان الصيغه لثلاّ يتوهم متوهم كفايه ذلك عن الانشاء. فمطلبهم حقيقه بيان انّ ذلك ليس من جمله صيغ الطلاق. لا انهم فى مقام بيان انّ اقرار العاقل على نفسه مسموع لا على غيره. فلا ينافى ذلك ان يكون فتويهم فى المسئله فى نفس الامر؛ ان الطلاق يثبت بهذا الاقرار، و ان كان على نفسه فقط. او يكون ذلك اذا صادفته بسبب العلم به لو علمته، او بسبب تصديق المسلم فى قوله و ان كانت جاهله.

و بالجمله: مرادهم فى هذا المقام انه اقرار و ليس بانشاء. و اما انّ الاقرار مسموع مطلقا، فليس بمرادهم، و ان شمله اطلاق اللفظ. اذ من المقرّر فى الاصول: انّ المطلق انما يحمل

ص: ١٠٩

١- و فى النسخه: بينهما.

٢- و فى النسخه: و لو كان كل فكيف اكتفى. - و يحتمل: و لو كان كذلك.. اى لو كان كما تقول فكيف..

٣- و فى النسخه: على النفس المقرّ.

٤- و فى النسخه: اولها بالاقرار و ذكرها..

على العموم اذا كان المراد بيان حكم المطلق من حيث هو. و اما اذا ذكر مطلق من الكلام تبعاً، فلا عموم فيه جزماً. و هذا من المسلمات الواضحات التي عليه المدار في الاستدلالات الفقهيه و المحاورات العرفيه. مع أنّا نقول: اذا قال انت [طالق، ا] او هي طالق، فلا-ريب في الحكم بتحقيق الطلاق بالاتفاق. و مع ذلك لا ينسَد فيه باب الشقاق. فكيف حكم هؤلاء الفقهاء العظام في مقام بيان صيغ الطلاق الموجبه للحكم، أنّه اذا قال «هي طالق» يقع الطلاق اجماعاً. مع انه قد تدعى الزوجه انه كان في طهر المواقعه، او لم يقع بحضور العدلين. و سيّما اذا تزوج باختها و الخامسه. و غير ذلك.

و القول بان القول قول مدعى الصحه، معناه انه لا يجب عليه البيّنه. و الأّ فمع عجز مدعى الفساد عن البيّنه، يلزم عليه اليمين. و كذلك اذا ادعى الزوجه انه لم يقصد الطلاق بل كان هازلاً. فانه بعد العجز عن البيّنه، يقدم قوله مع اليمين.

و مجمل القول: ان هذا مقام بيان تحقق الصيغه. و هو اما بالانشاء بلفظ صريح. او بالاقرار، فيجعل ما اقتر به واقعاً على الظاهر بالنسبه اليه و بالنسبه اليها ايضاً ان وافقته و لم يكذّبه. و ان كذّبه فان (١) امكنها الاثبات، فهو. و الأّ فالقول قوله مع اليمين.

و مما يشهد بما ذكرنا كلام الشيخ في المبسوط حيث قال: «اذا قال للرجل: هل طلقت امرئتك؟ فقال: نعم. لزمه الطلاق في الظاهر. و كذلك عند المخالف، لأنّ معنى قوله نعم، اى نعم طلقتها. ثم ينظر فان كان صادقاً، لزمه الطلاق ظاهراً و باطناً. و ان كان كاذباً، لزمه في الحكم و لا- يلزمه فيما بينه و بين الله». و قال ايضاً: «اذا قال له رجل: فارقت امرئتك؟ فقال: نعم. قال قوم يلزمه في الحكم طلقه (٢) باقراره، لا بايقاعه». قال «و كذلك نقول نحن».

ص: ١١٠

١- و في النسخه: و ان.

٢- اى: يلزمه طلاق واحد- و في النسخه: طلقه. و يحتمل ان يكون الصحيح: طلاقه.

و مثله ما نقل عن مهذب ابن البراج، فاضافا اللزوم الى الزوج. لانه هو المقر على نفسه. و لعل السير في عدم التعرض لدعوى الزوجه عدم الطلاق، و عدم حكمهم في عدم سماع قول الزوج في دعواه، هو ندره وقوع ذلك. (لما كان امر الطلاق بيد الزوج فهو مالك لامره و مستقل فيه فلا ينفع انكاره غالبا، او كلما انكرت المرثه هو قادر على تجديد الصيغه فيعيد و يثبت الطلاق و يبرمه). مع ان الايات و الاخبار الواردة في الاشهاد عند الطلاق، عامه للطرفين و لخصوصيه لها بالزوجه.

و منها: ما ورد من الاخبار الواردة المعتمده، فيما قال الزوج لامرثته: اعتدى. مثل حسنه محمد بن مسلم او موثقته، عن الباقر (عليه السلام) في حديث، «قال: انما الطلاق ان يقول لها قبل العده، بعد ما تطهر من محيضها، قبل ان يجامعها: انت طالق و اعتدى. يريد بذلك الطلاق و يشهد على ذلك رجلين عدلين» (١). و حسنه الحلبي عن الصادق (عليه السلام) قال: قال: «الطلاق ان يقول لها اعتدى او يقول لها انت طالق» (٢). الى غير ذلك من الاخبار.

ان ملاحظه هذه [ه] الاخبار مع ظاهر اجماعهم على عدم وقوع الطلاق بهذا اللفظ (كما نقله جماعه منهم) يقتضى ان يحمل على ان المراد بقوله «اعتدى» الاقرار على وقوع الطلاق قبل التكلم بهذا اللفظ، و اخبار الزوج الزوجه بانك مطلقه فاعتدى. لا ان يكون انشاء للطلاق. و بعض الاخبار الواردة في هذا المطلب، ظاهره في ذلك ايضا. و كلام جماعه من نقله الاخبار ناطقه به. و مع ذلك فالظاهر من تلك الاخبار، ان ذلك كاف في ثبوت الطلاق، و لا يطالب من الزوج شئ لاثبات الطلاق بعد تكلمه بهذه الكلمه.

اقول: و يظهر الجواب عن ذلك ايضا مما مر. فان ثبوت الطلاق بهذا الاقرار، بمعنى كونه

ص: ١١١

١- الوسائل، كتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، ب ١٦ ح ٣.

٢- الوسائل الكتاب و الباب، ح ٤.

قائماً مقام المخاطبه معها بصيغه الطلاق المخصوصه فى ثبوت الطلاق به. ولا يفيد ثبوته ان انكرته الزوجه (١). فالغرض ان هذا الاقرار، يجزى عن اجراء الصيغه حين المخاطبه و المشافهه، و يثبت الطلاق بكشفه عن تحققه فى الخارج. لا انه يثبت و ينوب منزله البينه لو انكرته الزوجه. و هذا ظاهر. و بالجمله: لا يُنكر ثبوته به مع مصادقتها اياه، او مع جهالتها بالحال. و اما لو كذبت و انكرته، فلا دلالة فى الروايات و كلماتهم على حكمه.

و مما ذكرنا يظهر الكلام فيما ذكره فى الاشهاد على الطلاق؛ فقال المحقق: «و اما لو شهدا بالاقرار يشترط الاجتماع» (٢). و مثله عباره القواعد. و قال فى الارشاد: «و لو شهدا بالاقرار، حكم عليه ظاهراً و ان لم يجتمعا» (٣).

فان ثبوت الطلاق بالاقرار فى الجملة، و عدم اشتراط [اجتماع] الشاهدين فيه (كما اشترط فى اجراء اصل الصيغه) لا يستلزم ثبوت الطلاق على الزوجه لو انكرته. كما اشرنا سابقاً. سيما و عباره الارشاد ظاهر فى اختصاص ثبوته عليه. و اصرح منه عباره المقداد، قال فى التنقيح: «لو اخبر الزوج بوقوع الطلاق منه صحيحاً، حكم عليه به ظاهراً. فان كان كذلك فى نفس الامر، فالحكم صحيح ظاهراً و باطناً. و الا لم تبين منه حتى ياتى بالطلاق الصحيح الجامع للشرايط» (٤). و يقرب منه عباره المسالك.

و منها: ما نقل عن جماعه من الاصحاب و نسبه فى المسالك الى اكثرهم، من انه لو ادعى الزوج انه لم يقصد الطلاق بالصيغه بعد اجرائها، يُسمع منه ذلك ظاهراً مطلقاً، او فى

ص: ١١٢

١- و فى النسخه: لا يفيد ثبوته و ان انكرته الزوجه.

٢- الشرايع، كتاب الطلاق، الركن الرابع الاشهاد، ج ٣ ص ١٢ ط دارالتفسير.

٣- ارشاد الاذهان، ج ٢ ص ٤٣.

٤- التنقيح الرائع، ج ٣ ص ٣١٧.

العدة خاصة، او عقيب الطلاق خاصة، او مع عدم تزويجها بغيره، او [عدم] تزويجه بالاخت، او [عدم] تزويجه [الخامسه]. و لا يسمع في غيره. على خلاف بينهم في ذلك. و عن الشيخ في الخلاف دعوى اجماع الفرقه و اخبارهم، موافقا للفقه الرضوى. و قالوا انه يدين نيته باطنا. و علّوه بان ذلك اخبار عما لا يطلع عليه غيره.

و وجه الاستدلال: ان في سماعهم دعواه المخالف للظاهر، دلالة على ان الزوج مستقل عندهم في ولايه الطلاق غاية الاستقلال، بحيث ليس للزوجه معارضته و مصادمته فيما يقتضيه الظاهر المسموع منه، و يجب عليها متابعتة مطلقا. مع أنّهم لم يحكموا بذلك في ساير العقود مع اشتراطها بالقصد ايضا، و العاقد ابصر به.

اقول اولاً. بمنع كون المسئلة اجماعيه و الشهيد الثانى (ره) ايضا انكر ذلك في المسالك الا في صورته ظهور قرينه على صدقه. مستدلاً بان الظاهر من حال العاقل المختار القصد الى مدلول اللفظ الذى يتكلم به. فاخباره بخلافه، مناف للظاهر. و لو كان الاصل مرجحاً عليه، لزم مثله فى البيع و غيره من العقود و الايقاعات. مع الاتفاق على عدم قبول قوله فيها (١). و اختصاص الطلاق بذلك مشكل، بل الامر فيه اشدّ، لقوله (عليه السلام): «ثلاثه جدهنّ جدّ و هزلهنّ جدّ؛ النكاح و الطلاق و الرجعه» (٢). و تبعه فى ذلك السيد محمد (ره) فى شرح النافع. و قال فى المسالك: «نعم لو صادفته الزوجه على ذلك، لم يبعد القبول، لأنّ الحق منحصر فيهما، فيدينان بما يتفقان عليه و يوكل امرهما الى الله». و قال فى الكفايه بعد نقل اشكال المسالك: «و الاستشكال بموقعه».

ص: ١١٣

١- اى العقود و الايقاعات- و فى النسخه: فيه.

٢- سنن ابى داود، ج ٢ ص ٢٥٩ ح ٢١٩٤. و سنن بيهقى ج ٧ ص ٣٤١.

و ثانيا: نقول ان صادقته الزوجه(١)، فالامر سهل، للزوم حمل قول المسلم على الصحه و كون الامر بينهما لا غير، و كون الزوج ابصر بقصده. و كذلك لو جهلت المرئه بالحال، فعليها ان تصدّقه، لعدم ظهور كذبه. و لفظ الطلاق و ان كان الظاهر فى القصد، لكن قوله لعدم اراده معناه، صريح. و الصريح مقدم على الظاهر، فيكون قرينه على عدم اراده الظاهر. و اما لو ادعت(٢) المرئه القصد، فلا يسمع قول الرجل الأ يمينه، كساير الدعاوى. و كلماتهم لا تنافى ذلك. و يشهد بذلك ان العلامه (و غيره على ما حكى عنهم) حكموا بخلاف ذلك فى العتق. فقال فيما اذا قال المولى «انت حرّ» و ادعى قصد معنى غير العتق. لو ادعى العبد قصد العتق، حلف منه. فان نكل، حلف العبد و عُتق. و وجه الشهاده ان العتق ايضا كالطلاق مما يستقل به المولى و امره مفوض اليه، بل و لا يظهر من اتفاقهم على عدم سماع من يدعى خلاف الظاهر فى ساير العقود، الا انه لا يقدم قوله. بل يقدم قول من يدعى الصحه مع يمينه. لا انه لا يسمع مع المصادقه ايضا، او انه لا يجوز تصديقه مع جهاله الحال راساً.

و يؤيده موثقه منصور بن يونس عن الكاظم(عليه السلام): «قلت له: جعلت فداك انى قد تزوجت امرئه و كانت تحتى فتزوجت عليها بنه خالى، و قد كان لى من المرئه ولد، فرجعت الى بغداد فطلقتها واحده، ثم راجعتها، ثم طلقتها الثانيه، ثم راجعتها. الى ان قال: و خرجت من عندها قبل ذلك باربع، فابوا على الا تطلقها ثلاثا. و لا و الله جعلت فداك ما اردت الله و ما اردت الا ان اداريهم عن نفسى و قد امتلى قلبى من ذلك جعلت فداك. فمكث طويلا مطرقا، ثم

ص: ١١٤

١- و فى النسخه: ان صادقته الزوجه اياها.

٢- و فى النسخه: ادعيت.

رفع راسه اليّ و هو متبسّم، فقال: أمّا ما بينك و بين الله عزوجل، فليس شيئ. ولكن ان قدّموك الى السلطان، بانت (١) منك» (٢).

فان ظاهر الروايه ان مع المرافعه، لا يسمع قولك. و ان كنت صادقاً بينك و بين الله، و الزوجه حلال لك في نفس الامر.

و العجب ان بعضهم استدل بها للقول المشهور. و لعلّ نظره الى ان المراد من «بينه و بين الله» هو الحكم الناشى من سلطان العدل، و ان مراده من السلطان فى الروايه هو السلطان الجاير. و هو بعيد عن لفظ الروايه. كما لا يخفى.

و ثالثاً: ان الدليل اذا اقتضى تقديم قول الزوج فى عدم القصد، فهو لا يستلزم تقديمه فى اصل ايقاع الطلاق. فالاجماع المنقول و الاخبار التى اشار اليها الشيخ مع عمل الاصحاب، اوجب تخصيص قاعده الدعوى. و لا مخصص فى غيره.

و منها: انّ المشهور بل المجمع عليه (على ما نقل عن التحرير و غيره) ان الزوج اذا لم يعين الزوجه فى الطلاق و نوى بها (٣) واحده معينه، فيصح و يُرجع اليه فى معرفه ما نواها و يُقبل تفسيره فى حقه و حق الزوجه. و ليس للازواج انكار ذلك. و ان كان لكل منها حكم نفسها.

وجه الاستدلال: انه لا ريب انّ تفسيره من باب الاقرار و الاخبار، لا الانشاء. و اذا كان اقرار الزوج مسموعاً فى احد جزئى السبب و هو التعيين، ينبغى ان يكون مسموعاً ايضاً فى الجزء الاخر و هو اللفظ. او يلزم بطلان هذا الطلاق رأساً. لادائه الى التنازع، و عدم افادته

ص: ١١٥

---

١- و فى النسخه: باتها منك.

٢- الوسائل، كتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، ب ٣٨ ح ١.

٣- اى بالطلاق - و الاجود «به».

بنفسه للاحكام المطلوبه منه، و امكان العدول عنه(١) الى غيره. و ليس قصد المعنى [المعين](٢) هنا كنفس قصد المعنى. و نحوه مما لا- مناص من الرجوع الى العاقد فى معرفته. و اما الفرق بين الجزئين، بانه لما صح الطلاق مع التعيين [لا] بالبينه، لزم الرجوع اليه فى معرفه ذلك، لانحصار الطريق فيه. بخلاف الصيغه. فلا يجدى. لانهم انما قالوا بصحة الطلاق لما بنوا عليه من الرجوع اليه فى التعيين. و يُبنى الامر على كونه مستقلا بالامر، كما فى العتق. و الا لاشتروا التعيين لفظا. كما هو الموجود فى الاخبار، و المناسب بوجوب الاشهاد.

و الاستقلال كما يقتضى الرجوع اليه فى التعيين، يقتضى الرجوع اليه فى الاصل. و كما انه قد يعلم كذبه فى الثانى كذلك قد يعلم كذبه فى الاول.

اقول: لا ريب فى ان مرادهم انه يرجع اليه و لا يلتفت الى احتمال كذبه اذا لم يزاحمه احد فى دعويه. اما لو ادعت الزوجه كذبه، فيحتاج الى المرافعه. و هذا لا ينافى تقديم قوله مع اليمين. و الحاصل: ان مرادهم بالصحة، و اجماعهم عليه، انما هو الصحة فى نفس الامر بالنسبه اليه ظاهراً، و باطناً ايضاً اذا كان صادقاً. و بالنسبه اليها ايضاً ان صادقته، او لم تكذب، فيجوز للزوجه الاكتفاء بقوله فى التعيين، و ليس لها انكاره اذا لم يظهر عليها كذبه. بل يجب تصديقه حملاً لقول المسلم على الصحة.

قوله: «فاذا كان اقرار الزوج مسموعاً... الى اخره». ففيه: انه غير مرتبط بما نحن فيه. اذ المفروض عدم النزاع فى اصل تحقق الطلاق. انما الاشكال فى التعيين. فان اراد ان الجزء الاخر مسموع منه هنا، فهو ليس من محل النزاع فى شىء. و ان اراد انه مسموع فيما لم تسلم الزوجه اصل اجراء الصيغه، فالملازمه ممنوعه. اذ قد يكون كاذباً فيه. و كلامنا فى اصل

ص: ١١٦

١- اى: عن القصد.

٢- و فى النسخه جعل لفظه «المعين» بين السطرين بعنوان نسخه البدل.



الطلاق ايضاً مثل التعيين؛ فمع المصادقه او عدم ظهور الحال، يجب تصديقه. و مع التأكيد فلا يسمع قوله، إلا بالبينه.

قوله: او يلزم بطلان هذا الطلاق رأساً، يعنى ان لم يكن قوله مسموعاً فى الجزء الاخر، لزم بطلان هذا الطلاق رأساً. يعنى هذا الطلاق المخبر عنه ضمناً فى تعيين الزوجه، بتقريب ان تعيين الزوجه فى قوّه «طلّقت هذه الزوجه»، فهو اخبار باصل الطلاق المتحقق بهذا الشخص الخاص. ضروره بطلان الكل ببطلان جزئه. و ان لم يكن باطلاً مع ذلك (و المفروض عدم تحقق التعيين بسبب عدم تحقق لفظ الصيغه) و كان لذلك الطلاق وجه صحه حمل، لآدى الى التنازع و عدم افادته للاحكام المطلوبه من الطلاق. و الحال انه كان يمكن العدول عن الطلاق المعزى عن قيد التعيين فى اللفظ، الى غيره و هو المقيد بتعيين الزوجه. و المفروض أنهم حكموا بصحته. هذا خلف.

اقول: قد عرفت انا نقول بكون الجزء الاخر و هو اللفظ مسموعاً. لكن فى ضمن هذا الاقرار الخاص، الزمناه (١) بسبب مسبقته باللفظ المطلق المنوى به الزوجه المعينه. و لا يلزم منه ثبوت مطلق أجزاء (٢) الصيغه، الذى هو غير مسلم عند الزوجه. ولكن تصحيح هذا الطلاق الخاص لا يستلزم تصحيح ما لو اخبر بطلاق المعينه اولاً و غير مسبق بشيئ اخر.

قوله: «فليس قصد المعنى المعين.. الى اخره»، اقول: لا فرق بينهما فى كون الرجوع اليه، و كونه هو المناص. و مع ذلك لا يضرّ توقف السماع على اليمين فى صوره الدعوى. و لا يستلزم ذلك كونه مستقلاً فيهما بحيث لا يلتفت الى دعوى المرثه. و بالجمله دعوى اصل الطلاق مسبوقة بالعدم الازلى و مخالفه الظاهر و استصحاب بقاء الزوجيه [و] حقوق الزوجه.

ص: ١١٧

١- ولعله «الزمناه».

٢- و فى نسخه: اجراء.

فثبوتہ يحتاج الى البيّنه. و اما دعوى قصد المعنى من اللفظ و قصد الزوجه المعينه من الزوجه المطلقه، فهو لما كان لا يعلم الآ من الزوج، فلزوم الضرر و الحرج و ظهور قصد المسلم، يوجب سماع قول مدعيه و تقديم قوله مع اليمين فى صوره الانكار.

قوله: «لانهم انما قالوا بصحة الطلاق.. الى اخره»، اقول: ليس كذلك، بل انما حكموا بالصّحه لانه طلاق وقع على امرئه معينه فى نفس الامر. و صحته فى نفس الامر لا يستلزم ثبوته على الزوجه المنكره. لحصول الثمره بالنسبه اليها(١) و بالنسبه الى الزوجه المصدّقه، لعلمها بالصدق [١] و جهلها بالحال.

قوله: «و مبنى الامرين على كونه مستقلا بالامر»، قد ظهر بطلانه(٢). فان المبني فى الاول هو انه طلاق وقع على معينه فى نفس الامر. و اما الثانى فهذه الدعوى فيه مصادره ان كان يريد مطلق الصيغه. و ان اراد الصيغه الخاصه الحاصله فى ضمن هذا الاقرار الضمنى، فهو لا ينفعه فى المطلق(٣). سيما و الفارق موجود بسبب الطلاق الغير المقيد فى لفظ هنا(٤).

قوله: «و الآ لآشترطوا التعيين لفظا فيه»، اقول: هذا يصح ان سلمنا [انّ] مبني صحه الطلاق حينئذ هو الرجوع اليه و كونه مستقلا. و قد عرفت بطلانه.

و منها: ما ذكره جماعه فيما اذا اشتبهت المطلّقه بعد ما كانت معينه. لسهوه، او نسيان، او لاجل مسامحه فى اصل التعيين. فقالوا: يمتنع من الجميع و عليه ان يبيّن المطلّقه بيان اخبار و اقرار، لا بيان شهوه و اختيار. فان قال هذه(٥) التى طلقها، حكم بطلاقها و بزوجيه الاخرى.

ص: ١١٨

١- و فى النسخه: اليه.

٢- و فى النسخه: بطلاقه.

٣- اى فى الصيغه التى لا قيد فيها ظاهراً (مع صرف النظر عن نفس الامر) كما هو المفروض.

٤- و فى النسخه: هذا.

٥- و فى النسخه: هذا.

او هذه التي لم اطلقها، حكم بطلاق الاخرى. او طلقت هذه لا بل هذه، حكم بطلاقهما جميعاً، لأنه اقرار بطلاقهما واحده بعد واحده. فلم يقبل رجوعه في الاول، و لزمه الاقرار بهما. ذكره الشيخ و العلامه في التحرير و القواعد الا انه قال في القواعد: «فان عين واحده للنكاح او الطلاق، لزمه. و لهما احلافه لو كذبته»<sup>(١)</sup>.

وجه الاستدلال: انهم قدموا هنا قول الزوج في الطلاق، و ليس ذلك الا لاجل ان امر الطلاق اليه.

اقول: هذه المسئلة ليست باجماعيه. اذ لم نقف عليها الا في كلام معدود منهم. مع ان العلامه قال في القواعد: «لزمه». فخصّ اللزوم بالزوج. فلا يثبت منه اللزوم بالنسبه الى الزوجه. و ذكره الفاضل في شرحه ساكتاً عليه. و هو الظاهر من اخر عبارته المبسوط. و اول كلامهما ايضا لا يدل الا على ذلك. اذ ما ذكره انه يمنع عن الجميع، و هو لا يدل على وقوع الطلاق بالنسبه اليها. و يظهر الثمره في الميراث و النفقه و غيرهما. و مع ذلك فنقول: ان تقديم قوله في هذه المسئلة لا يستلزم تقديمه فيما نحن فيه. و لعل وجه تقديمهم قول الزوج، هو ان الطلاق فعل<sup>(٢)</sup> الزوج و لا يعرف حقيقته و كفيته الا من جانبه. و قد اشار اليه الفاضل في شرح القواعد حيث قال في مقام الاستدلال: «لان القول، قوله. لانه لا يعرف الا منه»<sup>(٣)</sup>.

لا يقال: انه انما يصح فيما اذا وقع التعيين في النيه خاصه، و هو خلاف الفرض. اذ المفروض انه عينها إما بالتسميه او بالاشاره او الخطاب، ثم اشبهت<sup>(٤)</sup>. فلم يبق شئ خفى لا

ص: ١١٩

١- القواعد، ج ٣ ص ١٢٥ ط جامعه المدرسين.

٢- و في النسخه: فلعل.

٣- كشف اللثام، ج ٨ ص ٢٣ ط جامعه المدرسين.

٤- و في النسخه: انتبهت.

يُعرف الآمنه. فقد يكون الزوجه اعرف بالحال، و قد يكون الزوج اعرف، و قد يتساويان.

لأننا نقول: ادعاء الزوج ان هذه هي المعينه، يرجع الى ادعاء أتي عنيت هذه في القصد، قصدت هذه دون غيرها. سلمنا، لكن نقول: ان توجيه الخطاب في الزوجه و نحوه انما هو فعله و هو اعرف بفعله. فاذا ادعاه فهو مدع للظاهر الراجح. فيكون بمنزله المنكر. و الزوجه المدعيه لخالفه بمنزله المدعى. و الفرق واضح بين ادعاء ايقاع نفس الفعل و ادعاء فعله على كيفية خاصه. اذ الاول مسبوق بالعدم و الاصل عدمه. و اما بالنسبه الى الكيفيه، فلا يجرى الاصل. اذ الكيفيات كلها متساويه في اصاله عدمها. فيبقى ظهور صدقه في كيفية فعله سالما. فلا ينفذ ذلك في المسئله المبحوث عنها اعنى دعوى نفس الطلاق مبتدأ، في شئ.

و اما تحقيق هذه المسئله: و ان كان ليس هيهنا محلّه، لكننا نقول مجملاً: أنه اذا اشتبهت المطلقه بغيرها، فمقتضى ما هو المشهور في [ال-]شبهه المحصوره، و جوب اجتناب الجميع، و جوب الانفاق على الجميع لكونهما مقدمه للواجب. فانّ انفاق الغير المطلقه واجب، و هو لا يتم الا باتفاقهما معاً. و كذلك الاجتناب عن المطلقه واجب و لا يتم الا بالاجتناب عنهما. و ماحققناه في الاصول في شبهه المحصوره، هو عدم جوب الاجتناب عن المشتبه(١) المحصور. لاصاله البرائه و عموم قولهم(عليه السلام): «كل شئ في حلال و حرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه». و ضَعَفْنَا دليهم، من انّ ذلك من باب مقدمه الواجب؛ بان الواجب انما هو اجتناب ما علم انه حرام(٢)، لا مطلق الحرام. و كذلك ما علم انه نجس. فيجوز تناول المشتبه بالحرام، تدريجا. و كذلك النجس الى اخره. و ان حصل اشتغال الذمه بردّ المال الى

ص: ١٢٠

١- و في النسخه: الشبهه. خ، ل: المشبهه.

٢- و في النسخه: ما علم هو انه حرام- و على هذا ففعل «علم» معلوم و فاعله المكلف. و لا يناسب المقام.

صاحبه. و كذلك يلزم عليه التطهير و نحوه لو استعمل كل المشتبه. خرجنا عنه في خصوص الاناثين المشتبهين، بالاجماع و الخير، و بقى الباقي.

و لكنه [لا-] يتم فيما نحن فيه (لعدم ظهور تلك الاخبار فيما نحن فيه. و [عدم جريان] اصل البرائه) بل هو ظاهر في مثل اكل المشتبه و لبسه و نحوهما، و مباشره النساء ليست من هذا الباب لحصر جوازا فيما هو مذكور في قوله تعالى: «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» (١) الى قوله «فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ» (٢). و لا- ريب ان بين هذه الزوجات من هي ليست بزوجه و لا مملوكه، فلا يجوز مباشرتها عن اخرتها. و مباشره بعضها دون بعض (كما هو مقتضى قول جماعه في الشبهه المحصوره، حيث ذكروا انه يجوز تناولها الى حد لا يحصل معه اليقين بمباشره الحرام، بان يبقى منه مقدار لا ينتقض من الحرام) فهو ايضا لا يتم فيما نحن فيه. لان جواز مباشره النساء متوقف على الاعتماد بانها (٣) زوجه او مملوكه. و ليس ذلك معلوماً له...

و ايضاً: اختيار البعض، انما يتم باخبار أنها غير المطلقه. فيلزمه ترتب احكام الزوجه جميعا عليها مثل الميراث و جواز الاغتسال و غير ذلك. و لم يعلم (٤) من الشرع ثبوت الزوجيه. بجميع احكامها. بمجرد الاختيار. الى غير ذلك من المعايير. سيما مع ما ورد من التاكيد و التشديد في امر الفروج. و الظاهر ان ذلك اجماعى ايضا. و على هذا فيلزم العسر الشديد و الحرج الوكيد و تعطيل الازواج. و لا- يجوز للغير ايضاً الجمع بينهما، لان احدهما زوجه الغير جزماً. بل يشكل التزويج باحدهما ايضاً للغير، و تزويج اخت احدهما للزوج

ص: ١٢١

١- السوره، المؤمنون، الايه ٦- السوره المعارج، الايه ٣٠.

٢- السوره، المؤمنون، الايه ٧- السوره، المعارج، الايه ٣١.

٣- و في نسخه: و بانها.

٤- و في نسخه: و لم يعمل.

ايضا. الى غير ذلك من المفاسد. و الخلاص لا يحصل الا بطلاقهما جميعا، و التجديد عليهما ان اراد الزوج ذلك. او بالبناء على القرعه. و ظني به ان ذلك وجه وجيه (كما انه احد الاقوال في اصل الشبهه المحصوره) و لكن الطلاق احوط.

هذا كله، اذا بقى الاشتباه بحاله. و اما لو ارتفع بالبينه، او بالتذكر، او غير ذلك، من دون منازع. فلا اشكال ايضا. و اما صورته النزاع: فاما لو عيّن الزوج احدهما و صدّفته الزوجه و لم تكذبه الاخرى. فلا اشكال. و كذلك لو جهلت الحال فيلزم تصديقه لما مرّ سابقا. و اما لو عيّنها و كذّبتها، فهي المدعيه، و الزوج بمنزله المنكر. اذ(1) ذلك بحث عن كيفية فعله و هو اعرف به، فالقول قوله مع يمينه. و تعيين المدعى و المدعى عليه، انما هو بملا-حظه ظهور المدعى و خفائه. فلا- ينافى ما ذكرنا كون الزوج في صورته المدعى لسبقه بالدعوى. و ليس ذلك من باب ردّ اليمين الى المدعى من جانب المنكر في صورته ادعاء الزوج انّ المطلّقه هي هذه و انكرته. كما يتوهم.

و اما المسئله الاخيره: يعنى اذا عيّن احدهما ثم رجع عنها و عيّن الاخرى؛ فان صدّفته الاولى في الرجوع عنها، فلا نزاع بينهما، و لا- يُمنع عنها. سيما اذا كانت هناك اماره على اشتباهه و غلظه. لان الحق منحصر فيهما، و امرهما موكول الى الله تعالى. و ربما يستشكل بانه يثبت بسبب الاقرار على الزوج وجوب[ب] الارتداع عنها، و لا دليل على كون مجرّد تصديق الزوجه اياه في الرجوع بعد اقراره بالطلاق، سببا لا ستحلالها ثانياً. و لعلّه لذلك اطلق الشيخ و العلامه الحكم بطلاقهما. فالمناص الزامه بحكم الطلاق و النكاح معا. فللمرئيه مطالبه حقوقها، و على الزوج الارتداع من الاستمتاع بها.

و فيه: انّ الاقرار انما يثبت حكما ظاهريا، لا واقعا حتى لا يمكن ارتفاعه. فكما ان اقرار

ص: ١٢٢

الزوج بالطلاق اعتراف بانقطاع سلطنته على الزوجه، فتصديق الزوجه اياه [فى الرجوع عن اقراره] ايضا اعتراف ببقاء السلطنه. و انكار الزوج (١) هو قول مسلم ينبغى حمله على الصدق. و عدم سماعه اولاً- أنّما كان لاجل أنّه اثبت حقاً للزوجه باعترافه. فاذا اسقطت الزوجه حقه ذلك، بتصديقها اياه، فلا يبقى ما يزاحم حمل قوله فى الانكار على الصدق. سيما اذا كان هناك اماره على اشتباهه و غلطه.

و اما الطلاق: حكم الشيخ و العلامه بطلاقهما معا. فان اراد [أ] أنّهما محكومتان بالطلاق من جهه الاقرارين، و انهما مطلقتان (٢) على ظاهر الحكم، و يجرى عليهما جميع ثمرات الطلاق فى حال الحيوه و بعد الممات، ففيه اشكال واضح. اذ المفروض ان المطلقه واحده قد اشتبهت شخصها. و مراده فى التعيين ايضا تعيين واحده، فكيف يحكم بثبوت طلاقين. مع ما حققناه سابقا ان الاقرار بالطلاق ليس انشاء له (٣). و الاقرار كاشف عن الانشاء. و المفروض انه لم يكن الا واحداً. فلا بد ان يحمل كلامهما على ارادتهما حكم المطلقه من حيث عدم جواز مباشرتهما و التمتع بهما لا للزوج و لا للزوجه. و ذلك انما هو لاجل رجوع الاشتباه الى حاله الاولى. فقولهما «طَلَّقْتَا» [اى] مُنِعَ الزوج منهما و مُنِعْتَا عنه.

و هذا الحمل و ان كان بعيداً من ظاهر التعليل المذكور فى كلامهما، لكنه مما لا بد منه. لئلا يخرج الكلام عن موضوع المسئله. فالمناص حينئذ فى التعيين، لا يكون الا بالقرعه.

و اما القول بعدم ارتباط حكم الاخير بالاولى، او انّ على الاخير ان تصدق زوجها فى الطلاق (و ان حكم على الاولى بالطلاق ايضا)، و أنّها من باب واجد المنى فى الثوب

ص: ١٢٣

١- اى انكار الزوج اقراره الاول.

٢- و فى النسخه: مطلقات.

٣- و فى النسخه: ليس له انشاء له.

المشترك، فإنّ كلاً منهما يعمل بمقتضى الاصل ما لم يعلم خلافه، فكذا هنا تعمل كل منهما(١) بمقتضى اقرار الزوج ما لم يُعلم كذبه.

فغير ظاهر الوجه ان اريد به الحكم بكونهما مطلقتين شرعا يجرى عليهما جميع احكام الطلاق. و الفرق بينها و بين الجنابه المشتركه، واضح. لتاصل الاصل فى الجنابه بالنسبه اليهما جميعا، و عدم تحقق الاقرار الصحيح فيما نحن فيه بالنسبه اليهما جميعا، او صحه قوله. بل هذه (مع كون المفروض وحده الطلاق فى نفس الامر) انما يتم مع بطلان الاقرار الاول بسبب الرجوع، و المفروض خلافه.

و ان اريد به الرجوع الى الاشتباه الاول، و انّ المراد كونهما ممنوعه عن معامله الزوجيه، فهو صحيح، ولكنه ليس من ثمرات الاقرار. بل من جهه نفس الاشتباه السابق. و ان كذّبه فى الرجوع و وافقته على الاقرار الاول، فيحكم بالطلاق باقراره(٢) و يبقى انكاره. الا ان يدعى اشتباها و غلطا فى اقراره، فيكون تجديد دعوى اخرى. لا تكذيبا لنفسه و انكاراً لما اقرّ به. فيكون دعوى مسموعه. و الظاهر قبولها و يقدم قوله مع يمينه اذا ظهر اماره على ما يدعيه. لانه اعرف بفعله، و عدم امكان اقامه البيئه عليه. و عدم تمكّن المرثه من اليمين على نفيه.

و اما الزوجه الثانيه: فان صدّفته فى الطلاق مع تصديق الاولى زوجها فى الرجوع، فيثبت النكاح للاولى، و الطلاق للثانيه. و لا اشكال. و كذلك ان كذّبه فى الطلاق مع تكذيب الاولى زوجها فى الرجوع. فيثبت النكاح للثانيه و الطلاق للاولى. لما ذكرنا ان المطلّقه بالفرض واحده. و ان صدّفته فى الطلاق مع تكذيب الاولى فى الرجوع. او كذّبه مع تصديق الاولى زوجها فى الرجوع. فهذان يستلزمان اما كونهما معاً مطلقتين، او غير مطلقتين. فهو

ص: ١٢٤

١- و فى النسخه: يعمل كل منهما.

٢- و فى النسخه: باقرارهما.



فاسد جزماً. فكلما حصل الموافقه فى هذه الصّور فالامر واضح. و كلّما وقع النزاع و الانكار، فيرجع الى الحلف، و يظهر الحال.

و منها: ما ذكره فى اقرار الزوج فى العده بالرجعه؛ مثل ما قال العلامة (ره) فى التحرير: «و لو قال زوج الحرة قبل [ال-]انقضاء: را جعتك بالامس. فالوجه تقديم قوله. لقدرتة على الانشاء. و لو صدّقناه؛ فالاقرب أنّ اقراره انشاء»<sup>(١)</sup>. و قال بعد ذلك: «الاشهاد على الرجعه مستحبّ، غير واجب و لا- شرط. و القول قول المنكر مع اليمين. و لو قال فى العده: كنت راجعتك بالامس. صحّ الرجوع». و قال فى القواعد: «و يستحبّ الاشهاد و ليس شرطاً، لكن لو ادعى بعد العده وقوعها فيها، لم تقبل دعواه الآ بالبينه»<sup>(٢)</sup>. ثمّ قال: «لو اقتر بالرجعه فى العده، قبل قوله لانه يملك الرجعه حينئذ». ثمّ قال: «لو ادعى الرجعه فى وقت امكان انشائها، قدّم قوله مع احتمال تقديم قولها. فحينئذ لا يجعل اقراره انشاء».

وجه الاستدلال: تقديم قول الزوج بالرجعه، فى هذه العبارات بناء على انه ادعاها و اقتر بها فى وقت يمكن له انشائها فيه. فدعوى الزوج الطلاق فى وقت يمكن اجرائه، مسموع و مقدم على قول الزوجه.

اقول: ينقسم اخبار الزوج عن الرجوع، على اقسام: اخباره فى حال العده بالرجوع فى زمان قبل الاخبار من ازمته العده فإما مع انكار<sup>(٣)</sup> الزوجه او عدم انكارها. و اخباره بالرجوع بعد انقضاء العده فى حال العده مع انكار الزوجه او عدمه. فاذا اخبر فى حال العده بالرجوع بالامس مثلاً. فان وافقه الزوجه، فلا كلام. لان الامر لا يخرج منهما و المسلم مصدّق فى

ص: ١٢٥

١- تحرير الاحكام الشرعيه، ج ٤ ص ٧٤ مؤسسه الامام الصادق (عليه السلام).

٢- قواعد الاحكام، ج ٣ ص ١٣٤ (الفصل الثانى فى الرجعه).

٣- و فى النسخه: و اما مع انكار... .

اقواله و افعاله ما لم يزاحمه غيره. و اما مع انكار الزوجه، فيحصل فى المقام امران: الاول انّ ما تستلزمه دعوى الزوج من الاقرار، نافذ فى حقه. و قد اشرنا سابقا ان الدعوى قد يستلزم الاقرار على المقرّ اما بالفعل او فى المستقبل، فيؤخذ على مقتضى اقراره من لزوم النفقه و حرمة الاخت و غير ذلك.

و أما الكلام فى دعويه ذلك مع انكار الزوجه، فهو كلام مغاير للكلام فى امر اراده اللازم للدعوى. فحينئذ يجيئ الخلاف فى انه هل يقدم قول الزوج او الزوجه؟-؟ و قول الزوجه هنا و ان كان موافقا للاصل، لكن الظاهر تقديم قول الزوج بوجهين:

الاول: انه فعله و بيده و قادر على ان يفعله، و قلّ ما يحصل الفائده فى انكار الزوجه حينئذ. لان الزوج اذا كان غرضه الرجوع، فهو قادر على انشاء الرجوع بالفعل (كما هو المفروض) فيصير كلام الزوجه كاللغو. فالظاهر هنا يقدم على الاصل لذلك. و ليس كذلك الطلاق، اذ هو موقوف على امور كثيره مثل اشهاد العدلين و اثبات كونه فى طهر غير مواقعه و نحو ذلك، سيما اذا كان الدعوى مع الورثه و كان الزوج ميتاً، فينفع الانكار فيه غالباً. و ليس فى الرجعه امثال ذلك.

و الثانى: انه على فرض كذب الزوج فى هذا الاخبار، فهو مستلزم للرجوع، فانه مستلزم لاراده بقاء الزوجيه (1) حين الدعوى. فهو من قبيل الافعال الدالّه على الرجوع (كالتقبيل و ما يشبهه من الاقوال و الافعال). فيحصل من جهه ذلك القول (2) قوّه لصدقه فى الدعوى ايضا. فيقدم على الاصل. فالكلام فيما نحن فيه إما فى نفوذ الاقرار على نفسه و عدمه، و اما فى تقديم قوله فى الدعوى ايضا على الزوجه المنكره. فأما نفوذ الاقرار على نفسه، فلا ريب فى

ص: ١٢٦

١- و فى النسخه: الزوجه.

٢- و فى النسخه: قول.

سماعه و نفوذه. للدالّة الدالّة على نفوذ اقرار العقلاء على انفسهم. و كذلك نفوذه لما ينفعه ايضا اذا لم تكذّبه. و اما تقديم قوله فى الدعوى، فهو الاظهر، لما ذكرنا ايضا.

و اما لو كان الاخبار بعد العدّه، فهو ايضا بالنسبه الى نفسه مسموع. لاجل تضمن الدعوى الاقرار على نفسه فى مثل النفقه و غيرها. و اما بالنسبه الى الزوجه، فهو دعوى و كلامها مطابق للاصل. و الاظهر عدم القبول الاّ بالبينه. فان اصاله عدم الرجوع و استصحاب حال الطلاق، اقوى من الظهور المستفاد من كون الفعل فعله و بيده. كما لا يخفى.

فحينئذ نقول: مراد العلامة من قوله «و لو قال زوج الحرّه قبل الانقضاء، راجعتك» هو بيان صورته الدعوى. و اختار فيه قوله و علّله بانه قادر على الانشاء حين الدعوى. و وجه كونه علّه التقديم، ظهر مما ذكرنا. و ليس المراد ان مجرد الاقرار به يكفى لثبوت ما له و عليه (كما يتوهم)، لما بيناه سابقا فى اوائل الرساله. و بيّنا ان المراد من قولهم «من ملك انشاء شىء، يملك الاقرار به» بيان حكم نفوذ الاقرار على نفسه فى كل ما يملك انشاءه. لا انه يصير الاقرار فى حكم الانشاء فى جميع الاحكام مما له و عليه.

و اما ذكرهم عليه هذه القاعده فى مقام الدعوى (مثل عبارته التحرير هذه) فهو ليس الاّ من جهة ما يستلزم ذلك ضعف قول المنكر و قوه المدعى. كما اشرنا اليه انفا ايضا. فنقول فى توضيح المقام: ان قول العلامة «لقدرته على الانشاء» بيان لكبرى قياس مطوى. فكانه قال «الزوج قادر على انشاء الرجعه، و كل قادر على انشاء الرجعه قادر على الاقرار بها، فهذا قادر على الاقرار بها». و مقتضى هذا الدليل انه يصح من الزوج الاقرار بالرجعه. ثم عقب هذا القياس بقياس اخر. فانه بعد ما صحّح الاقرار بما تقدم و فرض انه اقرّ بالرجعه، يقول «هذا الزوج اقرّ بشىء هو الرجعه، و كل من اقرّ بشىء فيثبت عليه كل ما عليه و كل ما له و على غيره. فهذا يثبت باقراره كل ما له و عليه و على غيره». و قد حققنا فى اوائل الرساله منع هذه الكبرى، بما لا مزيد عليه. اذ ليس مقتضى الاقرار (بالنظر الى اصطلاح

الفقهاء، بل اصطلاح اهل الشرع و العرف و اللغه) الا اثباته ما يضرّ بنفسه او يُثبت شيئاً للاخر. فتحقق من ذلك انه لا بد من حمل استدلاله(ره) بهذه القاعده على اراده بيان موافقه كلام المدعى فى صورته الدعوى للظاهر، لا غير. و انت خير بانّ مثل هذا لا يجرى فى ادعاء الطلاق، لكونه مخالفاً للاصل و الظاهر كليهما.

و اما قوله(ره) «و لو صدّقناه، فالاقرب ان اقراره انشاء»، فاراد به: انا لو نقدم قول الزوج فى الدعوى المذكوره، و قدمنا قول الزوجه فى انكارها اعتماداً على الاصل، فحيثُذ و ان لم يثبت الرجعه بالامس التى ادعاها، و لكن هل يفيد اقراره بالرجعه المستفاده من ادعائه وقوعها بالامس، حين التكلم، نظراً الى كونه بمنزله الرجوع الفعلى (كما اشرنا اليه سابقاً) او ليس بمنزله انشاء الرجوع، لانه اخبار محتمل للصدق و الكذب، و الانشاء لا يحتملها، فالاقرب ان اقراره هذا، بمنزله الانشاء. فظهر بذلك انه لا دخل لهذه العبارة فى تقديم قوله فى الدعوى. بل هو فى مقام تصحيح الاقرار بالرجوع فى زمان التكلم. و هذا خارج عن نفس الدعوى.

و اما قوله(ره): «و القول قول المنكر مع اليمين»، فالمراد به بيان حال الدعوى بعد انقضاء العده، بقريته العبارة المتقدمه الدالّه على تقديم قولها فى الدعوى فى حال العده. و بقريته قوله بعد ذلك: «و لو قال فى العده: كنت راجعتك بالامس صحّ الرجوع». و المراد بهذه العبارة الاخيريه بيان استلزام هذه الاخبار لانشاء الرجوع حين التكلم، مثل الرجوع الفعلى.

و اما قوله(ره) فى القواعد: «لو ادعى بعد العده، وقوعها فيها، لم يُقبل دعواه الا بالبينه»، فهو(1) قريته على ما ذكرنا من ان المراد بقوله فى التحرير «و القول قول المنكر مع اليمين»، ايضا الدعوى ما بعد العده. و وجهه ظاهر و موافق للحديث المستفيض المشهور اعنى

ص: ١٢٨

١- و فى النسخه: و هى.

قوله (عليه السلام): البينه للمدعى و اليمين على المنكر.

و اما قوله فى القواعد بعد ذلك، «لو اقرّ بالرجعه فى العده، قبل قوله. لانه يملك الرجعه حينئذ» فهذا بيان لحال الاقرار، لا حال الدعوى. فان الاقرار بالرجعه اقرار على النفس. أما بالفعل؛ [ف-] لاستلزامه لزوم النفقه و الزام حقوق الزوجيه. و اما بالقوّه؛ فبسبب ظهور مخالفه بعد العده. كما لو ندم الزوج عن الرجوع بعد انقضاء العده و ارادت الزوجه اخذ النفقه و كانت راضيه بالزوجيه و لو كان الرجوع فى حال العده مخالفا لطبع الزوجه. نظير ما لو اخبر بكون عبد الغير حرّاً، ثم اشتراه. كما تقدم. فالمراد بقوله «لانه يملك الرجعه»، الاشاره الى تحقق حقيقه الاقرار. فان كل من يملك شيئاً يملك الاقرار به. يعنى ينفذ اقراره فيه. او اشاره الى أنّ كل من ملك شيئاً [1] و فوّض اليه ذلك الامر، فالقول قوله. بمعنى انه يُصدّق فيه مطلقاً، او على نفسه. او يقدم قوله. فهو معنى عام يجرى فى الاقرار و فى مطلق الاخبار. و لذلك يُسمع قول المرثه فى العده و انقضائها، و الخلوّ عن المانع، بل و التحلل بعد التطليقه الثالثه. و المراد انه ابصر بما فوّض اليه، فيسمع قوله مطلقاً، اذا لم يعارضه احد. او [مع] اليمين مع الخصومه و الدعوى. و على نفسه مطلقاً.

و يُتبه على ذلك، ما ذكره الفاضل الاصفهاني حيث انه فى شرح القواعد بعد قول العلامة: «و لو اقرّ بالرجعه فى العده قبل قوله» قال: «فيما له و عليه، فى العده كان الاقرار او بعدها. لانه يملك الرجعه حينئذ. اى لانها حقه، و لا فعل فيها لغيره، و لا يُعلم الا من جهته. فاذا ادعاها قبلت. و على المرثه ان تقبل منه بغير يمين. و كذا من اراد نكاحها. و هو لا ينافى تقديم قول غيره اذا انكرها، او تكليفه باليمين» (1) انتهى.

فظهر ان استدلاله فى العبارة الثانيه بهذه القاعده، مبنى على بيان حال الاقرار على

ص: ١٢٩

١- كشف اللثام، ج ٨ ص ٧٩ (الفرع الاول).

النفس، او على من لم يزاحمه احد فيما له ايضا. و فى الثالثه على الدعوى. فلم يبق هنا الا الكلام فى ترجيح الاصل على قول صاحب الفعل فى صوره الدعوى. و قد مرّ الكلام فيه و سيجيئ ايضا.

و اما قوله (ره) «لو ادعى الرجعه فى وقت امكان انشائها»، فهو بيان لصوره الدعوى فى حال العده. فلا- تكرار فى كلامه و لا تناقض (كما فهمه بعضهم و حسب انه تردّد فى الحكم بعد ما جزم بتقديم قوله فى العبارة السابقه على ذلك. و اعترض عليه بانه خالف حكمه السابق) اذ قد عرفت أنها فى بيان حال الاقرار، و هذه فى بيان حال الدعوى حال العده. كما ان العبارة الاولى فى بيان حال الدعوى بعد العده. و وجه تردده (ره) ان قول الزوجه المنكره، موافق للاصل، فيتّجه تقديمه. و لأنها منكره فالقول قولها مع يمينها. و وجه تقديم قول الزوج: انها فعله و انه قادر على انشائها، و من البعيد ان يكون كاذبا، لانه لا ينتفع مزاحمه منكره غالبا، و تصير لغواً(1). لانه يتمكن فى ذلك الحين ان يقول رجعت اليها. كما اشرنا سابقا. مضافا الى كون تلك الدعوى كافيه فى الرجعه و ان لم يكن صادقا فى اخباره عن وقوع الرجعه قبل التكلم. و لذلك قال (ره) بعد قوله «مع احتمال تقديم قولها» فحينئذ لا يجعل اقراره انشاء، بمعنى ان من يعتمد على الاصل(2) و يُقدّم قول المرثه المنكره، لا يجعل اقراره بمنزله الانشاء.

و اما ولده فخر المحققين (ره): فقوى تقديم قوله نظراً الى ان الفعل كاف فى الرجعه، و لم يعتمد على مجرد دعويه الرجوع، بل على كون الاقرار بمنزله الانشاء(3).

ص: ١٣٠

١- و فى النسخه: يصير.

٢- و فى النسخه: الافضل.

٣- راجع ايضاح الفوائد، كتاب الفراق، ج ٣ ص ٣٣١ ط كوشانپور.

و حاصل المقام: ان الكلام فى الرجعه يختلف بسبب ملاحظه الاقرار، و الدعوى(١) و صدور الاخبار عنها من الزوج فى العده، [أ] و ما بعدها. و ان الاظهر تقديم قول المنكر بعد العده، للاصل و الاستصحاب. و القول قول الزوج المدعى لها فى المدّ، مع اليمين اذا انكرتها الزوجه. و اما الكلام فى اصل الطلاق، فهو مثل الكلام فى الرجعه بعد العده، فالقول قول منكره، للاصل و الاستصحاب، و عدم وضوح الدليل على تقديم قوله بمجرد انه من فعله و مفوض اليه حينئذ. فالاعتماد اذن على المرجحات فى تقديم القول. و لا ريب انها فى جانب الزوجه المنكره، اكثر. لاستصحاب بقاء الزوجيه و حقوقها (من القسم و النفقه و غيرها)، و اتصاله عدم وقوعه فى الواقع، و لصدق لفظ المنكر الواقع فى الاخبار، عليها حينئذ. و الدليلان الاخران، متغايران(٢). فلا يتوهم الغافل رجوع الثانى(٣) الى الاول، مطلقا. و لذلك استدل فخر المحققين(ره) بتقديم قولها فى الانكار بعد العده بهما معا.

و ههنا كلمات آخر لشرح القواعد. يطول المقام بذكرها و ذكر ما فيها. طوينا عن ذكرها، مخافه الاطناب.

و منها: بعض عباراتهم المذكوره فى اختلاف الزوجين فى زمان الطلاق، لاجل الرجعه و النفقه؛ مثل عبارته التحرير، قال: «و لو كانت معتده(٤) بالشهور، فان اتفقا على زمان الطلاق، او الوفاه، اعتبر ثلاثه اشهر و اربعة و عشره ايام. و ان اختلفا، فالقول قول الزوج. لان القول

ص: ١٣١

١- و فى النسخه: او الدعوى.

٢- اى: اتصاله عدم وقوعه فى الواقع، دليل. و صدق لفظ المنكر عليها، دليل آخر. لا أنّهما جميعا دليل واحد.

٣- و فى النسخه: من رجوع الثانى.

٤- و فى النسخه: معتمده.

قوله في اصل الطلاق، وكذا في وقته»(١).

و وجه الاستدلال(٢): الاستدلال بقوله «لا يَنّ القول قوله في اصل الطلاق»، فان الظاهر منه انّ تصديق الزوج و تقديم قوله في دعوى اصل الطلاق، كان مسلماً عندهم.

اقول: ان اريد من كونه مسلماً عندهم، كونه اجماعياً، فهو في غايه البعد. لندره المصرح بتقديم قول الزوج في اصل الطلاق. بل لم نقف على تصريح به في كلامهم. و ستعرف ان مثل هذه العبارة ايضا ليست بصريحه. مع ان كلماتهم في غايه الكثر[ه] في التردد و التوقف و الاختلاف فيما لو كان اختلاف الزوجين في وقت الطلاق. و هو يستلزم كون تقديم الزوج في اصل الطلاق خلافياً. بل هو اولى بكونه خلافياً. فانهم ذكروا (في موضع بيان دليل الطرفين في تقديم قول الزوج في وقت الطلاق) في مقام الاستدلال على تقديمه، بانه فعله، و انه اعرف بفعله، فيقدم قوله. و عارضه خصمه بان مدعى التأخر يقدم قوله لان الاصل تاخر الحادث. و كثير منهم صرح بذلك.

و لا ريب ان مثال(٣) التمسك باصالة التأخر، هو اصل عدم الحادث. فاذا كان اصل العدم (مع انخراجه في الجملة، و زواله قطعاً في بعض الاوقات، المحتمل عدم وقوعه فيه) حجةً للنافي و قابلاً للتمسك به، فمع عدم حصول القطع بزواله اصلاً و راساً، فهو اولى بالتمسك. اذ لا ريب ان مع تداعيها في وقوع اصل الطلاق، لم يحصل القطع بوقوعه اصلاً و راساً، و وقوعه مشكوك فيه. و مع اتفاقهما معاً بوقوع الطلاق، فوقع الطلاق يقينياً. فيصير التمسك بالاصل هناك اضعف، و يفتح سبيل معارضة؛ من الظاهر، و هو ان صاحب الفعل اعرف

ص: ١٣٢

- 
- ١- تحرير الاحكام الشرعيه، ج ٤ ص ١٥٥. - وفيه: احتسب، بدلاً عن اعتبر.
  - ٢- و في النسخه: الدلاله.
  - ٣- و في النسخه: مال.



بكيفيه ما فعل. يعنى ان من فعل فعلا- فى الخارج واقعا، فهو اعرف بما صدر منه. و هذا لا يجرى فى مدعى الطلاق مع انكار المدعى عليه راسا. فلا يحسن ان يقال مدعى الفعل اعرف بوقوعه فيقدم قوله. مع انه مسبق بالعدم الازلى اليقيني.

فمن جمله من استشكل فى تقديم قول الزوج مطلقا، الفاضلان فى الشرايع و القواعد؛ قال المحقق فى احكام العدد: «اذا اتفق الزوجان فى زمان الطلاق و اختلفا فى زمان الوضع، كان القول قولها. لانه اختلاف فى الولاده و هى فعلها. و لو اتفقا فى زمان الوضع و اختلفا فى زمان الطلاق، فالقول قوله. لانه اختلاف فى فعله» قال «و فى المسئلتين اشكال. لان الاصل عدم الطلاق و عدم الوضع» (١). و قال الشهيد الثانى فى اخر شرح هذا الكلام: «و المصنف استشكل فى حكم المسئلتين على الاطلاق. و يحصل الاشكال ان مجرد كون الفعل من المدعى، مع معارضه الاصل، غير كاف فى تقديم قوله. لان الاصل قاعده يرجع اليها فى الاحكام الشرعيه. بخلاف تقديم قول المدعى. و حيثئذ فاللازم تقديم قول من يدعى تاخر الفعل من الطلاق و الوضع. سواء كان المدعى هو الفاعل ام غيره، فيقدم قوله فى الاول، دون عكسه» قال «و هذا هو الوجه» (٢).

و كذلك صرح فى الشرايع فى احكام الرجعه بتقديم قولها فى تاخر الطلاق، لان الاصل بقاء الزوجيه. و لا يقدم قول الزوج و ادعائه انقضاء العده. و علله فى المسالك باصالة عدم تقدم الطلاق و بقاء الزوجيه الثابته اولاً، الى ان يظهر زوالها. و يؤدى مؤدى ذلك ما ذكره فى الشرايع فى احكام النفقات، قال: «اذا طلق (٣) الحامل رجعيه، فادعت ان الطلاق بعد الوضع و

ص: ١٣٣

١- الشرايع، كتاب الطلاق، المقصد الخامس فى العدد، الفصل الرابع فى الحامل، ج ٣ ص ٢٧ ط دارالتفسير.

٢- المسالك: كتاب الطلاق- فى عدّه الحامل، ج ٢ ص ٣٤ ط دارالهدى.

٣- و فى النسخه: اطلق.

انكر، فالقول قولها مع يمينها»(١). و قال فى المسالك فى اخر شرح هذا الكلام: «و لو قيل بتخصيص هذا الحكم بما اذا لم يعينا زمانا لهما. و اما لو اتفقا على زمان احدهما و اختلفا فى تقديم الاخر و تاخره، فالقول قول مدعى تاخره مطلقا، لاصاله عدم تقدمه و استقرار حال ما اتفقا عليه، كان حسناً»(٢). ثم قال: «و ربما قيل بانه مع الاتفاق على وقت احدهما و الاختلاف فى الاخر، يقدم قول الزوج فى الطلاق، مطلقا. لانه من فعله. و قولها فى الوضع مطلقا. لذلك»(٣). و هذا يشعر بندره القائل بهذا القول.

و يودّ مودّى كلام الشرايع، كلام القواعد فى المواضيع الثلاث. و نقل من بعض شرايح(٤) ايضا ما يقرب من كلام المسالك. و اختار تقديم قول المسالك و اختار تقديم قول مدعى التاخر و نسب القول بتقديم قول صاحب الفعل الى بعضهم، و قال فى موضع اخر: و لعل الاظهر تقديم ما حلّ به الاشكال. لان ظهور حجه الاصل بقول مطلق، اقوى من تقديم كون فعل نفسه مطلقا. ثم قال: نعم اذا كان الفعل مما لا يستلزم ابطال حق الغير و لا يتوجه الى مدعيه منازعه، كما اذا ادعى انه صام، او صلّى. او لا يمكن اقامه البيئه عليه (كما اذا ادعى انه احتلم) بوجه، يقدم قول مدعيه.

و كذلك يظهر من الفاضل الاصفهاني فى شرحه تقديم قول مدعى بقاء العده، و العمل بمقتضى الاصل، و الموافقه للمسالك. بل ازيد من ذلك. فلاحظ.

فالحاصل: انه لا ينبغى التامل فى ان مقتضى كلمات هؤلاء و تمسكهم بالاصل، انّ تقديم دعوى الطلاق من الزوج بقول مطلق، ليس بتمام. بل و يمكن ادعاء استلزام القول

ص: ١٣٤

- 
- ١- الشرايع، كتاب النكاح، (الخامس فى النفقات) ج ٢ ص ٢٩١ ط دارالتفسير.
  - ٢- المسالك: كتاب النكاح، احكام النفقات، ج ١ ص ٤٧٢ ط دارالهدى.
  - ٣- المسالك: كتاب النكاح، احكام النفقات، ج ١ ص ٤٧٢ ط دارالهدى.
  - ٤- و فى النسخه: شرايحه.

بتقديم قول الزوج فى اصل الطلاق، القول بتقديمه فى وقته. و القول بتقديمه فى الوقت محل خلاف بينهم. كما عرفت و ستعرف. فكيف (١) يُدعى كون تقديم قوله فى الاصل، وفاقياً؟! فكل من يقول بعدم تقديم قوله فى الوقت، لابد ان يقول بعدم تقديم قوله فى الاصل.

و قد يجاب عن ذلك بالنقض و الحل: اما الاول: فهو ان الخلاف قد وقع فى تقديم قول الزوجه فى وقت الولاده ايضا. فمن يقول بعدم تقديم قولها فى وقت الولاده، لابد ان يقول بها فى اصلها. و المفروض ان تقديم قولها فى الاصل وفاقى.

و فيه: منع الاجماع فيه ايضا. و استند فى الكفايه الى المشهور. و هو لازم كلام المحقق و العلامه فى الاستشكال فى تقديم قول من يدعى خلاف الاصل فى وقت الولاده و الطلاق. كما بيناه. و كذلك صريح الشهيد الثانى (ره) بل هو قال: «ان الاصل قاعده يرجع اليها فى الاحكام الشرعيه، بخلاف تقديم قول مدعى الفعل». و كذلك غيرهم ممن اشرنا الى كلامهم.

و اما الثانى: فهو من وجهين: الاول: ان المعتمد فى تقديم قول الزوج فى دعوى اصل الطلاق، هو الاجماع. و هو غير موجود فى الوقت. فالملازمه ممنوعه.

و فيه: انا لم نقف على هذا الاجماع و لا على احد يدعيه. بل و لا على فتوى صريحه فى ذلك و لو سلمنا، فقليل من كلامهم (٢). و ايضا: لو كان المستند فيه الاجماع لا غير، فلا معنى للمقايسه و التنظير حيث قالوا انه يقدم قوله فى الوقت كما يقدم (٣) فى الاصل. سيما من صرح بان يقدم لانه من فعله. و: كما يقدم قوله فى اصله فيقدم فى وقته. فان العله فى تقديم قوله فى الاصل، انما هو كونه بيده و من فعله. لا التعبد و الاجماع.

ص: ١٣٥

١- و فى النسخه: و فكيف.

٢- و فى النسخه: تقليل من كلامهم.

٣- و فى النسخه: تقدم.

فنقول حينئذ: ان كان هذه العلة علة واقعيه، فلا ينفك عن معلولها. فلا وجه للخلاف و الاشكال فى حكم الوقت، لوجود العله. و ان لم يكن عله، فلا- يثبت بها الحكم فى الاصل ايضا. فكيف يظهر ثبوته اجماعياً؟ بل الظاهر ان القول(1) بتقديم [قوله فى] الوقت اولى بالقبول من دعويه فى الاصل. و الظاهر ان الكلام يجرى فى الولاده و وقتها ايضا. و دعوى الاجماع فى اصل الولاده، ايضا ممنوعه. كما اشرنا سابقا.

و الثانى: انه فرق ما بين الولاده و الطلاق. و ان قولهم «يقدم قولها فى وقت الولاده، كما يقدم فى اصلها»، و قولهم(2) «يقدم قوله فى وقت الطلاق، كما يقدم فى اصله»، ليس على وتيره واحد[ه]. اذ المعتمد فى تقديم قولها فى الولاده (مضافا الى كونها من فعلها و قد لا- تُعرف الا من جهتها)، انّ بها تنقضى العده. و النص ورد من الشارع ان امر العده الى النساء. فلا فرق بين دعوى اصل الولاده لانقضاء العده (كما اذا ثبت كونها حاملا حين الطلاق، و ادعت الولاده فيها، فتصدّق(3) فيها، و يُبنى عليه عدم جواز الرجوع اليها) و بين دعوى وقتها كما لو ثبت كونها حاملاً قبل الطلاق المعلوم زمانه و ادعت الولاده بعده و ادعى [الزوج] تقدمها عليه(4)، فيقدم قولها. اما لو ادعى التاخر لاسقاط النفقه، فادعت التقدم(5)، فيقدم قوله. لان ادعاء الولاده حينئذ لا مدخله له فى العده حتى يُصدّق الزوجه. بل يُصدّق الزوج لاصاله التاخر.

و اما الطلاق، فلم يظهر من قولهم انه مصدّق فيه و يقدم قوله. الا انه يحكم بثبوته من

ص: ١٣٦

١- و فى النسخه: قوله.

٢- و فى النسخه: قوله.

٣- و فى النسخه: فيصدق.

٤- و فى النسخه: و اذا دعى عليه تقدمها عليه.

٥- و فى النسخه: المتقدم.

حين اقراره، و تعتدّ الزوجه بعده. كما اشير اليه في روايه السكوني عن جعفر(عليه السلام)، عن علي(عليه السلام): «في الرجل، يقال له: اطلّقت امرتتك، فيقول: نعم. قال: طلّقها حينئذ»(١). و افتى الشيخ [و] غيره، مطابقا لها. فقال الشيخ: «و لو اقرّ مريض انه طلّقها ثلاثا في حال الصحه، قبل قوله و حكم بانها بانت منه في حال الصحه. و يكون العده من حين تكلمه»(٢). فلو حضر الغايب و ادعى انه طلق زوجته منذ سنين لاسقاط النفقه، و انكرت الطلاق من اصله و طالبت النفقه، فالقول قوله في اصل الطلاق و النفقه اللاحقه. [و القول] قولها في النفقه السابقه. و كذا لو ادعت تاخره، لان النفقه هي حق الزوجه، انما تسقط تبعا لسقوط الزوجيه التي هي حق الزوج بالاصاله. و الزوج انما يملك حال الاقرار اسقاطها من حينه، لا فيما سبق. لان السابق قد مضى بما هو عليه. فيكون حينئذ مدعيًا سقوط النفقه المحكوم بثبوتها ظاهراً الى زمان الاقرار، مما لا يملكه الان، و تدعى ثبوتها كما هو مقتضى الاصل. فيقدم قولها.

و على هذا الفرق، فلا منافات بين تقديم قول من يدعى تاخر الطلاق (اذا حصل الاختلاف في وقته) و بين تقديم قول الزوج في اصل الطلاق بالمعنى المتقدم، يعنى لزوم الحكم بالطلاق حين التكلم و الاقرار به، و كون العده بعد ذلك الحين. بخلاف امر الولاده. فانه لا يتم نفي القول بتقديم قول المرثه في الوقت مطلقاً مع القول بتقديم قولها في اصل الولاده بعد جعل مفروض المسئله ان كلا الدعويين في كلا المقامين في مقام دعوى انقضاء العده.

اقول: و في هذا الحلّ عقدٌ لا ينحلّ. لا يخفى على من نظر و تأمل، اما اولاً: فلان نظر

ص: ١٣٧

- 
- ١- الوسائل كتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، ب ١٦ ح ٦.
  - ٢- المبسوط كتاب الطلاق، فصل في طلاق المريض، ج ٥ ص ٦٩ ط مرتضويه.

من استشكل فى المقام، انما هو ردّ كلام(١) من جعل المعيار فى المقام هو كون الولاده عن فعل المرثه و الطلاق من فعل الرجل. لا محض كون الولاده كاشفا عن انقضاء العده. و على هذا فلا يندفع البحث اصلا. و لا مناص للمحقق و الشهيد الثانى و غيرهما، من عدم الفرق فى المسئلتين و لزوم القول بمنع تقديم قول الزوجه فى الولاده، و الزوج فى اصل الطلاق.

و اما ثانياً: فلان كلام الشهيد الثانى(ره)- بل و غيره ايضا- فى الاعتماد على الاصل دون قول المدعى(٢)، صريح فى ذلك. و لا يمكن رفع التصريح بامثال ذلك.

و اما ثالثاً: فلان قوله «ان القدر الثابت فى الطلاق انما هو ثبوته من حين اقراره و لزوم الاعتداد من بعده... الى اخره»، لا فائده فى التمسك به. لاجل رفع البحث. فان غايه الامر ان يكون مراد المستدل من قوله «يقدم قول الزوج فى الوقت، لانه من فعله، كما يقدم فى الاصل»، انه يقدم قوله فى مبدأ العده من ابتداء زمان يدعى وقوع الطلاق فيه، لانه من فعله. و حينئذ فمفاد الاستشكال و المعارضه، ان الاصل يقتضى عدم تقديم قوله فى الطلاق فى الجملة. لانه خلاف الاصل. و ان اسقط اعتبار كونه من فعله من البين و جعل تقديم قوله فى اصل الطلاق(٣)، تعبدياً. فلا يبقى معنى محصّل للتنظير.

و اما رابعاً: فلئن سلّمنا اسقاط اعتبار كونه من فعله، و اغمضنا عن قبح التنظير حينئذ، و جعلناه تعبدياً، فنقول ما وجه هذا التعبد؟ فان قلت انه الاجماع، فقد مرّ الكلام فيه. فان جعلته روايه السكونى و نحوها، فقد عرفت الجواب عنها سابقاً، و بيّنا المراد منها، و رفعنا وجه استدلال المستدل بها على اصل تقديم قول الزوج فى اصل الطلاق؛ و قلنا ان المراد بها بيان ان الاقرار بالطلاق يقوم مقام الصيغه فى ثبوت الطلاق، و لا يحتاج الى صيغه اخرى اذا

ص: ١٣٨

١- و فى النسخه: الى رد كلام...

٢- و فى النسخه: دون قيل المدعى.

٣- و فى النسخه: و جعلت تقديم قوله فى الاصل الطلاق.

لم يرازه احد. لا انه اذا انكرت الزوجه اصل الطلاق فهو طلاق ايضا. فراجع و لاحظ و تأمل.

و اما فتوى الشيخ بان العده من حين التكلم؛ فالظاهر ان المراد به هو المسئله المشهوره فى الاخبار عن العده اذا لم يحصل العلم بمبدأ الطلاق، او الفوت. فقد افتى الفاضلان و غيرهما بانها تجعل مبدأها حين الاخبار. لظواهر الأخبار. و قد حققنا فى محله ان الاقوى انها تجعله حين ما حصل العلم بوقوعه فيه جزماً. و ان لم يحصل العلم بنفس المبدأ. كما هو صريح روايه الكنانى (1). و على ذلك ينزل قوله (عليه السلام) فى روايه السكونى: «قد طلقها حيثئذ». يعنى يحكم عليها بكونها مطلقه حين الاقرار و يكون هذا الحين هو مبدأ العده. و هذا كله بعد الاغماض من انكار اصل الطلاق و البناء على موافقتها فى ذلك. و الا فيرجع فيه الى قاعده التداعى، و مقتضاها تقديم قول من يدعى مقتضى الاصل و الظاهر، و هو الزوجه فى ما نحن فيه.

و اما خامساً: فقوله «فالقول قوله فى اصل الطلاق و النفقه اللاحقه، و قولها فى النفقه السابقه... الخ».

فيه: ان مدعى الزوج هو شىء واحد و هو طلاقه قبل ثلاث (2) سنين مثلاً. و تنكرها الزوجه. فاذا كان القول قوله فى اصل الطلاق، و المفروض انه ادعاه فى بدو ثلاث سنين، و اذا حلف على ذلك، فيسقط نفقتها ايضا، و النفقه تابعه للطلاق، و لا تدعى الزوجه تاخره، بل تنكر ما يدعيه الزوج. فنقول الاصل عدم الطلاق. فيقدم قولها للاصل و الاستصحاب. فاذا حلفت، فتستحق النفقه السابقه ايضا. و روايه السكونى منزله على اخبار الزوج بمطلق الطلاق

ص: ١٣٩

١- الوسائل، كتاب الطلاق، ابواب العدد، ب ٢٦ ح ٦.

٢- و فى النسخه: عثد ثلاث.

مع جهاله مبدئه و عدم انكار الزوجه لاصل الطلاق ايضا.

و تحقيق المقام: ان قول الزوجه مقدم فى انقضاء العده بالوضع و الحيض، للتصحيح الدال على ان الحيض و الحمل و العده الى النساء. و اما انقضائها بالاشهر، فهو و ان كان مقتضى كونها من جمله ادعاء انقضاء العده كذلك، و لكن لما يرجع الى الاختلاف فى زمان الطلاق، فيجيب الاشكال من جهه كونه فعل الزوج و هو اعرف به، و من جهه الاصل. و لذلك وقع الخلاف فيه. و اما اصل الطلاق، فالظاهر فيه تقديم قول الزوجه للاصل و الاستصحاب، و عدم ورود نص عليه، و عدم تحقق اجماع فيه.

بل نقول ما ورد من النص من الايه و الاخبار، يدل على تقديم قول الزوجه مطلقا، يعنى فى الاقرار و الانكار. قال الله عزوجل: «وَ لَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ»<sup>(١)</sup> فان اثمتانهنّ فى الكتمان، يدل على قبول قولهنّ. و روى فى مجمع البيان عن الصادق(عليه السلام) فى تفسير الايه؛ انه قال: «قد فوض الله النساء ثلاثه اشياء: الحيض و الطهر و الحمل». و روى الشيخ فى الصحيح عن زراره، عنه(عليه السلام) قال: «العده و الحيض، الى النساء»<sup>(٢)</sup>. و الكلينى فى الحسن لابراهيم بن هاشم، عن زراره، عنه(عليه السلام) قال: «العده و الحيض، للنساء اذا ادعت، صدقت»<sup>(٣)</sup>. و لم ينقلوا خلافا للحيض فى أنها يُقبل قولها بلا يمين ان لم ينازعه احد، و مع اليمين اذا وجد المنازع. الا ان الشهيد فى اللمعه قَرَّبَ عدم قبول غير المعتاد الا بشهاده اربع من النساء المطلعات على باطن امرها، و اسنده الى ظاهر

ص: ١٤٠

١- الايه، ٢٢٨، السوره، البقره.

٢- الوسائل، كتاب الطهاره، ابواب الحيض، ب ٤٧ ح ٢.

٣- الوسائل، كتاب الطلاق، ابواب العدد، ب ٢٤ ح ١.



و الذى وجدناه؛ ما رواه الشيخ عن السكونى بسند قوى، و الصدوق مرسلًا؛ عن على (عليه السلام) قال: «فى امرئه ادعت انها حاضت ثلاث حيض فى شهر واحد، قال: كلّفوا نسوه من بطانتها انّ حيضها كان فيما مضى على ما ادعت؛ فان شهدن، صدقت. و الّا فهى كاذبه» (٢). و حملها الشيخ على المتهمه. و وجهه واضح. و لا يبعد العمل على الروايه، لقوه سندها، و عدم تبادل التهمه و غير المعتاده من الاطلاقات.

و ان كانت من ذوات الحمل فادعت الوضع؛ فالمشهور ايضا قبول قولها بلا يمين اذا فقد المنازع، و مع اليمين لو وجد. لظاهر الايه و الاخبار المتقدمه. و يلزم (٣) تقدم قولها اذا انكرت الوضع و ادعاه، ايضا. للادلّه السابقه، مضافا الى اصاله العدم. و لو ادعت انقضائها بالاشهر؛ فقد افتى جماعه بعدم قبولها، لو انكره الزوج. لان مرجعه الى الاختلاف فى وقت الطلاق. بل يقدم قول الزوج المنكر، لاصاله تاخر الطلاق. و منه يظهر تقديم قولها لو انعكس الفرض، و ادعت تاخرها.

لكن يظهر من كلام بعضهم تقديم قول الزوج و ان ادعى التقدم. و انت خير بان مقتضى النصوص الداله على ان العده الى النساء، تقديم قولها مطلقا. و الظاهر ان دعوى تقدم الطلاق و تاخره، يرجع الى دعوى انقضاء العده و عدمه. و الظاهر ان المراد من النصوص تفويض امر العده و الحيض الى النساء، نفيًا و اثباتًا، لا اثباتًا فقط. الّا ان يقال: بعد انصراف ظواهر النصوص الداله على ذلك الى مثل الصوره التى وقع النزاع فى تقدم الطلاق و تاخره،

ص: ١٤١

١- اللعه الدمشقيه؛ كتاب الطلاق؛ آخر الفصل الثانى - ص ٢٠٩ ط دارالناصر.

٢- الوسائل، كتاب الطهاره، ابواب الحيض، ب ٤٧ ح ٣.

٣- و فى النسخه: و يلزمه.

فالاصل دليل قوى يجب اتباعه الا في صورته اندرجت تحت تلك النصوص. فلذلك اختلف كلماتهم في تقديم قول الزوج في دعوى الانقضاء بالاشهر، بل بالوضع ايضا، كما عرفت. بل ربما ينقل عن بعض عبارات الشيخ في المبسوط، المخالفه في الحيض ايضا و الاعتماد على الاصل فيه ايضا.

و الغرض من اطناب الكلام في هذا المقام؛ ان الاعتماد على كلمات جماعه من الاصحاب الذين قدّوا قول الزوج في وقت الطلاق، لا يجدى في اثبات تقديم قوله في اصل الطلاق، لعدم تمامه بنفسه. فضلا عن ان يتم به غيره.

اذا عرفت هذا فنرجع الى كلام التحرير و نقول: يمكن ان يكون مراد العلامه من اصل الطلاق، في دليله، قصد الطلاق من الصيغه، و عدمه. يعنى انه كما يقدم قول المطلّق اذا قال زوجتى طالق [لو ادعى] انى لم اقصد الطلاق (كما هو المشهور) فيقدم قوله على مكذّبه، و كذا اذا قال قصدت به الطلاق لا الهزال، او اردت طلاق فلانه لا فلانه الاخرى. و نحو ذلك. فكذلك يقدم قوله في وقت الطلاق. فلم يحصل القطع بان مراد العلامه من اصل الطلاق، هو صدوره عنه و عدمه. و يؤيده ان صورته الاختلاف التى مفروض المسئله، انما هى بعد تحقق الطلاق فى الجملة. و يمكن ان يكون مراده (ره) ان القول قوله فى اصل الطلاق لو انكره، للاصل و لانه من فعله. و هذا وجه قريب. لانه الغالب فى نزاع الزوجين فى وقت الطلاق، هو دعوى الزوج تاخره لاجل دعوى عدم انقضاء العده ليتمكن من الرجوع. و يقلّ غرامه النفقه و نحو ذلك. فيناسبه ذكر دعويه عدم الطلاق.

و يشهد بذلك كلام الشيخ فى المبسوط على ما نقل عنه؛ فانه قال فى موضع منه: «اذا كانت المرثه معتدّه بالشهور، فلا يحتاج الى ان يُرجع الى قولها، الا ان يختلفا فى وقت

الطلاق، فيكون القول قول الزوج. كما لو اختلفا في اصل الطلاق. لان الاصل لا طلاق»(١). هذا كلامه(ره) و يظهر من كلامه قبل هذه العبارة، انه فرض المسئله في دعوى الزوج عدم انقضاء العده. و حينئذ و ان كان يمكن الاستدلال في تقديم قوله، بانه فعله و هو اعرف بفعله و لكنّه اكتفى به لكونه اسلم من الاشكال. و لا ينافى ذلك استدلاله(ره)- في موضع اخر في كتاب العدد منه- لتقدم قول الزوج بان الطلاق من فعله. فاذا اختلفا في وقت فعله، كان القول قوله(٢). مع ان مفروض المسئله ثمّه ايضا فيما ادعى الزوج تاخر زمان الطلاق. اذ لعلّه من باب المسامحه، اعتماداً على الاصل لكونه موافقاً له.

و الحاصل: ان عموم كلامه هذا، يفيد تقديم قول الزوج و ان ادعى التقدم، و لكن لا يدل على تقديم قوله في دعوى اصل الطلاق. لان الظاهر من هذا الكلام و المسلم منه، هو ما كان هناك فعل متحقق الوقوع ادعى الفاعل وقوعه على وجه خاص. لا ادعائه صدور فعل منه لم يثبت وقوعه اصلاً. بخلاف كلامه الاخر الذى استدل فيه بالاصل، فانه مصرّح فيه بان القول قوله في اصل الطلاق اذا نفاه، و الا- فلم يكن معنى لقوله «لان الاصل ان لا- طلاق». و يؤيده ما سيجيى من عبارته المنقوله من كتاب الرجعه؛ فانه لم يقدم قول الزوج اذا ادعى تقدم الزمان، مع انه فعله.

فاذا صحّ تمسك الزوج بالاصل في عدم الطلاق، فيصحّ من الزوجه ايضا اذا انكرته و ادعاه الزوج. فيقال ان القول قول الزوجه. لان الاصل ان لا طلاق(٣).

سَلّمنا عدم ظهور كلام العلامه فيما ذكرنا. لكنّ ظهوره فيما اراد المستدل به، ايضا ممنوع.

ص: ١٤٣

١- المبسوط، (كتاب العدد) ج ٥ ص ٢٣٦. ط المكتبه المرتضويه.

٢- المبسوط، (كتاب العدد) ج ٥ ص ٢٤١. ط المكتبه المرتضويه.

٣- و في النسخه: الطلاق.

سَلَمْنَا ظَهْرَهُ فِيهِ. وَ لَكِنَّهُ دَعَا لَا دَلِيلَ عَلَيْهَا بَلْ مَنَافِيهِ لِلدَّلِيلِ الْقَطْعِيِّ مِنْ أَنَّ الْبَيْنَةَ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ. إِذَا لَا رَيْبَ أَنَّ مَدْعَى الطَّلَاقِ مَدْعٍ لَمَّا يَخَالِفُ الْأَصْلَ وَالظَّاهِرَ مِنْ اسْتِصْحَابِ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ، وَيَصْدُقُ عَلَيْهِ تَعْرِيفُ الْمُدْعَى بِجَمِيعِ مَعَانِيهِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَيْضًا فِي الْمَبْسُوطِ فِي كِتَابِ الرَّجْعَةِ (عَلَى مَا حَكَى عَنْهُ) فِيمَا إِذَا كَانَتْ مَعْتَدَّةً بِالشَّهْرِ: «وَلَا يَرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى قَبُولِ الْقَوْلِ، لِأَنَّهُ مَشَاهِدٌ. أَلَّا يَخْتَلِفَا فَقَالَ الزَّوْجُ: طَلَّقْتِكِ فِي شَوَالٍ، وَقَالَتْ: لَا بَلْ طَلَّقْتِنِي فِي رَمَضَانَ. فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الطَّلَاقِ. وَ أَنَّ كَانَتْ بِالْعَكْسِ مِنْ هَذَا؛ فَقَالَ الزَّوْجُ: طَلَّقْتِكِ فِي رَمَضَانَ. وَقَالَتْ: لَا بَلْ فِي شَوَالٍ. فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، لِأَنَّهَا تَطَوَّلَ عَلَى نَفْسِهَا الْعِدَّةَ. غَيْرَ أَنَّهُ تَسْقُطُ النِّفْقَةُ عَنِ الزَّوْجِ فِيمَا زَادَ عَلَى مَا يَرِيدُ (١). أَلَّا أَنْ تَقِيمَ (٢) بَيْنَهُ. كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فَقَالَ الزَّوْجُ: طَلَّقْتِكِ قَبْلَ الدَّخُولِ. وَقَالَتْ: لَا بَلْ بَعْدَ الدَّخُولِ. فَأَنَّ نَقْبَلَ قَوْلَ الزَّوْجِ فِي سَقُوطِ نِصْفِ الْمَهْرِ فَيَسْقُطُ عَنْهُ. وَ يَقْبَلُ قَوْلَ الزَّوْجِ فِي وَجُوبِ الْعِدَّةِ لِأَنَّهُ يَضْرِبُهَا» (٣).

(و كَذَلِكَ نُقِلَ عَنِ ابْنِ الْبَرَّاجِ وَ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، مَا يُؤَدِّي مَوْدَاهُ).

وَ اسْتِدْلَالُهُ بِأَصَالِهِ عَدَمُ الطَّلَاقِ، يَفِيدُ مَا ذَكَرْنَا. وَ كَذَلِكَ عَدَمُ تَقْدِيمِ قَوْلِهِ فِي صُورِهِ ادِّعَاءِ التَّقَدُّمِ، مَعَ أَنَّهُ فَعَلَهُ. بَلْ وَ تَقْدِيمُهُ قَوْلَ الزَّوْجِ لِادِّعَاءِ التَّأَخُّرِ. وَ أَمَّا لَمْ يَتَمَسَّكَ لِلزَّوْجِ، بِالْأَصْلِ. لظهوره من العبارة السابقة.

وَ يَشْهَدُ بَانَ الشَّيْخِ اسْتِنْدَافِ ذَلِكَ أَيْضًا بِالْأَصْلِ وَ مَرَادِهِ تَقْدِيمِ قَوْلِهَا فِي التَّأَخُّرِ لِلْأَصْلِ، تَصْرِيحِ الْمُحَقِّقِ بِذَلِكَ حَيْثُ قَالَ فِي أَحْكَامِ الرَّجْعَةِ: «وَ إِذَا ادَّعَتْ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ بِالْحَيْضِ فِي زَمَانٍ مُحْتَمَلٍ، فَانْكَرَ. فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا. وَ لَوْ ادَّعَتْ انْقِضَاءَهَا بِالشَّهْرِ، لَمْ يَقْبَلْ وَ كَانَ

ص: ١٤٤

١- وَ فِي الْمَبْسُوطِ؛ عَلَى مَا اقْرَبَ بِهِ.

٢- وَ فِي النِّسْخَةِ: بِقَم.

٣- الْمَبْسُوطِ، (كِتَابُ الرَّجْعَةِ) ج ٥ ص ١٠٢- وَ فِيهِ: وَ نَقْبَلَ قَوْلَ الزَّوْجِ.

القول قول الزوج. لانه اختلاف فى زمان ايقاع الطلاق. و كذا لو ادعى الزوج الانقضاء، فالقول قولها. لان الاصل بقاء الزوجيه اولاً»(١) الى اخر ما ذكره.

و مثله [ما] ذكر[ه] العلامه فى القواعد. و عادتهما(٢) فى الغالب متابعه المبسوط(٣) فى نقل الفتوى ثم الرد، او القبول، [أ]و الاستشكال.

و اما التمسك بتطويل العده و استثناء اسقاط النفقه؛ فهو كلام فى لوازم التداعى، لا نفسه. اذ قد عرفت سابقا الفرق بين الدعوى و الاقرار، و اجتماعهما و افتراقهما. فالكلام هنا فى نفس الدعوى [و] تقديم قول الزوج فى الفرض الاول، لمطابقتها للاصل. و تقديم قول الزوجه فى الثانى لذلك.

و اما بيان اللوازم: فالزوج و ان كان لا يقبل قوله فى صوره ادعاء التقدم من جهه الدعوى، لكن لما كان دعويه مستلزما للاقرار بوجود النفقه اكثر مما تدعيه المرثه، فيجب عليه الانفاق، و ان لم يقبل منه وقوع الطلاق فى الزمان الذى ادعاه. و الزوجه و ان كان يُسمع قولها فى تاخر الطلاق، و لكن بسبب استلزام دعويها سقوط النفقه فى زمان يستلزمه دعوى الزوج، فهو اقرار على نفسها. فيجب على الزوج ادائها، و على المرثه ترك اخذها، بمقتضى اقراريهما. و كذلك يستلزم دعوى المرثه تطويل عدتها، فهى(٤) ماخوذه باقرارها. و ذلك لا ينافى كون معتمد الشيخ فى تقديم قول الزوجه، هو الاصل. كما لا يخفى.

و يمكن ان يكون مراد الشيخ من قوله «غير انه تسقط النفقه عن الزوج... الى اخره» ان الزوجه و ان كانت مصدّقه فى تاخر الطلاق و ماخوذه بسبب اقرارها على عدتها، و لكن لما

ص: ١٤٥

١- شرايع الاسلام، ج ٣ ص ٢٠ ط دارالتفسير.

٢- اى: عاده المحقق و العلامه.

٣- و فى النسخه: المقصود.

٤- و فى النسخه: عدتهما وهى.

كان يمكن الاختلاف في عدّه المسترابه (بسبب طريان الحيض في خلال الشهور و ملاحظه سبق الامرين من الحيض الثلاث و الاشهر الثلاث، كما قرّر في محله. فربما يزيد العده بعد فرض قبول قولها و ردّ قول الزوج على ما يريد الزوج و يقرّ به) فقد يكون الزوج مقرّاً بكون العده ثلاثه اشهر بعد البناء على قول المرثه و هي تدعى ازيد من ذلك من جهه طريان الحيض قبل انقضاء الثلاث يوم مثلاً(1). فحينئذ يجيئ التداعي و لا يقبل قول الزوجه الا بالبينه.

فلا وجه لما قد يتوهم: ان مراد الشيخ في المسئلتين، تقديم قول الزوج لانه من فعله. و مراده في تقديم قولها في المسئله الثانيه أنّها هو قولها في العده خاصه لا في تاخر الطلاق. نظراً الى استدلاله و تنظيره بحكايه دعويهما في كون الطلاق قبل الدخول و بعده. و لو كان مراد الشيخ الاعتماد على الاصل في تقديم قول الزوجه، لجاز مطالبتها ببقيته ايضاً.

و قوله (ره): «كما اذا اختلفا.. الى اخره» فلعلّ مراده التنظير للصوره الاخيريه، يعنى كما انه يسمع قول الزوج و يقدم في دعوى كون الطلاق قبل الدخول، بمقتضى الاصل لاصاله عدم الدخول، و لا يسمع قول المرثه، و مع ذلك يُعمل على اقرارها اللازم لدعويها و ان اخره، فإن اقرار الزوجه بكون الطلاق بعد الدخول، مستلزم لوجوب العده عليها. فكذلك في صوره ادعاء الزوج التقدّم في الطلاق، و الزوجه التاخير؛ لا- يقبل قول الزوج لمخالفته للاصل، و يُعمل على قول المرثه و اقرارها و ان اضّرّ بها، مع تقديم قولها في الطلاق من جهه الاصل. و لكن تسقط نفقه الزوجه عن الزوج فيما زاد على ما يقرّ به الزوج، يعنى بعد تقديم قول الزوجه و بناء اول العده من شوال. فيكتفى في النفقه التي هي مراد الزوجه في هذه الدعوى، على ما اتفقا الزوجان عليه، لا بما تريد المرثه و تطوّل على نفسها و ان كان ذلك التطويل

ص: ١٤٦

١- فينجر تمام الحيض بايام بعد تمام الثلاث الاشهر.

مأخوذاً عليها من جهة اقرارها و تكليفاً لها به.

و لازم ذلك ان فى صوره الاولى ايضا (اعنى صوره دعوى الزوج التاخر لاجل الرجوع) لا يمكنه الرجوع فى ازيد مما يتفقان عليه، بعد البناء على قول الزوج و اخذ اول العده من شوال. فاذا اراد الزوج الرجوع بعد الزمان المتفق عليه، بادعاء بقاء العده و طولها، فعليه البينه.

فوجه التشبيه و التنظير انما هو اِعمال الاصل و سماع الاقرار.

و لا- مجال لتوهم ان يقال: مراد الشيخ ان قول الزوج فى دعوى تقدم زمان الطلاق، مسموع كما انه مسموع فى دعوى تاخره، لكنّه يلزم على الزوجه تطويل العده و سقوط زايد النفقه باقرارها.

بل كلامه كالصريح فى عدم قبول قول الزوج. و يشهد به ان العلامه فى التحرير اوجب عليها اليمين مع تقديم قولها. و لو لم يكن المراد تقديم قولها فى الطلاق (و كان المراد محض الاخذ بالاقرار) فلم يكن لليمين معنى مع الاخذ من جهة الاقرار. و حمل كلامه على السّهو، سهوً. و عدم ذكر الشيخ اليمين اعتماداً على ما [تمسك] قبل هذه الصوره الاولى على القاعده المسلّمه فى التداعى.

و انت اذا عرفت ما بيّناه فى توجيه كلام العلامه فى التحرير، تعرف الكلام فيما يؤدى مؤداه من كلماتهم؛ مثل كلام ولده فى الايضاح، فانه فى شرح كلام والده حيث قال «و لو اتفقا على زمان الوضع، و اختلفا فى وقت الطلاق، هل قبل الوضع او بعده، قدّم قوله لانه اختلاف فى فعله. و فيه اشكال من حيث انّ الاصل عدم الطلاق و الوضع. فكان قول منكرهما مقديماً». قال: «هذا(١) اصل يتفرّع منه مسألان: و هو انه قد(٢) اتفقا على زمان الوضع

ص: ١٤٧

١- و فى الايضاح؛ هنا.

٢- و فى الايضاح؛ اذ.

بانه كان يوم الخميس كذا من الشهر مثلا، ثم اختلفا فى وقت الطلاق فهنا مسئلتان: الاولى: ان يدعى الزوج تقدمه، كيوم الاربعاء فى المثال المذكور. فيثبت انقضاء العده و ينتفى توابعها(1). و تقول هى بل يوم الجمعة (فى المثال). فينعكس نفيه و اثباته، فيقدم قول الزوج. لان الطلاق من فعله. و يُعارضه ان الاصل عدم الطلاق يوم الخميس، فالاصل بقاء حقوقها. و الاصح عندى الاول، لان الطلاق بيده و يُصدّق فى اصله، فيُصدّق فى وقته.

الثانيه عكس الاولى: فتقول: طلقنتى يوم الاربعاء. فيقول هو: يوم الجمعة. فتنتفى(2) حقه و يثبتته هو. و هيهنا قوله مقدم قطعا. لان الطلاق من فعله و هو ينفيه. و قوله و الوضع، عطف على الطلاق اى الاصل عدم الوضع. و هو اشاره الى انه لو اتفق الزوجان على زمان الطلاق، و اختلفا فى زمان الوضع؛ فانه يحتمل ان يكون القول قول نافية، لان قوله يوافق الاصل، و هذا معنى المنكر. و يحتمل تقديم قولها، لانه من فعلها» انتهى(3).

و الحاصل: انا لا ننكر وجود القول بتقديم قول الزوج فى تقديم وقت الطلاق، من جماعه من الاصحاب. لكننا نقول: ذلك لا يدل على لزوم تقديم قوله فى اصل الطلاق الذى هو موضوع مسئله الرساله.

و اما الكلام فى تقديم قوله فى وقت الطلاق، فمع دعواه التاخر لا يبقى اشكال الا من جهه ظواهر النصوص الداله على ان العده مع النساء. و قد مرّ الاشاره الى دفعه من ان النصوص لا ينصرف الى مثل دعوى المرثه تقدم الطلاق لبقاء العده. و اما مع دعواه التقدم، فلا ريب فى ضعف القول بتقديم قوله، لما مرّ من ان مجرد كون الفعل لاحد و كونه اعرف

ص: ١٤٨

١- و فى الايضاح طبع كوشانپور؛ و يبقى توابعها- و الصحيح عبارته المصنف(ره).

٢- و فى النسخه: فيبقى.

٣- ايضاح الفواعد، ج ٣ ص ٣٤٩ ط كوشانپور.



بفعله، لا یقاوم الاصل و استصحاب بقاء الزوجیه و توابعها.

## کتاب الطلاق من المجلد الثانی - مسائل الطلاق

### ۱۰-سوال:

۱۰(۱) - سؤال:

۱۰(۲) - سؤال: حد غایب بودن زوج از زوجه، چه قدر است که تواند طلاق بگوید بدون ملاحظه حال حیض زن و طهر او؟ و آیا مراعات این امر و عدم آن در زوج معتبر است یا [در] آن کسی که به وکالت زوج طلاق می گوید؟-؟ و آیا جایز است از برای وکیل که آن وکیل غایب است(۳)، طلاق بگوید با جهل به حال طهر و حیض، یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: اقوال علما مختلف است در تحدید غیبت زوج؛ جمعی از علما را مذهب این است که همین که غایب است از زوجه و متمکن نیست از این که مطلع شود بر حیض و طهر او، جایز است طلاق بدون انتظار مدتی. و ابن ابی عقیل دعوی تواتر اخبار کرده است بر آن. و جمعی را مذهب آن است که باید یک ماه انتظار بکشد و بعد از آن طلاق بگوید. و بعضی را مذهب این است که سه ماه انتظار بکشد. و اکثر متأخرین بر اینند(۴) که این قدر انتظار بکشد که علم یا ظن برای او حاصل شود که طهر موقعه نیست. و مدت معینی ندارد.

و اخبار در مسئله اختلاف دارد. و تحقیق مقام این است که در صورت علم به حال، اشکالی نیست که باید ملاحظه کرد که در طهر غیر موقعه، طلاق گفته شود. و اما در صورت جهل؛ پس مقتضای(۵) احادیث معتبره بسیار [این است] که پنج زن است که طلاق گفته

ص: ۱۴۹

۱- سوال شماره ۹ عبارت بود از موضوع رساله طلاق که مشروحاً بحث شد.

۲- سوال شماره ۹ عبارت بود از موضوع رساله طلاق که مشروحاً بحث شد.

۳- یعنی او وکیل است از جانب آن زوج غایب.

۴- در نسخه: براینند.

۵- در نسخه: مقتضی.

می شوند در هر حالی (۱)، که یکی از آن ها زنی است که شوهر او غایب باشد (۲). و همچنین سایر احادیث معتبره که دلالت دارند بر جواز طلاق غایب به هر حال، یا علی الاطلاق (۳).

همان قول اولی است که با وجود عدم تمکن از استعمال حال، طلاق گوید، و ضرور نیست که انتظار بکشد. و اخباری که دلالت می کند بر انتظار کشیدن یک ماه یا سه ماه، محمول است بر استحباب. و موید این است موثقه اسحق بن عمار: «قال: قلت لابی ابراهیم (علیه السلام): الغایب الذی یطلق [اهله] کم غیبه؟ قال: خمسہ اشهر او سته اشهر. قلت: حد دون ذلک؟ قال: ثلاثه اشهر» (۴).

و راه خیال متاخرین، حمل این اخبار بر تحدید است بر مراتب تحصیل علم و ظن بحسب تفاوت زمان و اشخاص. و این خالی از اشکال نیست.

پس هر گاه طلاق بگوید با شرایط، طلاق او صحیح است هر چند بعد ظاهر شود که در حال حیض بوده، یا در طهر واقع شده. و اما هر گاه بدون ملاحظه شرایط، طلاق بگوید؛ پس اگر معلوم شود که در حال حیض یا طهر واقع شده، پس آن باطل است. و اگر معلوم شود که در طهر غیر واقع شده است، در آن دو وجه است: نظر به عدم اتیان مامور به علی وجهه. و نظر به این که قصد کرده است طلاق صحیح را و ظاهر شد که جامع شرایط هم بوده، خصوصاً در صورتی که جاهل باشد ببطلان طلاق بدون مراعات شرط. و در مسالک اختیار این وجه را کرده است.

ص: ۱۵۰

---

۱- در نسخه: در حالیکه.

۲- وسائل، کتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، باب ۲۵، ح ۱.

۳- همان باب.

۴- همان، باب ۲۶، ح ۸.

و اما مستترابه (یعنی زنی که در بین سنّ حیض هست و لکن حیض نمی بیند): پس حکم او این است که باید زوج صبر کند از حین وقاع تا مدت سه ماه، و بعد طلاق بگوید. و ظاهراً خلافی در این نیست. بل که دعوی اجماع بر آن شده. و حدیث صحیح هم دلالت بر آن دارد و ارسال در آن مضرّ نیست با عمل اصحاب(۱). و اطلاق صحیحه سعد بن سعد(۲)، و روایت حسن بن علی بن کیسان(۳)، نیز موید آن است.

و در حکم غایب است کسی که محبوس باشد و متمکن از علم به حال زوجه نباشد، علی الاظهر الاشهر. و حدیث صحیح هم دلالت بر آن دارد(۴).

و اما مسئله حکم و کیل غایب: پس جواب آن این است: وکیل باید موکل فیه را بر وجه صحیح واقع سازد. پس هر گاه غایب که جاهل به حال تکلیف و جواز طلاق است(۵) او را وکیل می کند در اجراء صیغه، جایز است که صیغه بخواند بدون استعلام از حال حیض و طهر. بلی: هر گاه زوج جاهل باشد به حال، و وکیل عالم باشد به این که در طهر واقعه است، یا در حال حیض است، در آن حال اشکال به هم می رسد هر گاه وقت اجراء صیغه را معین کرده باشد. و هر گاه معین نکرده باشد، می تواند تاخیر کند تا طهر غیر واقعه. و اما هر گاه وکیل است از شخص حاضر در نزد زوجه؛ پس باید بداند وقت توکیل، روز اجراء صیغه را(۶). مثلاً هر گاه زوج او را وکیل کند که در روز دهم ماه طلاق بگو. جایز نیست تقدیم و

ص: ۱۵۱

- 
- ۱- وسائل، ابواب مقدماته و شرائطه، باب ۴۰ ح ۱.
  - ۲- لعلّ مراده (ره) الحدیث ۱ (۲۸۲۱۲) من کتاب الطلاق، ابواب اقسام الطلاق و احکامه باب ۱۵ ح ۱.
  - ۳- کافی ج ۶ ص ۹۷ ط اسلامیة (باب طلاق التي تکتم حیضها).
  - ۴- وسائل، ج ۲۲ ص ۶۰ ب ۲۸ (کتاب الطلاق)، ابواب مقدماته و شرائطه.
  - ۵- در نسخه: پس هر گاه جاهل بحال که تکلیف و جواز طلاق است.
  - ۶- در نسخه: توکیل زوج را و اجراء صیغه.

تاخیر، به جهت آن که طلاق زوج در حال حضور مشروط است به این که در حال طهر غیر موعده باشد. پس باید وکیل هم بداند که وقت آن کی است و چه وقت باید صیغه بخواند. و به هر حال باید تاریخ توکیل و وقت اجراء صیغه معلوم باشد از برای وکیل. بلی: همین قدر تفاوت هست که بر وکیل بعد از تعیین وقت خواندن صیغه از جانب موکل، لازم نیست تفحص از حال. چون فعل مسلم محمول بر صحت است. اما تقدیم و تاخیر هم جایز نیست.

## ۱۱- سؤال:

۱۱- سؤال: پدر از جانب صغیره می تواند نصف مهر او را ببخشد و طلاق او را بگیرد از شوهر، یا نه؟-؟

## جواب:

جواب: مطلقه غیر مدخوله مستحق بیش از نصف مهر، نیست. و ولی صغیره هر گاه صلاح او را در طلاق داند، و موقوف باشد به عفو بعض مهر، جایز است. لکن تمام را نبخشد بل که بعض را بگذارد از برای او. و لکن دور نیست که در صورت مصلحت، تمام را هم تواند ببخشد. و آن چه فقها گفته اند که نمی تواند ولی تمام را ببخشد (چنانچه مقتضای بعض اخبار صحیحه هم هست) (۱) در صورتی است که آن بخشش از راه عفو باشد- چنان که ظاهر آیه و اخبار است (۲)- نه در ازای طلاق. بلی اشکال وارد می آید بنابر انحصار «طلاق بعوض» در خلع و مبارات. در این که گاه است که خلع و مبارات هیچیک متحقق نشود، به جهت عدم حصول شرایط، مگر این که با هم اتفاق کنند بر این که او طلاق بگوید و این هم عفو کند، بدون این که معلق کنند طلاق را بر عفو. مثل این که هر دو ثالثی را وکیل کنند که هم از جانب زوج طلاق بگوید و هم از جانب ولی ابراء کند. و چون مفروض این است که طلاق بائن است، تشویش رجوع در عده هم رفع می شود.

ص: ۱۵۲

۱- وسائل، ج ۱۹ ص ۱۶۸.

۲- آیه، ۲۳۷ سوره بقره- و اخبار، وسائل، ج ۱۹ ص ۱۶۸- ج ۲۱ ص ۳۱۵، ۳۱۶، ۳۱۷.

۱۲- سؤال: شخصی زوجه خود را طلاق رجعی داده، و بعد ده روز رجوع کرده، و بعد از بیست روز دیگر، طلاق رجعی داده، و بعد از آن باز رجوع کرده در بین عده، و باز طلاق رجعی داده. و مابین سه طلاق دخول واقع نشده. و بعد از سه طلاق باز رجوع کرده. آیا این صحیح است یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: هر زنی که او را سه طلاق دادند، حرام می شود بر شوهر او. و حلال نمی شود تا به دیگری شوهر نکند و شرایط تحلیل به عمل نیاید. خواه طلاق بائن باشد یا رجعی. و خواه طلاق رجعی طلاق عدّی باشد، و خواه سنی به معنی اخص. و خواه همه طلاق ها مثل هم باشند یا بعضی بائن و بعضی رجعی.

و بعض اخبار موثقه که بر خلاف این دلالت دارد (و مقتضای آن این است که هر گاه استیفاء عدّه نشود (۱) در همه طلاق ها یا در بعض آن ها، باعث عدم تحریم است و محتاج به محلل نیست)، شاذّ است و مهجور است. و آن مذهب عبدالله بن بکیر بوده، و از او حکایت شده است که عدول کرده از آن رای.

و بدان که: در این مقام دو مطلب است: یکی این که: زنی که سه طلاق داده شده حرام می شود بر زوج و حلال (۲) نمی شود مگر تا محللی در میان بیاید. و دوم این که: زنی که نه طلاق گفته شود (که دو محلل در میان در آید) حرام ابدی می شود. و شرط حرام ابدی شدن این است که طلاق ها، طلاق عدّی باشد. و هر گاه طلاق سنی به معنی اخص باشد، منشأ تحریم ابدی نمی شود. و اما محتاج بودن به محلل و حرام شدن بر زوج اول بمجرد سه طلاق؛ پس در آن فرقی نیست ما بین عدّی و سنی به معنی اخص.

ص: ۱۵۳

۱- در نسخه: بشود.

۲- در نسخه: حلام.

و طلاق عدّی آن است که طلاق بگوید با شرایط و رجوع کند به او در عدّه رجعیه و جماع کند و بعد از آن طلاق بگوید با شرایط، بعد از آن رجوع در عده و جماع کند و باز طلاق بگوید با شرایط. و اما طلاق سنی به معنی اخص: پس آن این است که طلاق بگوید با شرایط و بگذارد عده او تمام شود، بعد از آن عقد کند او را به عقد تازه، پس باز طلاق گوید او را با شرایط و بگذارد که عده او تمام شود، بعد از آن عقد کند او را، پس طلاق گوید او را.

و گاهی طلاق سنی می گویند به معنی اعم از عدّی و غیر آن، در مقابل «بدعی» است. و مراد از آن این است که جامع شرایط صحت [ن-] باشد. پس طلاق بدعی آن است که مثلاً در حال حیض طلاق بگوید، یا نفاس، یا در طهر واقعه، و امثال این ها.

و بدان که: مشهور و اقوی این است که در صحت طلاق بعد [از] مراجعه، شرط نیست جماع کردن. پس هر گاه طلاق بگوید زنی را که حامله نیست، و رجوع کند به او. پس اگر جماع بکند و در طهر دیگر طلاق بگوید بدون واقعه، صحیح است اجماعاً، و اگر جماع نکند و طلاق بگوید، پس باز مشهور صحت است. خواه در طهر دیگر طلاق بگوید و خواه در همان طهر اول که طلاق گفته. و ابن ابی عقیل شرط دانسته در صحت طلاق وقاع کردن را، و هیچکدام را کافی نمی داند. و افضل است که وقاع را اعتبار کنند. اگر چه اظهر و اقوی قول مشهور است.

و بدان که: طلاق در بین عده رجعی، [صحیح] است هر چند بدون جماع واقع شده باشد، به جهت آن که رجوع اثر طلاق سابق را بر می دارد و زوجه در حکم مدخول بها است. و ظاهراً خلافتی در آن نیست، چنان که از مسالک ظاهر می شود.

### ۱۳- سؤال:

۱۳- سؤال: [اگر] زید و زینب زوجه او، عمرو را وکیل کنند در باب طلاق خلعی. و بر عمرو ظاهر شود که شرایط خلع متحقق نیست، طلاق رجعی بگوید. و زید بمجرد استماع،

ص: ۱۵۴

امضا کند. صحیح است یا نه؟-؟ و هر گاه صحیح است از راه فضولی صحیح است یا از راه وکالت در طلاق خلعی؟-؟

### جواب:

جواب: ظاهر این است که این طلاق صحیح نیست. به جهت آن که طلاق را باید یا زوج بگوید و یا وکیل او، یا ولی (در جایی که جایز باشد مثل طلاق زوجه مجنون). و دلیلی بر صحت طلاق فضولی و اجازه آن، نیست. و توکیل در طلاق (۱) خلعی هم منشأ جواز طلاق رجعی نمی شود. و آن که علامه در تذکره و بعضی دیگر گفته اند: «در صورت بطلان عقد توکیل، اذن عامی که در ضمن آن هست، کافی است در مثل توکیل معلق بشرط بعد از تحقق شرط. مثلاً کسی بگوید که تو وکیل منی اگر از این سفر عود نکنم تا یک سال، که زوجه مرا طلاق دهی. که بعد از نیامدن تا یک سال، طلاق وکیل بسبب اذن عام صحیح است. هر چند اصل توکیل معلق به شرط باطل است».

هر چند خالی از وجه نیست. و ما هم آن را در بعضی رسائل تحقیق کرده ایم. و لکن آن سخن در این جا جاری نیست. زیرا که بطلان این وکالت در ما نحن فیه، نه از راه بطلان اصل عقد وکالت است. بل که از راه این است که امر موکل فیه، ممکن الحصول نیست. و توکیل در امر معینی مستلزم توکیل در امر معین دیگر نمی شود.

و آن چه به گوش تو خورده است که هر گاه کسی طلاق خلعی بگوید با وجود عدم تحقق شرط آن؛ مثل کراهت زوجه، آن طلاق (۲) بر می گردد به طلاق رجعی (چنان که جمعی از فقها مثل علامه و محقق و دیگران گفته اند) با وجود این که آن دخلی بما نحن فیه ندارد، تمام هم (۳) نیست، به جهت آن که مطلقاً قصد طلاق رجعی نکرده، و طلاق خلعی که قصد آن

ص: ۱۵۵

---

۱- در نسخه: در خلاف...

۲- در نسخه: مثل کراهت زوجه از طلاق.

۳- در نسخه: هم تمام.

را کرده هم شرط آن متحقق نیست. و شکی نیست که این دو طلاق دو مهیّه مختلف اند. و قصد احدهما در قصد دیگری کافی نیست.

و از این جهت است که ما احادیثی را که وارد شده در عقد متعه (که هر گاه ذکر اجل نکنی منقلب می شود به دوام) تاویل کرده ایم، و به ظاهر آن ها عمل نمی کنیم. و این که بعضی تفصیل داده اند که هر گاه زوج طلاق خلعی بگوید با علم به این که بذل مهر در ازای طلاق در صورت عدم اکراه زوجه باطل است و به سبب طلاق، لازم نمی شود، به رجعی بر می گردد، بخلاف صورت عدم علم. آن هم خالی از اشکال نیست. زیرا که غایت امر، عدم قصد طلاق خلعی [است] در صورت علم، به جهت عدم امکان. و عدم قصد خلعی مستلزم قصد رجعی نیست.

و اگر بگوئی: طلاق مطلق با شرایط رجعی منصرف به رجعی می شود خواه متذکر این معنی باشد زوج، و قصد آن را بکند یا نه. چنان که طلاق مطلق با شرایط بائن منصرف به بائن می شود (مثل طلاق غیر مدخوله، خواه قصد بائن داشته باشد یا نه) پس قصد رجعی بودن یا بائن بودن، ضرور نیست.

گوئیم: بلی چنین است درجائی که مطلق و معزی از قید باشد. به این معنی که ملتفت قید نباشد وجوداً و عدماً، چنین است. و لکن در ما نحن فیه چنین نیست چون پای بذل مهر در میان است. خصوصاً در وقتی که طلاق بعد ذکر خلع، مذکور شود. پس تفتن به عدم صحت بذل هم کافی نیست. بل که تا قصد عدم خلعی و قصد خلاف آن را نکند، صورت صحت نمی پذیرد. بلی هر گاه متفتن عدم صحت خلعی هست، و متفتن این هم هست که قطع نظر از قید بذل، و با اسقاط اعتبار قید، طلاق منصرف می شود [به] رجعی، این خوب است. و این همان قصد رجعی است. و به هر حال، آن ها دخلی به مورد سؤال که مسئله توکیل است ندارد. و در صورت سؤال، نه خلعی صحیح است و نه رجعی.



بلی: هر گاه وکیل طرفین علم به هم رسانند که غرض آن‌ها استخلاص و عدم تسلط بر رجوع است (که این معنی در ضمن خلع می‌شود و [نیز] در ضمن طلاق رجعی که بنابراین شود که مرد زن را طلاق بگوید، و زن هم مصالحه کند مهر و نفقه ایام عدّه خود را مثلاً به این که زوج حق رجوع خود را ساقط کند) در این صورت هر گاه بر وکیل ظاهر شود که کراهت زوجه که شرط طلاق خلعی است، متحقق نیست، می‌تواند که طلاق رجعی بر نهج مذکور بدهد. و این فی الحقیقه توکیل بر مطلق است (۱)، نه خصوص طلاق خلعی.

#### ۱۴- سؤال:

۱۴- سؤال: زوجه در عدّه طلاق رجعی بدون حمل، نفقه می‌خواهد یا نه؟-؟ و به فرض این که نفقه بخواهد، همین که در خانه نشسته است و بیرون نرفته است، استحقاق نفقه خواهد داشت؟ یا به جهت عدم تمکین و عدم اطاعت زوجیه، استحقاق نفقه نخواهد داشت، یعنی اگر زوج سخنی گفته باشد که افاده رجوع می‌داده باشد و زوجه ابراء داشته باشد و اطاعت نکرده باشد، نفقه خواهد خواست یا نه؟-؟

#### جواب:

جواب: بلی مطلقه رجعیه مستحق نفقه هست، حامل باشد یا نباشد، مادامی که عدّه او منقضی نشده. و ظاهر این است که مشروط است به عدم نشوز. و ظاهراً خلافتی هم در این ندیده‌ام. پس اگر بی‌اذن شوهر و بدون اذن شرعی، از خانه بیرون رود، نفقه او ساقط می‌شود.

و اما سؤال از عدم تمکین و اطاعت: در صورتی که زوج اظهار رجوع کند، پس آن سؤال بی‌وجه است. به جهت آن که به محض اظهار رجوع و طلبیدن استمتاع از او، باز زوجه او خواهد بود، و توقیفی بر قبول زوجه ندارد. پس آن بر معنی نشوز زوجه است، نه نشوز معتدّه رجعیه. بلی آن معنی هم مسقط نفقه است و با ترک نشوز مستحق نفقه می‌شود، خواه رجوع

ص: ۱۵۷

۱- در نسخه: توکیل برد استخلاص است.

به عمل بیاید یا نیاید. یعنی معتدّه مثلاً هر گاه بعد بیرون رفتن از خانه بدون اذن، برگشت و بنا را بر اطاعت و سکوت گذاشت باز نفقه می خواهد. چنان که ظاهر فتوای فقها است.

#### ۱۵- سؤال:

۱۵- سؤال: سه طلاق که موجب محلل است، طلاق رجوع است؟ یا با استیناف عقد (۱) در همه طلاق ها؟ یا بعض هم موجب محلل می شود؟

#### جواب:

جواب: هر زنی که سه طلاق بر او گفته شود، حرام می شود بر شوهر و محتاج است به محلل. و تا محلل بشرايط در میان نیاید، بر شوهر اول حلال نمی شود. خواه طلاق بائن باشد یا رجعی، و خواه طلاق رجعی عدّی باشد و خواه سنی به معنی اخص، و خواه طلاق ها همه از یک نوع باشند و خواه مختلف. و اخباری که دلالت بر خلاف این دارد، قول به آن مهجور است.

#### ۱۶- سؤال:

۱۶- سؤال: شخصی وکیل کرده است که صیغه طلاق زن او را شخص طلاق دهنده بگوید (۲). و او هم طلاق گفت. و بعد از آن، دیگری مثل ولد زوجه (مثلاً التماس کرده است که زن را طلاق مده، و او قبول کرده و آمده به خانه زن و گفته که من تو را طلاق نمی دهم و زن من هستی. و این سخن را بعد از توکیل گفته. و زوجه که این معنی را شنیده رفته است از مطلق، طلاقنامه را گرفته است. و زوج می گوید که بعد از طلاق هم من این سخن را گفته ام. و به ثبوت نمی رسد. بعض الناس می گویند که گفته است که مطلق مطلع نشده است. تا حال که عدّه منقضی شده است زوج این سخن را می گوید.

در این صورت این زن برای این زوج به محض این گفتگو، بدون عقد جدید، حلال خواهد بود؟ یا زن به کس دیگر می تواند تزویج نمود؟

ص: ۱۵۸

۱- در نسخه: عقل.

۲- در نسخه: بگوید او را.

جواب: ظاهر این کلام این است که وکیل را معزول می‌کنم و پشیمانم از اراده خود. و این معنی فایده ندارد مادامی که عزل به وکیل نرسد. پس هرگاه وکیل، او را طلاق گفته است قبل از این که حکایت عزل به او برسد، طلاق لازم است. و این سخن هم افاده رجوع از طلاق نمی‌کند. چون آن مرد گفته است: ترا طلاق نمی‌دهم. و نگفته است که اگر وکیل طلاق گفته است قبلاً، من به تو رجوع کردم(۱) و تو زن منی [تا] در معنی رجوع باشد(۲) هرگاه این تعلیق(۳) را در رجوع جایز بدانیم.

و الحاصل: هرگاه طلاق به مقتضای توکیل به عمل آمده، و رجوع بعد طلاق به مقتضی، به ثبوت شرعی نرسیده باشد (هر چند بدون اطلاع زوجه باشد) و عدّه هم منقضی شده است، زن می‌تواند شوهر کند. و شوهر اول یدی بر او ندارد.

بلی: اشکال در صورتی است که علم به طلاق حاصل شود و گفتن مرد این سخن مذکور را هم ثابت شود و تقدم و تاخر آن ها هیچیک به ثبوت نرسد و مرد مدعی باشد که من از این کلام اراده کردم که تو زن منی خواه وکیل طلاق گفته باشد و خواه نه. که این سخن باشد مرکب از عزل وکیل(۴) و رجوع به نکاح آن، بر فرض حصول طلاق. و ظاهر (بر فرض ثبوت) این است که به این نیز نمی‌توان اکتفا کرد، به جهت آن که چون عزل به وکیل نرسیده، نفعی نمی‌بخشد، و قدحی در صحت طلاق نمی‌کند. و بر فرضی که این کلام در واقع بعد طلاق واقع شده باشد، [باز](۵) افاده رجوع به نکاح نمی‌کند. چون این در معنی تعلیق رجوع

ص: ۱۵۹

---

۱- در نسخه: قبل من بتو رجوع کردم.

۲- در نسخه: تو زن منی و در معنی رجوع باشد.

۳- در نسخه: تعلیف.

۴- در نسخه: توکیل.

۵- در نسخه: که.

است به شرط. یعنی رجوع کردم، اگر طلاق ترا گفته باشد. یا بگوید وکیل (۱).

و مشهور و اصح این است که تعلیق در رجعت جایز نیست. مگر این که بگوئیم که: هر چند تعلیق در رجعت (۲) جایز نیست [و اگر تعلیق کند] بر این که «اگر طلاق بگوید رجوع کردم» اشکال در بطلان نیست. اما در تعلیق بر این که «هرگاه طلاق گفته باشد»، حکم بطلان تعلیق مشکل است. چون مفروض این است که تقدیر آن را بعد طلاق کردیم. و فرق واضح است ما بین [گفتارها]، اگر بگوید «اگر گفته باشد»، پس اگر فرض کنیم که ثابت شود که این عبارت را بعد طلاق گفته قبل انقضاء عده، راهی دارد که رجوع صحیح باشد. اما چون مفروض این است که به ثبوت نرسیده و طلاق هم محقق است، مرد را بر او یدی نیست و به هر کی خواهد شوهر می کند.

## ۱۷- سؤال:

۱۷- سؤال: شخصی مجنون از خانه بیرون رفته و مفقود شده است، و زنی دارد. و چندین سال است که اثری از او نیست. آیا این زن راه خلاصی از برای او هست یا نه؟-؟

## جواب:

جواب: قطع نظر از این که حکم زوجه مفقود الخبر بر او جاری می شود از تفحص چهار سال (به نحوی که در محل خود مذکور است). ظاهر این است که هرگاه مصلحت در طلاق زوجه او باشد، جایز است برای ولی طلاق او. بنا بر مشهور. و فخر المحققین دعوی اجماع بر آن کرده. و اخبار معتبره مستفیضه دلالت بر آن دارد (۳). و شیخ در خلاف منع کرده و دعوی اجماع کرده. و ابن ادریس هم تابع او شده، نظر به عموم «الطلاق بید من بیده الساق» (۴).

ص: ۱۶۰

۱- یعنی خواه عنوان وکیل را بیاورد یا نیاورد.

۲- در نسخه: هر چند در تعلیق در رجعت.

۳- وسائل، ابواب اقسام الطلاق، ب ۲۳ (به عنوان زوجه مفقود الخبر- ابواب مقدماته و شرائطه، ب ۳۵) (به عنوان زوجه مجنون).

۴- مستدرک الوسائل، ج ۱۵ ص ۳۰۶.

و اقوی قول مشهور است. و اطلاق روایت مخصّص به ادله سابقه [است]. و اجماع اول اقوی است از ثانی. چون [ثانی] مخالف با مشهور است و [مخالف] اخبار خاصه [است].

و اما مباشر طلاق: پس اگر جنون او متصل به صغر بود، پدر او و جدّ او می تواند طلاق بگوید. و اگر پدر و جدّ نباشد، حاکم می تواند طلاق داد، به جهت رفع ضرورت. و دلالت اطلاق اخبار سابقه، بر آن. (چون در آن ها مذکور است که ولی به منزله سلطان است) پس هر گاه خود سلطان ولی باشد چنان که در صورت فقد اب و جدّ است، پس به طریق اولی می تواند.

و اما اگر جنون بعد بلوغ عارض شده، پس سلطان ولی او است در صورت فقد اب و جدّ، بی اشکال. و در صورت وجود آن ها، خلاف است. و احوط این است که ولی به اذن سلطان بگوید با امکان. و اطلاقات اخبار شامل جنون متصل به صغر و طاری بر آن (هر دو) هست.

و بدان که طلاق زوجه مجنون قبل از بلوغ او، صحیح نیست، هر چند بعد از بلوغ هم مجنون باشد. به جهت آن که طلاق زوجه صغیر است و آن جایز نیست.

و بدان که [نظر] مشهور علما این است که طلاق ولی زوجه مجنون را، مشروط است به مصلحت. و اطلاقات اخبار، خالی از آن است. و همچنین اطلاق بعضی عبارات اصحاب. پس اگر مسئله اجماعی نباشد، در اشتراط آن اشکال است. نظر به این که تصرفات ولی مشروط است به عدم اضرار و فساد. و اثبات اشتراط وجود مصلحت، محلّ اشکال است. ولی اعتبار مصلحت، احوط است، بل که خروج از فتوای مشهور خوب نیست.

و بدان که: کلام در مجنون مطبق بی اشکال است. و اما جنون ادواری: پس طلاق ولی در حال افاقه او، صورتی ندارد. و اما در حال جنون، پس بعضی علما در آن اشکال کرده اند در صورتی که در حال افاقه راضی به طلاق نشود با وجود این که مصلحت او در طلاق باشد، بملاحظه صحیحه ابی خالد قماط: «قال: قلت لابی عبدالله - ع - الرّجل الاحمق

الذاهب العقل، أيجوز طلاق وليه عليه؟ قال: و لِمَ لا يطلِّق هو؟ قلت: لا يؤمن ان طَلَّق هو أن يقول غداً لم اطلق. او لا يُحسن ان يطلِّق. قال: ما أرى وليه الا بمنزله السلطان»(۱). و همچنین اخباری که به این مضمون است. [وجه اشکال این است] که از ملاحظه سؤال و جواب ظاهر می شود که جنون او ادواری است. و ظاهر وجه طلاق ولی در مطبق این است که مجنون مطبق مصلحت حال خود را نمی داند، و این هم شریک است با او در عِلَّت

و به ملاحظه اصل عدم صحت. و این که عدم قصد، علت بطلان است در مطبق(۲). و در ما نحن فیه، قصد ممکن است. و ایضا این عذر در معرض زوال است.

و گمان حقیر این است که مراد امام(علیه السلام) در روایت، تحقیق حال است که آیا مطبق است یا ادواری. و از جواب(۳) ظاهر می شود که مطبق است، و از آن جهت آن حضرت تجویز کرده اند. پس طلاق ولی در جنون ادواری، صورتی ندارد. والله العالم.

#### ۱۸- سؤال:

۱۸- سؤال: هرگاه زید زوجه خود را مطلقه سازد و بعد از آن او را به حباله نکاح خود در آورد به عقد فاسدی، و چند سال بر این بگذرد، و زوجین هر دو جاهل باشند به بطلان عقد. و زوج نفقه داده است به زوجه به قصد این که زوجه واجب النفقه است. و زوجه نیز به همین قصد نفقه گرفته است. آیا بعد از حصول علم به بطلان عقد، زوج می تواند استرداد نفقه کند یا نه؟-؟ و همچنین در مدت مزبوره، زوج در خانه زوجه سکنی(۴).

ص: ۱۶۲

۱- وسائل، کتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، ب ۲۵ ح ۱.

۲- در نسخه: و این که علت عدم قصد بطلان است در مطبق.

۳- در نسخه: جواز.

۴- در نسخه: سکن.

داشته و فروش و ظروف زوجه را استعمال کرده، آیا زوجه را می رسد اجرت مسکن و فروش و ظروف خود را مطالبه کند یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: ظاهر این است که در صورت مزبوره، زوج می تواند استرداد نفقه کرد. زیرا که شبهه نیست که این نه از باب هبه است و نه از باب اباحه محضه، و عموم «لا- یحلّ مال امرء مسلم الا- من طیب نفسه» و عموم «علی الیّد ما اخذت حتی تؤدّی» و عموم «لا تأکلوا أموالکم- الی قوله تعالی:- إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (۱)» و غیر این ها، دلیل مطلب است. زیرا که رخصت زوج در اتلاف مال او به قصد نفقه بوده. و زوجه هم مفروض این است که به قصد نفقه تلف کرده. و اگر [چه] تصریح به قصد نشده باشد، بل که اخطار به بال هم نشده است. معلوم (۲) است که داعی بر اذن و گرفتن (۳)، همان استیفاء و ایفاء نفقه (۴) بوده. و عدم ظهور اباحه محضه کافی است در زمان اتلاف مال غیر (۵)، چه جای آن که ظاهر باشد که اباحه محضه نیست. و تراضی هم بر غیر وجه انفاق، واقع نشده. پس هر چند زوج در این جا سبب اتلاف مال خود شده، لکن زوجه مباشر بوده. و مفروض این است که زوج هم عادی نیست.

و این از باب آن نیست که غاصب مال، مال را در حال جهل مالک، در نزد او بگذارد که بخورد، که سبب در آن جا اقوی است از مباشر، چون مباشر مغرور بوده است به سبب جهالت. زیرا که در این جا زوج هم جاهل است به حقیقت حال. و دلالت می کند بر مطلب

ص: ۱۶۳

- ۱- سوره النساء، آیه ۲۹.
- ۲- در نسخه: که معلوم است.
- ۳- در نسخه: داعی برد اذن و گرفتن.
- ۴- در نسخه: ابقاء نفقه.
- ۵- ظاهراً «ضمنان اتلاف مال غیر» صحیح است.

نیز قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» که معمول به علما است. و چون اداء دین هر گاه بر وجه صحیح باشد، منشأ ضمان طلبکار است؛ به این معنی که بعد از اخذ طلب هر گاه تلف شود از کیسه او رفته است. همچنین در ادای دین فاسد. و معنی فساد در این جا این است که در حقیقت ادای دین نیست، چون در واقع دینی نیست، پس دادن آن در عوض دین فاسد است. پس ضمان بر گیرنده لازم است. چنان که در مقبوض به بیع فاسد که هر گاه مبیع بعد از قبض تلف شود و [یا] فرض شود که مال غیر بوده و اجازه نکرده، باید غرامت مبیع را از برای مالک بکشد.

والحاصل: زوج مسلط نکرده زوجه را بر اتلاف مال خود مجاناً و بلا-عوض، تا آن که گفته شود که زوج خود اتلاف مال خود کرده.

و از این جا است که ما در مسئله بیع ملک غیر با علم مشتری به غضب، اشکال کرده ایم در عدم جواز استرداد ثمن و عدم وجوب رد ثمن بر بایع (۱)، هر چند مشتری عالم بوده باشد به غضب. به جهت آن که هر چند بدانند (۲) که مبیع مال او نمی شود و لکن ثمن را که داده به این نهج روا دارد بر بایع که کسی آن مال حرام را از دست او نگیرد.

و نظیر این مسئله در کلام فقها موجود است؛ علامه در تحریر گفته است که: «و لو طلقها رجعیاً، و ظهر بها امارات الحمل ثم بان البطلان، استرجع ما زاد عن العده. و القول قولها فی مدّه اقرائها. فلو قال-ت] لا اعلم فی کم قضت عدتی الا ان عادتی فی الحيض و الطهر کذا، عمل به. و لو قالت ان حیضی یختلف، رجع بما زاد عن الاقل. و لو قالت لا اعلم

ص: ۱۶۴

- 
- ۱- یعنی: این که گفته شده بر بایع غاصب واجب نیست که ثمن را بر مشتری عالم باز گرداند، مورد اشکال مصنف (ره) است.
  - ۲- کذا. یعنی بایع غاصب و مشتری عالم، بدانند. - لیکن لفظ مفرد «بداند» یعنی مشتری بدانند. مناسب تر است با مقام.



قدره، قال الشيخ: يرجع بما زاد عن اقل ما يمكن انقضاء الاقراء به»<sup>(۱)</sup>. و همچنین تصریح کرده است به این معنی، محقق و غیر ایشان از فقها.

و از این باب است نیز: هرگاه کسی مالی به کسی به قرض داده باشد و گرفته باشد، مقرض و مقترض هر دو فراموش کنند ادای قرض را و مقترض ثانیاً وفای قرض را بکند، و مقرض همان را به مصرف برساند و تلف کند. و بعد از آن مستحضر شوند که قرض قبل از این ادا شده بوده. شکی نیست که باید مقرض مال مقترض را رد کند. که در این جا نیز مقترض را اعتقاد این است که مقرض طلب دارد، و حال آن که در نفس الامر طلب ندارد. و چون مجاناً به او نداده و در عوض آن چه گمان کرده که در ذمه او است داده، بعد از آن مستحضر شد که بری الذمه بوده، مال خود را مطالبه می کند.

و گمان حقیر این است که در مسئله اشکالی نباشد. خصوص این که مفروض این است که زوجه به زبان قال یا حال، مطالبه نفقه (که حق و دین او است در ظاهر) می کند. و چنان نیست که محض اباحه باشد که زوج بدون مطالبه به او رد کرده باشد.

و اما تصرفاتی که زوج در مال زوجه کرده: پس ظاهر این است که بر زوج غرامت اجرت آن ها لازم نیست. به جهت آن که زوجه به طیب نفس او را مسلط کرده بر منتفع شدن از مال. و اصل برائت<sup>(۲)</sup> ذمه زوج است از غرامت. و غرور و فریبی هم از زوج به عمل نیامده چون جاهل به حال بوده.

و اما این که زوجه باعتقاد زوجیت اباحه کرده؛ پس آن منشأ ضمان زوج نمی شود. و فرق میان این و نفقه واضح است. چون اتفاق از باب معاوضه شرعی است که زوجه تسلیم بضع را در عوض نفقه می کند. و زوج هم نفقه را در ازای تمکین می دهد. و در این جا

ص: ۱۶۵

---

۱- تحریر الاحکام الشرعیه، ج ۴ ص ۲۷ ط مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام).

۲- در نسخه: اور اصل برائت.

معاوضه نیست بل که اباحه محض است. و اباحه باعتقاد زوجیت مستلزم این نیست که «اباحه بشرط زوجیه» باشد. و حیثیت زوجیت در این جا تقییدی است و در نفقه تعلیلی. و این شبیه است به آن که کسی هدایا و تکلفات بفرستد از برای کسی به طمع جلب قلب او که هرگاه دختر او را خطبه کند، رد نکند. در این صورت هرگاه آن شخص هدایا را گرفته و تلف کرده و بعد خطبه را رد کند، بر او غرامتی نیست. خصوصاً در وقتی که آن شخص جاهل باشد به مقصود مُهدی.

و از این جهت است که مشهور علما؛ عوض را در مطلق هبه لازم نمی دانند، هر چند هبه ادنی باشد به اعلا. و موید مطلب است این که هرگاه بر متهب غرامتی لازم آید (مثل این که عین موهوبه مستحقاً للغیر بر آید و متهب در آن تصرفات کرده باشد و خسارات برده باشد) در غرامت رجوع می کند به واهب، علی الاقوی. زیرا که او مسلط کرده است بر مال به نحوی که موجب این خسارات شده. و در این جا، سبب اقوی است از مباشر. چون مباشر مغرور است، هر چند بلا عوض داده باشد. بل که در صورتی که عوض داده باشد و عوض کمتر از غرامت ها باشد، هم، چنین است. بل که در صورت تبرع هم می توانیم گفت فی الجمله عوضی هست که آن منت کشیدن است، یا جلب قلب متهب است.

والحاصل: زوجه در این جا زوج خود را مسلط کرده است بر مال خود بدون عوضی. یا آن که به عوضی که آن جلب قلب شوهر باشد، در حالی که اعتقاد دارد که شوهر است. نه به شرط این که شوهر باشد. و دلیلی بر غرامت کشیدن در ازای منافع مستوفات، نیست. خصوصاً هرگاه بگوئیم به عوض خود هم رسیده است. بخلاف انفاق شوهر که تبرعاً نشده و در ازای طلب زوجه باعتقاد خود داده، و بشرط زوجیت است هر چند تصریح نشود به شرط. به جهت آن که زوجه در معنی صاحب حقی است که مطالبه حق خود می کند. و زوج هم موّدی حقی است که در ظاهر بر او واجب است. و این در معنی تصریح به شرط زوجیت

است. و بعد انکشاف امر و عدم استحقاق، رجوع می کند به مال خود. چون زوجه آن مال را در نفس الامر، به غیر وجه شرعی گرفته، هر چند جاهل باشد به عدم استحقاق.

#### ۱۹- سؤال:

۱۹- سؤال: هرگاه زید مطلق، عمرو را وکیل کند در طلاق دادن زوجه مدخوله خود زینب، به طلاق رجعی. و زینب ادعا کند که من در طهر غیر مواقعه می باشم. و عمرو مطلق هم باعتقاد این که در طهر غیر مواقعه است، طلاق بگوید. بعد از دو سه ماه که دیگری خواهد او را تزویج کند و سؤال کند از او از انقضای عده، بگوید که من مرضعه بودم و الحال هم مرضعه می باشم و خون نمی بینم، و از خوف تاخیر طلاق گفتم که در طهر غیر مواقعه ام، و مرا طلاق گفتند.

آیا این طلاق صحیح است یا نه؟-؟

#### جواب:

جواب: هر چند سخن زوجه در این که در طهر غیر مواقعه ام، قبول می شود. چون سخن زنان در طهر و حیض، مسموع است، و طلاق می توان داد. لکن این در زنی است که حیض می بیند، و اما زنی که در سنّ حیض بین است اما حیض نمی بیند، پس آن را طلاق نمی توان داد الا بعد از سه ماه از دخول زوج. و مجرد ادعاء [در] طهر غیر مواقعه بودن، کافی نیست. پس لازم است بر وکیل در طلاق که تفحص کند و به مقتضای آن عمل کند.

بلی: هرگاه زوج وکیل کند کسی را که در فلان روز معین صیغه طلاق زوجه را جاری کن. بر وکیل لازم نیست تفحص، و جایز است که طلاق بگوید. مگر این که وکیل علم داشته باشد که زوجه در آن روز در طهر غیر مواقعه نیست، یا سه ماه از دخول نگذشته (در زنی که در سنّ حیض بین است اما حیض نمی بیند). این حکم صحت و فساد طلاق دادن است، قطع نظر از دعوی.

و اما هرگاه زوجه بعد از آن که بگوید که من در طهر غیر مواقعه می باشم، و وکیل

ص: ۱۶۷

طلاق بگویند. و بعد از آن که از او سؤال کردند از انقضای عده، بگویند من در حال طلاق حیض نمی دیدم به سبب رضاع و الحال هم مثل سابق ام و به سبب خوف تاخیر طلاق، گفتم که در طهر غیر مواقعه ام. پس آن زن اعتراف کرده است به بطلان طلاق. و به این سبب، شوهر به هیچ کس نمی تواند کرد. و طلاق او نسبت به خود او، باطل است. و اما نسبت به زوج (به این معنی که به زوج بگویند که چون طلاق من باطل است، از تو نفقه می خواهم و مضاجعه و مواقعه می خواهم) پس مسموع نیست. مگر این که زوج تصدیق او کند.

و هرگاه چنین زنی بعد از انقضای سه ماه (۱) از حین طلاق، به مرد دیگر شوهر کرده باشد، و این سخن را بگویند، به محض این سخن عقد دویمی هم باطل نمی شود، و بر فرضی که راست گفته باشد این شوهر دویمی بر او حرام است لکن او بر شوهر حرام نیست. پس زن به اختیار خود طلب مواقعه و مضاجعه از شوهر نمی تواند کرد، و لکن شوهر می تواند به او دخول کند هر چند به جبر باشد. مگر این که زوجه بعد از مرافعه، مطلب خود را ثابت کند، و بعد از اثبات، حکم می شود بر بقای زوجیت شوهر اول. و تا او را ثانیاً طلاق صحیح نگویند، و عده [نگه] ندارد، نمی تواند به دیگری شوهر کند. والله العالم باحکامه.

#### ۲۰- سؤال:

۲۰- سؤال: بیان فرمائید علمای امامیه و فقهای اثنا عشریه! که زید خود زن حامله را در یک روز سه طلاق گفت، و در بین هر طلاق رجوع نمود. آیا زن حامله هم هر طلاق را باید عده نگه دارد یا نه؟-؟ و ثانیاً: هرگاه طلاق زن حامله در مجلس واحد بدون فاصله عده صحیح باشد که محتاج به محلل است، هرگاه زید به زن مطلقه ثلاثه پیش از محلل وطی کند و مقاربه در قبل زوجه نماید، آیا بعد از این که زوجه را به محلل بدهد، بعد از وطی محلل، می تواند بعد از عده از برای خود عقد کند؟ یا نه بل که حرام موبد می شود؟

ص: ۱۶۸

## جواب:

جواب: بلی طلاق حامله سه دفعه؛ بر وجهی که محتاج به محلل باشد، ممکن الحصول است. و در حصول سه طلاق که محتاج می شود به محلل، شرط نیست انقضای عدّه و نه حصول جماع بعد طلاق و رجوع. خواه حامله باشد و خواه غیر آن.

و اما سؤال از دخول زوج بعد از وقوع سه طلاق: پس ظاهر این است که آن منشأ حرمت ابدی نمی شود. به جهت آن که عدّه طلاق آخری، عدّه رجعیه نیست که کسی توهم کند که این «زنای بذات عدّه رجعیه» است. با وجود آن که متبادر از دلیل حرمت ابدی در زنای بذات عدّه رجعیه، غیر آن صورتی است که عدّه از خود زوج باشد. و هرگاه دخول از راه جهالت باشد دیگر امر اوضح خواهد بود.

## ۲۱- سؤال:

۲۱- سؤال: هرگاه طلاق در حضور دو نفر مرد بگویند، که این دو نفر در فروع مقلد مجتهد حی نباشند بل که مقلد مجتهد میت می باشند. [و] هم چون نیست (۱) که ترجیح داده باشند قول میت را بر قول مجتهد حی، بل که لا ابالی و سهل انگاری کرده اند. آیا این طلاق صحیح است یا نه؟-؟

## جواب:

جواب: کسی که سهل انگاری کند در اخذ مسائل دین خود، و تکیه او بر جائی نباشد، و در عمل به قول اموات، نه خود اجتهاد کرده باشد و نه تکیه بر قول مجتهدی کرده باشد، از عدالت خارج می شود. و در اکتفا به حضور چنین شاهدهی در طلاق، اشکال عظیم است. بل که صحیح نیست. والله العالم.

ص: ۱۶۹

۱- در نسخه: آیا هم چون نیست..

۲۲- سؤال:

۲۲- سؤال: کسی زوجه داشته و او را طلاق رجعی گفته. و آن زن نیز حامله بوده، پس، (۱) انقضای عده [او] وضع حمل او می شود. و زوج بعد از انقضای عده می گوید که در بین عده رجوع نموده ام. سخن او مسموع است؟

جواب:

جواب: بدون یتنه قول زوج مسموع نیست. بلی اگر ادعا کند بر زوجه که تو علم داری به رجوع. می تواند قسم نفی علم به او بدهد.

۲۳- سؤال:

۲۳- سؤال: در طلاق خلعی؛ شنیدن عدلین صیغه بذل را ضرور است نیز مثل صیغه طلاق؟ یا ضرور نیست (بل که اگر بذل و هبه در خلوت بین زوجین واقع شود و اجرای صیغه طلاق در حضور عدلین بشود) طلاق صحیح است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی ضرور است. چون خلع از اقسام طلاق است. و خلع باید متعلق به بذل باشد؛ به این معنی که باید در حین عقد خلع، ذکر بذل بشود. و باید بر وجه ایجاب و قبول باشد با مقارنه (۲).

۲۴- سؤال:

۲۴- سؤال: عده زوجه دائمه با منقطعه (۳) تفاوت دارد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی عده دائمه مستقیمه الحیض حُرّه، سه طهر است. و مسترابه (یعنی آن که در

ص: ۱۷۰

۱- در نسخه: بعد از... توجه: وضع حمل بعد از انقضای عده نمی شود. زیرا عده حامله همان وضع حمل اوست.

۲- در نسخه: یا مقارنه.

۳- در نسخه: یا منقطعه.

سَنَ مَنْ تَحِيضٌ اسْتِ وَ حِيضٌ نَمِي بِيْنِد) سه ماه. و عده متعه احوط این است که دو حیض ببیند (۱) بعد از انقضای مدت (۲). اگر چه قول به دو طهر هم قوی است. و هرگاه مسترابه باشد، چهل و پنج روز است اتفاقاً. و در عده وفات؛ حامله، متعه و دائمه فرقی ندارند.

## ۲۵- سؤال:

۲۵- سؤال: هرگاه زوجه دائمه [را] مطلقه نماید به طلاق رجعی، و در بین عده رجوع کند، و ثاینا دخول نکرده مطلقه سازد. آیا چنین زنی داخل غیر مدخوله می باشد که بدون عده شوهر می تواند کرد-؟ یا باید عده بدارد و بعد شوهر کند؟

## جواب:

جواب: نه چنین زنی داخل [غیر] مدخوله نیست. زیرا که رجوع حکم طلاق را بر می دارد و به حال سابق بر می گردد (هر چند باز بعضی ثمرات بر آن مترتب باشد، مثل این که از جمله سه طلاق که محتاج به محلل است محسوب می شود) و غرض این است که در حکم زوجیت سابقه است. و مفروض این است که قبل از طلاق مدخوله بوده. پس باید عده بدارد. و ظاهراً خلافتی در این نیست هرگاه طلاق دویم هم رجعی باشد. و قول ضعیفی هست که هرگاه خلعی باشد، عده ساقط می شود. و دلیل آن واضح نیست. و اما هرگاه زوجه مدخوله را طلاق باین بگوید و قبل از انقضای عده عقد کند و قبل از دخول طلاق بگوید؛ پس اظهر و اشهر سقوط عده است. و بعضی [عده را] واجب دانسته اند، نظر به این که عده اول تمام نکرده بود، و به سبب عقد دویم قطع شده، و الحال باز عود می کند (۳). و این نیز ضعیف است.

## ۲۶- سؤال:

۲۶- سؤال: هرگاه زنی را متعه نماید مثلاً- در مدت سه روز، و دخول نماید. و بعد از سه روز دفعه دیگر همان زن را متعه نماید، و دخول نکرده مدت را ببخشد. چنین زنی غیر

ص: ۱۷۱

۱- در نسخه: به بیند.

۲- یعنی بعد از انقضای مدت متعه- و همچنین است اگر. بخشی از مدت بخشوده شود.

۳- در نسخه: باز دعوی می کند.

مدخوله می باشد یا نه؟-؟. و در دفعه اول که دخول کرده است هرگاه عزل کرده باشد و یقین کرده باشد به عدم سبق منی، آیا هیچ فایده دارد از برای دفعه ثانیه (که دخول نکرده) در مدخوله بودن و در غیر مدخوله بودن یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: در این صورت نیز مدخوله است و عده بر او لازم است به سبب دخول اول، چون عده را نگرفته است. و دیگری نمی تواند او را عقد کرد تا عده او منقضی شود.

و دخولی که موجب عده است بر او انزال شرط نیست و بدون انزال مطلقا باید عده بدارد، چه جای آن که انزال شده و لکن در صورت عزل بعد از دخول. و عزل فایده ندارد در اخراج آن زوجه از عنوان مدخوله بودن.

### ۲۷- سؤال:

۲۷- سؤال: پسر کمترین، مدت ده سال است که رفته است. و زن جوانی دارد و چیزی هم ندارد. و کمترین تا به حال هر نوع بود گذران او را متحمل شده ام. حال زوجه او دلتنگ شده و شوهر می خواهد. و هر قدر در عرض مدت این ده سال تفحص از حال او نموده ام، حیات و ممات او محقق نشده. و در وقت رفتن در حضور والده اش و زوجه اش به من که پدر اویم گفت که: تو وکیل منی که اگر تا پنج سال نیامدم زوجه مرا طلاق بده. حال از تحمل نفقه آن ضعیفه و نگهداری او عاجز شده ام. و از رسوائی هم می ترسم. استدعا آن که در خلاصی این فقیر و آن ضعیفه، آن چه رأی عالی باشد، بیان فرمائید که آیا می توانم زوجه او را مطلقه نمایم یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: اظهر این است که تعلیق وکالت، مضرّ نیست. و همچنین زیاده بر پنج سال گذشتن. اشکال در جواز شوهر کردن ضعیفه است؛ پس اگر در حضور زوجه وکیل کرده است و زوجه علم دارد؛ پس از آن جهت هم اشکالی نیست. و اما از برای کسی که می خواهد او را بگیرد: پس اگر از برای او علم حاصل شود به توکیل، برای او هم اشکالی نیست. و اگر آن زوج عالم به توکیل نباشد و عالم به حال هم نباشد، زوجه با ادعای عدم مانع، شوهر



می کند، در آن هم اشکالی نیست.

اشکال در وقتی است که کسی می داند که این زوجه به همین طلاق به وکالت ادعائی، مطلقه شده. آیا جایز است که تزویج کند (و علم به کذب و کیل و زوجه هم نداشته باشد)؟ و دور نیست در این صورت هم جایز باشد تزویج. و لکن احوط این است که ضعیفه به کسی شوهر کند که مطلع به حقیقت حال، نباشد با ادعای عدم مانع. هر چند تصریح هم بکند که من مطلقه ام. چون الحال مسلمی است او، و بضع او در ید اوست و معارضی و مدعی در برابر ندارد، و قول و فعل مسلم، محمول بر صحت است. و استصحاب حاله سابقه، معارض این نمی شود. و این دو کلام در صورت سابقه هم جاری است (۱).

## ۲۸- سؤال:

۲۸- سؤال: در مطلق، عدالت نیز شرط است؟ یا حسن ظاهر شاهدین کافی است؟

## جواب:

جواب: در مطلق: هرگاه خود زوج صیغه را می خواند، عدالت شرط نیست جزماً. و اما هرگاه دیگری را وکیل می کند، پس در وکیل نیز عدالت شرط نیست. و خلاف صریحی در عدم اشتراط عدالت وکیل، در نظر نیست. و به هر حال؛ اشکالی در صحت طلاق غیر عادل نیست.

و اشکال در این است که به محض اخبار وکیل غیر عادل به این که «طلاق گفتم»، موکل می تواند اکتفا کرد یا نه؟-؟ و همچنین زوجه می تواند شوهر کرد یا نه؟-؟ ظاهر این است که موکل می تواند اکتفا کرد. اما زوجه: پس اکتفای او به این، مشکل است. بلی هرگاه زوج

ص: ۱۷۳

---

۱- دو کلام = دو قاعده: الف: آن زن ذی الید است و معارض ندارد. ب: او مسلمان است و قولش حمل بر صحت می شود، و قاعده قول مسلم بر استصحاب مقدم است. مراد از صورت سابقه، همان است که گفت: دور نیست در این صورت هم جایز باشد.

تصدیق و کیل، کرد و گفت به زوجه که تو مطلقه [هستی]، ظاهر این است که کافی است از برای زوجه. چون مدعی در برابر نیست. و مدعی که تصور شود زوج است او مأخوذ است به اقرار خود. و به هر حال؛ حضور عدلین و اشهاد آن ها در صحت طلاق شرط است.

## ۲۹- سؤال:

۲۹- سؤال: هرگاه زوجه مطلقه رجعیه، ادعا کند انقضای عده را، آیا قول او مسموع است یا نه؟-؟

## جواب:

جواب: هرگاه مطلقه ادعا کند در زمانی که ممکن باشد انقضای عده در آن، قول او مسموع است و لکن به تفصیلی که می گوئیم: پس اگر عده او به طهر و حیض است؛ پس اقل زمانی که ممکن است تحقق عده، بیست و شش روز و دو لحظه است در زن آزاد. و سیزده روز و دو لحظه است در کنیز. و در بعض صورت ها که نفاس قایم مقام حیض شود به کمتر از این هم ممکن است.

و اگر عده او به وضع حمل است؛ پس اگر ولد تمام الخلقه است، شش ماه و دو لحظه است، که یک لحظه از برای وقاع است و یک لحظه برای ولادت. و اگر سقط باشد، صدویست و دو روز و دو لحظه است. و مضغه هشتاد روز و دو لحظه است. و علقه چهل روز و دو لحظه است.

و قول زوجه در انقضای عده به طهر و حیض و وضع حمل، مسموع است بدون قسم هرگاه مدعی در برابر نباشد. بلی شهید در لمعه نزدیک شمرده عدم سماع را در صورتی که به خلاف معتاد باشد، و اسناد به ظاهر روایات داده. و به غیر روایت سکونی بر نخوردیم به روایتی؛ و آن دلالت دارد بر این که: هرگاه زنی ادعا کند که سه حیض دیده در یک ماه، تکلیف می کنند چهار زن را که مطلع بر باطن امر او باشند که شهادت بدهند. پس هرگاه

شهادت دادند، تصدیق می شود. و الا پس او کاذب است(۱). و این حدیث هر چند سند او خالی از اعتبار نیست و لکن مقاومت نمی کند با دو حدیث صحیح زراره(۲) و غیر آن ها که تصریح شده در آن ها که امر عده و حیض با زنان است. و در بعضی از آن ها مذکور است که هرگاه ادعا کنند تصدیق می شوند.

[و دلالت دارد بر این]، ظاهر آیه «و لا یحلُّ لهنَّ أَنْ یکتُمَنَّ ما خَلَقَ (۳) اللهُ فی أَرْحامِهِنَّ»(۴). زیرا که مؤتمن بودن ایشان در [عدم] کتمان دلالت می کند(۵) بر قبول قول ایشان.

و اما هرگاه زوج در برابر، انکار کند، پس باز قول زوجه مقدم است و لکن با قسم. و اگر ادعای انقضای عده کند به شهور؛ مثل آن که در سنّ حیض بین باشد و حیض نمی بیند، در این جا نیز (اگر مدعی در برابر نیست) قول او مسموع است بدون قسم. و هرگاه مدعی در برابر باشد، پس مشهور این است که قول زوج مقدم است با یمین. زیرا که این دعوی راجع می شود به زمان وقوع طلاق، واصل تأخر آن است. و زوج هم چون طلاق فعل اوست، أبصر به آن است. و ترک عمل به احادیث معتبره به سبب اصل تأخر، مشکل است. چون آن احادیث، خاص اند، و اصل عام. و هرگاه اصل را مقدم داریم، بایست در حیض و وضع حمل هم مقدم داریم. مگر این که بگوئیم که: دعوی این جا در انقضای عده نیست، بل که در زمان طلاق است. پس داخل مدلول اخبار نیست. و اصل تأخر آن، معارض ندارد.

و هرگاه دعوی در صور مذکوره منعکس شود و زوجه ادعای عدم انقضا کند به طمع

ص: ۱۷۵

۱- وسائل، کتاب الطهاره، ابواب الحيض، ب ۴۷، ح ۳.

۲- در نسخه: مقاومت نمی کند با و حدیث صحیح. - وسائل، همان، ح ۱ و ۲.

۳- در نسخه: و ظاهر انه و لا یحل لهن ان یکتمن ما خلقهن..

۴- آیه ۲۲۸ سوره بقره.

۵- در نسخه: کتمان ولادت می کند.

نفقه، باز قول او مقدم است با یمین، و مطابق مدلول اخبار هم هست.

### ۳۰- سؤال:

۳۰- سؤال: شخصی زوجه خود را مطلقه نموده است. و هنوز عده زوجه منقضی نشده زوج متوفی شده است. آیا زوجه عده طلاق را باید تمام کند یا عده وفات را از سر گیرد؟-؟ و فرقی در این حکم ما بین مطلقه رجعیه و غیره هست یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: هرگاه زوجه مطلقه است به طلاق بائن، بر او عده وفات لازم نیست، همان عده خود را تمام می کند. و هرگاه مطلقه رجعیه باشد، از عده خود دست بر می دارد و شروع می کند بر عده وفات. و بعد از اتمام آن، دیگر تمام کردن عده طلاق ضرور نیست. و هرگاه مطلقه حامل باشد، عده او ابعداً الاجلین است: از وضع حمل و عده وفات.

بلی: اشکال در «مستراه الحمل» است. و دور نیست که بنا بگذاریم در این جا به ابعداً الاجلین: از چهار ماه ده روز، و از مدتی که علم حاصل شود به انتفای حمل. و احوط این است که جمع کند ما بین عده مستراه الحمل که نه ماه است، و چهار ماه و ده روز را. [و این را] معتبر دانیم.

### ۳۱- سؤال:

۳۱- سؤال: زید زوجه مستراه خود را طلاق می گوید. و در وقت توکیل، زوج می گوید: پنجاه روز قبل از این، مباشرت نموده ام. و مطلق می گوید که قول زوجه مسموع است. و زوجه می گوید که زمان مباشرت تا حال، سه ماه است. بناءً علیه صیغه طلاق را جاری می نماید. آیا طلاق مذکور صحیح است؟ و قول زوجه مسموع است یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: اجتهادی که مطلق کرده است، باطل است. زیرا بعد تسلیم طرفین که زوجه مستراه است، توکیل زوج مبتنی است بر قول او. و معتقد او [این است] که پنجاه روز از وقاع گذشته. و آن مستلزم این است که توکیل در ایقاع طلاق بعد چهل روز دیگر است، و بدون توکیل، طلاق صحیح نیست. دیگر قول زوجه چه نفعی می کند. هر چند تسلیم کنیم که نساء مصدقات باشند حتی در این معنی. پس بطلان طلاق متفرع بر عدم توکیل است، نه

بر این که قول او را در وقاع مقدم داشته ایم.

و بر فرضی که خواهیم مسئله را متفرع کنیم بر «تقدیم قول زوج یا زوجه»، در وقتی خوب است که دعوی کردن نفعی داشته باشد. زیرا بر فرض تصدیق زوجه دون زوج، می رسد زوج را که بگوید که من الحال و کیل نمی کنم که حالا طلاق بدهی. و بر فرضی که دعوی هم نفعی داشته باشد و تصدیق قول زوجه در این جا هم داخل «هنّ مصدّقات» باشد، سماع قول او علی الاطلاق در وقتی است که معارضی نباشد. و اما با وجود معارض، بدون یمین (1) نمی توان مقدم داشت. و حال آن که آن چه از اخبار بر می آید این است که [نساء] مصدقات اند در حیض و طهر و حمل. نه در وقاع.

و اگر فرض کنیم مسئله را بعد از تحقق طلاق (یعنی زوج و کیل کند عمرو را در تطلیق زوجه در وقت حاضر، علی الاطلاق، یا مطلقاً، یا موکول نماید در تعیین وقت طلاق به و کیل در وقتی که توان طلاق گفت، بگوید) و بعد از طلاق زوج بگوید که: پنجاه روز از وقاع گذشته بود. و زوجه بگوید که: سه ماه. دعوی راجع می شود به صحت و بطلان طلاق. پس می گوئیم که: یا این است که زوجین متفق اند در این که وقاع یک وقاع بوده، لکن زوج مدعی این است که قبل از پنجاه روز بود از زمان طلاق. و زوجه مدعی این است که قبل از سه ماه بود. پس در این جا هر چند اصل تأخر زمان وقاع، و اصل عدم گذشتن سه ماه، موید قول زوج است. لکن اصاله صحت طلاق موید قول زوجه است. و ظاهر این است که قاعده «اصاله صحه» مقدم است بر اصل تأخر. و قول زوجه مقدم است با یمین. و اما هر گاه متفق نباشند بر وحدت وقاع، یا متفق باشند بر وقاع قبل از سه ماه و زوج مدعی وقاع دیگر باشد قبل پنجاه روز، پس در این جا نیز قول زوجه مقدم است با یمین. چون مدعی صحت است، و اصل هم عدم وقوع وقاع دیگر است.

ص: ۱۷۷

۳۲- سؤال: هرگاه زن مطلقه بگوید که من یائسه ام. به مجرد قول او، بدون عده می تواند عقد کرد یا نه؟-؟

## جواب:

جواب: بلی زنان مصدقه [هستند] هم در امر حیض و [هم] در غیر آن. و بخصوص در این مسئله تصریح کرده سید مرتضی در باب عده یائسه.

۳۳- السؤال: اذا وکل زید عمرواً فی تطلیق زوجته خلغياً. و اتفق تاخیره سنین، ثم طلقها. فهل يجب العلم ببقاء الکراهه المشترطه فی الخلع-؟ او یکفی عدم العلم بزوالها، اعتماداً علی الاستصحاب-؟ او یصحح و ان علم زوال الکراهه، مع رضاء الزوجه بالبدل فی عوض الطلاق-؟

## الجواب:

الجواب: لا اشکال فی الصیحه مع العلم بالبقاء. و کذا مع عدم العلم بالزوال، للاستصحاب. و اما مع العلم بالزوال: فالظاهر عدم الصحه، لانّ الخلع فکّ النکاح بفدیة لازمه لمهیته مع کراهه الزوجه فقط.

و الاشکال فی أنّه هل یکفی کون الطلاق ناشئ عن الکراهه و ان لم یستصحبها حین الطلاق، او یشرط مصاحبته لکراهتها؟-؟ ظاهر الافتداء، الثانی. و ظاهر الاخبار، الاول. فان مقتضی قوله تعالی «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا یُقِیْمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَیْهِمَا فِیْمَا افْتَدَتْ» (۱) انّ اخذ الفدیة، بعوض الطلاق انما هو عند خوف عدم اقامه الحدّ، لا مجرد حصوله وقتاً ما. و اما الاخبار الناطقه بانّها «اذا قالت لا اغتسل لک من جنبه الی اخر الالفاظ، حلّ له اخذ الفدیة و خلعها» (۲) فهی و ان کانت یترائی من ظاهرها انّ مجرد القول او ما یقوم مقامه، ینبغی لذلك مطلقاً، ای و ان لم یستمرّ مقتضی الاقوال الی حین الطلاق. و لکن النظر الدقیق فیها سیّما

ص: ۱۷۸

۱- آیه ۲۲۹ سوره بقره.

۲- وسائل، کتاب الخلع و المباراه، ب ۱ ح ۳، ۵، ۶، ۸.

بملاحظه الايه و ملاحظه اغلب الموارد، هو اعتبار وجود الكراهه و استمرارها.

نعم يمكن (على القول بصحة الطلاق بعوض مطلقاً)<sup>(١)</sup> ان يقال: التوكيل فى الطلاق فى ازاء البذل، يكفى فى تعميم التوكيل فى الطلاق، و ان زال الكراهه. كما لو فرض توكيله فى تطليق الزوجه ذات الاقراء و اتفق تاخير الطلاق الى ان حصل الياس؛ فيكتفى بالتوكيل فى الطلاق و ان كان يصير<sup>(٢)</sup> الطلاق حينئذ بائناً، مع كونه حين التوكيل رجعيّاً. و قد يثمر لذلك فى بعض الفروض.

فان اكتفينا (فى سبب<sup>(٣)</sup> الطلاق) التوكيل فيه، فلا مانع من الاكتفاء به فيما نحن فيه.

و لكن ذلك يتم<sup>(٤)</sup> مع اعتقاد الموكل «صحة مطلق الطلاق بعوض»، و لم يعين فى التوكيل خصوص الخلع، بل و كله فى «الطلاق بعوض البذل» و اطلق. و ان كان الواقع النفس الامرى هو مورد الخلع. و اما لو عين الخلع فى التوكيل و قال: انت و كيلي فى طلاقها خلعيّاً، فلا يتم ذلك فيه. لفقدان شرطه حينئذ. فلا يشمل التوكيل. و ليس هذا من باب ما قيل «ان التوكيل المعلق على الشرط و ان كان باطلاً و لكن يجوز الاتيان بالموكل فيه من باب الاذن العام الموجود فى ضمن التوكيل الفاسد». اذ لا تغير فى الموكل فيه هنا لك. بخلاف ما نحن فيه، فانّ الموكل فيه، يصير مختلفاً.

فان قلت: انّ التوكيل فى ذوات الاقراء ايضا توكيل فى الطلاق الرجعى، فكيف يجوز العدول الى البائن؟

ص: ١٧٩

- ١- و فى النسخه: مطلقها.
- ٢- و فى النسخه: يسير.
- ٣- و فى النسخه: بسبب.
- ٤- و فى النسخه: ان يتم.

قلت: الرجعية و البينونه ليستا من مقومات الطلاق، بل انما هي من الطواري و اللوازم طبيعه. بخلاف الخلعيه و المباريّه و اشتراط الكراهه. فانها من المقومات المعبره في الطلاق من جانب الشارع. فالاقسام المتمايه التي تصير مورد التوكيل (و بسبب التمايز يختلف شمول التوكيل و عدمه) هو كونه طلاقاً مجرداً، او خلعيًا، او مبارئًا. و الطلاق المجرد يشمل ما فيه كراهه و ما لم يكن فيه كراهه. و يشمل ما وقع في حال يمكن تحقق الرجعيه معها و غيرها.

### ٣٤- السؤال:

٣٤- السؤال: هل يشترط العداله في من يطلق او في من يُجرى صيغه النكاح، أو لا؟-؟ و على الثاني: فهل يكتفى بمجرد اخبارهما عن اجراء الصيغه ام لا؟-؟

### الجواب:

الجواب: لا- ريب في عدم الا-شترط اذا صدر الطلاق عن الزوج، و النكاح عن الزوجين. و اما الوكيل: فالظاهر انه لا خلاف في عدم اشتراط العداله في التوكيل مطلقًا. انما الاشكال في الاكتفاء بمجرد اخبارهما (١)؛ فنقول: اما في الطلاق، فالظاهر جواز الاكتفاء للزوج. فانه أمينه و هو مقتضى امانته. و ان لم يجز قبول قوله بمجرد الاخبار، لتعطل الاحكام المترتب عليه غالبًا. فاذا وُكِّل احدٌ آخر، بان يبيع عقاره بثمان معين، فاذا باع و اتى بالثمان و قال اني بعته بزيد و هذا ثمنه من ماله. سيما اذا عرف الموكل الثمن بعينه و انه كان مال زيد. فالاستصحاب يقتضى عدم جواز التصرف في مال زيد الا ان يحصل العلم، بالبينه او غيرها بانه باعه اياه و اخذ ذلك من باب الثمن. و لم يقل به احد بذلك. بل المراد [البناء] على حمل قوله على الصدق (٢).

ص: ١٨٠

١- اي اخبار الوكيل عن ايقاع الطلاق، او عن عقد النكاح.

٢- نعم بنائنا التصحيح، لا- التعريض - كما هو دأب المصححين - لكن في بعض المسائل و الموارد، لا محيص من التوضيح. و هكذا عملنا من اول مجلدات الكتاب. فاعلم: مما انفرد به المصنف (ره) قوله ب- «حجيه الظن مطلقًا»، كالقطع. اتكاءً على الانسداد بادعاء عدم كفايه الظنون الخاصه لتحصيل كثير من المسائل و الاحكام. فعلى مبناه (ره) تكون آيه النبأ (و ان جائكم فاسق نبأ فتيبوا) مختصاً بعصر الحضور، كما ان آيه «إِذَا تُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ» مختصه بعصر الحضور عند من يقول بعدم وجوب صلوه الجملة في عصر الغيبه لعدم حصول شرائطها. فاذا خرج آيه النبأ من عرصه الاستدلال و الاستنباط، يتسع المجال ليعمال قاعدتي «قبول قول الامين و ان كان فاسقًا» و «حمل قول المسلم على الصّحه و ان كان فاسقًا». و طريقه استدلاله (ره) في مسألتنا هذه، متأثره من مبناه هذا. فنقول: لا محلّ هنا بالتنظير الذي ذكره المصنف (ره). لانه فرق بين النكاح و الطلاق و بين البيع و امثاله. و بعبارة اخرى: موارد اخبار الوكيل على قسمين: الاول: اذا كان الموكل فيه، ايجاد معدوم او اعدام موجود. و الثاني: اذا كان الموكل فيه، انتقال امر موجود من هنا الى هناك. اما في الاول: فلا يمكن الاكتفاء بخبر الوكيل (اذا لم يكن عادلاً). لانه خبر فاسق و مشمول لمنطوق آيه النبأ و نصّه. و قاعده امين و حمل قول المسلم على الصّحه، لا تقاومانها. لانّ الايه حاكم عليهما، بل و لها الورود بهما. بل حكمه نزول الايه، هي هذه الحكومه و الورود. و الا لكانت (العياذ بالله) لغواً. مع أنّ وليد بن عقبه كان اميناً في ماموريته. كما أنّ مورد الايه هو الوجود و العدم، لا- النقل و الانتقال من انواع



الانتقالات كالبیع و الاجاره و امثالها. فللزواج (و كذا الزوجه) ان يعلم اويظن ظناً يحصل به الاطمینان على ان الوكيل الغير العادل، أوجد النكاح بالعقد. او أعدم النكاح بالطلاق. اضعف على هذا اهمیه امر الفروج، فى الشرع و فى نظر الشارع، فلا ينساق بمنساق سائر العقود و المسائل. و اضعف ايضا استصحاب بقاء النكاح و عدم إعدامه بالطلاق، فى الطلاق. و استصحاب عدم ايجاد النكاح، فى النكاح. و اما الثانى: فهو مورد قاعده الامين و قاعده حمل قول المسلم بالصحة. لثلاً يلزم تعطيل الاحكام و امور معاش الناس، و يجرى معاملاتهم و امورهم فى مجرى العرف المعروف المعتاد، فى نقل الاملاك و الحقوق و انتقالاتها. و واضح أنه لا يلزم من عدم قبول اخبار الوكيل فى القسم الاول، تعطيل الاحكام. و لو سلم، فتعطيله فى هذا القسم، مطلوب للشارع. على انا نقول: اى حكم مترتب على النكاح، او الطلاق، فيما نحن فيه و نحن فى اول الكلام: هل وُجد نكاح حتى يترتب عليه حكم او احكام؟ و هل عُدَّ النكاح الموجود بالطلاق حتى يترتب عليه حكم او احكام؟ و ذلك مصداق «السأله بانتفاء الموضوع». كما ان المصنف (ره) فى عبارته الاثنيه، يستشكل فى كفايه اخبار الوكيل، للزوج فى ترتب احكام الطلاق و جواز ازدواجها بالغير. لو تم استدلاله بقاعده الامين و قاعده حمل قول المسلم على الصحة، فلا يبقى مجال للاشكال. و بين: ان الاشكال ينشأ من اجراء قاعده الامين و قاعده حمل قول المسلم على الصحة، فى غير مجرائهما. و فرار المصنف (ره) من تعطيل الاحكام، ينجز الى تعطيل الاحكام بالنسبه الى الزوجه. و المشكل لا ينحل بقول الزوج «انت مطلقه»، لانه فرض صورته خاصه، و العام يبقى معطلاً فى حقها. مع انه حينئذ (ان قلنا به) يرتفع الاشكال اكتفاءً على قول الزوج، لا على اخبار الوكيل. و لو فرضنا ان الزوج توفى قبل اخبار الوكيل، فالمشكل و التعطيل يبقى الى اخر عمر الزوجه، و كذا الى اخر عمر من كانت من النساء كهذه ابد الدهر. مع ان هذه الصوره الخاصه، خارجه عن المبحث و مسأله اخرى برأسها. و بنائه (ره) فتواه على القاعدتين، اوقعته فى التكلّف البعيد مدى البحث الى آخر المسأله. فليس كل تنظير، تنظيراً، و قد ينجز الى القياس.



نعم: اذا حصل النزاع بينهما بان علم خيانتها او ظنّها، فيحتاج الى المرافعه، و مع ذلك فالقول قول الوكيل مع اليمين.

و اما كفايته للزوجه لثُرْتَبَ عليه جواز از[د]واجها بغيره: ففيه اشكال. نعم لو صدّقه الزوج فقال انت مطلّقه فالظاهر اكتفاء الزوجه به، لا لمحض اخبار الوكيل. بل لخبار الزوج المشتمل على اقراره على نفسه.

فان قلت: اقراره على نفسه، انما يثبت رفع تسلّطه عليها، لا غير. فما الذى ازال احكام الزوجيه السابقه من حرمة [أ]التزوج بالغير و استحقاقها ساير الحقوق (حينئذ فاما تنكر الزوجه وقوع الطلاق، فيحتاج الى المرافعه. و مع فقد البينه يقدم قول الزوج مع اليمين. لانه بيده و هو اعرف لما وقع منه. و اما لا تنكر و لا تصدّق، بل هي طالبه لحكم الله فى الواقع؛ فهل يجوز لها القبول ام لا. و لا شك ان مع جواز القبول يجب. بمعنى أنّه يجب الازدعان بجواز العمل بمقتضاه، و لا يجوز منع من يعمل به. [و لا يجوز] مطالبه البينه على الصدق. فلا يجوز منع الزوجه عن الزو[أ]ج اذا ارادته. و يترتب عليه احكامه) [فظهر] انّ الاشكال فى الجواز، فى الدليل عليه، مع استصحاب الاحكام السابقه.

ص: ١٨٢

قلت: الدليل هو ما دَل على لزوم حمل اقوال المسلمين و افعالهم على الصدق و الصَّحَّة، ما لم يزاحمه ما هو اقوى منه. و الاستصحاب و الاصل، لا يعارض الدليل. و اما قولهم (عليه السلام): «لا تنقض اليقين الاً بيقين»، فالجواب عنه انّ اليقين اعم من الظن المعلوم الحجَّيه. مضافا الى ان اغلب افراد اليقين السابق ايضا، انما ينتقض (١) بمثل ذلك. كالزوجيه الثانيه بمجرد قولها (٢).

لا- يقال: ان جواز التزويج و سقوط النفقه و امثالهما، انما نشاء من اقرار الزوج بالطلاق الذى هو اقرار على نفسه الدال على المذكورات بالتبع. لا لاجل كونه خبراً.

لانا نقول: المذكورات انما هو مدلولات تبعيه لنفس الطلاق، لا للاخبار عنه، الذى هو اقرار على النفس. و المفروض عدم ثبوت الطلاق من غير جهة الاقرار. مع اننا نقول ان المراد من الاستصحاب و انسحاب حكم اليقين السابق المستفاد من الاخبار، انما هو اذا كانت القضيه السابقه، مطلقه. و المستفاد من مثل قوله تعالى: «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ» (٣) و الاخبار الداله على حرمه نكاح ذوات الازواج، العرفيه العامه. اى مادامت محصنه و ذات زوج (٤).

و المشتق حقيقه فى المتلبس [ب-]المبداء. (على التحقيق). و لا ريب ان الزوجيه (٥) امر نسبي لا- يتحقق الا بتحقق المنتسبين. و اذا انتفى احدهما بسبب الاقرار على نفسه، فلا- بقاء للاخر. و الفرق واضح بين الغائب المفقود الخبر الذى لا علم بموته و لا بطلاقه، و بين ما وقع اقرار بالطلاق من جانب الزوج. لعدم العلم بزوال الموضوع، و استصحاب بقاء الموضوع

ص: ١٨٣

١- عباره النسخه: اغلب اقرار اليقين السابق انما يثبت بمثل..

٢- و فى النسخه: قولهما.

٣- آيه ٢٤ سوره نساء.

٤- و فى النسخه: مادام محصنه وفات زوج.

٥- و فى النسخه: الزوج.

هناك ممكن، فيتبعه الحكم. بخلافه هنا، لعدم بقاء الموضوع، و الاستصحاب ليس حجه مع تغير الموضوع.

فلا بد من بيان أنّ المحصنه، هل هي لاجل محض حصول التزويج في اول الامر، او لكون بضعها للزوج بالفعل. فان كان الثانى فقد انتهى بالاقرار. اذ المعيار في الحرمة ان كان هو الزوجيه و التزويج(١) الحاصل في نفس الامر، فهو ممنوع. لانا و ان سلمنا ان الالفاظ اسامى لما هو في نفس الامر، لكن المتبادر في العرف هو ما علم المكلف انه هو. و له فروع كثيره في الفقه. و ان كان هو المزواجه الظاهريه؛ فمع اقرار الزوج بالطلاق، لا ظهور لها.

و ان كان الاول؛ فليس هو شيئاً قاراً، فلم يبق الا استصحاب الحكم السابق. و قد عرفت عنه.

و اما كون قول المسلم حجه اذا لم يعارضه اقوى منه، فهو مستفاد من الاخبار و سيره العلماء الاخيار، سيما اذا كان ثقه. فتتبع موارد مسائل الفقه؛ مثل قبول قول من يدعى كيساً وقع في الارض لا يعرف صاحبه، انه منه. و قبول قول الاجير في العبادات (و ان اعتبر فيه العدالة)، و القاسم، و المقوم، و المترجم، و الطيب، و قبول قول المطلقه ثلاثا في التحليل، و قول الزوجه في عدم المانع، و قبول قول المزكى في التزكيه(٢)، و قبول قول المتولى على الوقف ما لم يظهر فسقه، سيما اذا انضم اليه استمرار تصرفه. الى غير ذلك من المواضع.

حتى الشهيد(ره) في القواعد احتمل فيما ادعت(٣) المرئيه تسميه خاصه، و قال الزوج لا ادري (لاجل نسيانه [١] و لمباشره و كيله المطلق في النكاح) انما تستحق ما ادعته لعدم معارض له.

ص: ١٨٤

١- و في النسخه: التزواج.

٢- و في النسخه: التعديل.

٣- و في النسخه: احتمال.

والحاصل: ان المستفاد من الأدله قبول قول المسلم ما [لم] يعارضه معارض. بل قبول(١) مطلق الخبر اذا لم يعارضه معارض. فان الاصل فى الاستعمال، الحقيقه. و المدلول المطابقى للخبر هو الصدق. و الكذب احتمال. و المراد من المعارض، قول مسلم اخر، كالمنكر. او اثبات شغل ذمه بريئه. او رفع اشتغال ثابت. و كلها فيما نحن فيه منتف. لان الزوجه لا تكذبه. و شغل الذمه بحقوق الزوج(٢) قد ارتفع بسبب كونه اقراراً على نفسه، و لا- يثبت شغل ذمه الزوجه بشيى بل يرفعه. و اما ممنوعيتها من التزوج؛ فانما تسلم كونها ممنوعه لتعلق حق الزوج بها، و قد ارتفعت باقراره.

فلم يبق هناك الا الاستصحاب، و هو لا يقاوم الدليل الا اذا اعتضد بمرجح(٣) خارجى كعمل المشهور و موافقه الاعتبار، و نحو ذلك.

ان قلت:(٤) تمسك المشهور به(٥) فى زوجة المفقود و حكموا بوجوب التريص الى ان يعلم الخبر [١] و يذهب من عمره مقدار ما لا- يعمر فوقه فى ذلك الزمان غالباً. فالاصل و الاستصحاب من حيث هو بالنسبه الى الدليل، كالعام. فقد يرجح العام على الخاص بسبب الاعتضاد. و لكن الخاص من حيث هو خاص، مقدم على العام. فالدليل حيث هو مقدم على الاصل، و ان كان هو ايضا اعم منه من وجه. فوجه الترجيح انه يدل على الظاهر بذاته، و الاستصحاب يدل من حيث انسحاب ما استفيد من الدليل.

ص: ١٨٥

- ١- و فى نسخه: قول.
- ٢- و فى نسخه: الزوجه.
- ٣- و فى نسخه: يرجح.
- ٤- و فى نسخه: و كذلك. - فتامل جيداً.
- ٥- اى: بالاستصحاب.

[قلت: الفارق أنّ المعارض هنا موجود و هو حق الزوج. و فيما نحن فيه قد سقط باقراره على نفسه](١). مع أنّا نقل الكلام فى الاجنبى اذا اراد التزويج بعد اقرار الزوجين بالطلاق. فان حليّه تزويجه اياها ليس الاّ من جهة اخبارهما(٢). فان غايه ما يثبت من اقرارهما سقوط حق كل منهما عن الاخر. و اقرارهما [اقرار] بالنسبه اليهما. و اخبار بالنسبه الى الاجنبى. فان نكتف(٣) باخبارهما، فيلزم وجوب اتباعه لاخبار الاجنبى بالطلاق ايضاً.

فان قلت: فما تقول فيما لو كان الزوج غايبا، او ميتا، و وقع الكلام فى الميراث. فلا معارض هنا من قبل الزوج. من حيث انه خبر، [يوجب] وجوب الاعتداد على الزوجه، و هو تكليف. و قد سلّمت ان حجه الخبر من حيث هو خبر أنّما اذا لم يُثبت تكليفا و لم يُسقط شأننا ثابتا.

قلت: هذا من لوازم التبعيه بقبول الخبر، لا- لنفس الخبر. و توضيحه أنّ الزوجه إما ان تكون مزاحمه لاخبار الزوج بتكذيبه فى الطلاق، فلا معنى لحجّيه الخبر من حيث انه خبر. لأنّها حينئذ منكره و لا معنى لتكليفها بالاعتداد. و ان لم تكن مزاحمه لها بوجه و لكن ينتظر امر الشارع، فقد قلنا انه تصديق الزوج و قبول قول يلزمها العده. و حينئذ فما معنى قولنا أنّها لا تعمل بهذا الخبر لأنّ من لوازمه التكليف بالعده و أنّها لا تستلزم العده الاّ بدليل شرعى، و الخبر الواحد و ان كان قائله ثقّه ليس بجحه [هنا]. فلا تعتدّ منها. فهل معناه انا نسلم صدقه فى الطلاق و لكن لا تعتد منه و تتزوج بزوجه اخرى. او معناه أنّها لا تعتد و لا تتزوج بل تبقى و لو الى يوم القيامة معلّقه، لأنّ الاعتداد تكليف و خبر الواحد اذا كان مثبتا للتكليف ليس

ص: ١٨٦

---

١- و آخر فى نسخه هذه العبارة وجعلها فى اخر المطلب، ينتهى ب- «فان قلت» الاتيه.

٢- و فى نسخه: لا من جهة اقرارهما.

٣- و فى نسخه: فان لم نكتف.

بجحه من حيث هو. او معناه أنّها لترافع معه و ان اثبت الطلاق، فتعمل بمقتضاه. و الآ، تطالبه حقوق الزوجيه.

اما الاول:(١) فيبطل جزماً. و اما الثالث: فهو معنى التكذيب و هو خلاف المفروض. و يجب عليه العمل بمقتضى المرافعه.

و اما الثانى: فانظر هل التصديق والاعتداد بزمان قليل و الترخّص بعده فى التزوج اشد و اشد فى التكليف، او البقاء معلقه(٢) ابد الدهر.

و ما أبعد انكار هذا مما قيل أنّ اقرار الزوج بالطلاق يستلزم سقوط حقوق الزوجه مع انكارها، لان الاقرار على النفس يدل على ما يتبعه من الاحكام فى نفس الامر.

فانّ لنا ايضاً ان نقول: قيل(٣): الخبر يدل على قبول ما يتبعه من الاحكام و منها الاعتداد. و لما كان الأقوى عندى ان اقرار الزوج بالطلاق لا- يستلزم بطلان حقوق الزوجه و لها ادعاء حقوقها، و كل منهما له حكم نفسه، لان اقرار الرجل على نفسه لا يستلزم ثبوت ما اقرّ على غيره، و تبعيته سقوط حق الزوجه انما هو لنفس الطلاق الواقع فى نفس الامر، لا للاقرار به. كما اشرنا اليه سابقاً. فنقول هنا ايضاً: لزوم الاعتداد، من لوازم نفس الطلاق، لا لمجرد الاخبار به. و لكن لما لم يكن مانع و رادع من قبل الزوجه فى قبول الخبر، فيلزمها الاعتداد بعد القبول. بخلاف مسئلة الاقرار فأنه فيها رادعاً من قبلها. فافهم.

هذا الكلام فى الطلاق.

و اما النكاح: فاما قبول كل من الزوجين قول و كيلهما ان لم تكن معارضه، فقد تقدم

ص: ١٨٧

---

١- اى المعنى الاول، و هو انا نسلّم صدقه فى الطلاق و لكن لا تعتدّ و لا تتزوج بزواج اخر.

٢- و فى النسخه: معا.

٣- و فى النسخه: قبل.



وجهه، كما في الوكيل في بيع المال. و ان لم يتم ذلك في حق الاخر الا ان يخبر كل من الوكيلين بوقوع العقد فيعتمد على خبرهما (١) (و ان قطعنا النظر عن كون [قبول] خبر كل منهما اقراراً على النفس و للغير و ليس مزاحم ثالث). فلا وجه للتمسك بالاستصحاب في منعها عن ذلك. و يترتب على ذلك جواز تقسيم ميراثهما بينهما، كغيرهما.

و اما اخبار احدهما بوقوع العقد بمجرد، فلا يجدي لجواز قبوله للاخر و التزوج به (٢) بمجرد ذلك [لأنه] كان مجرد اعتراف احدهما بوقوع العقد مع انكار الاخر. و اما مع عدم الانكار و لا الاقرار؛ فهل يجوز القبول و توطین النفس للتزوج بمجرد ذلك، فلا.

### ٣٥- سؤال:

٣٥- سؤال: هر گاه زید با زوجه اش بنای ناسازگاری [گذاشته] و پیوسته او را اذیت می کند. بل که امر به زخم زدن و شکستن منتهی شده. با [آ] که زوجه مسطوره در مراعات حقوق زوج، دقیقه فرو گذاشت نکرده. و زوج در حضور جمعی تصریح نموده که این زوجه برای من مصرفی ندارد و مطلقاً به او علاقه ندارم. و مع ذلك او را طلاق نمی دهد. هرگاه یقین حاصل شود که با بقای زوجیت بینهما، ردع زوج از آن فعل منکر، ممکن نمی شود. و مطمئن از این نیستند که زوجه را به قتل رسانند. در این صورت که رفع فساد منحصر در طلاق باشد، آیا حاکم شرع یا عدول مومنین، می توانند او را اجبار بر طلاق نمود (٣)، یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: شکی نیست در این که: چنان که زوج را حقوق چند بر زوجه هست که در تخلف از آن ها زوجه ناشزه است، همچنین زوجه را بر زوج حقوق چند هست که در

ص: ١٨٨

- ١- هذا علی مبناؤه (ره) حیت اوجب قبول قول الوکیل بعنوان انه امین. و لیس وکیل الزوج امیناً للزوجه. و کذا وکیل الزوجه لیس امیناً للزوج.
- ٢- و فی نسخه: التجوز به.
- ٣- در نسخه: نموده.

تخلف از آن، زوج ناشز می شود(۱). و حقوق زوجه بر زوج این است که نفقه و کسوه او را بموافقت شریعت مقدسه بدهد. و با او بدون وجه شرعی کج خلقی نکند. و او را اذیت نکند. پس هرگاه زوج تخلف کرد از حقوق زوجه، و مطالبه زوجه نفعی نکرد، به حاکم شرع رجوع می کند. و بعد از ثبوت در نزد حاکم او را الزام و اجبار می کنند بر وفای حقوق. و اگر تخلف کرد، تعذیر می کنند. و هرگاه زوجه راضی نمی شود بر بقای بر تحمل نشوز زوج، حاکم الزام می کند زوج را بر وفای حقوق یا بر طلاق دادن زوجه. و هرگاه برای حاکم علم حاصل شود به این که زوج سلوک به معروف نمی کند و وفای به حقوق زوجه نمی کند، او را اجبار می کند بر طلاق. و این اجبار، منافی صحت طلاق نیست.

و اما در صورتی که رجوع به حاکم شرع میسر نباشد؛ پس ظاهر این است که عدول مومنین (در صورت حصول علم به واقعه) هم توانند او را اجبار کنند(۲) به احد امرین. [و] در صورتی که علم دارند به این که ادای به حقوق نمی کند، او را اجبار کنند بر طلاق، از باب نهی از منکر.

و اشکال در صورتی است که زوج منکر نشوز خود باشد، و احتیاج به مرافعه باشد. پس در این صورت هر چند در ظاهر شرع دعوی زوج مسموعه است و مرافعه مخصوص به حاکم [است]. و لکن هرگاه مومنی را (در صورت علم به واقعه) قوت رفع زوج هست، اقامه معروف می تواند(۳) کرد. و موقوف نمی دارند بر تمکن از مرافعه در نزد حاکم.

۳۶- السَّوَالُ: اِذَا طَلَّقَ زَيْدٌ زَوْجَهُ عَمْرُوَ بَدْعَى الْوَكَالَةِ. ثُمَّ نَكَحَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَ مَضَى خَمْسَةَ اَعْوَامٍ، وَ كَانَتْ فِي حَبَالِهِ مَدِيدَةٌ، وَ حَصَلَ لَهَا الْحَمْلُ مِنْهُ. اَلَا نَجَاءُ عَمْرُو

ص: ۱۸۹

---

۱- در نسخه: ناشز نمی شود.

۲- در نسخه: می کنند.

۳- در نسخه: می توانند.

يدعى ان الزوجه زوجتى، و ينكر الطلاق و توكيله فيه. و عجز زيد عن اثبات التوكيل. فهل يحكم بتقديم قول عمرو مع اليمين لانه الاصل معه. او قول (١) زيد، لان الظاهر معه من وجوه شتى (٢): منها وقوع الطلاق منه فى مجلس العلماء و العدول. و منها تمادى مدته المفارقه بين الزوجين. و منها تزويج زيد اياها فى ذلك البلد و سكوت عمرو عن ذلك مع اطلاعه و مضى (٣) مدته على هذا الوجه. و منها ان زيدا كان متزوجا باخت عمرو، و كان بينهما صداقه، ثم طلق اخته بعد تزويج زوجته، و هذا ايضا مما يصير منشأ للعداوه.

فهل عمرو مدعى و عليه البيئه، او زيد؟-؟

### الجواب:

الجواب: ان اقر زيد بانها كانت زوجتك و انت و كلتنى فى طلاقها و طلقتهها ثم تزوجت بها، فهو مدع جزما. لانه معترف بزوجيتها الى زمان الطلاق لعمرو، و يدعى توكيله فيه و تطليقه. و لا ريب انه يصدق عليه تعريف المدعى بانه الذى ترك لو ترك (٤). و بعبارة اخرى: انه الذى لشكت عنه لوسكت. و هو المتبادر منه فى العرف (٥).

و قد يظهر لى لذلك عبارة اخرى و هو: الذى كان على صدد اثبات قضيه ايجابيه او سلبيه. كما هو المطابق لطريقه ارباب المناظره من تسميه المستدل مدعىا، و المانع منكرا.

و ذلك لانه ثبت باقراره زوجيتها لعمرو. فاذا ترك دعوى الطلاق التوكيلى فيترك و يبقى مقتضى الاقرار بحاله. و كذلك يصدق عليه تعريفه بانه من يدعى خلاف الاصل. و اما تعريفه بانه من يدعى امرأ خفياً، فهو و ان كان يترانى فى بادية الرأى ان الظاهر معه و عمرو يدعى

ص: ١٩٠

١- و فى النسخه: قال.

٢- و فى النسخه: لسيء.

٣- و فى النسخه: معنى.

٤- تأمل هنا فى كلامه (ره) و ياتى ما فيه.

٥- تأمل هنا فى كلامه (ره) ايضا و ياتى ما فيه.

امراً خفياً. لكنه ليس كذلك، لان مرادهم ان يكون نفس الدعوى من حيث هو امراً خفياً خلاف الظاهر. وقد مثلوا بمثل وقوع اسلام الزوجين في آن واحد من دون تعاقب و ان ظهر صدق (١) مدعيه بسبب القرائن الخارجيه. الا ترى ان المدعى الذى يطالب شيئاً فى ذمه غيره. و [لو] كان فى غايه مرتبه العدالة و الامانه و الصدق، يطالب بالبينه و ان كان المدعى عليه رجلاً فاسقاً كاذباً.

فما الباعث ان تجعل القرائن المذكوره فى السؤال قرينه لصدق زيد فى دعوى التوكيل و تجعل قوله ظاهراً، و تجعل عمرواً مدعياً لانه يدعى خلاف الظاهر، و لم تجعل التقوى و الصلاح و العدالة فى المدعى الصالح، قرينه لصدقه و كونه مدعياً لامر ظاهر، و خصمه مدعياً لخلاف الظاهر. و لم يدع احد فى خصوص ذلك اجماعاً حتى يكون ذلك مُخْرَجاً بالاجماع. بل اعتمادهم فى ذلك على صدق تعريف المدعى بانه ممن يُترك لو تَرَكَ، فيطالب منه البينه. و لهذا لو كان المدعى عليه رجلاً صالحاً فى غايه التقوى و انكر فليس عليه الا اليمين. و اما لو اقرّ بطلبه و ادعى انى اديتك، ينقلب مدعياً فعليه البينه.

فنقول فيما نحن فيه: لو كان يتمسك زيد باليد على البضع، و لم يقرّ بالزوجه السابقه و التوكيل فى الطلاق، لم يكن عليه بينه و كان عمرو مدعياً عليه البينه، لانه يدعى امراً خفياً بالنسبه الى زمان تحقق يد زيد، و ان كان محققاً ثابتاً قبل هذا الزمان. و لانه ممن يُترك لو تَرَكَ.

و امّا لو اقرّ بزوجيتها لعمرو، و ادعى التوكيل فى الطلاق، فيصير مدعياً و لا ينفعه تلك القرائن، فانّ المتمسك كان ثمه اليد و القرائن كانت معاضده لها. و هنا تمسك بالتوكيل و حصر متمسكه فيه، و هما مما يحتاج الى الاثبات. و وجه هذا الكلام ان طريق مفارقه

ص: ١٩١

الزوجين لا- ينحصر في الطلاق. بل اسباب الفراق كثير؛ كالزَّده، و حصول العلم بالرضاع، و اللواط باخيها، و غير ذلك. فتلك القرائن قرينه لهذا التوكيل الخاص. فلا يلزم منها(١) كون دعوى زيد ظاهراً و خلافه خفياً ان يصير دعوى توكيل عمرو اياه في الطلاق بخصوصه ظاهراً. فتأمل جداً تفهم الفرق بين كون الامور المذكوره قرينه لصدق دعوى الزوجيه، او لدعوى التوكيل في الطلاق. و المسلم انما هو الاول.

فان قلت: ما يمنعك ان تقول: المدعى هو من يدعى خلاف الظاهر و المدعى عليه من يدعى الظاهر مطلقا يعنى و لو كان ظهوره بخصوص المقام؛ فلو ادعى زيد الصالح المتقى عن عمرو الفاسق الشقى، و انكره او كذبه عمرو، فيكون عمرو مدعيا و زيد مدعى عليه، لان الظاهر صدق زيد بسبب صلاحه و تقويه، خصوصا من مثل عمرو. فيصير عمرو مدعيا و زيد مدعى عليه.

قلت: بنائنا في المسئله على صدق مفهوم المدعى و المدعى عليه المذكورين في الاخبار. حيث قيل «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» و طريقه وضع الواضعين في غير الاعلام الشخصيه، تصور معنى عام سواء كان في مثل اسماء الاجناس و المشتقات، او في المبهمات. على الاقوى. فلا يمكن ان يجعل الواضع الموضوع له على طبق فهم احاد الناس.

فلو قال لفظ «المدعى» موضوع لمن يدعى امراً خفياً يكون الظاهر خلافه، فمراده لا بد ان يكون حال كل من يدعى مطلباً يكون خلاف الظاهر في الواقع و نفس الامر الذى يكشف عنه فهم عامه الناس، و خلافه الظاهر في نظرهم. لا ان(٢) كل شخص خاص يفهم ظهور

ص: ١٩٢

---

١- و في النسخه: من.

٢- اى ليس مراده ان كل شخص خاص.....- و في النسخه: فهو مدفوع لا ان.....

دعوى شخص خاص بسبب قرينه خارجيه مثل العدالة و الامانه و ساير القرائن، يكون مدعى عليه عنده. و ان كان مدعياً فى نظر شخص اخر لم يطلع على ما اطلع عليه.

فاذا صار المعيار فى الوضع هو ملاحظه المعنى العام، فلا مدخله للقراين الخارجيه فى ذلك. و يظهر من ذلك، الكلام فى مورد السؤال.

فان قلت: نعم عداله المدعى مثلاً عند شخص خاص و ان كان من الامور الخاصه، و لكن القضيه الكليه بان كل عادل متق، ظاهر الصدق، معنى عام و لا بد ان يكون مخالفه مدعياً.

قلت: هذا العموم، لو سئل فهو بالنسبه الى الاحاد. يعنى ان العادل المتقى عند كل احد، المدعى عليه عنده. و مخالفه (1) مدعى عنده. لا أنه مدعى عليه مطلقاً. و مخالفه مدع. و الوضع منوط بالاطلاق و التعميم، فلا يمكن ان يقال: هذا العادل المتقى، مدعى عليه عند هذا الحاكم الذى يعارفه. و مدع عند الحاكم الذى لا يعرفه. فاجتهاد الحاكم فى خصوصيه الظهور لا ينفعه فى وضع اللغه، الذى هو معيار لفظ المدعى. نعم: اجتهاد الحاكم يمكن ان يصير معياراً لفهم ما هو ظاهر عند العامه. مثل تفاوت افهام الفقهاء فى المعنى العرفى العام. و هو شئى اخر، و لا نضايق عنه. لأنه بنى حيثنذ على فهم العامه و عرفهم، على مقتضى فهمه.

والحاصل: ان ما يفهم العامه بعنوان الكليه، هو ان كل من هو عادل و متق عند شخص خاص، فهو ظاهر الصدق عنده. لا ان كل من كان ظاهر الصدق عند شخص خاص، فهو مدعى عليه فى العرف العام و خصمه مدع. و المعيار لمعرفة الوضع و فهم الاخبار، هو العرف العام.

فان قلت: فلم يقدم قول البايع فى تمام الكيل و الوزن، فيما لو ادعى المشتري النقصان

ص: ١٩٣

مع حضور المشتري. و ليس الأ [ل-]قرينه جزئيه. فعلم ان القرائن الجزئيه معتبره عندهم. و لعل عدم اعتبار عداله المدعى، انما يثبت بالاجماع.

قلت: اولاً: لم يظهر منهم الاستناد بالاجماع فى [عدم اشتراط] العداله. مع أنّا نعتمد فى مسئله المتبايعين فى دعوى الزياده و النقصان، على صدق تعريف المدعى بأنّه من يُترك لو ترك. فأنّه الاصل فى التعريف، و المعروف بينهم. و أنّ ما ذكره هنا من أنّ الظاهر مقدم على الاصل، أنّما هو لاجل الاعتضاد. فان قاعده تعارض الاصل و الظاهر، معتبره عندهم مع قطع النظر عن باب الدعاوى. كغساله الحمام، و طين الطريق، و غير هما. و قد يصير ايضاً معيار تشخيص المدعى و المدعى عليه، تقييح ترجيح المرجوح؛ فكل من المتداعيين صار قوله ارجح فى النظر بالنسبه الى الواقع، فهو اولى بالتقديم. فمن زاحم الراجح المستحق للابقاء بحاله، فهو (1) مطالب، و مصداق لمن يُترك لو ترك، ايضاً.

مع أنّا نقول فى مسئله النقص و التمام و خلاف المتبايعين؛ قاعده كليه بين الناس؛ و هو ان الظاهر من المتبايعين الحاضرين، استيفاء المشتري حقه فى نظر عامه الناس. بخلاف ما لو كان الظهور من جهه القرائن الخاصه التى يطلع عليه بعضهم دون بعض؛ مثل عداله المدعى المطالب و مثل استمرار دفع يد الزوج السابق عن الزوجه، فيما نحن فيه. خصوصاً مع التزويج، فانه و ان كان قد يصير قرينه على الصدق، و لكنه لا- يصير قرينه للتوكيل فى الطلاق، حتى فى نظر عامه الناس. و لذلك لا نقول فى مسئله اسلام الزوجين (بناءً على قول من يقدم الظاهر على الاصل، و يجعل مدعى التقارن، مدعيّاً) أنّه اذا كان قرينه تفيد الظن بصدق مدعى التقارن و صار اظهر من مدعى التعاقب، يجعل مدعى التعاقب مدعيّاً.

ص: ١٩٤

١- و فى النسخه: و هو.

و اعلم: ان مفروض تلك المسئله فى موضع يكون دعوى المتبايعين بعد انقضاء البيع و التسليم و التسلم. و اما فى الاثناء: فالمدعى هو البايع. لانه يدعى خلاف الاصل، و لا ظاهر معه ايضا. و هو ممن يُترك لو ترك و بقى على حاله السابق، يعنى حال ما قبل التسليم. كما فيما نحن فيه، ان كان الكلام فى حال ثبوت يد زيد على الزوجه، و عمرو يدعى بطلان نكاحه؛ فعمرو مدعى. و ان كان [الدعوى] مقارنة لزمان زوجيه عمرو (و لم يحصل [الدعوى] بعد استمرار مزواجه بينهما) و ادعى زيد الزوجيه، فهو (١) مدع.

و مما ذكرنا يظهر الكلام فى تقديم قول الزوج فى الزوجه التى تطالب نفقه ايام كانت مع زوجها فى منزل واحد، بعد انقضاء تلك الايام و عدم نزاع بينهما فيها. فانّ هذا الظهور الذى يحصل فى جانب دعوى الزوج للانفاق، من القواعد الكليه الغالبه الوقوع. لا من القرائن الجزئيه (٢). و زاد بعضهم فى هذا المقام ديانه الزوج و صلاحه لاجل القرينه. و ليس بذلك، اذ

ص: ١٩٥

١- و فى النسخه: و هو.

٢- ليت شعرى: ما مراده (ره) من الندره و الغلبه؟ الناس يحيون مع نسائهم حياتا مستمرًا، يواقعون و يطئونهن و يولدوهن اولادًا، و زيد فى مسئلتنا منهم؛ عاش مع الزوجه سنوات و اولد ولدًا، و لا يرى الناس الا معاشه و حياته كمعاشهم و حياتهم. أليس هذا من الغالب، بل العام الشامل على كل عضو من اعضاء المجتمع؛ من الرجال، و النساء، و الكبار، و الصغار-؟ اليس ما يدعى عمرو نادراً اشد الندره بحيث احتمال وقوع دعوى مثله، اشد الشذوذ-؟ و المصنف (ره) يكرّر لفظ «القرينه» و ما هى بقرينه، بل ادله من ادلّ الدلائل التى يدور بها حيات المجتمع البشريه. لا- غالباً بل دائماً ابدياً فى كل زمان و مكان. و اعجب من تسميته الادله بالقرائن، توصيفها ب- «الجزئيه»!! و سكوت عمرو فى تلك المده الطويله، اقرار و تقرير عملى لاصل التوكيل و بكون الزوجه، زوجه زيد. فإى دليل ادل من التقرير العملى و الاقرار الفعلى؟ و حقيقه المسئله لا يتغير بالتسميه بالالفاظ، و الدليل لا ينقلب قرينه بتسميتها اياه قرينه. سيما اصل الدعوى، من الموضوعات. و ليست من الاحكام لانّ الاحكام تأتى بعد تعيين المدعى و المدعى عليه. و هذا اول الدعوى. و الحجه فى الموضوعات، هو العرف. و العرف يرى ادعاء عمرو خلاف الاصل، و خلاف الظاهر، و هو الذى يُترك لو ترك. و هو الذى (مع تقريره العملى و اقراره الفعلى) يدعى امراً خفياً بحيث يتعجب العرف من ادعائه فى كل زمان و مكان. و المصنف (ره) بمبناه هذا، يفتح باباً واسعاً للهرج و المرج و العسر و الحرج. لانّ على هذا المبناء، كل من طلق زوجته، و تزوج الزوجه زوجاً اخر، و عاشت سنوات مع زوجها الثانى، و ولد منها اولاد، يقدر (الزوج الاول) انكار التوكيل. و قلما يقدر الوكيل على اثبات التوكيل. فيصبح المجتمع مملوئه من الذين حكمنا بكونهم اولاد الزناء، بعد ان كانوا اناساً مشروعى المولد. نعم: لو ادعى عمرو الخوف من جائر جبار مدّه سكوته الطويله و تقريره العمليه و اقراره الفعليه، و علم خوفه ولا اقل من حصول الظن بصدقه فى ادعاء الخوف، فهو مدعى عليه. و على زيد ان ياتى بالبينه. لكنّ المفروض عدم ذلك. و اما ادعائه (ره): انّ زيدا هو الذى يُترك لو ترك؛ فهو عجيب منه (ره). ما هو المراد من «المتروك» فى هذا التعريف؟ لا- ريب ان المتروك هو «الدعوى» اى المدعى هو من لو ترك الدعوى، فيترك. لا- من ترك مورد الدعوى. و معلوم انّ مدعى عليه، لو ترك مورد الدعوى و سلّم المورد الى المدعى، ترك، فى كل دعوى وقع بين الناس، من دون استثناء. فينقلب كل مدعى عليه فى العالم (على مبناه قدس سره) مدعياً، بدون استثناء ايضا. و معلوم انّ زيدا لو ترك زوجته و ولده و حياته العرفيه، ترك. و



كذا كل مدعى عليه فى كل العالم فى كل دعوى. و نحن نرجع بالبحث لاتمامه. فاصبر.

هو من باب كون المدعى ثقةً عدلاً. وقد مرّ الكلام فيه. بل الغلبه حاصله بدون ملاحظه الديانه و الامانه.

نعم: لو وقع النزاع فى [نفقه] يوم، فالمدعى هو الزوج. و اما بعد انقضاء المدّه، فالظاهر أنّه الزوجه. نعم الاشكال فى كون هذا الظهور مقدماً على الاصل و هو مشكل. نعم ظاهر الشيخ دعوى الاجماع. و لا يبعد ترجيحه، لكن هذا لا يصير منشأً لصيروره الزوجه مدعيه و الزوج مدعى عليه حتى يكون وظيفته (١) اليمين. اذ لعلّه يقدم قوله تعيداً من جهه الاجماع و يتوجه (٢) اليمين اليه من هذه الجهه، لا من جهه انه مدعى عليه. كما يتوجه القسامه الى المدعى فى

ص: ١٩٦

---

١- و فى النسخه: وظيفه.

٢- و فى النسخه: يوجه.

الدم، تعبدًا. نعم [لو] اعتمد الشيخ على الاجماع و العاده معاً، فلعلّه رجّح الظاهر هنا على الاصل.

فلا بدّ هنا من بيان معنى تعارض الاصل و الظاهر و مورده حتى تكون على بصيره من الامر. فاعلم: ان المراد من الاصل هنا استمرار الحاله السابقه المتحققه المفيده تحققها الظن ببقائه على وفق عاده الله لو خَلِيَ و طبعه(1) و ما لم يمنع مانع. مثل اصاله العدم، و اصاله بقاء ما وُجد. و يمكن ان يدرج فيه اصاله العموم بمعنى اصاله عدم التخصيص.

و المراد بالظاهر المقابل له؛ ما يفيد الظن بخلاف الاصل بالفعل. لا مجرّد [ما] من شأنه افاده الظن لو خَلِيَ و طبعه(2) و ان لم يُفد الظن في خصوص الموضوع. لانه ذكروا في هذا الباب الروايه، و الخبر، و الشاهد. فأنها قد يفيد الظن بخلاف مقتضى الاصل بالفعل، و قد لا يفيد. كما لو ورد روايه صحيحه شاذّه قال القائل فيها(3) على خلاف مقتضى الاصل. مثل ما ورد في حليّه التمتع بالمرثه بدون اذنها(4). لعدم افادتها الظن بخلاف مقتضى برائه الذمّه، و عموم المنع عن التصرف في مال الغير عموماً. و في خصوص الامه مثل قوله تعالى: «يَا ذُنِ أَهْلِهِنَّ»(5). فالمراد من الظاهر هذا المظنون الراجح الوقوع بالفعل. و هو لا يتصور الاّ مع مرجوحيه استمرار مقتضى الاصل بالفعل. و ان كان هو ايضا راجحا بالفعل لو خَلِيَ و طبعه.

ثم: أنّهم جعلوا عنوان الباب في الظاهر، اعم مما ثبت حجتيه من الشارع بالخصوص

ص: ١٩٧

١- و في النسخه: و تبعه.

٢- و في النسخه: و تبعه.

٣- و في النسخه: بها.

٤- الوسائل، ج ٢١ احاديث ص ٣٩.

٥- الايه، ٢٥ السوره، النساء.

(كالخبر و الروايه و البيئه)، او مما حصل الظن به من جهه الغلبه و العاده و القران و غلبه الظن. كما صرّح به الشهيد الثاني في تمهيد القواعد، و جعل الاقسام اربعة و قال: انه لا ريب في تقديم الظاهر فيما ثبت حججه من الشارع؛ كالروايه و البيئه. و اما غيره فعلى ثلاثه اقسام: الاول ما قدّموا فيه الاصل و ان كان الظاهر خلافه؛ كما في النجاسات و الطهارات. و الثاني ما قدموا فيه الظاهر و ان كان الاصل خلافه؛ كالشكّ بعد الصلوه و بعد الوضوء في فعل شئ من الافعال. و منها ما اختلف فيه كغساله الحمام و طين الطريق(١).

اقول: و التحقيق عندي أنّ الاصل لما كان من الادله الشرعيه جزماً، فما معنى لتقديم الظاهر عليه الا اذا كان هو ايضا من الادله الشرعيه. فلا نسلم(٢) قولهم بتقديم الاصل في بعض الموارد مطلقاً. بل لا بد من الرجوع الى المرجحات. و كذا تقديم الظاهر ان كان هناك دليل اخر يوجب التقديم، فالمعتمد ذلك الدليل، لا الظاهر. فلا فائده في عقد هذا الباب. مع ان مقتضى الاصل انه لا يجوز الخروج عما ثبت في الان السابق، الا بدليل يقتضى خلافه. فاذا تحقق الظاهر الذي هو دليل شرعي على خلافه، فلا مجال لابقاء الاصل على حاله.

و ان لم نقل بكونه دليلاً شرعياً، فما وجه تقديمه على الاصل، و العمل به؟ مع انهم ذكروا مواضع تعارض فيه الاصل و الظاهر مع عدم دليل اخر. و اختلفوا في تقديم ايهما. فعلى من يدعى تقديم الظاهر، ان يبيّن وجهه.

و الذي حقّقنا في القوانين، ان مقتضى كلماتهم في هذا الباب (مع ملاحظه سيره الشارع في العمل بالظن الحاصل من الغلبه، او غلبه الظن) ان الظاهر ايضاً من الادله. فهو ايضاً مثل نفى الحرج و نفى الضرر و لزوم البيئه و قاعده اليقين، من الاصول المقتبسه من الادله

ص: ١٩٨

١- ما وجدت العبارة في تمهيد القواعد.

٢- و لعلّه «فليس». و اللفظ في النسخه لا يكاد يقرء.

الشرعيه. فكما أنّك تريهم يفرّعون مسئلة «خيار الغبن» مثلاً على «نفى الضرر»، مع عدم ورود نصّ بالخصوص. وقد يكون بين هذه الاصول و عموم الايات و الاخبار، عموم من وجه؛ مثل ما دل على لزوم البيع و لزوم الضرر. فلا بد (1) من الترجيح. و كذلك (2) ما بين قاعده اليقين و قاعده الظهور، عموم من وجه. فلا بد من الرجوع الى المرجحات [او] المعاضده لظاهر اخر، و غيرهما. و مع عدم الترجيح، فالتخير او التوقف كساير المواضع.

و ايضا نقول: مقتضى قاعده اليقين عدم جواز نقض الحكم الثابت من اليقين السابق، الاّ بيقين. سواء كان يقيناً فى نفس الامر، او ظناً معلوم الحجيه. فاذا فرضنا كون الظاهر من الادله المعلومه الحجيه، فبعد حصوله يصير الاصل لزوم العمل به، و متابعه الاصل يحتاج الى الدليل. كما فى الطهارات و النجاسات. و ان كان المراد انه لا يجوز الخروج من مقتضى اليقين السابق، الاّ بيقين واقعى، فلا يجوز العمل بالظاهر اصلاً، الاّ اذا دلّ دليل خارجى عليه. فحينئذ يكون العمل بالاصل. فيحتاج العمل على ملاحظه الاصل و الظاهر (3).

و اما بيان مورد هذا البحث: فقد يكون نفس الاسباب و الشرائط التى يترتب عليه الاحكام؛ فيقال: الظاهر حصول السبب، و الاصل عدمه فلا يترتب. و قد يكون نفس الموضوعات التى ثبت لها احكام القضائيه؛ مثل معرفه المدعى و المنكر الذين هما موضوعان للحكم بثبوت البينه و اليمين. ففى تعيين ايّهما يحتاج الى ملاحظه الظاهر و الاصل. و قد يكون نفس الموضوعات للاحكام الفتوائيه، مثل تحقق غسل المطهر للثوب و البدن، و الغسل لرفع الحدث. فيكفى بظهور الصدق العرفى، او يُبنى على الاصل فى من يغتسل فى الليله

ص: ١٩٩

١- و فى النسخه: و لا بدّ.

٢- و فى النسخه: فكذلك

٣- و فى النسخه: و يحتاج العمل عن ملاحظه الاصل و الظاهر.

و ايضاً: هذا غير الشك في حصول الطهاره الشرعيه المبتنيه (١) على لزوم اليقين. اذ لا منافاه [بينها و] بين تحقق الغسل العرفي.

و امّا امثله اثبات الاسباب؛ فكثيره. مثل غسله الحمام و ان الغالب الوقوع في العاده ان المياه القليله في صحن الحمام تلاقى النجاسه ثم يجمع في المستنقع (او غلبه الظن يقتضى ذلك)، فالظاهر يقتضى حصول سبب الحكم بالنجاسه و هو ملاقاتها معه في حال القلّه. و اذا ثبت السبب بالظاهر، فيترتب عليه الحكم و هو النجاسه. و كذلك الظن بكون الجلد المطروح، مذكّي. لكونه جلدًا لُكُتَبنا، الغير المتداوله عند الكفار. مع ان الاصل عدم التزكيه. و مثل الظن ببلوغ المتعاقدين (الذي هو شرط في الصّحّه) بسبب الغلبه، فيترتب عليه الحكم بالصحه و يقدم على اصاله عدم البلوغ، المقتضى البطلان. الى غير ذلك. بل و قد يكون في نفس الحكم الشرعي. كما لو حصل شهره بين الاصحاب على وجوب شئ او حرمة شئ بدون دليل خاص من الادله الشرعيه المعهوده في الظاهر. فان الاصل براءه الذّمه، و الظاهر ان هؤلاء الفحول العدول، لا يصدرّون الا عن دليل شرعي يعتمد عليه. فمن يجوّز العمل بالشهره (٢)، فقد رجّح الظاهر على اصاله البرائه، او [على] عدم الدليل.

و لَمّا كان المهم لنا في هذا المقام، بيان معرفه المدعى و المنكر على ترجيح الاصل او الظاهر (٣)، فلنتعرض لتعريفاتهم حتى يتحقق الحال فنقول: ذكر جماعه من الاصحاب (منهم المحقق في كتابه) بعد ذكرهم تعريف المدعى بانه «من يُترك لو ترك»، قولاً بان «المدعى

ص: ٢٠٠

١- و في النسخه: المبتنى.

٢- و في النسخه: بشهره.

٣- و في النسخه: بيان انشاء المدعى معرفه المدعى و المنكر على ترجيح الاصل او الظاهر او عدمه.

من يدعى خلاف الاصل، او امرأ خفياً». فيكون في تعريف المدعى قولان.

و آخرون- منهم الشهيد الثاني(ره) و المحقق الاردبيلي(ره)- ذكروا بعد التعريف الاول، قولين: احدهما من يدعى خلاف الاصل، و الثانى من يدعى خلاف الظاهر. فيكون الاقوال ثلثه. و لعل مراد الاولين البناء على تعارض الاصل و الظاهر، فكل موضع يقدم الظاهر على الاصل بدليل، فمن يدعى خلاف الظاهر، هو(1) مدع. كما ادعى عينا في يد اخر كانت له قبل ذلك و لا بينه لكونه بالفعل، فهو مدع. لان اليد مقدم على الاستصحاب.

و كل موضع يقدم الاصل بدليل، فمن يدعى خلاف الاصل، فهو مدع . كمن يدعى ديناً في ذمه اخر. فهو مدع و ان كان الظاهر صدقه. لتقديم اصاله البرائه و عدم جواز نقضه الا بدليل.

و في كل موضع اختلف في تقديم الاصل و الظاهر، فمن يُقدّم الاصل على الظاهر فالمدعى عنده من يدعى خلاف الاصل. و من يقدم الظاهر على الاصل، فالمدعى عنده من يدعى خلاف الظاهر. و مثاله دعوى التمام و النقص في الكيل و الوزن. فانهم اختلفوا في تقديم الظاهر على الاصل. فالمشترى المدعى للنقص، مدع على الاول. و مدعى عليه على الثانى.

و كذلك الكلام في مسئلة نفقه الزوجه.

فالترديد في التعريف على سبيل منع الخلو، ناظر الى تلك المواضع و الاقوال.

و اما لو تساويا في الظهور و الخفاء و مخالفه الاصل و موافقته (كما لو ادعى كل منهما عينا في يدهما جميعاً) فلا يتحقق هناك حقيقه المدعى و المدعى عليه. بل يرجع الى التداعى و كل منهما مدع من وجه و مدعى عليه من وجه. فيرجع الامر الى التداعى و

ص: ٢٠١

١- و في النسخه: و هو... .

و يظهر من ذلك، الكلام فى مسئلة اسلام الزوجين. فأنها ايضا يرجع الى تعارض الاصل و الظاهر. فالمدعى للتعاقب مدع عند من يرجح الاصل. و المدعى للتقارن، مدع عند من يرجح الظاهر. و قد اشرنا اليه سابقاً.

و ما ذكرنا من المراد فى الترديد، [هو] الاولى و اوفى و اشمل من جعل الترديد ناظراً الى محض صورته التعارض مع قطع النظر عن الدليل، بان يكون اشارته الى ان من يقول بتقديم الاصل عند تعارضه مع الظاهر، (مع عدم دليل خارجى على اصل تقديم احدهما على الاخر، مع قطع النظر عن الدعوى) فمن يدعى خلافه، فهو مدع عنده. و من يقول بتقديم الظاهر، فمن يدعى خلافه فهو مدع [عنده].

و يظهر ما ذكرنا من بناء الكلام على تقديم الاصل و الظاهر مطلقاً، من المحقق الاردبيلي (ره) و هو من جمله من جعل الاقوال ثلاثه. حيث قال «وقد فسّر المدعى بانه اذا ترك الخصومه، تُرك. و بعبارة اخرى: اذا سكت، سكت عنه. و المدعى عليه، بخلافه. و بانه من يدعى خلاف الاصل، و المدعى عليه من يدعى موافقته. و بانه الذى يدعى خلاف الظاهر، و هكذا ما يوافق. و فى اكثر الموارد يتفق التفاسير. و لكن قد يختلف كما فرضوا فى الزوجين اذا اسلما قبل الدخول، و الزوج يدعى بقاء الزوجيه لوقوع اسلامهما (1) معا. و الزوجه عدمه، للتعاقب. فقيل الزوج مدع، بناءً على الاول، فانه يُترك لو ترك. و هى مدعى عليه، لأنها تدعى ما هو الظاهر المتعارف اى التعاقب، فان وقوع اسلامهما بحيث لا يتقدم احدهما على الاخر اصلاً، بعيد جداً».

هذه عبارته (ره) على ما فى نسختى المغلوطة. فان صحت النسخه، فمراده أنه مدع على



القول الاول، و مدعى عليه على القول الثالث.

ثم بعد عبارته المذكوره، يقول «المرئيه مدعيه على الاول، فانها تُترك لو ترك-ت»، فانها تدعى انفساخ النكاح و تريد التزويج بغيره، و الزوج يمنعها. فلو تركت و بقيت على ما كانت عليه، لتركها الزوج. و على الثاني ايضاً؛ فانها تدعى التفسخ (1)، و الاصل عدمه. و بالجمله التحقيق لا يخلُ عن اشكال.

فالذى يظهر؛ ان الحق معناه الاول. و قريب منه الثاني. لانه المتبادر عرفاً من المدعى و المدعى عليه، لما تقرّر من انه اذا لم يكن للفظ حقيقه شرعيه يحمل على المعنى العرفى فى تحقيق معناه انه الذى اذا ترك الخصومه و عمل بما يقتضيه الحاله السابقه شرعاً قبل الدعوى، تُترك. لا- مطلقاً، مثلاً نقول فيما نحن فيه: هى المدعى، لانها اذا تركت و عملت بما يقتضيه الحاله السابقه شرعاً و هى الزوجيه، تُترك و يسكت عنها. و اما اذا ترك الزوج و عمل معها بالحاله السابقه من الزوجيه، لا تُترك (2) هى الزوج و لا تسكت عنه، بل تدعى (3) الخروج عن تلك الحاله و هى الزوجيه بانفساخ العقد بالتعاقب. و كذا تدعى خلاف الاصل، فان الاصل بقاء الزوجيه و عدم الانفساخ بالاسلام حتى يتحقق الموجب، و هو تحقق الاسلام متعاقباً، و الاصل عدمه. و هو ظاهر. نعم ينبغى هنا البحث فى انه اذا تعارض الاصل و الظاهر، ايّهما يقدم. فان الظاهر هنا عدم المقارنه، و الاصل عدم سبق اسلام احدهما على اسلام الاخر و بقاء النكاح. و الظاهر تقديم الاصل هنا، لان النكاح كان متحققاً يقيناً و لا يرتفع الا بمثله. [1] و بما (4) يتحقق شرعاً انه مبطل و مفسخ له. و هو ظاهر فتامل».

ص: ٢٠٣

١- الكلمه لا تكاد تقرأ فى النسخه.

٢- و فى النسخه: يترك.

٣- و فى النسخه: يدعى.

٤- و فى النسخه: مما.

هذا اخر عبارته التي نقلتها من النسخه المغلوطة بعد الاجتهاد في تصحيحها بالنظر(١).

اقول: و قد يتوهم هنا القدرح في بناء هذا الكلام على قاعده تقديم الاصل و الظاهر، و الاشكال فيه. فنحن نذكر ما يمكن ان يقال في بيان الاشكال، ثم نتعرض لجوابه: اما الاشكال: فهو ان المراد من تقديم الظاهر على الاصل او بالعكس، الاطلاق. و بناء الكلام في معرفه المدعى و المدعى عليه، على ذلك يستلزم التناقض بين مقتضى موضوع القضييه و النسبه الحكميه. فان قول الشارع «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» مشتمل على حكم ثابت لموضوع خاص و هو ثبوت وجوب اليمين مثلاً على المدعى [عليه]. فاذا كان المدعى عليه الذى هو موضوع القضييه يعرف بانه من يدعى موافقا للاصل مثلاً، و المفروض تقديم الاصل على الظاهر مطلقا، فمفهوم الموضوع عدم احتياج تقديم قوله على خصمه على شئى اخر. و مقتضى محموله، نسبه كونه(٢) علّه لاحتياجه في تقديم قوله على شئى اخر. و كون شئى علّه لوجود شئى و عدمه، محال.

و من ذلك يعرف الكلام في جانب المدعى و مفهومه و حكمه؛ فان مقتضى مفهومه: «من يلغى قوله بسبب تقديم قول خصمه لموافقته للاصل مثلاً مطلقا». و مقتضى حكمه: «عدم الالغاء اذا كان له بينه». و عدم الاشتراط ينافى الاشتراط و لا يحتاج التناقض الى اعتبار اشتراط العدم.

و ايضا: الظاهر من لفظ المدعى كونه موافقا لمعناه اللغوى، [و] هو «المطالب». كما ذكر

ص: ٢٠٤

- 
- ١- ينزجر المصنف(ره) من تصحيح عبارته واحده، فكيف حالنا في تصحيح هذا الكتاب؟ او همى نالد هزاران از يكي ما نناليم از هزاران جز يكي
  - ٢- و في النسخه: و نسبه كونه علّه.....

جماعه أنّ الدعوى بمعنى الطلب<sup>(١)</sup>، و هو فى مسئلة الزوجين، انما هو فى انفساخ النكاح و عدمه، لا فى التعاقب و التقارن. و معنى المطالبه فى العرف انما يناسب من يطلب شيئاً فى يد غيره و هو الزوجيه، لا التقارن و التعاقب.

نعم يصحّ البناء على الاصل و الظاهر، فيما لم يكن هناك مطالبه و دعوى، مثل ان احد الزوجين اخبر بانّا اسلمنا معاً و الاخر قالت اسلمت فى الصبح و زوجى فى العصر. و هما لا- يعرفان ثمره التعاقب و التقارن، و ماتا و لم يحصل هناك دعوى. و لهما صغيران. و اردنا معرفه حكم الميراث. فهنا يُبنى الكلام على تقديم الظاهر و الاصل.

و اما الجواب عن هذا القدرح و الاشكال: فهو ان يقال: لَمّا علمنا من قوله (عليه السلام): «البينه على المدعى و اليمين على المنكر» أنّ جانب المنكر اقوى من جانب المدعى (حيث اكتفى له باليمين التى هى اضعف لاحتمالها شائبه جلب النفع لنفسه، بخلاف البينه لبرائتها عن تهمة جلب النفع، لانه الغالب أنّ العدلين لا- يبيعان دينهما بدنيا غيرهما) فحيث احتجنا الى معرفه الصديق و الكذب لخبرى المدعى و المنكر، و تبه الشارع على أنّ قوه الصديق فى جانب المنكر (حيث اكتفى له بالاضعف و جعل الاقوى للمدعى) احتجنا الى معرفه نفس المدعى و المنكر. و أنّ الذى جانبه اقوى و خبره اقرب الى الصديق من هو؟

ف قيل انه الذى يكون خبره موافقاً للاصل، فانه معاضد قوى. او موافقاً للظاهر، حيث كان الظاهر حجه. فلا ينافى كون تقديم الاصل على الظاهر [١] او الظاهر على الاصل (فى اصل القاعده غير محتاج الى شىء اخر) احتياج<sup>(٢)</sup> تقديم احد الدعويين و الاخبارين على الاخرى، الى ضمّ اليمين. فعرفنا من الشارع ان المدعى من يكون خبره ضعيفا محتاجا الى جبره بشىء

ص: ٢٠٥

١- و فى النسخه: الطالب.

٢- مفعول لقوله: لا ينافى.

قوى (١). و خير المنكر قوياً يكتفى في جبره بالاضعف. و القوه و الضعف يعلم بالاعتضاد. فاي منهما كان بشيئ قوى يصير به اقوى من الاخر، فهو منكر.

و حيث علمنا في محلّ اخر أنّ الاصل و الظاهر اذا تعارضا (٢)، ايّهما اقوى، فيصير معاضدتهما باخبار كل منهما مقوياً له و يكون خبره اقوى من خبر الاخر (٣). فكلّما اعتضد باصل مسلّم تقديمه على الظاهر، فلا اشكال فيه. و كذا فيما اعتضد بظاهر مسلّم تقديمه كذلك. و فيما اختلف فيه فيختلف باختلاف رأى الحاكم في تقديم اي المعتضدين. و فيما لم يحصل ترجيح اصلاً، فينتفى الدعوى و يؤل الامر الى التداعى.

فحينئذ نقول: مراد الجماعه الذين عرّفوا المدعى بانه من يدعى خلاف الاصل، او امراً خفياً، (مثل المحقق و من وافقه) انه من يدعى خلاف الاصل فيما كان الاصل مقدماً على الظاهر، بعمومه او بدليل خاص؛ كمن يدعى ديناً في ذمّه غيره. او يدعى خلاف الظاهر، كمن يدعى مالاً في يد احد متصرف فيه، او زوجة في حباله شخص اخر و ان كان له في سالف الايام. فان ظاهر اليد على المال، الملكيه (٤) و لا ينافى سبق مالكيه المدعى. و [ظاهر اليد] على البضع، الزوجيه. و لا ينافى سبق زوجيه المدعى.

و بالجملة: المدعى من يدعى خلاف مقتضى ما هو حجه شرعيه، ما لم يثبت لها مزيل، او مخصّص، او قاطع. سواء كانت اصلاً او ظاهراً.

و اما أنّ الحجه في كل موضع (مع قطع النظر عن الدعوى) ايّ شيئ؟ فليبانه (٥) محلّ و يؤل

ص: ٢٠٦

١- و في النسخه: محتاجا الى خبره بشيئ قوى.

٢- و في النسخه: تعارض.

٣- كذا في النسخه- و لعله تصحيف و الصحيح: بانجبار كل منهما مقوياً له و يكون جبره اقوى من جبر الاخر.

٤- و في النسخه: ملكيه.

٥- و في النسخه: فيبانه محلّ و ياول....

الكلام فى بيانه الى بيان ترجيح الاصل و الظاهر فى مقام التعارض، و يختلف الكلام بسبب فى الدعوى فى مثل اسلام الزوجين. و التحقيق تقديم مدع التقارن، لاصاله بقاء النكاح. و اصله عدم التاخر(١). و عدم الدليل على تقديم هذا الظهور على الاصل و الاستصحاب و قاعده اليقين. مع انّ دعوى ندره وقوع التقارن ليست بظاهره بحيث يلحق بالنادر الذى كالمعدوم. فانا نشاهد ان المسلمين فى العالم خارجون عن الاحصاء، فى(٢) وقت صلوه الصبح من طلوع الفجر الى قبل طلوع الشمس (و هو زمان قليل) فهل يحكم بانّ المسلمين متعاقبون فى تكبيره الاحرام بحيث يكون المتقاربين فيها قليلاً(٣) نادراً؟ و لا فرق فى ندره تفاوت الحوادث فى الوجود، بين ما كانت متناسبه (كاسلام الزوجين)، او غير متناسبه؛ كاكل زيد و شرب عمرو و اسلام بكر.

نعم: يمكن ان يقال: ضبط المقارنه نادر و الغالب فيه الغفله. ففرض ان يضبط الزوجه اخر تكلم الزوج بكلمه الشهاده، [ا] و تاخر حرف اخرها من احدهما، نادر. و هذا ايضا غير مضرّ. اذا المعتبر فى المقام نفس التقارن، لا العلم به. و كون العالم به نادراً، لا يستلزم ندره وقوعه، حتى يدعى عليه التعاقب. و كيف كان فالاقوى فيه تقديم مدعى التقارن.

و اما: ما ذكره اخيراً فى معنى المطالبه و اخراج مسئله دعوى تقارن الاسلام و تعاقبه عما نحن فيه؛ فجوابه ان البحث فيما لو ادعى الانفساخ و عدمه متمسكا بالتقارن و التعاقب، لا فى نفس التقارن و التعاقب لا غير، فيمكن الادراج تحت قاعده الاصل و الظاهر باعتبار اعتضاد الدعوى باحدهما. كما انّ فى صوره عدم الدعوى اصلاً، يرجع الى ترجيح اى

ص: ٢٠٧

---

١- كذا. و لعل فى العبارة سقط: اى ليس هنا محل اصله تاخر الحادث لان كل من الدعويين حادث.

٢- و فى النسخه: و.

٣- و فى النسخه: دليلاً.

الامارتين من التقارن و التعاقب، ليجعل دليلاً في حكم الميراث. و لا منافاه بين جعل الاماره دليلاً او اعتضاداً في صدق البناء عليهما.

و على هذا فمراد من عَرَف المدعى بانه «من يدعى خلاف الظاهر»، لا- يصح ان يكون «من يدعى خلاف الظاهر المقابل للاصل»، لانه تُناقضُ عكسه بما كان خلاف الاصل، و ان لم يكن دعوى خصمه اظهر منه. مثل ان يطالبه شيئاً في ذمته، فقال نعم و لكن اديته. فالتاديه(١) لسيت بخلاف الظاهر المقابل للاصل، مع انه مدع. فلا بد ان يحمل كلامه على ان مراده من الظاهر ما هو ظاهر الحجية(٢) شرعاً، سواء كان اصلاً او ظاهراً. فانّ الظاهر حجيه الاصل و ان كان مقتضاه خفياً.

و بالجمله مراده انه اذا كان كلام خصمه مطابقاً لحجه شرعيه ظاهر الحجيه(٣)، التي يجب عليه العمل ظاهراً. فمدعى خلافه، مدع، يحتاج الى الاثبات. لانّ خصمه متمسك بدليل شرعى ظاهري. فهذا القول اجمال لتفصيل القول الاول. فَيَبْنِي الكلام (فيما لم يكن دليل على ترجيح شئى منهما) على مسئله تقديم الاصل و الظاهر كما مرّ.

و اما: من فسّره بانّه «من يدعى خلاف الاصل»، فينتقض عكسه بمن يدعى عيناً في يد غيره مع ثبوت سبق ملكه. فانه موافق للاصل. الا ان يقال ان الاصل برائه ذمه المدعى عليه عن وجوب ردّ العين اليه، و هو مشكل، لتقدم الاصل الاول. الا ان يمنع ذلك القائل كونه مدعياً حينئذ.

و يمكن ان يوجّه كلامه كالتفسير السابق؛ بان مراده من الاصل، الدليل. كما هو احد

ص: ٢٠٨

١- و في النسخه: فلتاديه.

٢- و في النسخه: الحججه.

٣- و في النسخه: الحججه.

معانيه. ففي بعض المواضع، الدليل هو الاصل المقابل للظاهر المعلوم الحجية. و في بعضها، الظاهر المقابل للاصل المعلوم الحجية. و فيما لم يكن دليل لاحدهما(1)، فيرجع الى تقديم الاصل و الظاهر. كما مرّ.

ثمّ: أنا الى هنا جرينا في مسئلة الاصل و الظاهر، على ما هو الظاهر من كلام الجماعة من «عدم الفرق بين حصول الظن للمكلف مطلقا، او الحاكم، و بين الظواهر المعلوم الحجية، و بين صورته حصول الدعوى و عدمه». و لكنّ التحقيق في المقام أنّ كلماتهم هنا غير منقّحه. و ما ذكره في تمهيد القواعد، لا- يخل من خلط و نحن(2) استقصينا الكلام في القوانين في توجيهه و توفيق كلماته. و ذلك أنّ بناء الكلام ثمّه كان في بيان كلمات الاصحاب و اقوالهم. و أنّ الظاهر منهم عدم الاكتفاء بالظن المنصوص عليه حجّيته. و لا نزيل الكلام بذكر مواضع الخلط(3).

و لا- بدّ هنا من الفرق بين الظاهر و الظن. و ان لم ينفكّ الاول عن الاخر. و من الفرق بين صورته الدعوى، و غيره. فنقول: أنّ هيهنا مقامات:

الاول: انه لا- يجوز نقض اليقين بالظن، الا ما كان حجّيته شرعيه، و في الحقيقه هو ايضا يقين. فمقتضى الاصل و الاستصحاب لا بد ان يبقى على حاله الى ان يحصل الظن الذي هو حجه بخلافه. و لا فرق في ذلك بين الطهارات و النجاسات، و غيره. و هذا المقام أنّما هو لمعرفة المكلف الحال، مع قطع النظر عن حصول دعوى. فعلى هذا لا معنى للحكم بنجاسه الغساله و طين الطريق بسبب ظن ملاقات النجاسه في حال قلّه الماء و عدم وجود كثر متصل

ص: ٢٠٩

١- و في النسخه: احدها.

٢- و في النسخه: ان.

٣- و في النسخه: الخله.

فى البين لم يتغير بالنجاسه. و بسبب ظن ملاقاتها لطين الطريق. فمثل جواز العمل بالظن فى الوقت مع المانع، او القبلة، او غير ذلك، فهو بديل شرعى. كالشك بين الثلاث و الاربع فى الصلوه. و كالظن بالاثيان بجزء من اجزاء الصلوه. مع ان الاصل عدم الزايد.

فان كان ترجيح نجاسه الغساله و طين الطريق لدليل (كالوقت و القبلة) فالمعتمد هو الدليل، لا الظن. و الآ، فلا، للاقتحام فى الحكم بلا دليل. سيما مع وجود الدليل الخاص ايضا فى خلافه، كما فى الغساله. و الدليل الذى يخرج به عن مقتضى الاصل؛ اما نص، او اجماع، او بيته، او يد، او انقضاء معامله و استمرار الطرفين على هذه الحاله فان ظاهر حال المسلم بل مطلق المكلف، صحه ما فعل، فيحكم فى ظاهر الحال بعدم نقص فى الثمن او المثلث. و بعدم لزوم نفقه على الزوج بعد اصطحاب الزوجين فى منزل. بدون كلام. و يظهر الثمره فى العلم بالحال للمكلف.

و هذا كله فى اصل معرفه المكلف ظاهر الحكم و عدم مزاحمته لحالهما، كما لو وقع هذه الامور و ماتا و لم يحصل تداع.

اما المقام الثانى: و هو صورته (1) الدعوى؛ فلو حصل الدعوى فقال احدهما موافقا للاصل الذى لم يلحقه ظاهر معلوم الحجيه، [او قال موافقا ل-] الظاهر المعلوم الحجيه، فهو مدعى عليه. و الاخر مدع. لما بينا ان المدعى من تكون اخباره اضعف. و ضعفه من جهه كونه مخالفاً للاصل، و للظاهر المذكور. فحينئذ نقول لا- يُسمع قول المدعى الآ- اذا كان معه دليل يقينى او ظنى معلوم الحجيه؛ كاليينه او اليمين المردوده. و لا- يلتفت الى قول المدعى عليه بمجردّه (و ان كان قاعده اليقين و الاستصحاب مقتضيا لكلامه لكونه موافقا للاصل) بل

ص: ٢١٠



يحتاج الى اليمين. [و] هذا(١) لاختلاف الحال في صوره الدعوى و غيره.

المقام الثالث: أنه لا بدّ من الفرق بين «غلبه الظن» و «الظن الحاصل من الظن، او العاده، او السند». فإنّ غلبه الظن لا يعتمد عليه في مقابل الاصل، لعدم حجّيته. و ما ذكره(٢) بعضهم من تقديم قول الزوجه بتعاقب الاسلام ليس بشيئ. لأنّ الاصل عدم انفساخ النكاح، و كون التعاقب مزنونا لا يلتفت اليه. لأنّ غايه كون ذلك من باب غلبه الظن الحاصل من الغلبه، كما بيّناه سابقا.

و اما: لزوم التغسيل للميت المجهول الحال في بلاد الاسلام(٣)، و استحباب التسليم على مجهول الحال و وجوب الردّ عليه في بلاده؛ فهو اما مستفاد من سيره الشارع النازل منزله الاجماع في الاعصار المتماديه الى زمان الشارع. او لاجل فعل المسلمين على وفق بناء الشارع من حمل الكفار على تحمل علامه ليمتازوا عن المسلمين(٤). و يحمل الفاقد للعلامه، على انه مسلم. و الّا لزم مسامحه المسلمين في بنائهم. او لاجل ما دلّ على اعتبار الظن الحاصل من الغلبه، كما يعتبر في الجلود و اللحوم في بلاد المسلمين و اسواقهم مع وجود غيرهم فيها.

و قد نصّ عليه في موثقه اسحق بن عمار، عن عبدالصالح(عليه السلام) انه «قال: لا بأس بالصلوه في فراء اليماني و فيما صنع في ارض الاسلام. قلت: فان كان فيها غير اهل الاسلام. قال: اذا كان الغالب عليها المسلمون، فلا بأس»(٥). و كذلك ما روى في مسئله تداعى الزوجين و

ص: ٢١١

١- و في نسخه: هذا خ، ل، فقد اختلف الحال.

٢- و في نسخه: ذكره.

٣- و في نسخه: الاسلام.

٤- و في نسخه: على المسلمين.

٥- الوسائل، كتاب الصلاه، ابواب لباس المصلّي، ب ٥٥ ح ٣.

اعطاء المرثه ما تعارف فى البلد أنّها تاتى به من بيت ابيها، بان من بين الجبلين يعرف أنّ المرثه تاتى بفلان و فلان(١).

اذا تمهد هذا، فترجع(٢) الى مسئلة المسؤل منها؛ و نقول: أنّ زوجيه عمرو لهذه الزوجه محكومه بانقطاعها فى ظاهر الشرع، بعد ما تزوجها زيد، و لا يتزاحم زيد فى امرها ما لم يوجد هناك مدع. فهذا ظاهر يقطع به الاصل السابق، لحمل فعل زيد و الزوجه على الصحه. و بعد ما حصل الدعوى من عمرو، فهو مدع لبطلان امر صحيح فى ظاهر الشرع. فلا يحكم بمجرّد دعواه ببطلان العقد. فإنّ ثبوت الزوجيه فى العام السابق لا يوجب بمجرد استصحابه بطلان اليد الحاليه. فمادام زيد متمسكاً بحقيه اليد على البضع، لا تسلط عليه الاّ مع اقامه عمرو البينه على بطلان نكاحه و بقائها على زوجيه السابقه.

و لما اعترف زيد بأنّها كانت زوجه عمرو و لكنّه و كّلّه فى طلاقها و تزوج بها، فقراره اوجب قبول زوجيتها له الى حين التطبيق الذى يدعى انه و كّلّه فيه. و هو ينكر التوكيل. و ليس له حينئذ الاّ دعوى التوكيل فى طلاق و تطبيقه اياها و كاله عنه. اذ لا مانع من كون لفظ واحد مركبا من الاقرار و الدعوى. فان زيد و ان لم يقرّ بزوجه عمرو على حده و لكن قال «انت و كّلتنى فى تطبيقها و طلقته و تزوّجت بها». فهو يدل بالالتزام على الاقرار بزوجه عمرو حين التوكيل و حين الطلاق، و بالمطابقه على دعوى التوكيل و التطبيق. فهذه دعوى مخالفه للاصل. و الظاهر الذى كان متمسكاً به فى ظاهر الشرع قد ظهر ابتناؤه على هذه الدعوى، باقراره. فلا يمكن له التمسك به. فحينئذ فلا يقبل منه الدعوى، الاّ بالبينه. فانه انقلب امره و صار الان مدعيا. مثل من ادعى على احد شيئا فى ذمّه، و قال نعم و لكن اديته.

ص: ٢١٢

---

١- الوسائل، لعل مراده(ره) ح ٥ من الباب ٨، ابواب ميراث الازواج.

٢- و فى النسخه: فرجع.

و حينئذ فغلبه الظن بصدق زيد فى التوكيل و التطلق، لا ينفع فى شىء. كما لو حصل الظن بصدق مدع ردّ ما يدعيه المدعى فى ذمّته بعد اعترافه باشتغال الذمّته. سواء كان حصول الظن بصدقه من جهه صلاحه و عدالته و تقويه، او من القرائن الخارجيه كتمادى مفارقه الزوجه عن عمرو و مفارقتها اياها(1) ساكتاً عليها، ثم تزوجها بزوجه، و كونها معه مدّه مديده مع اطلاع عمرو و سكوته عنه و ساير القرائن التى اشير اليها فى السؤال فيما نحن فيه. فهذه القرائن و ان كانت توجب اخباره بالزوجه مطابقاً للظاهر المعترى شرعاً ما لم يخالفه قاطع. و لكن بعد اقراره بزوجه عمرو حين التوكيل و التطلق، فجاء بقاطع يزول معه حكم هذا الظاهر و هو اقراره المتضمن لكون هذا الظاهر مبتنياً على دعوى لم يثبت حقيقتها، و لا يلتفت اليها الاً بيّنه مثبته. و هو ظاهر. و لا ينفع القرينه الدالّه على الصدق، لمن اطّلع عليها من دون ان يكون امر يحسن به الظن للعامه. اذ بيّننا سابقاً ان اطلاق المدعى و المدعى عليه، تابع لفهم العرف المبتنى على الاطراد و الكلبيه. فالمدعى من يكون قوله اضعف فى نظر العامه. لان المدعى عند كل احد من يُظن خفاء قوله. و المدعى عليه من يُظن صدق قوله.

ثم: انه بعد ما عرفنا انه بسبب اقراره بان سبب زوجيته هو تطلقه الناشى عن توكيله الذى ينكره، فالمفروض انّ الاقرار من [ال-  
[ادله الشرعيه المقطوع بها، فمحض اقراره يُثبت(2) زوجيه عمرو لها فى زمان يدعى طلاقها بتوكيله. و هو مستصحب و لا يرفع الاً بحجه شرعيه. فيصدق على زيد حينئذ بانه يُترك لو ترك، يعنى اذا بقى على حاله الحاصله من اقراره الموجبه لانفساخ نكاحه، يُترك و يخلى عنه. فلو عاد؛ فاما يجب عليه البيّنه او اليمين المردوده لو ردّها عمرو اليه.

ص: ٢١٣

١- و فى النسخه: و مفارقتها اياه ساكتاً عليها.

٢- و فى النسخه: ثبت.

١- الى هنا تم كلامه قدس سرّه، في مسئلتنا المبحوث عنها، و ما ياتي من كلامه الى آخره؛ فهو اما فرضٌ مستقلٌ لا مدخله له في المبحث و اما فرع يتفرع على مبناه و فتواه. فنقول: بعد الشكر من سعيه الناشئ من سخاوته العلميه، الهادي للافكار و المبرز للدقائق و الظرائف. كيف لا، و هو الميرزا القمي صاحب القوانين المشحون برموز التحقيق، كالنجم الثاقب في سماء الدليل و الاستدلال. و قد استفدنا (و كذا يستفيد كل من ادقّ النظر في كلامه) فوائد جماً لا يوجد في ساير المتون الاصوليه و الفقهيه. فجزاه الله خيرا. لكننا معاشر الطلبة تعلمنا منه(ره) و من امثاله، ان حرّيه الباحث من الضروريات الاوليّه، و البحث عرصه «ان قلت، قلت». فاليك ايها القارئ الكريم: لابدّ في توضيح المقال، التوجه الى «عنصر الزمان» في مسئلتنا و لذلك نفرض مسئله لا مدخله فيها الزمان و نقول: مسئله: امرئه يأسه في بيت زيد اليوم و يده على بضعه. و كانت في صبح الامس زوجه عمرو. فجاء عمرو اليوم و قال «هذه زوجتي» و قال زيد «لقد وكتنتي امس في تطليقتها ثم تزوجت بها». من المدعى و من المدعى عليه، في هذه المسئله. فمعلوم ان قول زيد خلاف الاصل (اي: اصاله عدم التوكيل). و ان كان الظاهر (اي يده على البضع) معه. لانّ هنا، الاصل مقدم على الظاهر. فزيد مدع و عمرو مدعى عليه. فهلاّ فرق بين هذه المسئله و بين مسئلتنا المبحوث عنها؟! و ها اليك الفروق: ١- المرئه فيما نحن فيه غير يائسه، و يحتاج ازدواجها المجدد، بتمام عدتها التي لا تحقّق الا بزمان طويل. ٢- ثم تزوج زيد بها. و عمرو ساكت حتى حملت حملاً. و هذا زمان اخر. ٣- ثم عمرو سكت حتى علم ان المرئه حامله من زيد. فلماذا ياتي و يصير حكم المسئلتان حكماً واحداً؟! نعم: قد يوجد في مورد، او موارد، يتحد حكم المسئلتين و ان كان بين موضوعها فرقا و فروقا. لكن ما نحن فيه ليس منها. لانّ في ذلك الزمان الطويل حصل امور كلها في نفسه دليل، و مسئله اليائسه المذكوره خاليه عنها. فاليك الادله: ١- سكوت عمرو في هذا الزمان الطويل، يصير دليلاً على نفسه، لوجود الزمان الطويل. و يقضى بهذا، العرف. فاسئل العرف. و محور بحثنا هو الموضوع و الموضوعات منحصر في فهم العرف، لا- فهمنا من الادله الاصوليه او الشرعيه. كما اعترف به المصنف(ره) غير مرّه. ٢- امضاء المجتمع (التي حدثت هذه المسئله بينهم) و بنائهم على ان المرئه و زيداً زوجان لهما ولد. و على هذا البناء، ابتنوا معاملاتهم، و مراجعاتهم و اعمالهم مع المرئه و زيد. و عمرو ساكت و لا يعترض لذلك الامضاء. ٣- وجود الولد و حيثيته؛ من كونه ولد مشروع او ولد زناً؟- و الاصل مشروعيته. و للمصنف(ره) و لمن يسير مسيره، ان يثبت اولاً عدم الفرق بين المسئلتين (اي مسئله اليائسه و ما نحن فيه). و لا اقل ان يثبت كون المورد من الموارد التي لا تاثير فيها فرق الموضوعين و فروقها. و دونه خرط القتاد. هذا اولاً. و بالثاني: لاحظ كلامه(ره) من اوله الى اخره، ثم ارجع و لاحظ مجدداً، تجد ان ملخص كلامه الطويل (لكن المفيد) و مثاله الى امر واحد بسيط لا يحتاج لهذه الابحاث و التنظيرات التي تنجرّ احيانا الى القياس. و الامر الواحد البسيط، هذا: هل قاطع قطع الاصل، ام قاطع قطع الظاهر؟- هل الاصل منقطع او الظاهر؟- فنقول: في مسئله اليائسه المذكوره، الظاهر (يد زيد) منقطع باقراره الضمني بانّ المرئه كانت زوجه عمرو. فيبقى «اصاله عدم التوكيل» سالماً و يحكم بان زيد مدع و عليه ان يثبت ادعائه. و اما في مسئلتنا، المنقطع هو الاصل، لحدوث ادله متعدده كل منها دليل قاطع بنفسه. فاصاله عدم التوكيل فاتت و ماتت بازمه قبل يوم الدعوى. لانّ هنا ظواهر، لا ظاهر واحد فقط. ١- يد زيد و استمراره على المرئه، ظاهر لا يقاومه الاصل هنا. و الاصل دليل حيث لا دليل. و الظاهر دليل ما لم يعارضه دليل اخر اقوى منه. و هذه هي النكته التي لم اذعن النظر(ره) فيها. ٢- سكوت عمرو، ظاهر اخر. ٣- و ايضاً طول سكوته في

زمان طويل، ظاهر ثالث. ٤- امضاء المجتمع في معاملتهم مع زيد، ومع المرثه، ومع عمرو في هذا الامر، ظاهر رابع. ٥- و امضاء عمرو نفسه امضاءً عملياً كامضائهم. بل هناك ادله على انقطاع الاصل، من غير سنخ الظهور و الظاهر. بل كل منها دليل قطعي عند العقل و الشرع. من جملته: ١- تقرير عمرو عملاً صحه ازدواج المرثه و زيد. ٢- اقراره الضمني بالفعل و العمل. و المصنف قدس سرّه يعطى لاقرار زيد الضمني، قوه و يقطع به الظاهر الذى لزيد و هو يده. فلماذا لا يعطى باقرار عمرو الضمنى العملى مدى زمان طويل الذى كل يوم منه، بل كل ساعه منه، بل كل دقيقه و ثانيه منه اقرار على صحه التوكيل و على انّ الزوجه زوجه زيد. نعم هذا اقرار (بل اقرارات) بالعمل، و ذاك اقرار باللفظ. لكنّ هنا ليس من موارد قاعده «انما يحلّل الكلام و يحرم الكلام» حتى يحكم بترجيح اقرار زيد بعنوان الاقرار، و لا- يكون اقرار عمرو اقراراً. بل الاقرار العملى هنا اقوى من الاقرار اللفظى. لانّ كلاهما ضمّنّى. بل كذا فى كل الموارد حتى الموارد الماليه و الحقوقيه؛ كما اذا كان مال فى يد بكر طيله زمان و كان سابقاً مال خالد. اليوم يقول خالد «المال مالى» و يقول بكر «نعم و لكن بعته منى». فَمَنْ المدعى؟ فان هنا مضافاً على ان الظاهر (و هو اليد) مع بكر، له ظاهر اخر. لانّ العرف يقضى بانّ العاقل لا يترك ما له زماناً طويلاً فى يد غيره. الا ان يدعى خالد اعطاء منافع المال لبكر طول الزمان المذكور. فيصير مدعياً و بكر مدعى عليه. لان على خالد ان يثبت الاعطاء. و ليس الزوجيه فيما نحن فيه اعطائياً حتى يدعى عمرو، و ان ادعى، فله اثباته بعد ان عَزَّر لفعاله المحرّم. نعم: لو كان دعوى بكر و خالد فى المسئله المذكوره بحيث لا يكون هناك مضى زمان طويل، فبكر مدع و عليه ان يثبت البيع. لانه اقر بكون المال، مال خالد سابقاً. اى سابقاً على الدعوى. لا- سابقاً قبل سنه او سنوات. و المصنف قدس سرّه كرّر تنظير ما نحن فيه بمسئله «بكر و خالد» المذكوره، بصوره مطلقه، و يحكم حكماً مطلقاً. و لا يفصل بين السابق على الدعوى. و بين «السابق سنه او سنوات». و لذا لا يظهر صوره الحقيقه. و الحال انّ التنظير يصح بين خاص مع خاص، لا بين خاص و عام. و كذا لا يصح بين مطلق و مقيد. و اكثر تنظيراته(ره) من هذا القبيل. و ايضا: مبناه و فتويه(ره) مطلق (كما هو عام ايضاً)؛ لا يشمل بمسئله زيد و زوجيه التى مضى عليها زمان طول سنه واحده فقط. بل يشمل كل ما مضى عليها الزمان و ان كان عشر سنوات بل ازيد. و وُلد اولاد متعددون فى طيله ذلك الزمان. كما اشرنا اليه فى التعليقه السابقه. و بالجمله: الاصل (اى اصاله عدم التوكيل) منقطع بالادله القطعيه و الظواهر العرفيه المسلّمه، و الادله و الظواهر باقيات سالمه. و القاضى هنا (كما اعترف المصنف قدس سرّه) هو العرف. فليراجع المُراجع. و ما ذكر فى هذه السطور الاخير، من فهم العامه، و اطلاق العامه المدعى... و هكذا.. فكّلها عليه، لا له. كما اشرنا اليها فى التعليقه السابقه ايضاً. ثم: انه(ره) قد يفتى و يحكم فى بعض الدعاوى، حكماً لا يقطع به الدعوى، بل يتولد من الدعوى الواحد، دعاوى متعدده أُخرى. (لاحظ بقيه كلامه فى المسئله) و الحال انّ وظيفه الفقه و التفقه، قطع الدعوى و فيصلتها. بل هذا حكمه الشرع و التشريع. و اما تسميته(ره) هذه الادله القطعيه العقليه و الظواهر البارزه، باسم «القرينه»، فهو عجب منه قدس سرّه. و اعجب منه توصيفها بصفه «الجزئيه». و اما قوله انّ هذه القرائن مبنيه على التوكيل و التوكيل لم يثبت. و هذا ايضاً عليه، لا له. لان الادله و الظواهر لو كانت غير مبنيه على التوكيل، لما كانت مثبتة للتوكيل، و قاطعه للاصل. الغرفه المرفوعه تدلّ على ان تحتها بيت و جدار. نعم: لو قال(ره) أنّها متفرعه على التوكيل و ينكر عمرو التوكيل، لكان لقوله محلاً. لكن ليس هنا مصداق «الاصل و الفرع». بل مصداق «البناء و المبتنى عليها». على انه لو سلّمنا انّ ما نحن فيه مصداق الاصل و الفرع، فربما فرع اذا ثبت وجوده، ثبت به الاصل، اذا كان الاصل مشكوكاً. كما اذا ثبت فروع السيره، يثبت بها اصل السيره. و اما قوله قدس سرّه: «فيصدق على زيد حينئذ بانّه يُترك لو ترك...»، فهذه اعجوبه صدرت منه(ره) لا- تناسب اللغه و لا العرف و لا العقل و العقلاء. و تُضادّ القواعد حيث يصدق حينئذ بكل «مدعى عليه» انه يُترك لو ترك. فيصير كل «مدعى عليه» مدعياً. لانّ «المتروك» هو نفس الدعوى، لا مورد الدعوى (كما صرّح فى موارد من كلامه) و مع ذلك كرّر انّ زيداً لو ترك مورد الدعوى، تُرك. و على هذا معلوم ان كل من هو «مدعى

عليه» لو ترك مورد الدعوى و سلمه للمدعى، تُرك. اذاً ينقلب كل «مدعى عليه» فى العالم- فى كل زمان و مكان- «مدعياً». و ينقلب كل «مدع» و يصير «مدعى عليه»، كما مرّ البيان فيه فى التعليقه السابقه فى اواسط بحثه(ره) عن هذه المسئله. فارجع.







نعم هنا كلام آخر: و هو انه هل يستقر بمحض ذلك زوجيه عمرو، و للزوجه هنا ايضاً حق. و يتحقق صورته دعوى (١) هو معها ايضاً؟ الظاهر، نعم. و لا يصير تحليف زيد عمرواً، موجباً لسقوط حق الزوجه. و ان اقرت بالزوجيه السابقه (٢) لعمرو، و بان سبب زوجيتها لزيد انما هو طلاقه بادعاء الوكاله لعمرو. فيصير الدعوى مثل السابق، و الزوجه مدعيه و عمرو

ص: ٢١٧

---

١- و في النسخه: الدعوى.

٢- و في النسخه: و ان اقرت زيدا بالزوجيه السابقه.

مدعى عليه. و اما لو قالت الزوجه «انا لست بزوجه عمرو» و اجابت(١) بالاعم اذا علمت بوقوع نكاح زيد على الوجه الصحيح لكن اتت(٢) بالجواب الاعم خوفا من العجز عن الاثبات.

فحيثذ يكون عمرو مدعىا. و يثبت ان كانت على الزوجيه السابقه، فلا ينفعه. لأنّ الزوجه ذات اليد على بضعها، و الاظهر عدم معارضه البيئه على السابق، اليد الحاليه. بل لابد ان يشهد ان الزوجه الحال زوجة عمرو. فيتوجه الحلف مع العجز عن البيئه الى الزوجه. فاذا حلفت(٣) فينقطع زوجيه زيد فى ظاهر الحكم الشرعى و لكن لا- يثبت زوجيه عمرو ايضا. فلا- يجوز للزوج ان يتزوج بغير زيد، لا اعترافها(٤) بصحه عقده و ليست زوجة عمرو ايضا. لأنها

ص: ٢١٨

١- و فى النسخه: اجاب.

٢- و فى النسخه: بانت.

٣- و فى النسخه: حلف.

٤- اين اعترافها؟ و المفروض أنّها اجابت بالاعم و ما قالت «انا زوجة زيد و لست زوجة عمرو». كما صرح به المصنف قدس سره. نعم هى معترفه عملا و بفعلها و بفعلها طول زمان حياتها و معاشها مع زيد. فاذا اعترف المصنف أنّها اعترفت (اي قررت و اقرت بزوجه زيد اقراراً ضمناً) بفعلها عملاً، فلما ذا لم يكن سكوت عمرو طول نفس الزمان تقريراً و اقراراً؟! و اما اليد: فما الفرق بين كون يد زيد على البضع و بين كون يد الزوجه على البضع؟ فى مقابل يد زيد، اصاله عدم الوكاله. و فى مقابل يد الزوجه، اصاله بقاء زوجيه عمرو، مضافاً الى اقتضاء الحكم الفاصل للدعوى، زوجيته. فإى اليمين اقوى مقاومه فى مقابل الاصل؟ (نعم هناك فرق سنينيه). فمعلوم أنّ يد زيد اقوى لأنّ يد الزوجه مشوبه بالزوجيه السابقه لعمرو، و معارضه بمقتضى الحكم ايضا. لكن يد زيد لا ريب ولا شوب فيها. فيد زيد على الزوجه اقوى من يد الزوجه على نفسها. فالمصنف(ره) يجعل القوى ضعيفا، و الضعيف قويا. فيد زيد احدى الادله القاطعه للاصل، و تقرير عمرو العملى دليل اخر، و اقراره العملى دليل ثالث، و امضائه العملى دليل رابع و مجموع الادله قاطع لاصاله عدم التوكيل، لولا ان الواحد منها تكفى فى القطع. مع أنّه قلنا: هناك امضائات و تقارير و اقرارات بعدد ايام الزمان الطويل بل بعدد ساعاته. و المصنف(ره) يرى هذه الادله خارجه عن الدعوى و لذا يسميها قرائن جزئيه و لا يعطيها اثرأ. و اما الخروج: كون امر خارجاً عن الدعوى، على قسمين: ١- خروج عن اصل الدعوى: فكل دليل كذلك. لانه معلوم أنّ الدعوى امر، و الدليل امر اخر فى اطراف الدعوى. و الأ فيلزم اتحاد الدليل و المدلول. ٢- كون الدليل خارجاً عن اصل الدعوى و عن اطرافها معاً: و مراد المصنف كون الادله المذكوره من هذا القبيل. فنقول: هذا القسم ايضا على ضربين: الف: اذا كان الخارج حجه: كالبيئه. فان البيئه خارج عن اصل الدعوى و اطراف الدعوى. لكن الشارع جعل البيئه دليل الفصل للدعوى. ب: اذا كان الخارج غير حجه: فهذا القسم لا ينفع فى شىء. فمثال الكلام ان الادله المذكوره، حجه ام لا؟-؟ ليس التقرير العملى بحجه؟ فهل شكك فى حجه الامضاء العملى؟ سيما فى البضع و العرض. و المصنف يجعل اعتراف الزوجه دليلاً. و الحال اعترافها اعتراف ضمنى عملى (كما بينا) فهل فرق بين «الاعتراف» و بين «الاقرار» فى مسألتنا؟ و الحقيقه لا تتغير بتغيير اللفظ. فيد زيد (مع انه لا- حاجه بها، لوجود الادله الأخر) دليل فى زمره هذه الادله. نعم: اذا كان هناك يد خارجة عن الدعوى و اطرافه، فتصير قرينه، لا دليلاً. لكن لا مطلقاً. بل قد تبقى فى كونها دليلاً، كما فى ما نحن فيه. لأنّ يد زيد على الزوجه

فى مسألتنا لىست ىداً مجرداً فقط. بل ىده «ىد مستمر برأى العىن من عمرو طول اعوام» و ممضاه بامضاء عمرو. فهذا الىد دلىل و لا تصىر قرىنه. فهذا الىد بنفسها تكفى فى انقطاع اصاله عدم التوكىل فكىف اذا كان معتضده بالادله الأخرى. كما ان كل و احده منها تكفى فى القطع. لا ىقال: اذا فرض الىد ممضاتا، فالدلىل هو الامضاء، لا الىد. لأننا نقول: امضاء عمرو عملاً كون المرئه زوجه زىد، امرٌ فى نفسه. و امضائه ىد زىد عملاً امر اخر. و لكل من الامرىن، لحاظ مستقلة، و اللحاظ و اختلافات اللحاظات ىسبب تعدد الامور. و لها امثله كثره. فتأمل جىداً. اما العرف: فالعرف ىقضى بانّ الانسان العاقل المسلم، لا ىترك زوجته تحت رجل اخر اصلاً و كىف الترك طول الاعوام حتى تكون ذات ولد من نطفه الاجنبى. لىت شعرى اىن العرف الذى ىتمسك به المصنف قدس سره مكرراً فى خلال كلامه-!؟

تنكرها و حلفت عليه.

و هل يجوز لها المعاشرة مع زيد في الخلوة على سبيل الزوجية؟ لا يبعد جوازها

ص: ٢١٩

للزوجه، دون زيد. لأنَّ القسم اسقط حقه في الدنيا ظاهراً و باطناً و ان بقى في الاخره. و مثل ذلك في [ال-] احكام الشرعيه كثير، فقد يثبت الحكم لاحد المتعاقدين دون الاخر.

و يمكن ان يقال: غايه الامر سقوط حق زيد بسبب القسم عن الزوجه، و لكنّه لم يثبت سقوط حق الزوجه فلو طالبتة النفقه و المواقع و المضاجعه في الخلو، فلا حرج عليها(١). لعدم سقوط حقها. و لكن يرد عليه أنّ مع(٢) سقوط حق الزوج، لا يمكن استيفاء الحق، إلا باجبار الزوجه اياه مثل المضاجعه و المواقع(٣).

الآ- ان يقال: غايه الامر اسقاط حقه عن الزوجه بالنسبه الى عمرو، لا مطلقا لجواز اختلاف الحثيات. و يظهر الثمره [فى] جواز مخالفه عمرو لو اطع عليه، مطلقا.

و هنا كلام اخر: و هو أنّ ما ذكر(٤) من أنّ القسم مسقط للحق مطلقا، [فهو] فى صوره عدم ظهور البيّنه بعده، بلاخلاف. و بعد ظهور البيّنه ايضاً على اظهر الاقوال و اشهرها. [لكنه] هل هو مختص بالاموال، او شامل للنكاح و غيره ايضاً؟-؟ و هل يختص بدعوى الدين؟ او يشمل دعوى العين ايضاً؟-

فتقول: ظاهر بعض الاخبار شموله للعين ايضاً و ان كان بعضها ظاهراً فى الدين. و الاظهر عدم الفرق. و لم افق على احد تعرّض للفرق فى الدين و العين، لا المال و النكاح. بل قد صرّح فى مسئلة الدعوى على الميت بعض الفقهاء بعدم الفرق بين العين و الدين. و أنّ لفظه عليه [السلام] فى الزوايه الوارده فى حكم الدعوى على الميت، شامل للعين ايضاً.

ص: ٢٢٠

١- و فى النسخه: «عليه»، بعنوان البدل.

٢- و فى النسخه: منع.

٣- و هذا المشكل العظيم مولود اخر من مواليد مبناه قدس سرّه، و قد جاء الشرع لحل المشكلات لا لايادها.

٤- و فى النسخه: ذكره.

فلا يحصل الاشكال في هذا المقام بأن (١) المدعى به، نكاح لا مال، و ان الزوجه عين لا دين (٢).

ثم: و هل يجوز ان يتزوج هذه الزوجه بزید ثانيا بعقد جديد، ام لا؟-؟ في اشكال، من جهة انه بسبب تحليف عمرو، حكم بأنها كانت في حال العقد، زوجه عمرو، و نكح [زيد] ذات البعل و دخل بها. فيحكم بظاهر الشرع أنّها حرام عليه موبدأً. و من جهة ان ادلّه الحرمة المويّده في نكاح ذات البعل لا- تنصرف الى مثل هذا القسم من نكاح ذات البعل. بل أنّما يتبادر منها نكاح ذات البعل في نفس الامر. لا التي حكم بكونها ذات البعل في ظاهر الشرع.

و اظهر ادلتها فيما نحن فيه، موثقه اديم بن الحرّ؛ قال: «قال ابو عبدالله عليه السلام: التي تتزوج و لها زوج، يفرّق بينهما، ثم لا يتعاودان ابداً» (٣). و دلالتها ممنوعه فان الظاهر من قوله عليه السلام: «تتزوج و لها زوج» أنّها في حال العقد لها زوج في نفس الامر و تتزوج. غايه الامر ان يدخل فيه من حكم بكونها ذات البعل في ظاهر الشرع حين العقد ايضا. و

ص: ٢٢١

١- و في النسخه: لان.

٢- لا يذهب عليك: ان دليل المصنف (ره) اخصّ من مدعاه؛ لانه اثبت عدم الفرق بين العين و الدين، و استنتج منه عدم الفرق بين المال و النكاح ايضا اتكاءً على أنّ الزوجه عين. و هذا يتم في الزوجيه الاملاكيه (اي الامه و البضع الملكي) لا في الزوجه الحرّه. فانّ بينهما فرقاً و هو أنّ مالكيه المولى لبضع الامه ملك طلق. و مالكيه الزوج لبضع الزوجه الحرّه ليست ملكاً طلقاً بل في مقابله حق استمتاع الزوجه من الزوج، امر مسلم. بل اطلاق لفظ المالكيه و المالكيه على البضع، اطلاق تسامحي و المراد الاختصاص لا- المالكيه كالمال. و لذا ليس للزوج بيع البضع. فالزوجه ليست بعين. اي ليست عينها مقصوده هنا، بل المقصود اختصاص بضعها. و يصدق العين بالامه، لا- بالحرّه، و البحث في الحره. و لعلّ ديدنه هذا، من العوامل التي يمنعه عن التوجه بالاثار الاجتماعيه الفاسده و المشكلات المتعدده الناشئه من مبناه و فتواه. فتامل.

٣- الوسائل، كتاب النكاح، ابواب ما يحرم بالمصاهره، ب ١٦ ح ١.

المفروض أنّ فيما نحن فيه، [حُكم بانّ] الزوجيه(١) الواقعيه ثابتة للزوجه، ولا- حُكم في ظاهر الشرع بكونها ذات بعل في حال العقد. فعمومات جواز النكاح باقيه على حالها.

فان قلت: أنّها في الحال بسبب حلف عمرو، محكوم بزوجيتها لعمرو، و هي الحال ذات بعل و لا يجوز نكاحها.

قلت: ان ذلك معارض بعنوان القلب بانّ(٢) الزوجه بسبب حلفها محكوم به بعدم زوجيتها لعمرو ايضا. فليس نكاحها نكاحاً بذات البعل. و بعد تعارض الجانبين و تساقطهما، ينفي الاصل. و العمومات سالمه على حالها، فيجوز نكاحها لزيد بنكاح جديد.

الا- ان يقال بإمكان الجمع؛ بان يكون التزوج جازماً للزوجه دون زيد. و يظهر الثمره اذا اتفق المزوجه في حال لا يعرف الزوجه، بان يصير الزوج اعمى مثلاً و لم يعرفها بوجه اخر غير الرؤيه ايضا. فتأمل. فالعمده ما ذكرنا من عدم انصراف الأدله الى مثل ذلك. والله العالم بحقائق احكامه.

٣٧: هذه رساله

في انفراد مسئله الطلاق بعوض، عن الخلع.

و وقوع الفراق به بدون الكراهه اصلاً، و اختصاصها بالزوج

ص: ٢٢٢

---

١- و في النسخه: أنّ فيما نحن فيه الا الزوجيه... .

٢- و في النسخه: ان.

الحمد لله رب العالمين و الصلوه على محمد و آله اجمعين. فهذه كلمات سنحتنى فى مسئله مفضيئه قد اشتبه على امرها منذ اوقات. و هى مسئله «انفراد الطلاق بعوض، عن الخلع. و وقوع الفراق به بدون الكراهه اصلا. و اختصاصها بالزوج». بعد ما استقرّ الراى على بطلانه من راس، منذ اربعين سنه، و فاذا للفاضل السيد محمد(ره) فى شرح النافع. و ان كنت فى هذا الحين حرّياً بان لا اميّز السّين من الشّين. و الفتّ (١) من السمين لبلوغ السنّ مقارب السبعين، و نزول النوائب الروحانيه و الامراض الجسمانيه المقربه الى الحين، فوق ما يحرب باليمين. او يقرّر بلسان مبین. و لكنتى لما رايت الان ان موافقتى للفاضل المذكور جعل طريقه السابقين عليه كالمهجور، و جعل جمعاً كثيراً من الطلاب فى ذلك كالمغرور. فكتبت ذلك رجاءً لتيقظ الطلاب، و ايفاءً لبعض حقوق متقدمى الاصحاب.

و تحقيق القول فيه يستدعى رسم مقدمات:

المقدمه الاولى: فى تحقيق معنى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢)، و استدلال الفقهاء به فى تصحيح العقود و لزومها. فانهم قد تداولوه فى ذلك فى جميع الاعصار و الامصار.

و قد يُستشكل: بانّ المراد ان كان ما يسمّى عقداً لغه، فيلزم ان يكون كلّما يخترع و يصدق عليه أنّه عقد، يجب الوفاء به. و التخصيص بالصحيحه منها يستلزم التخصيص الغير المرضى. فان الباقي فى جلب المخرج كالمعدوم. و ان اريد العقود المتداوله المتعارفه فى زمان الخطاب، فهى غير معلومه.

و يمكن دفعه؛ بان العقود المتعارفه فى زمانها (من البيع و النكاح و الصلح و الهبه و

ص: ٢٢٣

١- فتّ فى عضده: اى كسر قوّته- الفتّ: النحيف، ضدّ السمين.

٢- آيه ١، سوره مائده.



الاجاره و نحوها مما ذكره الفقهاء) لا ريب في تعارفها و تداولها في ذلك الزمان ايضا. و انما هي المتداوله في زماننا هذا. و الاصل عدم التغيير. و استدلالا لهم يرجع الى اثبات هذه العقود، و يتمسكون بها في تصحيح هذه اذا شك في اشتراط شئ فيها، او وجود مانع عن تأثيرها، و نحو ذلك. لا تصحيح عقد براسه.

و اما مثل شركه الابدان، و المغارسه، و الشغار، و نحو ذلك (فان لم نجعل من اقسام هذه العقود بانّ بطلانها من جهه فقدان شرط او وجود مانع) فلا يلزم من اخراجها التخصيص الغير المرضي، كما لا يخفى.

و الظاهر انّ المراد بالايفاء بالعقد، العمل على مقتضاه مادام باقيا. فلا ينافي وجوبّ الايفاء كونّ بعض العقود جائزاً كالشركه، و المضاربه، و نحوهما.

و بالجملة: الظاهر انه ليس المراد من الامر، وجوب العقود (كما لا يخفى) و لا- وجوب الالتزام بها بديناً. لجواز (1) الفسخ في اللازمه منها بالتقاييل، و الطلاق، او غيرهما. و كذا في الجائزه. فالمراد هو وجوب الايفاء على مقتضاها مادامت باقيه على حالها.

ثم: ان الظاهر انّ المخاطب بالايه، كل واحد من المكلفين. على ما هو التحقيق من افاده صيغه الجمع، العموم الافرادى، لا المجموع من حيث المجموع. و حينئذ يلزم التجوّز في العقود باراده احد طرفى العقد من الايجاب و القبول. اذ لا يصدر من كل واحد الا احدهما (2)، الا مع تعدد الحثيه، كما لو اتحد الموجب و القابل (3). فيكون من باب «اوف بالعهد» (4) و

ص: ٢٢٤

١- و فى النسخه: الجواز.

٢- و فى النسخه: لا احدها.

٣- و فى النسخه: المقابل.

٤- آيه ٣٤، سوره اسراء: أَوْفُوا بِالْعَهْدِ

«يُوفُونَ بِالنَّذْرِ» (١). و يكون المراد؛ الايفاء على مقتضى الايجاب و القبول. او المراد وجوب الايفاء على مقتضى نفس العقد الحاصل من الايجاب و القبول. فلا يكون من باب اوف بالعهد و يُوفُونَ بِالنَّذْرِ.

و على اى تقدير؛ فيصح الاستدلال بها على صحة الفضولى. و لا يرد أنها لا معنى لوجوب ايفاء البايع فضولاً، على مقتضى بيعه. فإنّ الايفاء على الاحتمال الثانى واضح بعد تمامه بالاجازه و كذلك على الاول؛ لأنّ مقتضى ايجاب البايع فضولاً، العمل على مقتضى بيعه عليه ان يعتقد كون المبيع مال المشتري بعد اجاره المالك، و يترتب عليه ثمرته.

هذا ما حققته فى سالف الزمان فى وجه الاستدلال بالايه.

و لكنّ الذى يظهر لى الان بعد التامل؛ ان ذلك لا يخل من اشكال. بملاحظه ظاهر اللفظ، و ان الجمع المحلّى حقيقه فى العموم لا العهد. و بملاحظه تداول العلماء الاستدلال بذلك على الاطلاق. و بملاحظه عدم ثبوت الحقيقه الشرعيه فى لفظ «العقد». و هو فى الاصل «الجمع بين الشئيين بحيث يعسر الانفصال». و المراد بالعقد هنا «العهد الموثق» على سبيل المجاز، تسميه المتعلّق باسم المتعلّق. فالعقد هنا هو التوثيق و التشديد، فى الاصل. و هو يتعلق بالعهد و غيره. (قال الجوهري: عقدت الحبل و العهد و البيع فانعقد). فالمراد بالعقود هنا، العهود الموثقه. كما صرح به جماعه من المفسرين.

و يمكن دفع الاشكال (مع التزام اراده مطلق العقود و العهود الموثقه، مراعاةً للمعنى اللغوى) بان لزوم التخصيص الغير المرضي، لو سلّمنا كثرته الغير المتداوله فى الشرع، أنّما هو اذا اريد بعموم العقود، العموم النوعى. و هو خلاف التحقيق. بل المراد العموم الافرادى. فاذا

ص: ٢٢٥

لوحظ الافراد، فلا ريب ان افراد العقود المتداوله، اكثر من افراد غيرها(١). سيما فى مثل البيع و الاجاره و النكاح. فبعد(٢) منع ثبوت الحقيقه الشرعيه فى لفظ العقد، فيبقى على عموم معنى اللغوى. فكلما ثبت بطلانه بدليل (كالميسر، و الازلام، و الربا، و الرهان لغير ما جوزه فى محله، و المغارسه، و نحوها) فيخرج و يبقى الباقي.

و الى ذلك ينظر استدلالهم بهذه الايه فى لزوم العقد اللازمه. فالجواز فى مثل الوكاله، و المضاربه، و الشركه و نحوها، انما ثبت بالمخصص. و الّا قلنا باللزوم فيها ايضا. و لذلك تأمل بعضهم فى بطلان «شركه الابدان» و «[شركه] الوجوه» و نحوهما، [اذ] لم يكن اجماع. فلا يلزم وجود الدليل فى كل واحد من خصوصات العقود صحهً و لزوماً. بل المحتاج اليه، الفساد و الجواز.

و لا بد فى هذا المقام؛ معرفه(٣) ان الصحه التى هى من احكام الوضع، يتوقف على التوظيف من قبل الشارع. و كون الاصل اباحه العقد او براهه الذمه عن العقاب و المؤاخذه عليه، معنى اخر لا يستلزم ترتب الاثر الذى هو معنى الصحه المبحوث عنه هنا. فان مقتضى اصل الاباحه و البرائه و ان كان جواز المعاهده و المعاقده و جعل الاثار مترتبه عليها عند العباد. و لكنه لا يثبت بمحض ذلك عدم انفكاك الاثار عن المؤثرات و لزوم الوفاء بها بحيث لو تخلفوا عنها كانوا معاقبين. و اما بعد ثبوت تجويز ذلك الجعل من الشارع، فيلزم ترتيب الاثار على المؤثرات، و لا يجوز التخلف. فمعنى الصحه التى هى حكم من احكام الوضع، هو حكم الشارع بلزوم الترتيب.

ص: ٢٢٦

١- و فى النسخه: غيرهما.

٢- و فى النسخه: فيعدّ.

٣- و فى النسخه: فى معرفه...

نعم: قد يلزم الترتب بدون حكم الشارع ايضا فيما استقل به العقل فى الحكم بلزومه، كردّ الوديعه و اداء الدين. و لكنه ايضا من الاحكام الوضعيه الثابته من الشرع بلسان العقل. و حكم العقل بالاستقلال من جمله الادله الشرعيه. فيظهر ثمره توقيفيه الاحكام الوضعيه، فيما لم يستقل بحكمها العقل. فلو فرض ان اهل العرف قد وضعوا البيع و جعلوا من آثاره تملك كل من المتبايعين ما كان فى يد الاخر، و [لو لم] (١) يبلغ من الشرع الحكم بذلك الترتب و لزومه، فيجوز ردّ كل منهما ما فى يده الى الاخر، مع استرداد ما كان له اولاً بدون رضاء الاخر. فمقتضى اصل البرائه و الاباحه، جواز المعاقده و جواز اعتقاد التملك بها، و جواز التصرف المالكى فى كل من الطرفين. و اما ثبوت الملكيه الواقعيه فى نفس الامر، و عدم جواز الاخذ منه مع ردّ عوضه اليه بدون رضاه و امثال ذلك، فيتوقف على حكم الشرع، و هو معنى الصحه.

فلنرجع الى تفسير الايه و محتملات بيان الايه (٢) [فهى] امور:

الاول: ان المراد بيان وجوب العمل على مقتضى كل عقد يعقدونه. مطابقا لحكم العقل بحسن الوفاء بالعهد و العقد (٣). كما يشير اليه قوله (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم» (٤). فهذا ايجاب للوفاء بكل عهد و شرط الا ما خرج بالدليل. فالايه (بمقتضى دلاله الصيغه على الوجوب) يفيد اللزوم، و هو مستلزم لتشريعته و تسنيته. فهناك «الاصل فى اللزوم» انما ظهر من الشرع. و هذا يثمر فى مجهول الحال، و لا يجب تتبع احوال اهل العرف فى انّ بنائهم كان على اللزوم او الجواز. فثبت من الايه الرخصه و الايجاب و اللزوم الى ان يثبت المنع و

ص: ٢٢٧

١- و فى النسخه: و لما- و لها وجه.

٢- و فى النسخه: و بيان محتملات الايه امور.

٣- و فى النسخه: و الال.

٤- الوسائل، ج ٢١ ص ٢٧٦.

الثانى: ان المراد بيان الصحه و ترتب الثمره التى كانت منظوراً للمتعاقدين. يعنى [ما] تعاقدون عليه بينكم، فقد اجزته و رتبت عليه الثمره التى تريدون منه. فصار شرعياً. بان يكون الامر من باب رفع الحظر و اثبات محض الرخصه و جواز ما يفعلون. و يلزمه ان يصير كلما كان عندهم على وجه لزوم، لازماً. و على وجه الجواز، جازياً. و لكن هذا يحتاج الى تتبع احوال اهل العرف و متابعتهم فى اللزوم و الجواز، و لا يثبت من الايه عموم الوجوب و اللزوم.

الثالث: ان المراد: انّ ما جَوِّزنا لكم و حللناه و رتّبنا عليه الثمره، من العقود. فيجب عليكم الوفاء بمقتضاه؛ مثل ان عقد البيع فى العرف، كان «هو نقل عين بعوض معلوم» فصّحّه الشارع (١) و جَوِّزه و رتّب عليه الثمره التى ارادوه، بقوله «أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٢)، و مثل المضاربه التى جَوِّزه بقوله «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (٣)، ثم قال اوفوا به. يعنى يجب الوفاء على مقتضاه من النقل، بمعنى استمرار ملكيه الطرفين لما ملكاه. فهذا يُثبت اللزوم فى جميع العقود المجوّزه. و اما العقود الممنوعه كالربا و الميسر و غيرهما، فلا معنى لوجوب الوفاء فيها.

الرابع: ان المراد: انّ ما بيّنا لكم جوازه من العقود و شرحنا لكم و ميّزنا اللازمه منها عن الجائزه، و الراجحه عن المرجوحه، فافوا بها على مقتضاها؛ فاعتقدوا لزوم اللزومات و اعملوا بمقتضاه، و جواز الجائزات و اعملوا بمقتضاه. و هكذا اوفوا بجميع العهود الموثقه و

ص: ٢٢٨

١- و فى النسخه: و صحيحه الشارع.

٢- آيه ٢٧، سوره بقره.

٣- آيه ٢٩، سوره نساء.

المواثيق المحكمه عن الايمان بالله و اليوم الاخر و بتحليل ما احلّ و تحريم ما حرّم، و العمل على مقتضى ما فرضه من الفرائض و الاحكام و الحدود. فيكون الايه من باب الارشاد و الوعظ، او الامر بالمعروف و النهى عن المنكر. لا من باب انشاء الحكم و احداثه.

فعلى المعنى الاول: يكون الايه مؤسسه للحكم، فمقتضاه حليه كل عقد و ترتب ثمرته التى ارادها مواضعوه. خرج ما خرج بالدليل و بقى الباقي. فنقول: معنى اوفوا بالعقود، يجب الوفاء بكل عهد موثق بينكم و بين الله كالنذر و اشباهه. [أ] و بين انفسكم بعضكم مع بعض كالبيع و اشباهه. او بين انفسكم كالاتزامات و الاشتراطات على النفس من غير جهة النذر. او من الله اليكم كالايمن به فى عالم الذرّ و بعده.

فالاصل وجوب الوفاء بكل عهد موثق و هو المسمّى بالعقد، خرج ما خرج بالدليل؛ كالشركه و المضاربه (و ان كان صحيحاً بسبب قوله تعالى «الّا انّ تكون تجاره عن تراض»). و داخل تحت عموم الايه، و لكنه ليس بلازم بسبب الاجماع) و غيره كالمغارسه و شركه الابدان، فأنهما ممنوعتان راساً (١) بدليل خارجي. فكلمًا يندرج فى «التجاره عن تراض» ثبت صحه منه و لزومه بهذه الايه. و ما لا يندرج فيه كالطلاق بعوض، ان قلنا أنّه لا يسمّى تجاره (٢) ثبتت صحته و لزومه بهذه الايه. بل نقول ثبتت الصحه و اللزوم فى جميع العقود بالايه خرج ما خرج من الصحه و اللزوم المستفادين من تلك الايه و بقى الباقي.

فما ذكره فى بعض المقامات من المنع من جهة انّ العقود من الوظائف الشرعيه و موقوف على التوظيف، و انه لم يرد عليه نص بالخصوص، مثل ما ذكره فى المغارسه؛ فاما غفلوا عن عموم الايه او منعوا انصراف عمومها اليه. و لذلك تفتن بعضهم لذلك و ردّ بمنع

ص: ٢٢٩

١- و فى النسخه: فانها ممنوعه راساً.

٢- و فى النسخه: فى تجاره.

عدم التوظيف مستنداً بان عدم ورود النص الخاص، لا يدل على عدم التوظيف. لثبوته من العموم. و نظير ذلك في الفقه كثير. كما انه منع جماعه عن اخراج المؤمن في الزكوه مستنداً بعدم النص. و ردّ عليه اخرون باستفاده ذلك من نفى الضرر و الحرج. و كذلك الكلام في من منع خيار الغبن في البيع او في غيره من الاجاره و امثالها مستنداً بدليل اللزوم و عدم نص خاص عليه. و ردّ بان الدليل هو لزوم الضرر.

بل و يمكن ان يقال: لا يبعد التمسك في صحه معامله، باصل الاباحه و اصل البرائه. اذ هو من الادله الشرعيه. و هو ايضاً كثير في كلامهم حتى ان السيد(ره) في الانتصار، جعل من ادلّه حليّه المتعه، اصل الاباحه و اصل البرائه. فانحصر عدم جريان اصل البرائه و الاباحه، في اختراع العباده من الاصل. و الأ- فيجوز تميم العباده بهما ايضاً في ما لو شكّ في زياده بعض الاجزاء، او شكّ في وجوبه في العباده. كما حقّقناه في محله.

و لكن قد عرفت ان معنى اثبات صحه معامله بهما، ان الاصل اباحه ما يتعاقد الناس بينهم و يلزموهم. فاذا ثبت الاباحه بهما فيضمّ اليه هذه الايه و يثبت لزومه. فيصح ان يتمسك بهذه الايه في لزوم كل عقد الا ما يثبت من الخارج حرمة من الشارع، او عدم ترتّب الاثر عليه اصلاً، او عدم لزومه.

ثمّ اعلم: ان الاوامر الوارده بالصلوه (مثلاً)، على قسمين: فمثل «أَقِمِ الصَّلَاةَ لِتُدْلُوكَ الشَّمْسُ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ» (١) الايه. ظاهر في اثبات الحكم الاولي و تشريع الصلوه. و اما «أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَ آتُوا الزَّكَاةَ» (٢) و نحوها، فلعله من باب التاكيد و التنبيه و الركون (٣) عن تركها.

ص: ٢٣٠

١- آيه ٧٨، سوره اسراء.

٢- آيه ٤٣، سوره بقره.

٣- و في النسخه: الركوع.

مثل ان الأمرين بالمعروف اذا قالوا صلّوا، او زكّوا، انما يريدون الامر بما ثبت وجوبه من الدليل. بل و المخاطبون عالمون بالوجوب. و الولي اذا قال للطفل: صلّ، و افعل كذا و كذا. هو اعلام لاصل الوجوب و تعليم له اياه.

و حينئذ نقول: المراد ب- «اوفوا بالعقود»، اّما بيان تشريع العقود المتداوله (و لو على سبيل الزامهم بما كانوا يفعلون من دون سبق تعليمهم اياها من جانب الشرع و الزامه اّياهم بالعمل و الوفاء على مقتضاها) فيكون مثبتاً للحكم و الزاماً معاً. و اّما بيان العقود التي ثبت من الشارع لزومها و الالتزام بها [المراد بها ا] عملوا بها كما يّين لكم، نظير تنبه الأمرين بالمعروف. او بيان كليهما اعنى [ال-] تنبيه في البعض [و] التشريع و التسنين في البعض.

فعلى الاخير، يلزم استعمال اللفظ في معنيه. و هو غير جائز الاّ- باراده عموم المجاز، و هو معنى مجازي، الاصل عدمه. و لما كانت المائده اخر سوره نزلت، فاراده نظير الامر بالمعروف، الصق بالمقام. و لكن اراده القدر المشترك، اتمّ فائده. و يمكن ان يقال انّ هذا هو المعين، بان يكون من باب التناسي عما يّين قبل ذلك. فليس الامر بالوفاء امراً بشرط انه تأسيس، و لا بشرط انه تأكيد، بل لا بشرط. و مقتضاه بيان التشريع و التسنين. فكانه اوجد اساس الحكم بهذا اللفظ، متناسياً عما يّين قبل ذلك. و كان التعليق بالوصف (اعنى وصف العقدية) يشعر بان وجوب الوفاء انما هو لاجل انه عقد، لا لاجل انه ورد به الشرع قبل ذلك. بخلاف ما يريد به الأمر (1) بالمعروف حيث يقول: ايها المومنون لا تتركوا الصلوه و الزكوه و بادروا الى الصلوه في اوقاتها، و الى الزكوه حين وجوبها بتصفية الغلّات. و نحو ذلك. مع ان ذلك ايضاً امر حال معلوميه الصلوه و الزكوه، لا بشرط معلوميتها.

و الحاصل: ان مقتضى الامر طلب ايجاد الوفاء بالعقد، اي العهد الموثق. و عموم العقود و

ص: ٢٣١

١- و في النسخه: الامرون.



جواز الاستدلال بها في اصل تشريع العقد و لزومه، هو الذي (١) تداول العلماء في الاعصار و الامصار.

و ظهر بذلك، و هن ساير الاحتمالات؛ من اراده نفى الحظر من الامر، و [من] اراده التنبيه و التشديد كما في الامر بالمعروف. و من اراده كل من المعنيين على البدل، و من اراده القدر المشترك بينهما؛ بمعنى التظن لهما و اخذ المشترك بينهما (كما في عموم المجاز) و اصل طلب الفعل مع الالتزام الذي هو المعنى الحقيقي و ان كان المطلوب قدراً مشتركاً بين ما هو معلوم الصحة و الجواز و الالتزام ايضاً قبل ذلك، و بين غيره. و هذا القدر المشترك، غير القدر المشترك الذي قدّمناه. اذ هو القدر المشترك في الطلب، و هذا في المطلوب.

فان قلت: استدلالهم بهذه الايه في تصحيح العقود، فيما اختلف فيه من افرادها. لاجل ادخال ما اختلف فيه في ضمن العقد العام المأذون فيه. كما استدّلوا في تصحيح «الصلح الابتدائي» بذلك. لان الصلح عقد من العقود يجوز من الشارع بقوله «الصلح خير» و «الصلح جازن بين المسلمين» و هذا منه. فيجب الوفاء به لانه صلح، لا لانه من جمله افراد مطلق العقود. و هكذا من يستدل في تصحيح عقد الشركه (اذا اشترط لاحدهما زياده الربح مع تساوى (٢) المالين، او بالعكس) بعموم هذه الايه (٣)، مراده ادخال ذلك في عقد الشركه المجوّز من الشارع.

قلت: اولاً: هذا لا يتم في مثل عقد المغارسة في كلام من استشكل في بطلانها مستدلاً

ص: ٢٣٢

١- و في النسخة: و هو الذي.

٢- و في النسخة: من تساوى... .

٣- و في النسخة: لعموم هذه الايه.

بامثال هذه الايه. فانّ عقد المغارسة لم يثبت تجويزه في الشرع بنصّ حتى يندرج هذه فيه. و توهم كونه من المساقات بعيد.

و ثانيا: ان دخول الصلح الابتدائي و الشركه المذكور، في مطلق الصلح و الشركه المجوزتين، ممنوع. فالاولى ان يستدل بذلك الاطلاق(1) و لا حاجه الى الاستدلال بهذه الايه. مع انهم ذكروا في تعريف الصلح «انه عقد شرع لقطع التجاذب» و كلما ورد فيه من الايه و الاخبار، ايضا ظاهره فيه. و لم يثبت في الصلح و الشركه، حقيقه شرعيه، و لا عرف خاص، [حتى] يُحمَل كلام الشارع عليه. فدخول ذلك في اطلاق الصلح، محل الكلام. اذ هو انما يتم لو ثبت وضعه لما يشمل ذلك. و كذلك الشركه المذكوره. و كذلك ساير المواضع المختلف فيها.

فعلم ان مرادهم بالاستدلال بعموم الايه، من جهه انه عقد. لا انه من جمله هذا العقد الخاص. و من جميع ما ذكرنا ظهر ان حمل الايه على جميع العهود الموثقه، اولى. سواء كان من العقود المخترعه بين العباد، و سواء كان من العقود المتداوله في الفقه و غيرها. و سواء ورد التجويز فيها بنص خاص او عام، اولاً(2). و سواء كان من عهد الله الى عباده في عالم الدّرّ حيث قال «الست بربكم» من الايمان به و باوليائه. او في عالم التكاليف الظاهريه من الايمان و تحليل الحلال و تحريم الحرام و فرض الفريض و الحدود و الاحكام. و سواء كان

ص: ٢٣٣

- ١- اى باطلاق لفظ العقد، لا باطلاق لفظ الصلح و الشركه. - بذلك الاطلاق، لا بهذا الاطلاق.
- ٢- لقد اعطى الله المصنف(ره) نبوغاً و استعداداً خاصاً. يستنتج من الادله و القواعد، جواز عقد مستحدثه مخترعه، قبل ان يرى العقود المستحدثه مثل «السرقليه» و «البيمج» و امثالهما. و هذا هو الاجتهاد. الذي يُنبئ عن شماخه الاسلام و شموخ اغصانه و شموله لعامه ما يحتاج اليه الانسان ما دام في الوجود الدنيويه. و يهدى كل عقل دقيق و عالم محقق، الى عظمه كيان هذا الدين القويم، و كيف لا، و هو ناسخ الاديان، و متممها و خاتمها. و المجتهد كذا، يستحق ان يلقّب بآيه الله.

مما عهدته العباد الى الله تعالى؛ من النذر و الأيمان و العهود. او عهدته العباد بينهم من المعاملات و المعاوضات و يكون ذلك تاسيساً للاحكام و ان كان من باب التناسى فيما بناه.

و يظهر ذلك من كلام المحقق الطبرسى (ره) فى مجمع البيان حيث ذكر اولاً ان المراد بالعقود، العهود. و نقله عن ابن عباس و جماعه من المفسرين. ثم نقل اقوالاً اربعه فى معنى العهود:

الاول: ان المراد بها، العهود التى كان اهل الجاهليه عاهد بعضهم بعضاً على النصره و الموازره و المظاهره على من حاول ظلمهم او بغاهم سوءاً و هو الحلف (١). عن ابن عباس و جماعه من العامه (٢).

الثانى: ان العهود التى اخذ الله سبحانه على عباده بالايمان به و طاعته فيما احلّ لهم او حرّم عليهم. نقله ايضا عن ابن عباس، قال و فى روايه اخرى قال: هو ما احلّ و حرّم و ما فرض و حدّ فى القران كله [اى] فلا تعتدوا و لا تنكثوا. قال: و يؤيّداه [قوله] «الَّذِينَ يَتَّقُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ» (٣) الى قوله تعالى «سُوءَ الدَّارِ» (٤).

الثالث: ان المراد بها العقود التى يتعاقدها الناس بينهم [و] يعقدها المرء على نفسه؛ كعقد الأيمان و عقد النكاح و عقد العهد و عقد البيع و عقد الحلف. عن ابن زيد و زيد بن اسلم.

الرابع: ان ذلك امر من الله لاهل الكتاب بالوفاء بما اخذ به ميثاقهم من العمل (٥) بما فى

ص: ٢٣٤

١- و فى النسخه: او بقاهم و سواء و هو الحق.

٢- و الجماعه: المجاهد و الربيع بن انس و الضحاك و قتاده و السدى. راجع المجمع، ذيل الآيه.

٣- آيه ٧٢، سوره بقره.

٤- آيه ٢٥، سوره رعد و آيه ٥٢، سوره غافر.

٥- و فى النسخه: بالعمل. راجع المجمع.

التورات و الانجيل فى تصديق نبينا(صلى الله عليه و آله) و ما جاء به من عند الله. و نقله عن ابن جريح و ابى صالح. ثم قال و اقوى هذه الاقوال، قول ابن عباس ان المراد بها عقود الله التى اوجيها على العباد فى الحلال و الحرام و الفريض و الحدود. و يدخل فى ذلك جميع الاقوال الأخر، فيجب الوفاء بجميع ذلك إلا ما كان عقداً فى المعاونه على امر قبيح، فان ذلك محذور بلا خلاف.

و يظهر منه ان الايه تدل على صحه كل عقد يخترعه العباد بينهم. سيما على القول بدخول عقد اهل الجاهليه. بل و لزومه إلا ما كان معاونه على قبيح. و ظاهر الاستثناء انه متصل. و لا ريب ان الله تعالى لا يجوز القبيح إلا ان يقال مراده القدر المشترك من تلك العقود المرخص فيها فى القرآن (مثل البيع و النذر و نحوهما) و المستثنى هو المحرّم منها (بسبب فقد شرط او وجود مانع) و ان صدق عليها تلك المفاهيم. و لكن لا- يناسب ذلك دخول القول الاول، فى قول ابن عباس الا-خر الذى اراده. مع ان اطلاقات العهد المرغوب اليه بالقرآن، يشتمل على كل عهد من حيث انه عهد. و هو لا يستلزم كونه العنوانات المتعارفه. مثل قوله تعالى «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ»<sup>(١)</sup>، فيرجع الى ما ذكرنا من حسن الوفاء بكل عهد. و لم يثبت فى لفظ العهد، حقيقه شرعيه فى المعنى المتعارف الذى هو مذكور مع النذر و اليمين. و بالجمله: فكلامه لا- يخل من المسامحه بل السماح.

و كذلك يظهر من المحقق الاردبيلي(ره): قال «الوفاء و الايفاء، القيام بمقتضى العهد. و العقد، العهد الموثق المشدّد بين اثنين. فكل عقد، عهد. دون العكس، لعدم لزوم الشده و الاثنيه. قال فى الكشاف: العقد، العهد. و هى عقود الله تعالى عهدها على عباده و الزمها

ص: ٢٣٥

اياهم (١). من موجب التكليف» الى اخره. [و قال:] «و يحتمل كون المراد العقود الشرعيه الفقيهيه؛ و هل المراد اعم من التكليف و العقود التى بين الناس و غيرها كالايمان؟ فالايه دليل وجوب الكل، فمنها يفهم ان الاصل فى العقود، اللزوم» انتهى.

و قد يتوهم المنافاه بين اخر كلامه لاؤله. و ليس كذلك. لان مراده من مقتضى العقد فى اول كلامه، مدلوله. لا الجواز و اللزوم، حتى يقال انه يتفاوت بتفاوت العقود لزوماً و جوازاً كالبيع و الشركه.

و قال فى الصافى بعد ذكر الايه: القمى عن الصادق عليه السلام: اى بالعهود. ثم قال «اقول: الايفاء و الوفاء بمعنى. و العقد العهد الموثق. و يشمل ههنا كل ما عقد الله على عباده و الزمه اياهم من الايمان به و بملائكته و كتبه و رسله و اوصياء رسله و تحليل حلاله و تحريم حرامه و الايتان بفرائضه و سننه و رعايه حدوده و اوامره و نواهيه و كل ما يعقده المومنون على انفسهم لله و فيما بينهم من عقود الامانات و المعاملات الغير المحظوره» (٢) انتهى.

اقول: ان اراد من الغير المحظوره، ما لم يرد به نهى و ان لم يرد شرعيته ايضا، فيتم جعل الايه مؤسساً للحكم الابداعى فى كل عقد ما لم يرد صحته بالخصوص من الشارع. و ان اراد منه المجوزه، فلا- انما هو ترغيب. فيكون من باب الارشاد و الامر بالمعروف.

و قال البيضاوى: «الوفاء هو القيام بمقتضى العقد، و كذلك الايفاء. و العقد العهد الموثق. قال الخطيئه:

قوم اذا عقدوا عقداً لجارهم

شدوا العناج و شدوا فوقه الكربا

ص: ٢٣٦

١- و فى النسخه: اياه.

٢- تفسير الصافى، ذيل الآيه (١- مائده)، ج ٢ ص ٥ ط، دارالمرتضى.

و اصله، الجمع بين الشئتين بحيث يعصر الانفصال. و لعل المراد بالعقود ما يعم العقود التي عقدها الله تعالى على عباده و الزمها اياهم من التكليف و ما يعقدون بينهم من عقود الامانات و المعاملات و نحوها مما يجب الوفاء به و يحسن. ان حملنا الامر على المشترك بين الوجوب و الندب»(١).

اقول: و فى كلامه تهافت. لان قوله «مما يجب الوفاء» الى آخره، ان كان بياناً لمجموع ما سبق. فلا يلائم كلمه «الزمها» سابقاً. و ان كان(٢) المراد بالالزام، ايجاب العمل على مقتضائها (ففى بعضها بالوجوب كالايمان و الصلوه و الزكوه. و فى بعضها بالندب كالعبادات المنذوبه. و الحاصل أنه الزم عباده اعتقاد الوجوب فى الواجب و اعتقاد الندب فى المنذوب و الاباحه فى المباح و هكذا) فلا يتم. فلذا حملنا الامر على المشترك لصحه الحمل على الوجوب بالمعنى المتقدم.

و الى ذلك ينظر كلام الزمخشري حيث قال (بعد ما نقلنا عنه على ما نقل منه): ان هذه الايه كلام قد تمّ مجملاً ثم عقب بالتفصيل، و هو قوله «أُحِلَّتْ لَكُمْ»(٣) الايه. و هى اشاره الى بعض تفصيل العقود.

و قال فى مجمع البيان قبل الشروع فى تفسير(٤) المائده: «لما ختم الله سورة النساء بذكر الاحكام الشرعيه، افتتح سورة المائده ايضا ببيان الاحكام و اجمل ذلك بقوله: اوفوا بالعقود. ثم اتبعه بذكر التفصيل». فان احلال الانعام ليس من الامور التى يتصف بالوجوب. فالايفاء الواجب بمثله، هو اعتقاد حلّ اكلها. و نحو ذلك. فان كان بياناً لعقود الامانات الى آخره، مثل

ص: ٢٣٧

١- انوار التنزيل، ذيل الآيه (١- مائده) ج ١ ص ٢٦٠ ط مكتبه البابى.

٢- و فى نسخه: قال ان.

٣- آيه ١، سورة مائده.

٤- و فى نسخه: تفصيل.

الدين و البيع و الوعد، على المشهور. فلا يلائم السبك، و لا مرجح لاختيار التفصيل فيها دون التكليف. مضافا الى صحة الحمل على الوجوب بالمعنى المتقدم. مع ان حمل الهيئه على القدر المشترك، ليس باولى من التجوز فى المادة، باراده العمل على مقتضى العقود الجواز. بل الظاهر انه لا يجوز فيه.

و العمده بيان الاستشهاد بكلامه فيما نحن فيه، و هو لا يتم الا باراده ما لم يرد فيه نهى من الشارع.

و اما ان كان المراد (١) ما أمر به على وجه الندب (كما هو مناسب لمذهبه) فلا يتم الاستشهاد ايضا. و فى استشهاده بشعر الخطيئه، نظر ظاهر، و هو غريب من مثله و لكنّه سهل.

و عن الراغب: العقود باعتبار العقود و العاقد، ثلاثه اضرب: عقد بين الله و بين عباده. و عقد بين الله و نفسه. و عقد بينه و بين غيره من البشر. ثم قال (بعد كلام طويل لا طائل فى ذكره) و ظاهر الايه يقتضى كل عهد سوى ما كان تركه قربه او واجبا.

ثم انك يمكنك الاستيناس بما ذكرنا بوجه عدم الوفا بالوعد (كما هو المشهور بين الاصحاب و ان ورد بوجوبه روايه صحيحه (٢) و بوجه عدم لزوم (٣) المعاطاه و ان قلنا بتسميته بيعا. و به يشير اضافتهم العقد الى البيع، و ما تقدم من كلام الجوهري فى عقد البيع. اذ ليس فيهما ميثاق. فان الصيغه بمنزله التوثيق، فى البيع و النذر و العهد المصطلح و غيرها (٤). و كذلك يمكن الحكم بلزوم كل معاوضه ماليه حصل العقد فيه و جرى الصيغه؛ كما لو عاوض

ص: ٢٣٨

١- عطف على «و ان كان المراد» عند نقد كلام اليبضاوى.

٢- الوسائل، كتاب الحج، ابواب احكام العشره، ب ١٠٩ ح ٥- او: كتاب الجهاد، ابواب جهاد النفس، ب ٤ ح ٢١.

٣- و فى نسخه: بعدم وجه لزوم...

٤- و فى نسخه: غيرهما.

فرساً ببقرة، او ضيعة ببستان. فان اندراجها فى البيع و ان امكن بجعل احدهما ثمنا و الاخر ثمنا، و يكون الثمن ما دخل عليه حرف الباء و لكن لما كان الغالب ان الثمن انما هو من النقود (فى غير بيع الصيرف من بيع ساير الاجناس) فسلب اسم بيع فى العرف (حيث اذا قيل لمن عامل فرسه ببقرة «هل بعت فرسك؟» يقول «لا بل عاوضته ببقرة») مبنى على هذه الغلبة. و الا فالظاهر انه بيع و يجوز ادخال الباء على كل منهما. و يكون صدور(1) القبول بعد الايجاب من احدهما، و لا يلزم ان يقول الاخر ايضا «عاوضت بقرى بفرسك».

و ان شئت جعلته من اقسام البيع. اذ لا يجب ان يكون الايجاب بلفظ البيع و الشراء. بل يجوز بكل ما يفيد التمليك. و ان شئت جعلته معامله برأسها ثابتة صحتها و لزومها بعموم «او فو بالعقود». فيحمل مثل قوله تعالى «و الَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَتِهِمْ وَ عَهْدِهِمْ رَاعُونَ»(2) على مطلق العهد و ان لم يكن موثقاً، من جملة ذلك الوعد. هذه الاية لا تدل الا على مدح المومنين بهذا الوصف. و مثل قوله تعالى «و الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ»(3) الى قوله تعالى «سوء الدار»(4)، على(5) العهود الموثقة (كما هو صريح الاية) كالعقود. بل فى الاية اشارته الى عدم وجوب الوفاء بمطلق العهد. لان مفهوم الاية انه ليس سوء الدار اذا لم يكن هناك ميثاق.

المقدمة الثانية: فى تحقيق قوله (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم»، و استدلال العلماء به فى اثبات لزوم العقود و الشروط.

ص: ٢٣٩

١- و فى النسخة: و يكي صدور.

٢- آية ٨، سورة مومنون و آية ٣٢، سورة معارج.

٣- آية ٢٥، سورة رعد.

٤- آية ٢٥، سورة رعد.

٥- و فى النسخة: و على.



والتحقيق انه يمكن الاستدلال به على وجوب الوفاء بالشروط المذكوره فى ضمن العقود. فان المراد بالشرط، لابد ان يكون هو مطلق الالتزام و الالتزام. لتوافق استدلالهم بهذه الروايه فى جميع الموارد، لا خصوص ما ينتفى المشروط بانتفائه، كما فى صور التسلط على الفسخ. لانه لا يجرى فى كثير من موارد الشرط الذى لا يقولون فيه بالخيار، كاكتر شروط النكاح و لا [فى] كل واحد من المعينين على البدل. لعدم جوازه على التحقيق. و على هذا فيتم الاستدلال فى جميع العقود المستلزمه هذا(١).

و هذه الروايه وردت بطريق العامه و الخاصه: اما الاول: فبهذه العبارة: «المؤمنون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله». و فى بعضها «المؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله». و قد(٢) يستشكل فى دلالتها على الوجوب. و ربما يحمل على الاستحباب، و لا- وجه له. كما بيناه فى رسالتنا المكتوبه فى «مسئله الشرط فى ضمن العقد»، فان الظاهر من الجمله خبريه، الوجوب. يعنى لابد ان يكون المؤمن ثابتا عند شرطه و ادائه(٣). نظير «جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا»(٤) يعنى مكانا يجب ان يكون مأمنا و لا يحدث فيه احد بحادث. و لا يصح حمله على الوصف و لا المدح مثل «كَانُوا قَلِيلًا مِنَ اللَّيْلِ مَا يَهْجَعُونَ- وَ بِالْأَسْجَارِ هُمْ يَسْتَغْفِرُونَ»(٥) و مثل قوله(عليه السلام): «المؤمن غرّ كريم»(٦). سيما مع ملاحظه قرينه آخره و هو «المنافق خب لثيم»(٧).

ص: ٢٤٠

- ١- و فى النسخه: و هذا.
- ٢- و فى النسخه: فى اخر و قد...
- ٣- و فى النسخه: لفظان بعنوان البدل: اما به- ادابه.
- ٤- آيه ٦٧، سوره عنكبوت.
- ٥- آيه ١٧ و ١٨، سوره الذاريات.
- ٦- الوسائل، ج ١٢ ص ١٨.
- ٧- و فى النسخه: قرينه الاخرى و هو- نسخه البدل: قوله.

[و] لمنافاته ظاهر الاستثناء. فان المؤمن لا ينبغي ان يشرط ما يخالف الكتاب حتى يكون من صفته عدم الوفاء به. و مقتضى الحمل المذكور، انه يشترط المخالف لكن لا يفى به. و هو كما ترى. و اما لو حمل على الوجوب، فلا خرازه فيه. مع ان في كثير من الروايات: «المسلمون عند شروطهم»، و الحمل المذكور فيه اضعف. مع [ان] قوله (عليه السلام): «الأ- من عصى الله» في الروايات الا-خيريه على تقدير اراده المدح، مستثنى متصل من المؤمنين، و مقتضاه لزوم العصيان بمخالفه الشرط. و هو معنى الوجوب. و كذلك لو اريد به الحكم، و هو جعل المستثنى منقطعاً و اريد به «الأ من عصى الله بالشرط» بان شرط ما خالف الكتاب. فهو ايضا لا يناسب المدح و يرد عليه ما سبق. و لا خرازه فيه اذا اريد الحكم.

هذا، مع ان فهم الفقهاء عصرأ بعد عصر (في جميع ابواب الفقه) اعظم شاهد على ذلك. و لم نقف على من قدح في ذلك. بل يظهر من تاويلهم بعض الاخبار المذكور فيه هذا اللفظ في بعض الشر[و]ط، و حملهم على الاستحباب [مع] ان الاصل فيه الوجوب. مثل موثقه منصور بن يونس عن ابي الحسن (عليه السلام) الداله على لزوم العمل بمقتضى شرط الزوج لزوجته ان لا يطلقها و ان لا يتزوج عليها، مستنداً الى قول رسول الله (صلى الله عليه و آله) المسلمون عند شروطهم. فان الشيخ حملها على الاستحباب (١).

و اما الثاني: فكثير؛ منها صحيحه عبدالله بن سنان عن الصادق (عليه السلام): «قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا مُخَالَفًا لِكِتَابِ اللَّهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ وَلَا يَجُوزُ عَلَيْهِ وَ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فِيمَا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ» (٢).

المقدمه الثالثه: انّ المفارقه بين الزوجين اما يحصل بالفسخ (كما في المفارقه بسبب

ص: ٢٤١

١- الوسائل، كتاب النكاح، ابواب المهور، ب ٢٠ ح ٤.

٢- الكافي، ج ٥، ص ١٦٩، باب الشرط و الخيار في البيع ... .

ثبوت رضاع بينهما(١))، او بالعيب. او بالارتداد و نحوها. و إمّا بالطلاق؛ و هو ازاله قيد النكاح بينهما بلفظ «طالق» مجرداً، او بالخلع و المبارات، او بغيرهما كالظهار و اللعان.

ثم: ان الفقهاء بؤبوا لكل منها باباً فجعلوا باباً للطلاق و عرّفوه بانه «ازاله قيد النكاح بلفظ طالق» و ارادوا به المجرد. و باباً للخلع و المباراه، و عرّفوهما ب- «ازاله قيد النكاح بفيده بصيغه خلعت و باريت و نحوهما» مع فرق بينهما.

و لكنهم ذكروا فى باب الطلاق، اقسام الطلاق و جعلوا من اقسامه، الخلع و المباراه، فقالوا أنه ينقسم باعتبار، الى الواجب و المكروه و المستحب. و باعتبار اخر، الى البائن و الرجعى. و ذكروا للبائن اقساماً متعدده(٢)، منها الخلع و المباراه، فأعملوا فى الكلام استخداماً. حيث ارادوا من لفظ الطلاق فى صدر بابه، هو ما كان بلفظ طالق مجرداً، و من ضميره فى قولهم «ينقسم الى بائن و رجعى» المعنى الاعم الشامل لهما و لغيرهما، بان يكون مشتركاً بينهما لفظاً. و المراد منه الطلاق المجرد و ما فى حكمه كالخلع المجرد (على القول بكونه طلاقاً كما سندكره). ثم اختلفوا فى لزوم ذكر صيغه الطلاق مع الخلع و عدمه. و الاظهر عدمه. كما هو المشهور. و الظاهر عدم الاشكال فى كونه طلاقاً يعدّ من الطلقات، بمعنى انه يجرى عليه احكامه.

و بعد هذا كله، فاعلم: انهم (بعد ما اشترطوا فى الخلع، كراهه الزوجه فقط الى حدّ يخاف معها مخالفه حدود الله، بلاخلاف ظاهر. و لزوم الايجاب و القبول، بجعله من عقود المعاوضات)، تكلموا فى انّ ذلك هل يتحقق بلفظ الطلاق بعوض؟ بان يقول موضع «خلعتك بكذا»، «انت طالق بكذا»، ام لا؟-؟ فالمعروف من مذهبهم، نعم. و لا يخفى ان

ص: ٢٤٢

١- و فى النسخه: بينهم.

٢- و فى النسخه: متعه.

مرادهم هنا، قصد الخلع المعهود و المشروط فيه الكراهه على الوجه المعهود بهذا اللفظ و الاكتفاء به، و هو قسم من اقسام الخلع. على هذا، فالخلع اعم من «الطلاق بالعوض» على هذا المعنى مطلقاً.

و الحاصل: ان الخلع قد يقع بلفظ الخلع فقط. و قد يقع

به مع ضمّ الطلاق معه. و قد يقع بلفظ «طالق بكذا». و اما ان لفظ «طالق بكذا» هل له مصداق اخر غير الخلع و المباراه، [و] يكون من اقسام الفراق ايضاً، ام لا؟-؟ فان تحقق له مصداق اخر، كما فيما لم يكن كراهه اصلاً. او كانت مختصّة بالزوج، فيكون النسبه بينه و بين الخلع، عموماً من وجه. و سيجبى الكلام فى تحقيقه. و ما تقدم من كون الخلع اعم منه مطلقاً، هو اذا لم نقل بثبوت مصداق اخر له، بل يكون من الالفاظ المؤديه للخلع محضاً و المباراه ايضاً.

اذا عرفت هذا، ظهر لك ان الطلاق له اطلاقان: احدهما المعنى الاخص. و هو المغاير للخلع و المباراه. و هو الذى عنونوا له باباً و افردوا له كتاباً و عرّفوه بأنّه «ازاله النكاح بلفظ طالق»، يعنى من دون اعتبار شىء اخر. بل اعتبار عدمه و نظرهم الى ذلك. حيث افردوا الخلع و المباراه، فلنك ان تقول: ان مرادهم هنا حيث جعلوها من باب الطلاق، انه يجرى عليه حكمه و ان لم يكن طلاقاً حقيقياً.

و ظهر لك ايضاً ان ما ذكرنا من فرض ثبوت مصداق اخر لقولنا «طالق على كذا» غير الخلع، فهو داخل فى الطلاق بالمعنى الاخص. فيكون من باب الشرط الخارج عن المهيه و القيد المقارن له. بل و يمكن ادخاله فيه بالمعنى الاعم ايضاً، كما لو باراها بشرط عوض خارج عن المباراه. و سيجبى تمام الكلام.

اذا تحقق لك، هذه المقامات، فنقول: قد ظهر لك ان الاشكال فى ان الطلاق بعوض، هل هو مغاير للخلع و المباراه، او ليس الآ القدر المشترك بينهما. و الاظهر عندى اعم منهما مطلقاً، بناءً على المختار من أنّهما ايضاً قسمان من اقسام الطلاق و ليسا مجرد الفسخ.

و الحاصل: انه يمكن تحقق فرد من الطلاق بعوض، لم يكن احداً منهما. و هو الظاهر من كلام جماعه من الاصحاب، بل لم نقف على مصرح بخلافه الآ- الفاضل السيد محمد(ره) في شرح النافع و بعض من تأخر عنه كالفاضل الاصفهاني في شرح القواعد. و ما قد يتوهم انّ فيما ذكره المحقق و من وافقه، حيث قالوا «لو خالعهها و الاخلاق ملتئمته، لم يصح الخلع و لم يملك الفديه. و لو طلقها و الحال هذه [بعوض]، لم يملك العوض و صح الطلاق، و له الرجعه»(١) تصريحاً بان الطلاق بعوض ليس له فرد الآ- الخلع، و الآ- لما حكموا بعدم تملك العوض. ففيه ما لا يخفى، لانه(٢) يحتمل ان يكون مرادهم بانه لو طلقها بعوض حيث يراد الخلع. كما سئلته الزوجه خلعا فقالت «خالعني بكذا»، فقال «انت طالق بكذا» و الاخلاق ملتئمته. بل انما هو الظاهر منهم، كما سئبته و نوضحه. فابن التصريح؟

و من جمله عباراتهم عبارته ابن ادریس حيث انه بعد ما ذكر اشتراط كراهه الزوجه فقط في تحقق الخلع، و كراهتهما معاً في المباره، قال: «فاما اذا كانت الحال بين الزوجين عامرة و الاخلاق ملتئمته و اتفقا على الخلع فبدلت له شيئاً على طلاقها، لم يحلّ له ذلك و كان محظوراً. لاجماع اصحابنا على انه لا يجوز خلعهها الآ بعد ان يسمع منها ما لا يحلّ ذكره؛ من قولها لا اغسل لك من جنبه، و لا- اقيم لك حداً، و لَمَأوِطْنِ فراشك من تكرهه، او يعلم ذلك منها فعلاً. و هذا مفقود هيئتها. فيجب ان لا يجوز الخلع»(٣). و يقرب منها عبارته ابن البرّاج في المهذب. فلنذكر كلام الجماعه حتى يتبين الحال:

فمنهم فخر المحققين؛ قال(ره) في الايضاح في تعريف الخلع، بانه «ازاله قيد النكاح

ص: ٢٤٤

١- شرايع الاسلام، كتاب الخلع، ج ٣ ص ٤١ ط دارالتفسير.

٢- و في النسخه: ان.

٣- السرائر، ج ٢ ص ٧٢٤ ط جامعه المدرسين.

بعوض منها و كراهتها للزوج دونه، بلفظ خلعت. ثم قال و عرّفه المصنف بأنه ازاله قيد النكاح بفديه. و قال المراد فديه لازمه لمهيته. فلا- يرد النقض بالطلاق بعوض»(١). و مراده ان اعتبار الفديه فى الخلع، داخل فى مهيتها. بخلاف الطلاق بعوض. فان العوض ليس بداخل فى مفهوم الطلاق، بل هو قيد لاحق به. فالطلاق بالعوض، قد تصير خلعا اذا جمع شرائطه من اختصاص الكراهه بالزوجه و نحوه. و قد لا يصير، و ذلك مثل الهبه المعوضه المشروط فيها العوض.

فأنهم ذكروا فى تعريف الهبه انه تملك عين بنحو مجرد عن العوض(٢) و القربه. و اجاب جماعه، منهم المحقق الثانى و الشهيد الثانى(ره) عن نقض العكس بالهبه المشروط فيها العوض. بان مرادهم فى الحد تجردها عن العوض بماهيتها، لا مطلقا. فلا ينافى اشتراط العوض.

و وجه التمثيل و التنظير، ان يضع(٣) الطلاق المجرد الذى هو القسم الثانى من الاقسام المذكوره فى المقدمه الثالثه، موضع الهبه المطلقه، المعرفه بالتعريف المذكور. و هو بمهيته مجرد عن العوض. و يضع الطلاق بعوض، المبحوث عنها، موضع الهبه المشروط فيها العوض.

فلنقدم الكلام فى الهبه المطلقه و المشروط فيها العوض، لتسهيل الامر فيما نحن فيه: فنقول: أنهم ذكروا ان الهبه تملك عين لم يكن العوض داخلا فى مهيته، سواء لم يكن هناك عوض او كان و لم يكن داخلا فى مهيتها كالهبه المشروط فيها العوض. فان العوض ليس داخلا فى مهيه الهبه. بخلاف البيع، فانه تملك عين داخل العوض فى مهيته. لعدم تحقق حقيقته الا بالعوض.

ص: ٢٤٥

١- ايضاح الفوائد، اول مبحث الخلع، ج ٣ ص ٣٧٥ ط كوشانپور.

٢- و فى النسخه: تملك عين منجره مجردا عن العوض.

٣- كذا- و لعله: ان يوضع- او: ان تضع.

و الحاصل: ان الانشاءات المملّكه فى العقود، بعضها مشتمل حقيقتها على افاده نقل ملك عن المنشئ و انتقال عوض اليه، و لها صيغه تدلّ على ذلك كالباع. بان يريد بلفظ «بعت» هذا العين اليك، بان ينتقل ذاك العين الئى». بل و «ان ينتقل ذلك العين الئى» و من لفظ «قبلت» قبول النقل من الباع، و الانتقال من المشتري. بل و انشاء النقل من المشتري ايضا.

و بعضها يشتمل حقيقتها على افاده نقل ملك عن المنشئ مع تجرده عن انتقال عوض اليه من الاخر. و لها صيغه تدلّ عليه، كالهبة.

و اشتراط انتقال العوض، مضر فى الثانى و مخالف لمقتضى العقد، كاشتراط عدمه فى الاول. و اما شرط عوض لذلك النقل المقترن بالانتقال و المقترن بعدم الانتقال، فهو غير مضر، كشرط عدمه. اذ هو خارج عن حقيقتهما. فكما يصح ان تقول «بعتك هذا الفرس بهذا المبلغ و شرط-ت] عليك ان تهبنى ثوبا بعوض هذا البيع و شرطت عليك ان لا يكون هناك عوض للبيع المذكور بالعوض المذكور. و هكذا يصح ان تقول «وهبتك هذا الفرس و شرطت عليك ان تعاوضنى من هذه الهبة بهبه ثوب لى» او «شرطت عليك ان لا تعاوضنى من هذه الهبة بشئى». فهذا الشرط خارج عن العقد فى الموضوعين، و لا غائله فيه اصلا.

فالنقض بالهبة المشروط فيها العوض، غفله. اذ العوض الماخوذ فى البيع هو العوض الداخلى فى المهية، الذى يفهم انتقاله الى الباع بلفظ بعت. و العوض الماخوذ فى الهبة المشروطه هو الخارج عن المهية. كما عرفت. و السر فى ذلك ان البيع بجوهر لفظه يدل على عقد المعاوضه مع قطع النظر عن قول الباع بكذا. و قوله «بكذا» لاجل تعيين العوض، لا لافاده نفس العوض. بخلاف الهبة و الصلح، فانه ليس فى مفهومهما اعتبار العوض.

فنقول: مرادهم فى البيع انه «نقل ملك معين الى اخر بعوض لازم لمهيته». و ليس الهبة المشروطه فيها العوض، كذلك. لانه اعتبر فى مهيتها تجردها عن العوض. صرحوا فى تعريفها.

و ظهر مما ذكرنا، الجواب عن انتقاض تعريف الهبة بالهبة المشروطة فيها العوض؛ إما بان يقال: المعاوضه فى الهبة المشروطة انما هو بين الفعلين، فلا يرد انه تمليك شىء فى ازاء عوض لذلك الشىء. حتى ينافى تعريف الهبة المطلقه. و من اعظم الشواهد على ذلك انهم يعرّفون (١) الهبة مع قيد التجرد عن العوض. ثم يتعرّضون للخلاف فى أنّ الهبة هل يقتضى الثواب و العوض ام لا؟-؟ فان اقتضائها الثواب مناقض لتجردها عن العوض.

او يقال: سلّمنا ان العوض فى الهبة المشروطة ايضا هو الموهوب الثانى، و لكن انتقال العوض لم يستفد من نفس الايجاب و القبول، بل من جعل الجاعل و انشائه (٢) الجديد. فصح ان الهبة المشروطة، مجردة عن العوض اللانزم لمهيه العقد. كما هو كذلك فى البيع. و هو المقصود فى تجرد الهبة عنه، فهو داخله فى مطلق الهبة.

و الحاصل: ان البيع هو عقد يوجب تمليك عين فى عوض عين بحيث يقتضى نفس العقد (اعنى مجموع الايجاب و القبول) انتقال العوض عن كل منهما الى الاخر. و الهبة المطلقه تمليك عين مجردا عن ذلك العوض. و يخرج الهبة المشروطة عنها، إمّا لأنّها لم يعتبر فيها كون العوض عوضاً عن العين. [و إمّا من جعل الجاعل و انشاء جديد بجعل فعل الهبة، عوضاً عن فعل الهبة.]

[فان قلت:] فما الفائدة فى جعل الفعل عوضاً عن الفعل، و جعلهما هبتين و عدم جعل ذلك معاوضه صريحه بين العينين-؟

قلت: قد يكون مرادهما اظهار التردّد (٣) من الجانبين، مع عدم حصول الضرر لاحدهما.

ص: ٢٤٧

١- و فى النسخه: يفرقون.

٢- و فى النسخه: و ان شاء.

٣- و فى النسخه: اظهار التردّد.



فيجعلان ذلك في قالب الهبة مع شرط الهبة. فيحصل المودّه (١) و نفى الضرر، كلاهما. نظير الفرار عن الربا بهيتين في المتماثلين؛ كما انه يهب عشره امان من الحنطه على ان اتّهبه (٢) عشرين منّا من الشعير. او يقرضه عشره دنانير و يبيعه منديلاً يستوى بدرهم بدينارين (٣) بدون شرط. فحينئذ يحصل له العوض من دون عقد معاوضه بين العينين صريحاً. و انفصل (٤) اعتبار العوضيه عن العين تبعاً.

و الحاصل: ان العقود الشرعيه متمايزه بالذات، و ان كان كثير منها متماثله في كثير من الاحكام مع مخالفتها في بعضها. فقد يكون للفرار عن مقتضى بعضها الى ارتكاب بعض اخر؛ كما تريهم يفرون من البيع الى الصلح، فراراً عن دعوى [ى] الشفع. و عن معامله المثلين مع التفاضل الى هبتهما متفاضلاً. او الى بيع محاباطى. و هكذا.. و من هذا ظهر لك الفائده في القول بكون الهبة بمهيتها مجردة عن العوض مع دخول الهبة المشروطه فيها العوض. و القول بكون البيع بمهيتها مندرجا فيه العوض. و جعل البيع مهيه عليه، و الهبة المشروطه فيها العوض مهيه عليه. و المميّز في الماهيتين (٥)، كون العوض داخلياً في مهيه البيع دون الهبة، و ان اتّحد في انتقال عين منه الى اخر في عوض عين اخر و لو بالتبع. و الثمره هو اظهار الموده في الثانى؛ حيث جعل النقلان في قالب النقل بلا عوض. و لا يوجد ذلك في البيع. و

ص: ٢٤٨

- ١- و في النسخه: المؤاده.
- ٢- كذا في النسخه، و لكنّ الصحيح: على ان يهبه.
- ٣- قد اسلفنا في احدى المجلدات السابقه؛ انّ الامام الخمينى (ره) اخذ النقاب عن صورته هذه المسئله، و حقّقها حق تحقيقها، و اثبت ان هذا القول المعروف، مردود. فارجع. و ارجع المسئله في باب الربا من «تحرير الوسيله».
- ٤- و في النسخه: و انحصل.
- ٥- و في النسخه: و المميز دخول الماهيتين.

كذلك الثّمرة في العدول عن معامله (١) المثلين متفاضلاً. الى ما ذكرنا من الحيل للفرار من الحرام الى الحلال. فان الانتفاع من المال امر شايع شرعاً و يمكن حصوله في قالب (٢) الحرام و الحلال كليهما. فيمكن الفرار من الحرام بتبديل صيغتها بصيغته الحلال.

فخذ هذا و دع عنك ما ذكر في هذا المضمّار. و اوجهها ما ذكره جماعه من المحققين من أنّ المراد بالتجرد عن العوض في الهبه، هو عدم لزوم العوض. يعنى ان الهبه عقد يفيد التمليك من غير لزوم عوض فيه، كما يلزم في البيع. و لا يشترط في تحقّقه عدم العوض. بل يكفي عدم اشتراط العوض، و يصح مع التجرد عن العوض. و غايه توجيه هذا الكلام ان يرجع الى ما حقّقنا في معنى العوض، يعنى انه لا يعتبر فيه عوض لازم للمهيّته و ان اعتبر فيه عوض خارج عن مهيتته كما في المشروطه بالعوض.

و فيه (٣): أنّ هذا يتمّ مع اعتبار عدم العوض في مهيه الهبه. كما حقّقناه. و هو ظاهر عباراتهم، و لا حاجه الى عدم اعتبار العوض و الخروج عن ظاهر عباراتهم. و أنّما قلنا غايه توجيه ذلك...، لأنّه يحتمل ان يكون مراد الجماعه أنّ الهبه هو عقد يفيد التمليك بلا اعتبار و اشتراط في تحقّقه؛ فقد يتحقّق مع اعتبار العوض، كالهبه المشروطه. و قد يتحقّق بدونه كالمطلقه، او المشروطه فيها عدم العوض. و لا يخفى أنّ فساد الكلام حينئذ اكثر بمراتب شتّى. و من مفساده ان التعريف يرجع حينئذ الى التقسيم و ذكر الاقسام في مقام التحديد. اذ لا بد ان يكون الحد قدرّاً مشتركاً بين الاقسام يصدق على جميعها و يحمل عليها. و حمل ما لا يعتبر فيه العوض على ما يعتبر فيه، تناقض. بخلاف ما حقّقناه، اذ لا تناقض فيه اصلاً. و

ص: ٢٤٩

١- و في النسخه: مع معامله.

٢- و في النسخه: في غالب.

٣- الضمير راجع الى «توجيه» في قوله: و غايه توجيه هذا الكلام.

من مفاسده انتقاض القسم الاول (الذى هو بشرط العوض) بالبيع و غيره.

ثم: ان ما ذكره الجماعه مع اجماله و الغازه الغير المناسب للحدود، مناف للغه و العرف. فمن «مصباح المنير» أنه قال: «وهبت لزيد مالاً- أهبه له هبه: اعطيته بلا- عوض». و عن الراغب فى المفردات «الهبة ان تجعل ملكك (١) لغيرك بغير عوض». و فى الفارسيه معناه بخشش و بخشیدن. و المتبادر من هذه الكلمات، هو التمليك بلا عوض. لا بلا لزوم العوض، كما ذكر الجماعه.

و من الغرايب ما وقع من بعض الشافعيه؛ حيث ذهب الى ان الهبه فى المشروطه بالعوض، مجرّد تسميه و ليس المراد معناه. كما اختار ذلك فى «صلح الحطيئه» و غيرها فيما لا عوض فيه، او جعل فيه العوض بعض مال المصالح، كما لو صالح دعويه الالف مع اعتراف المدعى عليه، بالخمسه مأه منه. و كما لو صالح احد العبدین المدعى بهما (٢)، مع اعتراف المدعى عليه، باحدهما. فانه لا يصح عنده الصلح بلا عوض، و لا بعوض هو بالعين مال المصالح. و اما نحن [فنقول] تصح الصلح (٣). لأننا لا نقول بكونه معاوضه مطلقاً. بل هو معاوضه اذا اشتمل على العوض. و الظاهر عدم الخلاف فيه بيننا، كما يظهر من التذکره. فاصل الصلح انما هو الرضاء و الاتفاق. و انما يصير معاوضه، لو وقع الاتفاق على عوض. فهو مثل قولنا «ملكك» فانه اذا اعتبر فيه العوض و قيل «بكذا» يصير بيعاً، و ان عرى منه يصير هبه.

اذا عرفت هذا، علمت انّ المناسب فى الهبه المشروطه بالعوض، ان لا يؤدى بكلمه «الباء» العوضيه الداخله على العوض. فلا يقال «وهبتك هذا بهذا» اذ هو المناسب للبيع. فان

ص: ٢٥٠

١- و فى النسخه: ملكاً. - انظر المفردات، كتاب الواو، وهب.

٢- و فى النسخه: احد العبد من المدعى بهما.

٣- و فى النسخه: و اما ما نحن فيه فتصح الصلح.

قلنا بجواز مثل هذا اللفظ اذا قصد البيع، فيصير بيعاً، لا هبه. بل المناسب ان يؤدّى بكلمه «على» فيقول «وهبتك هذا على ان تهبنى ذاك» او: تفعل لى هذا العمل. او: تعاملنى هذه المعامله. او يقول: و شرطت عليك ان تفعل احد المذكورات.

اذا تحقق هذا، فنرجع الى الكلام فى الطلاق: و نقول: انّ له استعمالين: احدهما الطلاق الاخصّ. و هو «ازاله النكاح بلفظ طالق» مجرداً عن العوض. و هو مقابل الخلع و المباراه و الطلاق بعوض. و ثانيهما: الطلاق بالمعنى الاعم؛ اعنى ما يشمل كونه بلفظ الطلاق و شبهه، كلفظ «خالعت» بدون التعقب بالطلاق، فى الخلع (على القول بانه طلاق لا فسخ) و يشمل ما تجرد عن العوض، و ما اعتبر فيه العوض كالخلع (على القول بكونه طلاقاً)، و المباراه و الطلاق بعوض. و على هذا فدخول الخلع فى الطلاق بالمعنى الاعم، كدخول الانسان فى الحيوان. و لا ينافى اشتراط تحقق الانسان بالناطق، عدم كون الناطق داخلياً فى مهيه الحيوان. و اما الخلع على القول بكونه فسخاً: فهو (1) لا يدخل فى الطلاق فى شىء من الاستعمالين، و ان شاركها فى كثير من الاحكام و الشروط.

و قد ظهر [من] ذلك، ان «الطلاق بعوض» (2) لا يدخل فى الطلاق بالمعنى الاخصّ. بل هو من اقسام المعنى الاعم. و اما «الطلاق على عوض» (3) بمعنى اشتراط العوض فيه. فيمكن صيرورته من اقسام الطلاق بالمعنى الاخصّ. و هو نظير دخول الهبه المشروطه فيها العوض، فى الهبه المطلقه المأخوذ فيها عدم العوض. اذ المراد بالطلاق بالمعنى الاخصّ، هو ما يجرد بمهيته عن العوض. و هو لا ينافى اشتراط العوض. و يصح الاستدلال على صحته حينئذ

ص: ٢٥١

١- و فى النسخه: و هو.

٢- يفرّق المصنف (ره) بين «الطلاق بعوض» و بين «الطلاق على عوض». فلا تغفل.

٣- يفرّق المصنف (ره) بين «الطلاق بعوض» و بين «الطلاق على عوض». فلا تغفل.

بعموم «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم». كما استدلوا بذلك في تصحيح الهبة المعوضه. بخلاف الطلاق بعوض المشتمله على كلمه «الباء العوضيه» فهو لا- يتحقق إلا- مع الطلاق بالمعنى الا-عم، و صحته فى صورته اراده الخلع، و جامعته شرائطه، مما لا خلاف فيه ظاهراً. و كذلك بطلانه، لو اراد به الطلاق بالمعنى الاخص. [ل-] منافاته لمفهومه.

فالكلام (١) فى مقامات ثلاثه: الاول: فى انه هل يصح لو اريد به الطلاق بالمعنى الاعم فى غير صورته اراده الخلع و جامعته شرائطه ام لا؟-؟ و هل يتحقق له فرد غير الخلع و المباراه، ام لا؟-؟-؟ الثانى: ان فى صورته التجرد عن كلمه «الباء»، او فقد المعاوضه (٢) (نظير المعاوضه فى البيع و الخلع) و اقتترانه بكلمه «على» و ما فى معناها، هل له وجه صحه ام لا؟-؟ الثالث: انه على فرض الصحه، هل يقع بائناً، او يختلف فى المقامات؟-؟

أمّا الكلام فى المقام الثانى: فيتوقف على بيان معنى الطلاق المضاف الى العوض، و موارد استعماله. فنقول: يتصور لهذا اللفظ معان متعدده: احدها: ان يقول الزوج «انت طالق بكذا» على نهج «بعتك بكذا»، فيكون الطلاق احد العوضين فى العقد، و الطرف الاخر هو البذل، كالخلع و المباراه. و ثانيها: (٣) ان تهبه الزوجه شيئاً على ان يطلقها. بان يكون هبه معوضه، يكون عوض الهبه فيها هو الطلاق. و ثالثها: ان تصالحه الزوجه مهرها او شيئاً اخر على ان يطلقها. فيصدق عليه انه طلاق فى عوض شئى. و رابعها: ان يجعل الطلاق شرطاً فى ضمن عقد لازم. كان يصلح المهر بشئى و يشترط فى ضمن العقد ان يطلقها. و خامسها: ان يجعل

ص: ٢٥٢

١- و فى النسخه: اما الكلام.

٢- و فى النسخه: او عن فقد المعارضه.

٣- و فى النسخه: و ثانيهما.

المهر او مطلق الفديه، جعله على الطلاق. و سادسها: ان يُجعل البذل شرطاً في الطلاق كما جَوّزه في العتق، بلا خلاف.

نعم: ان المناسب فيما عدا القسم الاول، ان يستعمل كلمه «على» مقام «الباء» او ما يؤدي معناها من الاشتراط. و في القسم الاول، كلمه «الباء» الداله على المعاوضه. كما في البيع و الخلع و نحوها.

لا يقال: ان كلمه «على» ليس من ادواه الشرط. بل [تس-]تعمل في المعاوضه ايضاً. كما في قوله تعالى حكاية عن شعيب: «أريدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ» (١) اذ مرادنا من الشرط هنا ليس الشرط بمعنى التعليق. بل بمعنى الالتزام. و لا يريب ان كلمه «على» ظاهره فيه و ان كان قد تستعمل في المعاوضه. مع ان في ارادتها من الايه ايضاً تأملاً. مع ان بعضهم حكم ببطلان ما لو قالت «طلّقتني على ان لك على الفأ» فطلّقها. لانه طلاق بشرط، كما عن المبسوط. (٢)

و الحاصل: ان معنى «خالعتك بكذا» عاوضت بضعك بكذا. كما ان معنى «بعتك بكذا» عاوضت هذا العين بهذا. و معنى «وهبتك هذا» ملكتك بلا عوض. فاذا قال «بكذا» و اراد معاوضه العينين، فهو تناقض، لو اريد بها المعنى الحقيقي. و لا يمكن تصحيحه الا باراده معاوضه العقد بشيء، لا [معاوضه] العين. او [ب-]تبديل كلمه «الباء»، «على» و ما في معناها. و بيع مجازي، لو اريد بها معاوضه العينين مجازاً. و اما «ملكتك»؛ فهو قابل لاراده (٣) المعاوضه

ص: ٢٥٣

١- آيه ٢٧، سوره قصص.

٢- اى: كما نُقل عن المبسوط- و لكتنى ما وجدت في المبسوط عبارة تدلّ على ذلك، الا في الشرط بمعنى التعليق.

٣- و في النسخه: الاراده.

بين العينين فيضم (١) اليه «بكذا». و للهيه؛ فيحمل عليها اذا تجرد. لاصاله عدم العوض.

و الظاهر انه لا ينبغي الاشكال في صحه ما عدا القسم الاول و السادس.

و وجه عدم تعرض الفقهاء لهذه الاقسام، انها ليست وظيفه كتاب الطلاق. بل يستفاد حكمها من قواعدهم المذكوره في ابواب العقود.

اما اندراجه في الهبه المعوضه؛ فلانهم لم يشترطوا فيها كون العوض شيئاً خاصاً. بل يظهر منهم باطلاق كلماتهم جواز كل شئ من هبه أخرى، او عقد بيع، او نحوه، او فعل من الافعال كخياطه ثوب او صناعه خاتم. حتى ان الموجود في كلماتهم في باب الصدقه في مقام الاستدلال على لزومها، بأنه هبه بعوض، [عوض] منها ما يتقرب الى الله. و ان كان لي فيه كلام. و ممن صرح بالتعميم استناد المحقق طاب ثراه في بعض رسائله. و ما قد يوهم بعض عباراتهم من ان الهبه المشروطه بالعوض، ما يقابل الهبه هبه أخرى (حيث قالوا انه لا بد من الايجاب و القبول في المشروط لانهما بمنزله هبتين) فهو ليس كذلك. لانه من باب المثال. فما ذكره في المسالك في شرح قول المحقق «فان اثاب لم يكن للواهب الرجوع» حيث قال: «مفهوم شرطه ان له الرجوع مع عدم الاثابه، و الحكم فيه كذلك. حتى انه لو اراد الرجوع فبذل المتهب الثواب (٢)، لم يجب عليه قبوله. بل يجوز له الامتناع ليتمكن من الرجوع في هبته. لاصاله البرائه. و اطلاق النصوص الصحيحه بجوازها ما لم يثبت. و لا يتحقق الثواب الا مع قبوله، لا مع بذله خاصه. لانه بمنزله هبه جديده و لا يجب [عليه] قبولها» (٣) انتهى.

ص: ٢٥٤

١- و في النسخه: اليهم.

٢- قال في المسالك: اي التعويض.

٣- المسالك، ج ١ ص ٢٩٨ ط دارالهدى.

كلامه (ره) ليس فيه دلالة على ان عوض الهبه، هبه لا غير. و لا على اشتراط عقد جديد مطلقا. بل مراده انه اذا امتنع الواهب عن الثواب و لم يقبله، يجوز له. لانه الى الان لم يحصل عقد معاوضه موجه لانتقال ما اثبت الى الواهب حتى يلزم بالقبول لاجل لزوم الهبه. بل بذل الثواب بمنزله هبه جديده يجوز عدم قبوله و رده. و الحاصل: ان مراده (ره) جواز الرد و عدم القبول. لا لزوم القبول المسبوق بالايجاب المعتبر في العقود في تحقق الثواب. فيكفي اصل الشرط المذكور في ضمن الهبه الأولى في ايجاب نقل الثواب. و كذا قبوله و عدم رده في قبول ايجابه. و ذلك لا ينافي اشتراط الايجاب و القبول اذا اشترط في ضمن العقد هبهً مستقلة، او بيعاً، او غير ذلك. و لم تمتنع الواهب من القبول. فالثمره يظهر فيما لو قال «وهبتك هذا الفرس و شرطت عليك ان تعطيني ثوباً» فاذا اعطاه و قبله الواهب و لم يرده تحقق الثواب. اما لو قال «و شرطت عليك ان تعطيني الثوب (١) الفلاني، او تهبنيه، او تخالصنيه» (٢) فيلزم الايجاب و القبول المعهودان (٣) في العقود. و [يلزم] الاقباض في الهبه.

فاذا تأملت فيما ذكرنا؛ عرفت ما في كلام (٤) العلامة في التذكرة؛ حيث قال في مسئله هبه الحلبي بشرط الثواب في المجانس (٥) متفاضلاً: «أنه لا- يضرّ التفاضل و لا- عدم قبض المجلس. لأنّ الهبه عقد مستقل عينا. و التفاضل و اشتراط القبض انما هما في البيع». ثم نقل موافقه بعض الشافعيه له مستدلاً بأننا لم نلحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض. فهكذا

ص: ٢٥٥

١- و في النسخه: الثواب.

٢- و لعلّه «تصالحنيه».

٣- و في النسخه: و المعهودان.

٤- و في النسخه: الكلام.

٥- و في النسخه: المجالس. و نسخه البديل: المجلس.



فى ساير الشرائط. و لائنً باذل الثواب فى حكم واهب جديد، فكأنه يقابل هبه لهبه. ثم قال «و يضعف الثانى بانا لا نشترط فى الثواب بلفظ العقد ايجاباً و قبولاً. و لو كان هبه مجده، لآشترط» (١) انتهى (٢).

فيه: ان مراد بعض الشافعيه، انما اخراجه عن المعاوضه المقصوده فيها تبادل العوضين، كالبيع، حتى لا يجوز التفاضل و ترك قبض المجلس. بل هما نقلان متغايران. و لذلك قال «فكأنه يقابل..» و لم يقل انه هبه فى مقابل هبه. حتى يستلزم لزوم الايجاب و القبول، و ان كان مستلزماً لذلك لو شرط هبه أخرى، او بيعاً، او غير ذلك. فلا يرد عليه ايراد العلامة بانه لو كان هبه مجده، لآشترط.

و اما قوله (ره) «باننا لا- نشترط فى الثواب لفظ العقد ايجاباً و قبولاً»، فان اراد ان الثواب من حيث انه ثواب لا يستلزم الايجاب و القبول و لا- يشترط فيه العقد. فهو معنى صحيح؛ اذ الثواب قد يكون عملاً- خاصاً كالخياطه و الكتابه و الابرء، و لا يحتاج الى عقد جديد. بل لو كان الثواب عقداً كالهبه و البيع و نحوهما. فان الحاجه الى العقد و الايجاب و القبول، لاجل انه هبه، او بيع. لا لاجل انه ثواب.

قال فى التذكرة فى كتاب الحجر: «و للولئ ان يهب مال الطفل بشرط الثواب مع المصلحه؛ اما مع زياده الثواب على العين، او مع تحصيل امر من المتهب ينتفع به الطفل نفعا يزيد على بقاء العين» (٣) انتهى كلامه (ره). و الظاهر ان تحصيل ذلك الامر جزء العوض. و هو ليس هبه.

ص: ٢٥٦

١- التذكرة، ص ٤٢٢ الطبعة القديمه، موسسه آل البيت (عليه السلام).

٢- و فى النسخه: لاشترط النهى كذا فى ان..

٣- التذكرة، ج ١٤ ص ٢٦١ طبعه الحديثه، آل البيت (عليه السلام).

ثم: انه لا بد هنا من التنبيه على مرادهم من لزوم العقد [فى] الهبه المعوضه. لتكون على بصيره فيما نحن فيه. فاعلم: انّ الواهب اذا اوجب الهبه و شرط العوض و قبل المتّهب و قبض الموهوب و عمل بمقتضى الشرط، فيصير العقد لازماً من جانب الواهب و المتّهب كليهما. و لا- يجوز لاحدهما الرجوع الى ما كان سابقاً. و يدل عليه (مضافاً الى الاجماع) عموم مثل قوله تعالى «وفوا بالعقود»، سواء جعنا العقد شيئاً و احداً مشتقاً على نقلين و انتقالين، او قلنا بان الهبه الأولى عقد، و التعويض ايضاً عقد، لانه عباره عن نقل المشروط الى المشروط له، بقصد العوضيه. و قبول المشروط له كذلك بالمعنى الذى ذكرنا فى القبول.

و اما الاستدلال بالروايه الدالّه على لزوم الهبه المثار عليها؛ فانها(1) يتم فى الهبه الأولى. لصدق الهبه المثار عليها بلا اشكال. و اما فى العوض(2)، فلا- يتم، اذا كان العوض غير هبه. و اما اذا كان هبه؛ ففي صدقها عليها، خفاء ايضاً. لأنّ المتبادر من «المثار عليها» تاخر الثواب منها، و المفروض تقدم الثواب حينئذ. الا ان يقال: ان قبول الواهب الاول لها بقصد العوضيه، يجعل الهبه الأولى عوضاً عنها بعد القبول.

هذا كله اذا تحققت الهبه الاولى و التعويض معا. و اما اذا تحققت الاولى و لم يتحقق الثانى بعد، فالواهب الاول بالخيار. لعدم صدق المثار عليها بعد. لعدم تحقق الثواب و صدقه الا بالقبض. فالاخبار الداله على [عدم] لزوم غير هبه ذى الرحم و المثار عليها، يشملها. و هى مخصّيه لعموم «وفوا بالعقود». و لا- يجبر الموهوب [له]، على دفع العوض. بل هو مخير بين ردّ الموهوب و دفع المشروط. و لا مجال لتوهم وجوبه لانه شرط فى ضمن عقد لازم. اذ هذا الشرط انما وقع فى ضمن عقد جاز و هو الهبه الاولى. و الذى يجب الوفاء به، انما

ص: ٢٥٧

١- و فى النسخه: فانّهما- و كان الاولى «فانّه». لان مرجع الضمير، الاستدلال.

٢- و فى النسخه: فى التعويض.

هو اذا كان فى ضمن عقد لازم.

و اشكال صاحب المسالك بان العقد من جانب المتهم لازم، مندفع بان العقد من جانب المتهم متولد من هذا الشرط. فلا معنى لكون الشرط فى ضمنه. و مراده من اللزوم من جانب المتهم، انه لا يجوز له فسخ ما اوجب عليه الشرط؛ بان يملك الموهوب و اعرض عليه من الشرط. لانه يجب عليه الالتزام [ب-]العوض و ان ردّ العين الموهوب. بل هو مخير قبل الاتيان بالشرط، بين ردّ الموهوب و بين دفع المشترط(1). كما صرح به فى المسالك مكررا. هذا كله فى الهبة المشروطة فيها العوض.

و اما فى الهبة المطلقة: (التي عوّض عنها المتهم و حصل التقابض)، فالدليل على لزومها (بعد الاجماع ظاهرا) هو عموم «اوفوا بالعقود»، بالتقريب المتقدم. فان الهبة الاولى و ان كانت جائزه- اذا كانت لاجنبى بسبب الأخبار الداله على عدم اللزوم اذا كانت فى غير رحم او مثاب عليه- لكنه بعد حصول العوض بقصد العوضيه و قبول الواهب بهذا العقد، كل منها هبه مثاب عليها. اما الاولى، فظاهر. و اما الثانيه، فلان القبول بقصد العوض يجعل الاولى ايضا عوضا عن الثانيه. كما اشرنا. اذا عرفت هذا.

فنقول: اذا قالت الزوجه: «وهبتك بشيئ الفلانى على ان تطلقنى فى عوضها». و يقول الزوج: «قبلت و انت طالق على(2) هذا». فيصح الطلاق، و يملك الزوج الموهوب. و كلمه «على هذا» لاجل الاشعار للعوضيه. لانه لا يتم الا بقصد العوضيه. فلو علم القصد و القبول من الطرفين، فلا حاجه اليها. و لا يجب المقارنه بين قول الزوجين (كما كانت معتبره فى الخلع). اذ لا يشترط فى الهبه المعوضه، مقارنه العوض فى الخارج. و لا اشكال فى جواز

ص: ٢٥٨

١- و فى النسخه: رفع المشترط.

٢- و فى النسخه: مع.

المقارنه، اذا حصل القبض قبل الطلاق. و اما لو قارن الطلاق بايجاب الزوجه للهبه و قبولها من الزوج بدون قبض الموهوب، فففيه اشكال؛ اظهره عدم الصحه. لان القبض فى الهبه، شرط الصحه. على الاصح. فما لم يتحقق الهبه بسبب عدم القبض، فلا معنى للتعويض و قصد كون العوض عوضاً عنها.

فليس لاحد ان يقول: ان الهبه و ان لم يتحقق بعد، لكنه يجوز ان يعوض المعوض بالهبه التى يتحقق بانضمام القبض، لان هذا ليس بداخل فى الهبه المعوضه. بل انما هو من باب القسم الاول من الاقسام الستة المتقدمه، او القسم السادس. و كلامنا الآن ليس فيه. و اما وجه الصحه؛ هو (1) عدم اشتراط المقارنه بين العقد و القبض. فاذا كان قاصداً للقبض (2)، صدق عليه انه عوض الطلاق عن الهبه.

و فيه: مع انه اخص من المدعى، اعم من قصد القبض. [ف-] كفايه القصد ممنوعه. نعم له وجه ان قلنا بان القبض كاشف عن الصحه اولاً. و لكن لا. يحضرنى الا ان قول به من الاصحاب. اذ ظاهرهم كون القبض جزء السبب. نعم نقله فى التذکره قولاً للشافعى. هذا كله على المختار.

و اما على القول بكون القبض شرطاً فى اللزوم، لا. الصحه، فيكون تصحيح الهبه المعوضه. اذ كما ان القبض على هذا القول يوجب اللزوم، فكذلك التعويض. و ان كان بين اللزومين فرق. اذ المراد من اللزوم فى الاول، هو فيما يتحقق فيه اللزوم كهبه ذى الرحم. و فى الثانى، اللزوم مطلقاً.

و الحاصل: ان مطلبنا يتم فيما لو حصل القبض قبل التعويض و ان كان بسبب كون

ص: ٢٥٩

١- و فى النسخه: و هو.

٢- و فى النسخه: فاذا كانت قاصده للقبض... .

الموهوب في يد الزوج. بل ويمكن الاكتفاء بهبه ما في ذمته أيضا (مثل الصداق) لجواز هبه ما في الذمه، وان جعلناه من باب الأبراء، فان الظاهر أنّ احكام الهبه جاريه فيه، كما يستفاد من الخبر الصحيح الوارد في جواز هبه ما في الذمه (١). فان الظاهر من اطلاق الهبه، هو اجراء احكامها فيه؛ من اشتراطه بالقبض، و الفرق بين ذى الرحم وغيره، و المعوضه و غيرها. كما يستفاد من صحيحه صفوان المجوّزه لهبه ما في الذمه لغير من في ذمته. قال: «سئلت الرضا-ع- عن رجل له على رجل مال، فوهبه لولده، فذكر له الرجل المال الذى له عليه. فقال: انه ليس عليك منه شىء في الدنيا و الآخره. فطيب ذلك له و قد كان وهبه لولده-؟ قال: نعم يكون وهبه له ثم نزعه فجعله لهذا» (٢). فأنها محموله على ما لم يحصل القبض في حق الولد. و لا يلزم ان يحمل الحديث الصحيح (الوارد في جواز هبه ما في الذمه لمن عليه) على الأبراء. بل يصح جعلها هبه أيضا. و يكفي كونها في ذمته، عن قبضه. و قد علم من صحيحه صفوان عدم منافاه كون المال في الذمه، و وقوع الهبه به و صحته. اذ لا معنى للأبراء ثمه.

فالبذل المعوض بالطلاق، يراد به المعنى الاعم من العينى و الدينى. سلّمنا كون بذل ما في الذمه من باب الأبراء دون الهبه. لكن لا دليل على بطلان المعاوضه فى الأبراء. و توهم ان الأبراء لا يقبل الشرط، فاسد. اذ المسلم منه هو محض التعليق، لا مطلق الشرط. فيصح ان يقال «انت بريء مما فى ذمتك منى، على ان تبرئنى مما فى ذمتى لك». لكن هذا ليس من باب الهبه المعوضه التى نحن بصدد بيانها الان. بل هو داخل فى القسم الرابع على وجه سيجيى الكلام فيه.

ص: ٢٦٠

١- الوسائل، كتاب الهبات، الباب الاول، ح ١.

٢- الوسائل، كتاب الهبات، الباب الثانى، ح ١- و فيه: عن رجل كان له على رجل.

وقد ظهر لك مما ذكرنا، تصحيح طرد الحد من دخول الطلاق بعوض بتقييد الفديه باللازمه للمهيه، و تصحيح ان الطلاق قد يستلزم تملك الفديه في غير صوره الخلع اذا اوجده في قالب الهبه المعوضه. و اما انه هل يفيد بينونه، ام لا؟-؟ و ان بينونه فيه هل هو في معنى بينونه في الخلع، ام لا؟-؟

فنقول: انه يفيد بينونه بمعنى الانقطاع، و لكن ليس في معنى الخلع مطلقا. اذ بينونه هنا حاصله من اللزوم الحاصل من الهبه المعوضه. فمقتضاه عدم جواز استقلال احدهما بالرجوع. للزومها من الطرفين. فلا يمكن الرجوع الا بالتقاييل. بخلاف الخلع. فانه يجوز استقلال المرئه بالرجوع دون الزوج. و لكن اذا رجعت المرئه، فيجوز للزوج الرجوع ايضا، اذا لم يكن هناك مانع خارجي ككونها صغيره، او يائسه، او غير ذلك. و من ذلك يظهر جواز التقاييل في الخلع ايضا، و لكنه لا- حاجه الى اعتباره، لكفايه رجوع الزوجه في جواز رجوع الزوج.

نعم: هنا كلام اخر: و هو ان الهبه المعوضه فان اقتضت اللزوم من الطرفين، و لكن الزوجه قد يكون مدخوله من ذوات الاقراء. و عموما ما دل على جواز الرجوع فيها يشملها. فالنسبه بينها و بين هبه المعوضه، عموم من وجه. فما وجه ترجيح مقتضى الهبه المعوضه؟ و ايضا: قد يتحقق الهبه المعوضه، بجعل العوض محض اجراء الصيغه. و هو لا ينافي عدم حصول بينونه.

و جوابه: ان المفروض ان المرئه تريد الخلاص من تسلط الزوج و انقطاع تسلطه عليها(1). فمرادها من جعل الطلاق عوضا عن البذل، الخلاص الذي لا يستقل الزوج بالرجوع فيه. لا مجرد اجراء صيغه الطلاق و ان جاز له الرجوع في العده من ساعته. و بهذا يتحقق بينونه.

ص: ٢٤١

١- و في النسخه: و القطاع تسلط عليه.

فان قلت: ان هذا يستلزم التشريع و جعل ما جعله الشارع جازياً، لازماً. فان الطلاق الذى يريد المرئ عوضاً عن البذل، اذا كان طلاق المدخوله ذات الاقراء الغير المكرهه للزوج مثلاً، فهو طلاق رجعى فكيف يصير بائناً.

قلت: ان مرا[د]نا ان الزوجه تريد اسقاط حقه الثابت له بالشرع، لا جعل ما فيه له حق، غير ما له فيه حق. فكأنها تقول «بذلت هذا المال لك على ان تبذلنى فى عوضها طلاقاً يسقط فيه ما لك من حق الرجوع». [كما] اذا صالحت الزوجه بعد الطلاق مهرها و نفقتها ايام العده، باسقاط حق الرجوع. و ابطالنا نظير هذا الايراد ثمه، فانه ليس لاحد ان يقول ان الزوج ليس له جعل ما هو جازى و يستحق فيه الرجوع، بحيث يصير لازماً و غير مستحق فيه الرجوع. لانه يسقط حقه الثابت بالشرع من جهه الرجعه. لانه يجعل الطلاق الرجعى الذى جعله الشارع مما يستحق فيه الرجوع، غير ما يستحق فيه الرجوع. فتدبر.

فظهر من ذلك اننا لا نلتزم كون كل طلاق بعوض، بائناً (فانه قد ترضى الزوجه التى من شأن طلاقها ان يكون رجعيًا، ببذل مال فى عوض طلاقها و ان لم تشرط (1) البتّ و البينونه. لغرض من الاغراض). نقول (2) انه مما قد يحصل البينونه فى غير الخلع. و الحاصل ان مرادنا هنا بيان تحقق فرد من الطلاق يحصل به تملك العوض، غير الخلع و المبارات. لا حصوله (3) [ب-] اثبات كونه بائناً كالخلع. و قد ثبت التحقق فيما ذكرنا سيما اذا كان الطلاق بائناً من جهه اخرى.

و اما اندراجة فى الصلح: فبان يجعله عوضاً للصلح؛ فتقول المرئ «صالحتك هذه

ص: ٢٤٢

١- و فى النسخه: يشترط.

٢- و فى النسخه: يقول.

٣- و فى النسخه: حصول.

الفديه بان تطلقني». و طلقها في عوضه. و يشمله عمومات ادله الصلح. فانه جاز بين المسلمين الا ما احل حراماً، او حرم حلالاً. بل في كلمات الاصحاب اشاره الى ذلك في خصوص الموضوع:

فمنها: ما قاله العلامة (ره) في التحرير في كتاب الصلح: «لا يجوز الصلح على ما لا يجوز اخذ العوض عنه مثل ان تصالح امرئه لتقر له بالزوجيه. و لو دفعت اليه عوضاً ليكف عن هذه الدعوى، فالوجه عدم الجواز. فان اصطلاحاً على ذلك ثم ثبت الزوجيه بالبينه او باقرارها، كان النكاح باقياً. و كذا لو ادعت ان زوجها طلقها ثلاثاً، فصالحها على مال لتنزل عن دعويها، لم يجز. و لو دفعت اليه عوضاً ليقر بطلاقها، لم يملكه. بخلاف ما لو بذلت عوضاً ليطلقها»<sup>(1)</sup>.

اقول: و هذا الكلام ظاهر بل صريح في جواز الصلح على الطلاق. فهذا طلاق بعوض. فان مراده من قوله «بذلت عوضاً.. الى اخر كلامه» هو بيان حكم المصالحه معه على ان يطلقها. و كذا المراد من قوله «دفعت اليه عوضاً»، بقرنيه قبلها. اذ الكلام و البحث و جواز المصالحه على ما لا يجوز، و اخذ العوض عنه، و ما يجوز، و توضيح مطلبه ان البضع مما لا يملك بالمعاوضه. فكما لا يجوز بذل المرئه بضعها لسقوط دعوى الرجل، و كذا اعراض الرجل عن البضع الذي يدعيه و جعله للمرئه في مقابله عوض، فلا يجوز المصالحه عليها ايضاً. فان فعلاً هذا الفعل التي لا يجوز و تصالحا عليه، فكما هو حرام فلا يترتب عليه ثمره ايضاً. فلو ثبتت الزوجيه بالبينه او باقرارها، يكون النكاح باقياً.

و كذا الوادعت ان زوجها طلقها ثلاثاً، مریده بذلك أنها مالكة لبضعها و محرّمه على الزوج. فكما أنه لا يجوز (بعد اقرارها بكونها محرمة على الزوج) تسليم بضعها الرجل في

ص: ٢٦٣

---

١- تحرير الاحكام الشرعيه، ج ٣ ص ١٤ ط موسسه الامام الصادق (عليه السلام).



ازاء عوض، لا يجوز بعد انكار الرجل كونها مطلقه بالثلاثة (مريداً بذلك انه مالك لبضعها) ان ياخذ عوضا عنها و يخلي بضعها لها و يجعل خيرتها بيدها. فكذا لا يجوز المصالحة. بخلاف ما لو بذلت عوضا ليطلقها، فانه جائز، و المصالحة عليه جايزه.

فان قلت: لعل مراده من قوله «ليطلقها»، «ليخلعها»، بقرنيه كلامه في التذكرة قال «يصح الصلح عن كل ما يجوز اخذ العوض عنه، عيناً كان كالدار و العبد، او ديناً، او حقاً كالشفعة و القصاص. و لا يجوز على ما ليس بمال مما لا يصح اخذ العوض عنه؛ فلو صالحته المرثه على ان يقرّ له بالزوجيه، لم يصح. لانها لو ارادت بذل نفسها بعوض، لم يجوز. و لو دفعت اليه عوضا عن دعوى الزوجيه ليكفّ عنها، فالاقرب الجواز. و للحنابله و جهان؛ لان المدعى ياخذ عوضا عن حقه من النكاح، فجاز كعوض الخلع و المباره، تبذله لقطع خصومته و ازاله شرّه، فجاز. فان صالحته ثم ثبتت الزوجيه باقرارها او بالبينه، فان قلنا الصلح باطل، فالنكاح باق بحاله. لانه لم يوجد من الزوج سبب الفرقه من طلاق و لا خلع. و ان قلنا يصح الصلح، فكذلك ايضا. و عند الحنابله أنّها تبين منه باخذ العوض، لانه اخذه عما يستحقه من نكاحها، و كان خلعا. كما لو اقرّت له بالزوجيه فخالفها و ليس بشيء. و لو ادعت ان زوجها طلقها ثلاثاً، فصالحها على مال لترك دعويها، لم يجوز. لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها، بعوض. و لا بغيره. و لو دفعت اليه مالاً ليقرّ بطلاقها، لم يجوز. و للحنابله و جهان: احدهما الجواز، كما لو بذلت له مالاً ليطلقها» انتهى (١).

و التقريب ان يجعل قوله (٢) «بخلاف ما لو بذلت عوضا ليطلقها» اشاره الى بطلان قياس

ص: ٢٦٤

١- التذكرة، ج ١٦ ص ١٣١، الطبعه الحديثه، آل البيت (عليه السلام).

٢- اى قوله فى عبارته التحرير.

الحنابله ما نحن فيه، بالخلع. يعنى انه لا يجوز هنا ولا يصير خلعاً. كما قالت (١) الحنابله. لعدم ثبوت الزوجيه، و معنى الخلع هو خلع الزوج زوجيه الثابته عن نفسه بعوض. وقد ورد به الكتاب و السنه. و المراد فيما نحن فيه، جواز اخذ الفديه على ترك دعوى الزوجيه الغير الثابته، بان يقتر بطلاقها. فمراده ان هذا مخالف فى الحكم فى البذل بعوض الطلاق الثابت. فلا يقاس عليه. فلا يستفاد من هذا الكلام انه قائل بجواز اخذ العوض فى مقابل غير الخلع، و صيرورته قسماً اخر غير الخلع.

قلت: (مع كمال بُعد ذلك من اللفظ، و عدم ما يوجب تنزيل اطلاق كلام المصنف فى كتاب، على كلامه فى كتاب اخر. لوقوع المخالفه من شخص واحد فى مصنفاته المتعدده. بل فى كتاب واحد. و سيما مع ظهور المخالفه فى [ال-]مسئله الاول، حيث استقرب الجواز فى التذكرة، و استوجه عدمه فى التحرير) انه لا ينفع فى شئ. اذ غايه الامر انا سلمنا ان مراده بالطلاق، الخلع. و نتيجته المقام (حيث صرح فى التذكرة بصحة الصلح عن كل ما يجوز اخذ العوض عنه منطوقاً، و فى التحرير مفهوماً) ان يجوز الصلح فى الخلع. بان تصالح الزوجه مهرها، اوشياً اخر لزوجها، على ان يخلعها. و لم يعهد ذلك منهم فى كتاب الخلع. فانهم جعلوا الخلع عقداً مستقلاً و لم يذكروا جواز جريان صيغتها بعنوان المصالحه. فكما انك لا تسلم كون الطلاق بعوض، قسماً مغايراً للخلع و المبارات، لعدم ذكره فى طى اقسام الطلاق، فنحن نقول الخلع على سبيل المصالحه لم يُذكر فى كلماتهم فى طى اقسام الخلع. و ان قلت اندراجها انما هو من جهة عمومات الصلح، نقول بمثله فى الطلاق بعوض حرفاً بحرف.

بقى الكلام فى بيان وجه اختيار جواز اخذ الزوج شيئاً عن الزوجه ليكفّ عن دعوى الزوجيه فى التذكرة، و عدمه فى التحرير؛ اما وجه عدم الجواز: فقد اشرنا اليه من أنه بانكاره

ص: ٢٦٥

١- و فى النسخه: كما لو قالت.

الطلاق معترف ببقاء الزوجيه، و لا يجوز بذل بضع زوجته بازاء عوض. و اما وجه الجواز: فما(١) ذكره(ره) من قوله «لان المدعى ياخذ عوضاً.. الى اخره» انما يناسب مذهب الحنابله. و اما على مذهبنا فلانه قياس مع الفارق. و لعلّه ما ذكره(٢)، لاحد وجهى الحنابله. و لذلك اخره عن ذكر الوجهين. نعم يمكن توجيه الجواز بحيث يناسب مذهبنا بان اخذ العوض حينئذ انما هو لترك الدعوى، لا لبذل البضع التى هو مالکها باعترافه.

و التقريب: انه لا يبذل بضعها التى هو مالکها باعترافه، حتى يجوز لها التزويج بالغير، ليلزم الاعانه على الاثم . و لا يستلزم جواز اسقاط الدعوى فى مقابل شىء، رضاه بالتزوج بالغير، المحرّم. اذ قد لا تعرف الزوجه بالحال لوقوع النكاح فى حال صغرها ولايه بدون اطلاعها و لا يتمكّن الزوج من اثباته لعدم البينه و عدم امكان تحليف المرثه لعدم علمها بالحال، او اعتمادها على اصاله عدم النكاح. فلا يحصل فى تزوّجها حينئذ محرّم. او لا يريد المرثه التزوج باحد و لكن مرادها محض الخلاص عن التجاذب و الخصومه، فتبذله شيئاً للخلاص عن الخصومه. و هو ايضا ياخذ لاجل ترك التجاذب.

الا- ان يقال: ان اليمين يتوجه فى مثل هذا المقام على المدعى، لعمومات ما دلّ على ان قطع النزاع باحد امور منها اليمين. و اختصاصها بالمنكر فيما كان منكراً صريحاً. فمع امكان اثبات زوجيه المدعاه، كيف يتركها و ياخذ فى عوضها شيئاً.

فكيف كان؛ فاثبات الجواز فى غايه الاشكال. فالأظهر اذن ما اختاره فى التحرير.

و منها: ما نقله العلامة فى المختلف، عن ابن الجنييد انه قال «لو صالح امرثه على ان يطلّقها على ان ترضع له ولد[أ] سنتين، حتى تطعمه و على ان يزيدا ثوبا بعينه قيمته قدر

ص: ٢٦٦

١- و فى النسخه: فاما.

٢- و فى النسخه: امان ذكره.

مهر مثلها، فقبضت الثوب فاستهلكته و ارضعت الصبيّ سنه ثم مات (١)، رجع عليها بنصف قيمه الثوب و نصف مهر مثلها ان كان دخل بها. و ان لم يكن دخل بها، رجع عليها بنصف قيمه الثوب و ربع مهر مثلها. و لو كانت زادته هي مع الرضاع شاه قيمتها مثل قيمه الثوب، رجع عليها بربع مهر مثلها و ربع قيمه الثوب، ان كان مدخولاً بها. و ان لم يكن مدخولاً بها، رجع عليها بثمان مهر مثلها و ثمن قيمه الثوب. و لو استحقت الشاه و هي مدخول بها، رجع عليها بثلاثة ارباع قيمه الثوب، و ثلاثه ارباع مهر مثلها. و لو كانت غير مدخوله بها، رجع عليها بربع مهر مثلها و بقيمه الثوب (٢). و في صحه هذا الصلح نظر؛ من حيث ان الصلح انما يتم على ملك. و لو سلم صحته فقد جعلت في مقابله الرضاع بضعاً و ثوباً. فاذا لم يُسلم اليه الجميع، كان عليها اجره الرضاع للمده (٣) المتخلفه. و يتحمل ما قاله من الرجوع بنصف المهر، لانه عوض البضع. و كذا في باقى كلامه نظر. و بالجمله فهذه المسئله لم يتعرض لها من علمائنا غيره» (٤) انتهى كلامه (ره).

و ظاهر هذا الكلام بفيده انه يصح ان يجعل الطلاق وجه المصالحه. و ان يكون احد طرفى الصلح، الطلاق و الثوب. و الثانى الرضاع. و العلامه و ان ردّه و انكر عليه في صحه خصوص هذا الصلح، و لكن لم ينكر عليه ان كان جريان الصلح على الطلاق. و لذلك ذكر المسئله في كتاب الصلح.

ربما يقال: ان مراد ابن الجنيد من الصلح هنا، ما يُعطى في وجه الخلع. فالمراد من المصالحه، المخالعه. بقرنيه انهم ذكروا في كتاب الخلع مسئله جعل الفديه رضاعاً. و استشهد

ص: ٢٦٧

١- اى: مات الولد.

٢- الى هنا تمّ الكلام المنقول من ابن الجنيد. و ما بعده كلام العلامه نفسه.

٣- و في النسخه: المله.

٤- مختلف الشيعه في احكام الشريعه، ج ٦ ص ٢١٨ ط جامعه المدرسين.

[وا] على ذلك بما رواه البقباق عن الصادق عليه السلام: «قَالَ: الْمُخْتَلِعَةُ إِنْ رَجَعَتْ فِي شَيْءٍ مِّنَ الصُّلْحِ يَقُولُ لِمَ رَجَعْتُ فِي بُضْعِكَ» (١).

و هذا فى غاية البعد، لما ذكر. و لأنه لا وجه حينئذ لضّم الثوب. اذ الفديه انما يكون من الزوجه. و اطلاق الصلح على الفديه فى روايه بقباق، مجاز بمناسبه ان اصلاح الحكمين من الزوجين الذين وقع الشقاق بينهما قد ينجز الى الطلاق بالخلع.

بقى الكلام فى بيان مطلب ابن الجنيد و العلامه، و لا يخفى ما فيهما من التعقيد. و ظاهر عبارته ابن الجنيد لا يرجع الى منقول، و غايه توجيهه ان الطلاق لثما لم يكن من الامور المقومه القابله لان يكون فى ازاء عمل و اجره بفعل، بل انما هو لفظ لو لم يعتبر ما يترتب عليه، كان وجوده كعدمه. فاحد طرفى المصالحه انما هو التسريح و سلب اختيار الزوج عنها و جعلها مالكه لنفسها الذى يترتب على هذا اللفظ. ففى الحقيقه احد طرفى المصالحه هو البضع و الثوب، و الاخر الرضاع. فاذا لم يتم الرضاع بسبب موت الولد و بقى نصف العمل. فيرجع الى نصف العوض، يعنى نصف البضع و نصف الثوب (لما لم يكن استيفاء الثوب لاجل استهلاك الثوب، و عدم جواز تملك البضع التى خرجت من يده، بدون نكاح جديد) فيرجع الى نصف قيمتها و نصف قيمه الثوب. [و الرجوع الى نصف قيمه الثوب، معلوم.] و لكن الاشكال فى نصف قيمه البضع. و جعله ابن الجنيد نصف مهر المثل، بمناسبه ان تفويه البضع يستلزم ذلك (٢) فى مثل الدخول بالشبهه و فى مثل المفوضه بعد الدخول، و غير ذلك.

و يناسب ذلك ما ذكره فى كتاب الكفاله؛ ان الكفول اذا كان زوجه المكفول له، و عجز الكفيل عن امضاءها، فلما كان الزوجه مما لم يكن استيفائها من الكفيل، فترجع الى بذلها و

ص: ٢٤٨

١- الوسائل، ج ٢٢، ص ٢٩٣.

٢- و فى نسخه: ان تفويه البضع ليستلزم ذلك.

هو مهر مثلها.

و اما فرقه بين الدخول و غير ذلك، و جعله قيمه المدخوله تمام مهر المثل، و الغير المدخوله نصفه؛ فلعله مبتن عن ملاحظه مناسبه انّ الطلاق قبل الدخول انما يوجب نصف المسمى فى العقد، و بعد الدخول يوجب تمامه. فكانّ المراد [د انّ] المدخوله قيمتها تمام المهر و الغير المدخوله نصفه. و طرّد الحكم فيما نحن فيه. و انت خبير بان كل ذلك خيالات واهيه بمناسبات غير مرتبطه بدليل، و قياسات مع الفارق.

و لعلّ العلامه (ره) ايضا فهم من كلامه ما فهمناه، فقال «فى صحه هذا الصلح نظر» لان الصلح [يصح] (١) على ما يملك، و البضع لا- يملك بمعنى صيرورتها مورد المعاملات المالىه. و ان صح اطلاق التمليك عليها بسبب النكاح و التحليل الذى بمعناه. و تملك المولى بضع مملوكته انما هو بتبعيه تملكها لعينها [لا-] من حيث أنّها بضع. فاذا لم يتمّ الملك، لم يصح التقويم و ردّ نصف قيمتها.

ثم قال: و لو سلّم صحته فقد جعلت فى مقابله الرضاع بضعاً و ثوباً، فاذا لم يسلم المرثه الى الزوج جميع الرضاع، عليها اجره رضاع المده المتخلفه. يعنى كان عليها نصف اجره مثل العمل. و ليس له مطالبه نصف الاجره المسماه.

و فيه نظر. اذ هذه المصالحة المساوقه لعقد الاجاره (بعد تسليم صحتها بسبب جواز تلك البضع و جعل البضع مقوّمًا) مقتضاه الرجوع الى نصف الاجره المسماه. فان الاجره فى الاجاره، تُملك بالعقد و لكنه لا يستحقها الاجير الا بتمام العمل. فان نقص من العمل، يسترّد المستاجر ما قابل النقص. كما ذكره فى الاحتمال بعد ذلك. نعم: يتمّ ما ذكره فى الخلع اذا جعل الفديه، رضاعاً. لعدم امكان الرجوع للزوج. قال فى القواعد (فى صوره موت الولد):

ص: ٢٦٩

١- هنا لفظ فى النسخه لا يكاد يُقرء.

«رجع عليها باجره المثل»<sup>(١)</sup>. يعنى بقيه المده.

و قد يوجد فى بعض الحواشى على «المختلف»، توجيه اخر لكلام ابن الجنيد. و حاصله: أنه فرض الكلام فيما لم يكن مسمى فى المهر، و فرض الكلام فيما لو طالب الطلاق على ما يستقر فى ذمته بعد الطلاق من المهر. و آجرت نفسها<sup>(٢)</sup> للرضاع بثوب و ما يستقر عليه من المهر بعد الطلاق. و حينئذ فاذا لم يتم الرضاع، فيرجع الزوج الى نصف ما استقر عليه من المهر و بنصف قيمه الثوب. و حينئذ فان كانت مدخوله، فيستقر عليه تمام مهر المثل، و الألفنصفه. فاذا لم يتم المرثه الرضاع، فيرجع الزوج الى نصف قيمه الثوب و نصف مهر المثل ان كانت مدخوله. و ربه، ان كانت غير مدخوله. و يتم الكلام الى اخره.

و فيه ايضا: ان هذه التقديرات كلها خلاف الظاهر. مع ان المهر فى المفوضه لا يستقر فى ذمه الزوج ان كانت غير مدخوله، لا كله و لا نصفه. و الكلام فى البيئونه و عدمها، مثل ما مرّ فى الهبه المعوضه. و اما اندراجه فى ضمن الشروط المذكوره فى ضمن العقود اللازمه (بان تصالح<sup>(٣)</sup> مهرها بشيئ و تشتترط فى ضمنها ان يطلقها. او تبعه شيئاً و تشتترط فى ضمنه ذلك) فلأنه يصدق على هذا الطلاق انه طلاق فى مقابل عوض و يحصل تملك العوض بالطلاق، و ان للشرط قسطاً من الثمن. و الكلام فى البيئونه كما مرّ.

و اما اندراجه فى الجعالة (بمعنى ان يجعل الفديه جعالة للطلاق)، فلانه يصدق عليه ايضا انه طلاق فى مقابله عوض. و صحه الجعل على الطلاق، مصرح بها فى كلماتهم، حتى ان الشهيد الثانى (ره) نفى الاشكال فى صحه بذل المتبرع اذا اراد الجعالة، لانه عمل محلل

ص: ٢٧٠

- 
- ١- القواعد، كتاب الفراق، فى الخلع؛ المطلب الرابع فى الفديه. ص ٣٨٨ ط كوشانپور- و ليس فيه لفظه «عليها».
  - ٢- و فى النسخه: اجره نفسها.
  - ٣- و فى النسخه: كان تصالح...

يتعلق به غرض صحيح. كما اذا اراد تخليص الزوجه عن الشده و المحنه. بل الاشكال فى تصحيحه خلعاً. فلا مانع من ان تقول الزوجه لزوجهها «طلّقتنى على ان لك [على] الفاء». و طلقها الزوج فى ازاء الالف. و يستحقه بالطلاق.

قال فى القواعد فى المطلب الخامس فى سوال الطلاق: «و لو قالت طلّقتنى ثلاثاً على ان لك على الفاء، فطلّقتها، قيل لا يصح، لانه طلاق بشرط. و الوجه انه طلاق فى مقابل عوض. فلا- يعدّ شرطاً. فان قصدت الثلاث ولاءً، لم يصح البذله و لو طلّقتها ثلاثاً مرسلًا» (١) الى ان قال: «و لو قصدت ثلاثاً برجعيتين صح، فان طلق ثلاثاً، فله الالف» (٢).

و قال الفاضل الاصفهاني فى شرح العبارة الاخيره: لان البذل على افعال صحيحه شرعاً، فان طلقها ثلاثاً كذلك، فله الالف (وفاقاً للمحقق) على الجعالة، لا- على الخلع. و الأ لزم تراخى الايجاب عن السؤال، و جواز مراجعه الزوج فى الخلع من غير رجوعها فى البذل. ثم ذكر توجيهها لارجاعه الى الخلع. فيه تكلف.

ثم قال بعد ذلك فى القواعد بعد العبارة الاخيره: «و ان طلق واحده، قيل له الثلث. و فيه نظر، لان مقابله الجميع بالجمله، لا يقتضى مقابله الاجزاء بالاجزاء». و انت اذا تأملت فى عقد المطلب لبيان احكام سوال الزوجه الطلاق، و لاحظت هذه العبارات، يظهر لك ان عندهم فرداً من الطلاق بعوض، غير الخلع و المباراه. و ان لم يجعله من باب الجعالة ايضاً. و هذا الكلام منّا قد اعترض فى البين للتبنيه. فلنعد الى الكلام فى الجعالة.

و نقول: لا ينبغى الاشكال فى صحتها من الزوجه ايضاً، كما يصح من الاجنبى (٣). فقد

ص: ٢٧١

١- القواعد، كتاب الخلع، المطلب الخامس فى سوال الطلاق، ط كوشانپور، ص ٣٩٠- و فيه: لم يصح البذل.

٢- همان.

٣- المتبرع.



يكون المرئيه (1) مرئيه للطلاق لاجل مصلحه من المصالح من دون كراهتها للزوج. فيجعل له جعله على ان يطلقها لمحض ارضائها بالطلاق. و تعلم انها بمحض الطلاق تصير بائنا، لكونها غير مدخوله، او يائسه مثلا. فليس ما بينها و بين مقصودها الا الطلاق. و تحصيله بالجعله. و اما لو كانت مدخوله من ذوات الاقراء؛ فقد تعلم من حال زوجها انه لا يرجع اليها، [ا] و انه جاهل بجواز الرجوع و لا- يعلم بذلك حتى ينقضى العده، فيحصل مطلبها ايضا. و اما لو كان الزوج عالما بالمسئله، فان اراد الزوجه البيئونه، فلا يتم بمجرد الطلاق. اذ له الرجوع فى العده و ليس للمرئيه الرجوع الى البذل. لانه فعل العمل و الطلاق، الا ان يعلم ان مرادها الابانه و عدم الرجوع، و بذلت الجعله لاجل ذلك. فحينئذ يجوز للمرئيه الرجوع الى البذل، لعدم تمام العمل. نعم: لو عقدت الجعله على الطلاق و على اسقاط حق الرجوع و فعلهما، فلا يجوز له الرجوع و يحصل البيئونه. فقد يحصل [البيئونه] و قد لا يحصل.

و اما ما قد يناقش فى صحه الجعله فيما نحن فيه من جهه عدم شمول ادلتها لذلك. و من جهه ان وضع الجعله على الافعال التى يفعلها الانسان و يقوم بها عن غيره. و لذلك لا- يقع فى ساير العقود و الايقاعات، الا- اذا صدرت من الوكيل فيما يصح فيه الوكاله.

ففيه: انه لو لم يكن هناك دليل الا- عموم «اوفوا بالعقود» و نحوها، لكفى. اذ تلك العمومات كما يفيد وجوب الوفاء بها، يفيد صحتها. غايه الامر عدم لزوم الجعله و وجوب الوفاء بها بدليل خارجى. فما الذى رفع جوازها؟ و هذا ليس من باب فسخ الوجوب المستلزم لرفع الجواز. كما لا- يخفى على المتدبر. و الا- فالظاهر ان كلماتهم متطابقه فى جوازه على كل امر محلل لم يكن واجبا على المكلف.

ص: ٢٧٢

١- و فى النسخه: مل المرئيه.

و اما ما ذكر في حصر موضوع الجعالة في الافعال التي يقوم الانسان(1) عن غيره، ففيه منع ظاهر. اذ موضوعها الافعال التي يقوم بها لغيره. لا- عن غيره. بل استثناء الواجب ايضا انما لئسّم في الواجبات العينية. بل التوقيفيه منها. و لذلك ذكروا انّ قوله عليه السلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه» من باب الجعالة. و ان كان الجهاد من الواجبات. لكونها توصلياً و كفائياً. و ذكروا من امثلتها «كل من دخل داري فله درهم». فالطلاق اذا فعله الزوج بازاء الجعالة، فهو فعل يفعله لغيره و هو الجاعل. لا عن غيره.

ثم: ما ذكر من انه لا- يقع في ساير العقود و الايقاعات، مصادره. افتراك ان تقول بحرمه الجعل بازاء النكاح اذا اراد رئيس قبيله ان يواصلهم رجل عظيم و يتزوج امرئه منهم ليشدّ به اذوهم و يرتفع امرهم و يزداد فخرهم، مع وقوع النكاح بمهر امثال الزوجه بدون نقص.

فاذا جعل الزوجه او الاجنبى جعالة لزوج على ان يطلقها لغرض صحيح، فهو فعل محلل وقع للغير و لا يلزم ان يكون عن الغير حتى يمكن ان يقال: ليس الطلاق من شأن الزوجه و الاجنبى حتى يكون فعله نيابه عن الغير. و كذلك الكلام في الجعالة على البيع و العتق و غيرهما. من العقود و الايقاعات. و لا غائله فيها اصلا.

ثم انك قد عرفت: ان مرادنا في هذه المقامات، اثبات فرد من الطلاق يؤخذ العوض في ازائها. لا خصوص صيرورته بذلك طلاقاً بائناً. و انه لا يلزم مقارنة الطلاق بالهبة و الصلح و الجعالة و غيرها. و لم نلتزم لزوم ذكر العوض حين اداء صيغته، بل انما هو اذا اريد التنبيه على العوضيه. و مع ظهور فقده من الجانبين، يكتفى به عن ذكره. فلا يرد علينا بعض المناقشات المبتنيه على توهم ذلك؛ مثل ان الجعالة تابعه للعمل المجعول عليه، فان كان الطلاق بائناً بذاته فبعد العمل ايضا بائن. و ان كان رجعيًا، فرجعي. فلم يحصل من الجعالة،

ص: ٢٧٣

---

١- و في النسخه: التي تقدم يقوم الانسان.

طلاق بعوض بائن مغاير للخلع و المباراه. و مثل انه لا يشترط فى الجعالة مقارنه العمل بالجعل بحيث لم يحصل (1) الفصل، كما اعتبر فى الخلع. و مثل انه لا يشترط فى العمل ذكر العوض. و امثال ذلك. غايه الامر انا نقول: قد يمكن صيرورته بائنا بنوع من التصرف؛ من اسقاط حق، او مصالحه. و قد يكتفى فى المقام بحصول البينونه التى فى مقتضى اصل الطلاق (كما فى الصغيره و اليائسه و غير المدخوله) و تعاطى هذه العقود (من الهبه و الجعالة و غيرهما) لحصول الطلاق الذى يلزمه البينونه و ان لم يكن ذلك من مقتضيات هذه العقود. كما اشرنا اليه سابقا.

و اما الكلام فى القسم الاول: و هو الذى ينبغى ان يبنى مسئلتنا المبحوث عنها عليه، و يحمل كلماتهم فى هذا المضمار عليه. فتحقيق الكلام فيه يحتاج الى تمهيد مقدمات:

الاولى: ان الخلع بناءً على ما عرّفوه بانّه «ابانه بفديه من الزوجه بلفظ خلعت لا يستلزم ذكر الطلاق معه». و على ذلك يترتب الخلاف فى ان الخلع هل هو فسخ، او طلاق؟-؟ و على القول بكونه فسخا، ليس بطلاق و لا يعدّ من الطلقات. و ليس خلافهم فى ذلك فى صورته ذكر الطلاق معه.

الثانيه: ما ذكر (2) من كفايه لفظ الطلاق بعوض مجرداً عن لفظ الخلع، و أنّ الخلع يقع بهذا اللفظ، انما يصح على الاطلاق عند من يقول بكون الخلع طلاقا و ان تجرد عن لفظ الطلاق. و اما من يقول بان الخلع مجرد فسخ لا طلاق، فكفايه هذا اللفظ عنه، لا يتم. اذا اريد به الفسخ الذى هو معنى الخلع المجرد. اذ الطلاق لا يكون فسخا ابدا. فلا يصح للقائلين بان الخلع المجرد فسخ لا طلاق، ان يقولوا: ان الطلاق بعوض، خلع. اذ لا يصح حمل الخلع على

ص: ٢٧٤

١- و فى النسخه: يجعل.

٢- و فى النسخه: ما ذكره.

الطلاق عندهم. فعلى هذا فمراد هذا القائلين اذا قالوا «ان الطلاق بعوض يجزى عن الخلع» انه يفيد فائدته من بينونه. لا انه خلع حتى يصح ان يقال انه فسخ ايضا. و يتفرع على ذلك انهم اذا ارادوا ان لا يعدّ الخلع (1) من الطلقات و كان مقصودهم ايقاع الخلع مجرداً عن لفظ الطلاق، لا- يجوز لهم الاكتفاء بلفظ «الطلاق بعوض». اذ هو يعدّ من الطلقات جزماً. و ليس الطلاق من الفاظ الفسخ.

الثالث: ان الطلاق ربما يمكن ان يكون عوضاً عن شئ، للاصل و العمومات. فيصح المعاوضه عليه. و ناهيك ان المشهور جعلوا الخلع و المباره من عقود المعاوضات. و لذلك اشترط الايجاب و القبول و المقارنه بينهما و تعيين العوض و غير ذلك من شرائط المعاوضات. فيصح اندراجها تحت عموم «اوفوا بالعقود». و تعليلهم الامور المذكوره بكونه عقد معاوضه، يوضح جواز ملاحظه ذلك فى الطلاق بعوض من دون كراهه من احدهما. و قد حققنا فى المقدمه الاولى من الرساله، جواز الاستدلال بها على جميع المعاوضات الا ما اخرج الدليل.

الرابع: انه (2) ربما يذكر فى بيان كفايه الطلاق بعوض (يعنى لفظ انت طالق بكذا) [أنه] صح و كان مباراه. اذ هى عباره عن الطلاق بعوض، هو مثل قوله «انت طالق بكذا». و كون هذا اللفظ ايقاع الطلاق بازاء عوض مطلقاً [ب-] ان نقول:

المباراه طلاق بعوض (3).

و كل طلاق بعوض، صيغته الداله عليها مطابقهٌ مثل قوله «انت طالق بكذا» و يقع بتلك

ص: ٢٧٥

١- و فى النسخه: خلعههم.

٢- و فى النسخه: لفظان بعنوان نسخه البدل فى المتن و الهامش. ثانيهما: «أنا».

٣- صغرى.

الصيغه بعد اجرائها(١).

فالمباراه يقع بهذه الصيغه(٢).

فمع تسليم كليه الكبرى لا يبقى مجال لانكار كون الطلاق بعوض، صحيحا و كونه اعم من الخلع و المباراه.

فان قلت: ان الاوسط فى الصغرى مقيد بالمنافاه بين الزوجين، فلاجرم انه مقيد به فى الكبرى. فلم يثبت الكليه المدعاه.

قلت: هذا القيد لاجل تصحيح الحد ليميز المباراه عن الخلع و غيره، لا لتتميم القياس و توسيم الاوسط. فان الظاهر مبنى كلامهم فى الخلع فى هذه المسئله ايضا على هذا القياس. و على هذا فيلزم ان يكون الخلع ايضا معتبرا فيه المنافاه بين الزوجين، مع انه لا دلالة للفظ «انت طالق على كذا» على اعتبار الكراهه مطلقا باحد من الدلالات؛ لا لغه، و لا عرفا، و لا شرعا. اما الاولان، فظاهر. و اما الثالث، فلعدم ثبوت الحقيقه الشرعيه لهذا اللفظ فى هذا المعنى.

فان قلت: ان مدلول هذا اللفظ، ايقاع الطلاق بعوض مع ثبوت الكراهه فى الجمله، سواء كان من الزوجه فقط او منهما. [ف-] يتم القياس فى المقامين لثبوت القدر المشترك للاوسط فى كليهما بقيد المنافاه(٣) بين الزوجين. اى هو لكونه احد الامرين؛ [الكراهه] منهما او الكراهه عنها فقط(٤).

ص: ٢٧٦

١- كبرى.

٢- نتيجه.

٣- و فى النسخه: فقيد المنافاه...

٤- و فى النسخه: و من الكراهه عنها فقط.

قلت: لو سلمنا ذلك، فينبغي منع ثبوت الحقيقة الشرعية في ذلك أيضاً (١) و لا مجال لاثباتها سيما مع ملاحظه ما ذكره من ان الطلاق بعوض يجزى من الخلع و أنه تفيد فائدته. و لم يقولوا (٢) انه هو.

فان قلت: لم يرد المستدل الاستدلال على طريق الشكل الاول. بل مراده التنبيه على دخول الجزئى فى الكلى، يعنى ان المباره عباره عن الطلاق بعوض فى ضمن اى لفظ دلّ عليه. و لفظ «انت طالق بكذا» من جزئيات اللفظ الدال عليه.

قلت: المقدمه الاولى مصادره. اذ نحن الان فى مقام اثبات ان اى لفظ يجزى و اياً لا يجزى. فكيف يدعى العموم؟ و ظنى ان هذا المطلب لا يحتاج الى التوضيح اكثر من ذلك.

اذا تمهد هذه المقدمات؛ فنقول: ان المستفاد من مجموع هذه الكلمات، ان الطلاق بعوض بهذا المعنى ايضاً اعم من الخلع و المباره، و ليس قسماً من اقسام الطلاق حتى تمسك بانهم لم يذكروا غير الخلع و المباره شيئاً من اقسام الطلاق ينطبق على ذلك (٣). اذ نحن نقول ان الخلع و المباره ايضاً (من حيث انهما فردان من اقسام الطلاق بعوض) ليسا من اقسام الطلاق. بل صيرورتهما قسماً مستقلاً انما هو من جهه خصوصيات أخر. فالطلاق بعوض، قسم من المعاوضات يوجد فى جميع اقسام الطلاق معنى الخلع و المباره. كما سنشير ايضاً. و لذلك اكتفوا فى بعض موارد الخلع و المباره بانها من افراد الطلاق بعوض، الذى هو قسم من المعاوضات، من حيث [افاً]دته فائدتهما. لا من حيث انه خلع و مباره حقيقه.

ص: ٢٧٧

١- و فى نسخه: فى ذلك ايضاً مجاز.

٢- و فى نسخه: و انه تفيد قائلته و لم يقول... .

٣- و فى نسخه: ينطق على ذلك.

فنقول: انه يجوز معاوضه الطلاق (و ما يترتب عليه من الثمرات و التوابع مثل جواز الرجوع فيما يمكن فيه الرجوع الى الزوجه، و غيره(١)) بعوض. كما انه يجوز ذلك فى الخلع. اذ لا استحاله فى هذا النقل؛ لا عقلا، و لا عرفا، و لا شرعا. اما الاولان، فظاهر، سيما مع ملاحظه صحه الخلع و المباراه. و اما الاخير؛ فلعدم المنع من الشارع.

فان قلت: احكام الشرع توقيفيه، يحتاج ثبوتها الى الدليل. [و لا- حاجه الى الدليل] على عدمها، فان الاصل يكفى فى ذلك العموم.

قلت: مع ان التمسك بالاصل غير تمام (كما اشرنا اليه فى المقدمه الاولى) نقول: ان الدليل موجود و هو عموم «اوفوا بالعقود» و امثاله على ما بيناه فى تلك المقدمه. و لم يقل احد بان الاحكام لا بد فيها من النص الخاص، كما ورد فى الخلع و المباراه. بل يكفى فى ذلك، العموم.

اذا عرفت هذا فنقول: ان العموم يقتضى الصحه. و الامر بالوفاء بالعقد، يقتضى لزوم (اذ قد بينا فى تلك المقدمه ان الاصل فيها الوجوب الا- ما خرج بالدليل) و هذه العمومات مخصّصه بعموم ما دل على جواز الرجوع فى المطلقات الرجعيه. اذ هذا العقد وارد عليها، لما ذكرنا انه من طوارى اقسام الطلاق. فكانه قيل يجوز الرجوع فى المطلقات الرجعيه الا ما وقع عقد المعاوضه عليها.

فان قلت: ان النسبه بين تلك العمومات و بين ما دل على جواز الرجوع فى طلاق ذوات الاقراء المدخولات(٢)، عموما من وجه. بتقريب ان جواز الرجوع فى المطلقات المذكوره، اعم من ان يكون مورد العقد، المعاوضات، او لا- يكون. و لزوم عقود المعاوضات ايضا اعم من ان

ص: ٢٧٨

١- و فى النسخه: فيه الرجوع و غيره الى الزوجه.

٢- و فى النسخه: فى الطلاق ذوات الاقراء المدخوله.

يكون احد العوضين فيها طلاق تلك المطلقات، ام لم يكن. فما ترجيح عموم المعاوضات؟

قلت: ان مرادنا من عقد المعاوضات هنا، العقد الذى يقصد فيه تمليك البضع للمرئ، بحيث لم يكن رجوع للزوج. كما فى المختلعه. و لذلك تريهم يستدلون بالايه(1) بالخلع [و] بعمومات المعاوضات، وان الاصل فيها اللزوم. كما ذكره فى المسالك. و قال ابن حمزه فى رجوع المرئ فى البذل: «يجوز ان يُطلقا الخلع و ان تعيد(2) المرئ بالرجوع فيما افتدت به، و الرجل بالرجوع فى بضعها. و ان اطلقا، لم يكن لاحدهما الرجوع، الا بحال يرضاه الاخر. فان قيل: لم يخل اما لزمتهما العده، او لم يلزم. فان لزمها(3)، جاز الرجوع ما لم تخرج من العده. فان خرجت منها او لم يلزم العده، لم يكن لها الرجوع بحال. الا بعقد جديد و مهر مستأنف(4).

و احتج له فى المختلف، بانها معاوضه فيعتبر رضاهما. و نفى عنه البأس. و استجوده بعض المتأخرين. و ايضا: يستدلون فى اعتبار الايجاب و القبول و مقارنتها فى الخلع، بانه عقد معاوضه.

فان قلت: ان مجرد قصد ذلك فى العقد، لا يكفى. اذ ترتب جواز الرجوع (المستفاد من ادلته فى المدخوله و ذات الاقراء) من الاحكام الشرعيه الوضعيه، و لا يرتفع ثمرته بمجرد قصدهما. و [لو] لم يكن فى المختلعه النص الخاص على الابانه و سقوط تسلط الزوج، لقلنا فيه ايضا بجواز الرجوع فيما لم يكن فيه مانع خارجى. و جواز رجوعه بعد رجوع المرئ بالبذل، بعد ورود النص على الابانه، انما هو بسبب النص الوارد فيه ايضا. بل جواز رجوع

ص: ٢٧٩

١- اى: اوفوا بالعقود.

٢- و فى النسخه: يعيد- و الاصح: تعود.

٣- و فى النسخه: اما لزومتها و العده او لم يلزم فان تم لزمتهما جاز الرجوع.

٤- جواب الشرط (فان قيل) لم يجىء، سهواً، او سقطاً، او لعدم الحاجه اليه.



الزوجه هنا اشد اثباتا (لنقض اللزوم بالعموم<sup>(١)</sup>) لو لم يكن النص) من اثبات اللزوم بالعقد المذكور.

قلت: مع ان الادله الداله على جواز الرجوع (لَمَّا كان في مقابل العوض) فعمومها ممنوعه<sup>(٢)</sup>. بل ليس فيها عموم. و انما هي اطلاقات وردت في بيان احكام الرجعه. و الاطلاق انما ينصرف الى العموم حيث يراد بيان حكم المطلق من حيث هو ترك استفعال. [و] ليس الطلاق بعوض من الاحتمالات الظاهره في الازهان فيها. و اظهر العمومات في هذا الباب قوله تعالى: «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ»<sup>(٣)</sup>. و لا ريب ان الضمير يعود الى من يمكن في حقها الرجوع. و كون المدخوله ذات الاقراء التي خلعت بعوض من جملتها، اول البحث.

سلمنا جميع هذه المراحل. و لكن نقول<sup>(٤)</sup>: عموم ما دل على لزوم المعاوضات، اقوى دلالة من هذه. و بعد تسليم عدم ذلك ايضا، نقول: غايه ذلك ان الطلاق بعوض، بمجرد يفيد الابانه. و اذا وقع عقد المعاوضه هنا<sup>(٥)</sup> (بان الزوجه تبذل الفديه في ازاء ابانه الزوج اياها بالطلاق، بحيث لم يجز له الرجوع بعد ذلك. و هو ممكن للزوج بان يسقط حقه من الرجوع ان يصلحه) فكانها تقول «بذلت هذا لان [ت] طلقني طلاقاً<sup>(٦)</sup> يسقط فيه حقك من الرجوع، او تصلحه». فاذا قبل الزوج ذلك و تم عقد المعاوضه، فلا يجوز الرجوع.

مع اننا لو سلمنا عدم امكان ذلك، و لكننا قد اشرنا سابقا؛ ان فائده الطلاق بعوض يتصور

ص: ٢٨٠

١- و في النسخه: اشد اثباتا لنص اللزوم بالعموم.

٢- عباره النسخه: جواز الرجوع عمومها لما كان في مقابل العوض ممنوعه.

٣- آيه ٢٢٨، سوره بقره.

٤- و في النسخه: لقول.

٥- و في النسخه: و اما وقع عقد المعاوضه منها.

٦- و في النسخه: لان طلقنتي طلاقا يسقط...

فى امرين: احدهما صحه تلك العوض. و الاخر بينونه. و اذا لم يحصل الفائده الاخير، فلا مانع من الاولى. سيما اذا كانت يائسه، او صغيره، او نحو ذلك. فانه يحصل بينونه ايضا و ان كانت من جهه اخرى. و ايضا: يظهر الثمره فيما لم يكن يطلقها لولا بذل العوض. فحصل فائده تملك العوض. و بينونه ايضا و ان كان [ت] من جهه اخرى.

بقى الكلام؛ فى انه هل يجوز للمرئه الرجوع فى البذل كما يجوز فى الخلع-؟ ام لا؟ فيه اشكال. لان المجوز لرجوع المرئه من الخلع انما هو النصوص، و هى مفقوده هنا. و انما خرجنا عن مقتضى عموم المعاوضه فى جانب الزوج من اجل ادله جواز الرجوع فيما يمكن فيه (على فرض تسليمها)، فيستقر (1) فى جانب الزوجه على حالها. و ظاهر المسالك، الجواز. و هو مشكل [الآ] على سبيل التقابل (2)، و هو ايضا مشكل لفوات الطلاق و عدم كونه متقوماً و لا مثلياً. و البضع ليس بنفس العوض و لا مثله و لا قيمته.

فان قلت: ان قولهم بان الطلاق بعوض يجرى عن الخلع، يقتضى ان يجرى فيه ايضا احكام الخلع.

قلت: هذا غلط فاحش. اذ مرادهم ان الخلع لما كان من افراد الطلاق بعوض، و لفظ «انت طالق بكذا» يفيد هذا المعنى، فيجرى عن لفظ الخلع من حيث افاده المفارقه بعوض او بينونها ايضا. و لكن لا يستلزم ذلك ان يكون ترتب ساير احكام الخلع (مثل جواز رجوع المرئه فى البذل مع امكان رجوع الزوج، و جواز رجوع الزوج بعد البذل، و غير ذلك) من جهه انه فرد من الطلاق بعوض. بل انما استفيد من كون هذا الفرد الخاص من الطلاق بعوض الذى له احكام خاصه. و ثبوت احكام لفرد خاص لاجل الخصوصيه لا يقتضى ثبوتها للعام.

ص: ٢٨١

١- و فى نسخه: فيقر. - اى: فيستقر عموم المعاوضه.

٢- عبارته نسخه: لا على سبيل التقابل - و لعل الصحيح: الآ على سبيل التقابل.

فقولهم ان الطلاق بعوض يجزى عن الخلع و يفيد حكمه، اما يراد به مجرد الابانه، او انه بانضمام خصوصات المقام من كراهه المرئيه و قصد الخلع، يفيد ذلك. لا ان هذا اللفظ من حيث هو يجرى مجرى الخلع، حتى توجد فيه حكم الخلع حيثما وجد.

ثم: قد ظهر لك مما ذكرنا من لزوم القصد، و مما حققناه من وجود فرد للطلاق بعوض لم يكن خلعا و لا مباراه، انه لا يكفى مقارنة الصيغه بشرائط تحقق قسم من الطلاق، [فى] حملته (١) على ذلك، الا بالقصد. و لا يثبت مع تحقق قسم منها عدم جواز الاخر مع امكانه. فيصح الطلاق الرجعى فى صورته كراهه الزوجه فقط، و كراهتهما معا ايضا. و يصح الطلاق بعوض غير الخلع و المباراه فى صورته تحقق شرائط احدهما، فيتبع القصد. و فى صورته عدم القصد الى احدهما (٢)، لا اعتبار بالصيغه. نعم لو لم يعلم القصد و وقع النزاع بينهما فى اراده ايّهما (٣)، فيرجع الى ما يقتضيه المرافعه. و لعلنا نشير الى حكمه بعد ذلك.

و اما الكلام فى القسم السادس: و هو ان يجعل البذل شرطاً فى الطلاق: فان اريد به تعليق الطلاق عليه، فالذى يقتضيه اطلاق فتاويهم، البطلان. و قد صرح المحقق بانه لم اقف فى لزوم تجريد الطلاق عن الشرط، على مخالف من الاصحاب (٤). و لكن نسب القول الى المشهور، مشيراً الى ضعف المستند. و تأمل فى المسالك فى البطلان، لعدم ثبوت الاجماع و ان عدم الوقوف على المخالف لا يقتضى كونه اجماعاً. و لعموم الادله. و استأنس

ص: ٢٨٢

- ١- و فى النسخه: تحمله.
- ٢- و لعل الصحيح: احدها- اى: الى الرجعى و الخلع و المباراه.
- ٣- و لعل الصحيح: ايّهما.
- ٤- الشرايع، الركن الثالث فى الصيغه، ج ٣ ص ٩ ط دارالتفسير.

له بصحة التعليق في الظهار(١). ويمكن ان يكون نظر المشهور الى منافاه التعليق للانشاء الذي تقتضى ثبوت مقتضى الايجاب حال التكلم. و انما خرجنا عنه في الظهار، للاخبار الواردة فيها. و يظهر هذا النوع من الاستدلال من جماعه من الاصحاب في مواضع شتى و صرحوا باشتراط التنجيز في الخلع ايضا. حتى انهم فرّقوا بين قوله «انت طالق بكذا» او «على كذا» او «على ان عليك كذا». و استشكلوا في كلمه «على» مع استعماله مع كلمه «ان». فان فيها شائبه التعليق (بخلاف «الباء») نظراً الى استعمالها في الشرط مثل قوله تعالى «هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَىٰ أَنْ تُعَلِّمَ مِنِّي مِمَّا عَلَّمْتَ»(٢). و اجيب بمنع ذلك، لامكان اراده الجعالة و عورض بقوله تعالى «فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سِدًّا»(٣) و «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجِرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ»(٤). و ربما يفرق بين تقديم سؤالها و عدمه. فعلى الاول، يشبه الجعالة. و على الثاني، فيه شائبه الشرط.

و في هذا كلام، لاحتمال الشرط معنى الالتزام(٥). كما هو معهود في الشرط في ضمن العقود. و قد وقع الاجمال في كلام المحقق في الشرايع، حيث ذكر اولاً- اشتراط التجريد في الخلع، ثم ذكر انه لا- يضر الشرط اذا اقتضاه العقد، كما لو قال «ان رجعت في البذل رجعت» و كذا لو شرطت هي الرجوع في الفديه. ثم قال: اما لو قال «خالعتك ان شئت» لم يصح و لو شئت. لانه شرط ليس من مقتضاه. و كذا لو قال «ان ضمنت لى الفاء» او «ان اعطيتنى»،

ص: ٢٨٣

١- نقل بالمعنى- المسالك، ج ٢، ص ١٢ ط دارالهدى.

٢- آيه ٦٦ سورة كهف.

٣- آيه ٩٤ سورة كهف.

٤- آيه ٢٧ سورة قصص.

٥- اى: لان الشرط حامل معنى الالتزام- و في النسخه: و في هذا الكلام الاحتمال الشرط بمعنى الالتزام.

او ما شاكلة. و كذا متي، او مهما، او اى وقت، او اى حين (١).

فان طرفى كلامه انما هو فى التعليق، و وسط [-ه] فى الشرط بمعنى الالتزام و الالتزام الذى يتداولون استعماله فى العقود و الايقاعات و يشترطون ان لا- يكون مخالفا لمقتضى العقد و لا للكتاب و السنه. غايه الامر ان المثال الاول اعنى «ان رجعت فى البذل رجعت» يصير الالتزام و الالتزام فى قالب التعليق و لكن العقد غير معلق عليه. كما هو موضع المسئله. بخلاف المثال الثانى؛ فانه شرط فى غير قالب التعليق. و فيما ذكره اخيراً فى التعليقات من التعليل، بانه ليس من مقتضاه، ايضاً شيئاً. فالأولى الاستدلال بما ذكرنا من منافاته للجزم فى الانشاء. او بالاجماع، لو شئت.

ثم: ان الشهيد الثانى (ره) استشكل هنا فى الفرق بين قوله «خالعتك ان شئت» او «ان اعطيتنى» و امثال ذلك، و بين قوله «خالعتك بكذا» مع عدم تقدم سؤالها. فان الخلع هنا ايضاً معلق على قبولها الايجاب. و قال: الفرق ان فى قوله «خالعتك بكذا» لا يتعلق فى اللفظ و ان كان معلقاً فى المعنى، فهو فى صورته الجزم. و لا يضر ذلك، كما فى البيع؛ فاذا قال «بعتك بكذا» فانه ايضاً معلق على قبول المشتري و صحيح. بخلاف ما لو قال «ان قبلت» (٢).

و لا ريب انه تكلف ظاهر تفتن فى اخر كلامه من الاستبعاد فى جعل امثال تلك الاعتبارات مناطاً للاحكام الشرعيه. اذ الكل فى المعنى متحد (٣).

ص: ٢٨٤

١- الشرايع، ج ٣ ص ٤١ ط دارالتفسير.

٢- العبارة ليست عين عبارة الشهيد (ره) فى المسالك. بل نقل بالمعنى. - المسالك كتاب الخلع. ج ٢ ص ٥٤ ط دارالهدى.

٣- المرجع عينه.

اقول: و الاولى ان يُجعل المناط هو الجزم البادى فى النظر، و أنه كاف فى الصحه و ان حصل له الترديد و التشكيك بعد التفطن. و نظائر ذلك كثيره. منها ان المسافر اذا قصد ثمانيه فراسخ لزياره اخيه فى رأس الثمانيه و لا غرض له سوى ذلك. فان خرج و قطع برهه من المسافه، فإذا باخيه يجيئ اليه، و صادفه و رجع. فوجوب القصر انما هو لجزمه بالذهاب الى منتهى المسافه، و لو كان احد يقول له فى اول المسافه؛ ان صادفت اخيك بين الطريق، ترجع ام لا؟-؟ يقول نعم. فان تكليفه القصر مادام جازما فى البادى و هو المناط. و كذلك الامر فى ايجاب العقود. فان البايح حين الايجاب جازم بانه يقبل و ليس له تردد حتى يحصل له تعليق فى نظره و ان [لم] يكن تصريح اللفظ [بالجازميه]. و لو جهل الحال و حصل التداعى، فالمناط هو صورته الجزم. فمدعى خلافه، مدع و يقدم قول منكر الشك على ظاهر الحكم.

ثم قال (ره) فى بيان الفرق و بطلان التعليق فى الامثله المذكوره: «انه يزيد فى الامثله المذكوره مضافا الى كونها معلقه على القبول، أنها معلقه على شىء اخر و هو المشيئه. و يزيد عليه فى قوله «ان اعطيتنى» انه قابل لان يكون الاعطاء عوضا عن الطلاق. كما هو مقتضى الخلع او غيره»<sup>(1)</sup>.

ثم قال: «بقى البحث فى تعليق الاستدعاء على الشرط، و قد تقدم القول بجوازه. و فى التحرير: لو قالت ان طلقتنى واحده فلك على الف. و طلقها، فالاقرب ثبوت الفديه. و هو تعليق محض. الا ان يقال بان الاستدعاء يتوسع فيه، و من ثم لم يختص بلفظ، بخلاف الخلع الواقع من الزوج. و فى الحقيقه كل لفظ يتقدم منهما فهو معلق على الاخر. و من ثم قلنا انه مع تاخير القبول من جانبها يكون فى الخلع شائبه الشرط. الا انهم اعتبروا فى نفس الخلع (الذى هو عبارته عن اللفظ الواقع من الزوج) تجرده عن صورته الشرط. بخلاف اللفظ الواقع

ص: ٢٨٥

١- المرجع عينه.

منها. و لو جعلنا الخلع عباره عن العقد المركب منهما، اشكل الفرق. و على ما ذكره فى تعريف الخلع فى التحرير- من انه عباره عن بذل المرثه المال للزوج فديه لنفسها- يقوى الاشكال. خصوصا فى حكمه الذى حكيناه عنه<sup>(١)</sup> انتهى كلامه قدس سره.

و ان اريد به الشرط المتداول فى الستهم فيما تشترط فى ضمن العقود، فهو أطلق على معينين: احدهما مجرد الالتزام و الالتزام، مع قطع النظر عن كون استمرار مقتضى العقد معلقا على وجوده، بحيث لو انتفى، تسلط المشتري على فسخه. و ثانيهما: اراده ذلك مع كون بقاءه و استمراره معلقا عليه. و كلاهما موجودان فى ابواب العقود فى البيع و النكاح و غير ذلك. و اغلب ما اطلقوا عليه هو المعنى الثانى، سيما فى البيع و الخيار الحاصل بسبب انتفائه. يسمونه من جمله الخيار ب-«خيار الاشرط». فالاولى ان يراد بالشرط، هو القدر المشترك. و هو المعنى الاول. سيما بملاحظه استدلالهم فى المقامات كلها بقوله (عليه السلام): «المؤمنون عنه شروطهم»، المفيد للاطلاق. فقد تريهم قد يجوزون الشرط فى ضمن العقد و يقولون بلزومه و وجوب الوفاء به من دون ان يكون استمراره معلقاً على تحققه؛ كاشترط السكنى للمرثه فى بلدها و لا يقولون بتسلطها على الفسخ اذا اخرجها الزوج من البلد. و لم يصرحوا بالتسلط على الفسخ عند انتفاء الشرط؛ كما لو تزوجها على أنها<sup>(٢)</sup> حرّه فظهرت امه. او على انها بنت مهيّره، فظهرت بنت امه، او على انها بكر، فظهرت ثيباً. و تزوجت على انه حرّ، فظهر عبداً. و قالوا ان ذلك هو مقتضى الشرط.

و بالجمله: لا دليل على الخيار لو اراد<sup>(٣)</sup> محض الالتزام و الالتزام بدون الخيار فى الفسخ.

ص: ٢٨٦

١- المرجع عينه.

٢- و فى النسخه: انه.

٣- و فى النسخه: و لو اراد.

فلا يلزم علينا القول بأن المرثه اذا لم تف بالعوض في الطلاق بعوض، ان يكون للزوج الرجوع. كما نقول (١) في الخلع بجواز رجوعه لو رجعت [ت] في البذل، بدليل مختص به. و ان لم نضايق من ان يشترط الرجوع قبل انقضاء العده ان لم تف (٢). ان لم يكن الطلاق بائناً (٣). و لكن هذا خروج من العقد. اذ الكلام في الرجوع الى الحال السابق، من جهة عدم تحقق الشرط. فلا دخل للبينونه و الرجعه في ذلك. و لكن لما ثبت انه لا رجوع في البائن، فهو خرج بالدليل. فان ما يدل عليه اقوى مما يدل على العمل بمقتضى قاعده الشرط، فتخصصها به.

ثم انه: لا بد من بيان معنى الالتزام و الالتزام في الشرط المذكوره، ليحصل الفرق بين الشرط و الوعد. حيث يوجبون العمل بالشرط دون الوعد. على المشهور بين الاصحاب. و جمله الكلام في ذلك ان الالتزام و الالتزام، اما ان يكون من باب نفس العقود (اعنى العهود الموثقه بين العباد باقسامها، و لا ينفك (٤) غالباً عن معاوضه و لو ضمناً) فانها الزامات و التزامات و عهود موثقه يجب العمل بها و التزامها، الا ما خرج بالدليل. كما اشرنا في المقدمه الاولى. و لذلك تريحهم يستدلون في لزوم العقود بقوله (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم». كما فعله العلامة في التذكرة في المساقاه.

و اما [ان] يكون بالشرط في ضمن عقد لازم بحيث يصير جزء منه. و انما الاشكال في صيروره ذلك في الايقاعات (٥). و يمكن القول به ايضاً. كما ذكر [و]ه في العتق. و توجيهه إما

ص: ٢٨٧

- ١- و في النسخه: كما تقول.
- ٢- و في النسخه: و ان لم تف.
- ٣- و في النسخه: ثابتاً.
- ٤- و في النسخه: و لا ينقل.
- ٥- اى: لا اشكال في صيروره هذا الشرط جزء العقد في العقود. لكن الاشكال صيرورته جزءاً في الايقاعات. - و في النسخه: في صيروره ذلك لانها في الايقاعات.



بالمعاوضه الضمنيه؛ فان العبد مملوك للمولى نفسه و منافعه، فلا مانع من ان يخرج بعض ما فى تحت يده و يبقى البعض لنفسه، ثم يعاوضه باعطاء شىء بعد العتق، او خدمه معينه. فكأنه يعاوضه المنفعه الممكنه الحصول منه من المال و الخدمه التى هى حقه فى حال الرقيه، بما يساويها فى حال الحريه. فهذا التزام للعبد بشىء فى عوض ما كان لازما عليه للمولى و التزام للمولى لآتيانها له بعد العتق. لاجل سلطنته السابقه.

و هذا كلام يجرى فى الطلاق ايضا. فلا مانع من ان يقول للمرئيه «انت طالق و شرطت عليك ان تعطينى الفاء» او «انت طالق على ان تعطينى الفاء» او «انت طالق على ان تعطينى كذا»، و تلتزمها المرئيه فى عوض حقه السابق من حبسه(١) فى حباله ابدأ و تسلطه على ذلك، حيث يستريحها و يرخصها من الحبس(٢) بالطلاق، و يلزمها الزوج بذلك على تقدير الطلاق. فهذا تحقق(٣) معنى الالتزام و الايقاعات(٤). و يدل عليه عموم قولهم(عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم». و الخلع ايضا فى الحقيقه يرجع الى ذلك، و ان امكن جعله من باب المعاوضات الصريحه ايضا.

و اما فى الوعد: فليس شىء يوجب الالتزام و الالتزام. و ليس من باب المعاوضات الصرفه، و لا المعاوضات الضمنيه فى مقابل شىء من الحقوق اللازمه. فيمكن فى الايقاعات القول باجراء المعاوضه الصريحه كالخلع، و باجراء المعاوضه الضمنيه كالعتق. و بابقاء اللزوم السابق بحاله.

و لما ذكرنا ان الالتزام مطلقا لا يوجب خيار الاشتراط مطلقا، فلا يرد علينا انه

ص: ٢٨٨

١- و فى النسخه: من جنسه.

٢- و فى النسخه: من الجنس.

٣- و فى النسخه: يتحقق.

٤- و فى النسخه: و الايقاعات.

لو كان هذا الشرط صحيحاً لجرى فيه خيار الاشرط، و لجاز العود الى الطلاق لعدم وفاء الزوجه بالشرط. فهذا معنى غير معنى الرجوع فى البذل فى الخلع. و لذلك تريهم بعد ما اتفقوا على صحه الشرط السابق فى العتق مثل خدمه سنه، او اعطاء مال. مستدلين بقوله (عليه السلام) «المؤمنون عند شروطهم» و غيره. و انه لا يرجع الى الرق بالاخلاق، بل يبقى وجوب الوفاء(١) فى ذمته. اختلفوا فى انه لو اشرطاً [١] لعود الى الرق بالاخلاق، هل يصح العتق و الشرط (لعموم الروايه(٢) و خصوص روايه اسحق بن عمار(٣))، او يبطلان- لان فساد الشرط و هو عود الحرام الرقيه، مستلزم لفساد المشروط-؟-؟ و اختاره المحقق و [ترك] روايه اسحق بالشذوذ، و ضعف السند و مخالفتها لاصول المذهب. فادعوا [ان رجوع] من ثبت حرّيته الى الرقيه، غير جاز و لا معهود. و لا يرد فى ذلك، المكاتب. لعدم تمحض الحرّيه ثمّه. فهو عود الى الرقيه المحضه بعد ما تشبّث بالحرّيه فى الجملة. لا الى مطلق الرقيه بعد تمحض الحرّيه.

او يصح العتق و يبطل الشرط؛ لانه عتق و شرط و يمكن انفكاك كل منهما عن الاخر. فلا يستلزم فساد احدهما فساد الاخر. و لان العتق مبنى على التغليب.

و فيه؛ منع الانفكاك. فان القصد بالعتق انما وقع مع ذلك الشرط و لم يثبت القصد الى العتق بدونه. و من ذلك ظهر بطلان الاعتماد على التغليب. اذ هو مسلّم فيما لو تحقق عتق. و هو لا يتم مع عدم القصد. فقد ظهر من جميع ذلك؛ ان الشرط المعهود فى السننهم، يجرى فى الايقاعات. و الاّ لم يكن معنى للاستدلال بقوله (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم» فى العتق. و لم يناقش احد فى هذا الاستدلال. و هذا فى معنى ان مقتضى الروايه، عام و التخصيص

ص: ٢٨٩

١- و فى النسخه: وجوب فى الوفا.

٢- اى: المؤمنون عند شروطهم.

٣- الوسائل، كتاب العتق، ب ١٢ ح ٢.

محتاج الى الدليل. و لم نقف في كلامهم على تصريح ببطالان الشرط في الطلاق، و لا- دليل. بل انما ذكرنا اشتراط تجريد الطلاق عن الشرط، و هو معنى اخر. و مرادهم من الشرط في ذلك، تعليق الطلاق و نفس الايقاع على شئ. بل يظهر من المحقق التامل في ذلك ايضا مع عدم وقوفه على المخالف. و شيده في المسالك و استأنس له بالظهار كما مر. بل يظهر من المحقق ان الشرط بالمعنى الذى نحن فيه، غير [ما] نص في الخلع. بل و في غيره ايضا، كما مر.

و الحاصل: انا نقول بصحة الشرط في الايقاعات بهذا المعنى، و لكن لا نلتزم بكونه من باب الشروط التى يستلزم انتفائها ثبوت خيار الاشتراط مطلقا، بل مجرد الالتزام و الالتزام. و اما لو صرح حين الشرط، بحصول الخيار بانتفائه (فيما امكن ذلك) فلا نمعنه ايضا.

ثم: ان الكلام هنا قد جرى على بيان مراد فخر المحققين (ره) في بيان تعريف والده (ره) للخلع، و بيان كيفية انتقاض تعريفه بالطلاق بعوض (1). بل [و] في الجواب عنه.

و قد يقال: ان مبنى تعريف العلامة، على اندراج الطلاق بعوض، في الخلع الذى يتناول المباراه ايضا في بعض اطلاقاتهم. و غرض فخر المحققين حيث اخذ في حده لفظ «خلعت» و حكم بالاكتفاء به عن الطلاق. [و] هو الفرق بين الخلع المحض، و الطلاق بعوض. من جهة ان الخلع لا يصح الا بالعوض، و الطلاق يصح بدونه و ان كان احد اركانها. حيث اخذ فيه نسبة العوض المأخوذ في الطلاق بعوض، الى مطلق الطلاق كنسبه (2) النطق المأخوذ في مهيه الانسان الى الحيوان. او الغرض ان العوض ليس مأخوذاً في مهيه [ال-] طلاق و لا في مهيه الهبه، بحيث لا يتحققان شرعا بدونه. بخلاف الخلع و البيع و نحوهما.

ص: ٢٩٠

١- ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد (اول باب الخلع) ج ٣ ص ٣٧٤-٣٧٥ ط كوشانپور.

٢- و في النسخه: لنسبه.

اقول: لا يخفى ان الحدود انما يذكر في المفاهيم، لا الالفاظ. و انتقاضها في العكس او الطرد انما يكون بالمفاهيم، لا الالفاظ. فلو لم يكن المراد من الطلاق بالعوض، المغاير لمفهوم الخلع، لم يكن معنى لانتقاض طرد حدّ الخلع به. و كذلك ما يذكرونه في الالفاظ الداله على المفاهيم و الوضع (١) الموضوعه لها، لا بد من التمايز بينهما ليحصل الداله مع الاشتراك و تحقق القرنيه. فما ذكروه في رفع نقض طرد الحد، انما هو لتمييز المهيه عما سواها من الماهيات المغايره لها. لا للتمييز بين مدلول لفظ «خلعت» و لفظ «طالق». فمراد فخر المحققين ان قيد «بفديه» (٢) انما هو لاجراخ الطلاق بعوض. و حاصله ان الخلع هو ازاله خاصه للنكاح معتبر في مهيتها الفديه. و الطلاق بعوض، ايضا ازاله للنكاح من دون اعتبار الفديه في مهيتها و ان كانت معتبره في الخارج بالتقييد.

فعلى هذا فقول الزوج «هي مختلعه بكذا» او «خلعتها بكذا»، لفظ «بكذا» هنا لبيان نفس العوض ايضا لعدم دلالة طالق عليه بوجه، لعدم كونه مأخوذا في مفهوم الطلاق. فاذا اريد اتحاد المفهوم الذي يدخل العوض في مهيته باللفظ الموضوع له حقيقه، بالوضع الشخصى، يقال «خالعتها بكذا». و لكن ذكروا انه يجوز ان يُستعار له لفظ «طالق بكذا» بان يُستعمل اللفظ الدال على الازاله التى لا يدخل في مفهوم [هـ] العوض، في المفهوم الذي يدخل في مهيته (٣) العوض.

و لذلك قال الشهيد (ره) بعد ما ذكر ان صيغه الخلع «خالعت» [و] انه لو اتى بالطلاق بعوض، اغنى عنه. و ان شئت، قلت: مفهوم الطلاق بعوض، اعم من الخلع، و يستعمل اللفظ

ص: ٢٩١

١- و في النسخه: البضع.

٢- و في النسخه: لذاته. - لكن ليس في عباره العلامه و لا في عباره الفخر لفظه لذاته. فراجع.

٣- و في النسخه: مهيه.

له، فى فرده بقرنيه المقام. و على اى تقدير؛ يصح الاحتراز(١) و تصحيح الطرد بما ذكره فخر المحققين.

و اما ما ذكره القائل، فلا افهم معناه. فان ما ذكره من اندراج الطلاق بعوض، فى الخلع الشامل للمباراه عند العلامه (لو سلمناه)، فما معنى كلام فخر المحققين فى تعريف نفسه او بيان مراد والده(٢). فان كان الاول، ففيه: ان مذهب فخر المحققين ايضا ان كان ما نسبه الى والده (من دخول الطلاق بعوض، فى الخلع بالمعنى الاعم- فمع انه لا يناسب كلمه «دونه» - فلا يصح الاحتراز عنه فى التعريف. و ان كان مذهبه عدم الدخول فى الخلع مطلقا، بمعنى امكان تحققه فى ضمن فرد اخر، فهو(٣) يخرج بلفظ «خلعت». اذ هو يُخرج ما جامع(٤) الطلاق بعوض، كراهتها للزوج. و ما لم يجمعها.

و ما ذكره من ان مراده بيان الفرق بين الخلع المحض و الطلاق بعوض. ففيه ما لا يخفى من الخلط. فان الفرق بين الخلع المحض و الخلع الذى هو الطلاق بعوض، انما هو بلفظ «خلعت». و الاّ فهما متحدان فى المفهوم و الحقيقه، عنده. [و] ما فهمه القائل(٥) (فجعل اعتبار العوض داخلا- فى مهيه الخلع المحض، دون الطلاق بعوض، موجبا للفرق) غريب. و المقابله انما وقع بين «خلعتها بكذا» و بين «هى» طالق بكذا». لا- بين «خلعتها» و بين «هى طالق». و لا ريب ان الطلاق بعوض، لا ينفك عن العوض [و] هو مطلق. و الذى هو المقصود؛ الفرق بين المحض و غير المحض من الخلع. لا بين الخلع و الطلاق..

ص: ٢٩٢

- ١- و فى النسخه: الاعتراض.
- ٢- و فى النسخه: والده الخ.
- ٣- و فى النسخه: و هو.
- ٤- و فى النسخه: جامعوا.
- ٥- و فى النسخه: على ما فهمه القائل.

فجعل مراد فخر المحققين (1) من تعريف الخلع، بيان الفرق بين لفظ الخلع و لفظ الطلاق، اجنبى بالمقام. بل مراد فخر المحققين تعريف الخلع دون المباراه. و احترز بقيد «العوض» عن الطلاق بغير العوض. و بقيد «كراهتها» عن الطلاق بعوض من دون كراهه. و بقيد «دونه» عن المباراه. و بقيد «لفظ خلعت» عن الطلاق بعوض مع الكراهه منها دونه. فانه ازاله قيد النكاح مع كراهه الزوجه بعوض بلفظ «طالق»، و يجرى عليه احكام الخلع. لا انه هو خلع. و لا عباره عليه اصلا.

و ان كان مراده الثانى - كما هو الاظهر - بان يُجعل كلمه «حيث» فى كلام القائل، هى التعليليه لا التقييد به، يعنى ان مراد فخر المحققين بسبب انه ذكر «خلعت» فى التعريف، انّ مراد والده بيان الفرق بين محض الخلع و الطلاق بعوض. بان مراده بالفديه، الفديه اللانزمه للمهيه ليكون تعريفا للخلع المحض. فان الفديه داخله فى مهيته، دون الطلاق بعوض المراد به الخلع. فيرد عليه (مضافا الى ان ذلك ينافى جعل الخلع فى تعريف والده اعم من المباراه، و هو ينافى الاكتفاء بلفظ «خلعت» فى تعريف نفسه، سيما مع ضميمة كلمه «دونه»)، انّ ذلك لا يناسب الحدود. اذ هى للمهيات، لا الالفاظ. كما مرّ. و قد ذكر القائل ان العلامه يقول بدخول الطلاق للعوض فى الخلع. مع ان بيان الفرق بين الخلع و بين الطلاق الخالى عن قيد العوض، غير بيان الفرق بين محض الخلع و الطلاق بعوض. كما اشرنا.

مع هذا كله، فيرد عليهما و على كل من حاذى حذوهما، ترك تعريف احد قسمى الخلع، فكان عليهما إما جعل التعريف بحيث يشملهما جميعا او افراد تعريف اخر للقسم الاخر. و اما نحن فبمعزل عن هذا الايراد. اذ لا نقول بكون الطلاق بعوض، عين الخلع و ان جامع كراهه الزوجه فقط. بل نقول انه فى حكم الخلع و يجرى عليه احكامه. و هو مطابق بعباراتهم؛

ص: ٢٩٣

١- عباره النسخه: ففى جعل مراد فخر المحققين ..

فلاحظ عبارته اللمعه حيث قال: «فان اتى بالطلاق بعوض، اغنى عن الخلع»<sup>(١)</sup>. وقال في كنز العرفان: «الطلاق بالفديه و يفيد فائده الخلع و المباره، و حكمه حكمهما». و ناهيك ما ذكره السيد محمد(ره) في شرح النافع من انه هو المؤسس لهذا المطلب، حتى ادعى اتفاق الاصحاب ظاهراً على ان الطلاق بالعوض يتعلق به احكام الخلع. و قال «و لو لا انه خلع لم يتعلق به شئ»<sup>(٢)</sup> من احكامه، لانتفاء نصّ فيه بالخصوص»<sup>(٣)</sup>. فانه اعترف بانهم اتفقوا على اتحادهما في الحكم. و قوله «و لو لا انه خلع.. الخ»، فستعرف ما فيه.

و على هذا فترك تعريف الطلاق بعوض، غير مضرّ. فانه هو الطلاق بالمعنى الاخص او الاعم. و كفى تعريفهما عن تعريفه.

ثم: ان السيد محمد(ره) بعد ما ذكر كلام فخر المحققين الذي قدّمناه، قال «اقول: ان الطلاق بعوض، من اقسام الخلع. كما صرح به المتقدمون و المتأخرون من الاصحاب و لا يرد نقض<sup>(٤)</sup> عليه.

و اقول: ان المنقول في كلامهم ان الخلع يقع بقوله انت طالق بكذا. و منهم الشيخ في المبسوط. فانه قسم الخلع الى واقع بتصريح الطلاق، و الى واقع بغيره، و قال: «فاما ان كان الخلع بتصريح الطلاق، كان طلاقاً بلا خلاف»<sup>(٥)</sup>. و نحن ايضا لا نمنع ان يؤدي الخلع بلفظ الطلاق بعوض. و ذلك لا يستلزم اتحاد الخلع مع الطلاق بعوض و كونهما متساويين بان

ص: ٢٩٤

---

١- اللمعه الدمشقيه ابتداء كتاب الخلع و المبارات- و فيه «مع العوض». ط دارالناصر، ص ٢١٣.

٢- و في النسخه: شيئا.

٣- نهايه المرام في شرح مختصر شرايع الاسلام، ج ٢ ص ١٢٦ ط جامعه المدرسين.

٤- و في النسخه: نقضا.

٥- المبسوط، ج ٤ ص ٣٤٤.

يكون الطلاق بعوض، هو الخلع «لا غيره».

وقال ايضا فى موضع اخر من شرح النافع «ان ظاهر الاصحاب الاتفاق على ان الطلاق بعوض، يتعلق به احكام الخلع و لو لا انه خلع لم يتعلق به شىء من احكامه، لانتفاء نص فيه على الخصوص. كما لا يخفى على المتتبع»<sup>(١)</sup>.

اقول: ان اراد من ظاهر اتفاق الاصحاب على ان الطلاق بعوض يتعلق به احكام الخلع، ما نقلناه فى المقدمه الاولى (ان المعروف<sup>(٢)</sup> من مذهب الاصحاب ان الزوج اذا اذى مفهوم الخلع بلفظ «انت طالق على كذا» قاصداً به الخلع من دون ضمّ مثل «خلعتك» او «خالعتك»). فهو مسلّم. و لا- يبقى الاشكال فى انه فى حكم الخلع، لا انه خلع. سلّمنا و لكنه لا يستلزم ذلك ان يكونوا قائلين بان الطلاق بعوض، انما هو الخلع لا غير. حتى يلزم ان يتعلق جميع احكام الخلع، بالطلاق بعوض، الذى من جملتها لزوم كراهه الزوجه. و ان اراد انهم اتفقوا على ان كل لفظ يدل على اراده الطلاق بعوض (حتى مثل ما ذكرنا فى جمله الاقسام الستة) و يتعلق به احكام الخلع، فهو ممنوع. و هذا من باب اشتباه المفهوم بالمصداق. فاننا لا- نمنع قابليه لفظ واحد<sup>(٣)</sup> لازاء مطلبين و اشتراك لفظ فى معنيين. [فالمايز]<sup>(٤)</sup> هو القصد. و لا ريب فى تغاير<sup>(٥)</sup> المفهومين. و قوله «و لو لا انه خلع لم يتعلق به شىء<sup>(٦)</sup> من احكامه»، فيه: ان اشتراك موضوعين متغايرين، فى بعض الاحكام الشرعيه، غير عزيز فى الفقه. ألا ترى

ص: ٢٩٥

١- نهايه المرام فى شرح مختصر شرايع الاسلام، ج ٢ ص ١٢٦ ط جامعه المدرسين.

٢- و فى النسخه: عن المعروف.

٣- و فى النسخه: الواحد.

٤- لا يكاد يقرء ما فى النسخه.

٥- و فى النسخه: يغاير.

٦- و فى النسخه: شيئاً.



مشاركه الصلح و البيع و النذر و العهد، فى كثير من الاحكام. و هو لا يستلزم اتحادها(1) فى المفهومين. مع انه لا يتم ذلك فى كلام من ادرج فى تعريف الخلع، كونه بلفظ الخلع، كفخرالمحققين (كما عرفت) و ابن فهد كما ستعرف.

قوله: «لانتفاء نص فيه على الخصوص»، فيه: انه لا- يجب فى الاحكام الشرعيه، التنصيص بالخصوص. اذ قد يستفاد كثير من الاحكام من العمومات. بل [من] القواعد المسلّمه. و قد عرفتها.

و منهم الفاضل المقداد(ره) فى «التنقيح»؛ فانه قال: «عرّفه العلامة فى القواعد بانه ازاله قيد عقد النكاح بفديه. اى فديه لازمه لمهيه له، لا يرد عليه الطلاق بعوض.

و منهم المحقق جمال الدين ابن فهد فى «المهذب»؛ قال: «الخلع بفتح الخاء، نزع الثوب. و بضمها، ازاله قيد النكاح بفديه لازمه لمهيته مع كراهتها الزوج دونه. و بلفظ «خلعت». فالازاله جنس يشتمل الازاله بالفسخ و الطلاق. و البواقي كالفصول(2) به و هى اربعة: الفديه، و يخرج بها الطلاق. و بقولنا «لازمه للمهيه» يخرج الطلاق بعوض، لانه ليس من لوازمه العوض بخلاف الخلع. و بكراهتها دونه، يخرج المباراه، فانها يترتب على كراهتهما لانها مفاعله من التبارى و هو من الطرفين فتتبرّيه و توعده بما تبذل و تبرّيه [و] تبعدها بابانتها. و بقولنا «خلعت» يخرج عنه ما لو وقع الطلاق بعوض مع كراهتها. فانه لا يسمّى خلعا» انتهى.

و هذا الكلام يدل على ان الطلاق بعوض، مغاير للخلع. [لا] انه ينقسم(3) الى ما يكون مع

ص: ٢٩٦

١- و فى النسخه: اتحادهما.

٢- و فى النسخه: كالفصول- توضيح: اى الازله جنس و باقى الالفاظ كل منها فصل.

٣- و فى النسخه: و انه ينقسم.

كراهه الزوجه، و ما(١) لا يكون معها. فمراده بالطلاق، المخرج بلفظ «الفديه» الطلاق المجرد عن العوض. و من الطلاق بعوض، المخرج بقيد اللازمه للمهيه، الطلاق بعوض الذى ليس فيه كراهه، من الطلاق بعوض الذى يكون مع كراهتها [و] هو ما أجروا عليه احكام الخلع، و ان لم يكن خلعاً حقيقياً فى اصطلاحهم (و اصطلاح من وافقهم، لانه اعتبر «خلعت» فى تعريف الخلع، بخلاف غيره كما سمعت من تعريف العلامه و المقداد و غيرهما، بل ذكر فخرالمحققين ايضاً هذا اللفظ كما عرفت) فهؤلاء يجعلون قول الزوج «انت طالق على كذا» مجرداً عن لفظ الخلع، خلعا مع حصول الكراهه من قبلها فقط. و ابن فهد (و من وافقه) لا يجعله خلعا حقيقياً و ان اجروا عليه احكامه. بل هذا اوفق بكلمات الاكثر.

و قد يقال: ان قيد لفظ «خلعت» فى كلام ابن فهد، مغنى عن قيد «لازمه لمهيته»(٢). و لذلك تركه فخرالمحققين. فهذا غفله منه.

اقول: و لعل وجهه؛ التنبيه على المُخرجات تفصيلاً، و ان كان لفظ «خلعت» يفيد اجمالاً. و لعل الى ما ذكرنا ينظر كلام المحقق (و غيره ممن وافقه) حيث قال فى الشرايع: «لو خالعتها و الاخلاق ملتئمته، لم يصح الخلع و لم يملك الفديه، و لو طلقها و الحال هذه لم يملك العوض و صح الطلاق، و له الرجعه»(٣). فان مراده من قوله «و لو طلقها و الحال هذه» انه لو خالعتها بلفظ الطلاق و قصد بلفظ الطلاق، الخلع، لم يملك العوض لانتفاء شرط الخلع و هو الكراهه. و لكن يقع الطلاق رجعياً. بخلاف ما لو خالعتها بلفظ «خالعت». فانه ليس من صيغ الطلاق. فالمقصود بالذات من قوله «و طلقها.. الخ» بيان الفرق بين صيغتي الخلع فى

ص: ٢٩٧

١- و فى النسخه: مما.

٢- و فى النسخه: لمهيه.

٣- الشرايع، (كتاب الخلع، النظر الرابع) ج ٣ ص ٤١ ط دارالتفسير.

صيروره الثانى طلاقا رجعيا، دون الاول. لا بيان انه لا يوجب الطلاق بعوض، تملك الفديه اذا لم يكن هناك كراهه و كانت الاخلاق ملتتمه.

اما ما يترائى من عباره المسالك، من انه ايضا قائل بان مراد المحقق (و غيره ممن عبّر بهذه العباره) ان الطلاق بعوض، مشروط بالكراهه مطلقا. [فانه] قال: «ان كان اجماعيا فهو الحججه فى حكمه و الا فلا يخل عن اشكال. لان النصوص انما دلت على توقف الخلع على الكراهه. و ظاهر الطلاق بعوض، انه مغاير له و ان شاكله فى بعض الاحكام»<sup>(1)</sup> انتهى. فتعرف توجيهه.

و قد يقال: ان مراد المحقق و من وافقه، ان الفرقه الحاصله بعوض، لما كانت تقع بالخلع المجرد عند من اكتفى به. و بضميمه الطلاق، عند من لم يكتف به. و بالطلاق المجرد عن الخلع (و هو متفق عليه بينهم) اراد ان يبين حكم الجميع فادخل الاولين فى قوله «لو خالعهما». و الثالث فى «لو طلقها»، و غرضه ان الكل مشترك فى اعتبار الكراهه من الزوجه لانها شرط فى حليه العوض مطلقا، للايه و غيرها. و قد فهم الشهيد الثانى و غيره من عباراتهم ذلك.

فالقول بان مرادهم انه لو طلقها بقصد الخلع المعهود، لم يملك الفديه بخلاف ما لم يقصده، فاسد. لمنافاته لاطلاقهم، و لعدم مناسبه المقابله بالخلع، و لانه لا- دخل لقصد الخلع المعهود و عدمه فى حرمه العوض و حله مع وقوع الصيغه بلفظ الطلاق بعوض، الذى هو طلاق مستقل بنفسه و لا فرق بينه و بين الخلع الا باعتبار بعض الامور الخارجيه. و لانه اذا كان الطلاق بعوض، مغايرا للخلع (باعتبار اشتراط الكراهه و عدمه) و كان طلاقا صحيحا بنفسه، فاذا قالت المرثه «طلقنى بكذا» و قال الزوج «انت طالق بكذا» حال عدم الكراهه

ص: ٢٩٨

منها، فمقتضى الاطلاق، ان يحمل على معناه الصحيح. لاجتماع شرائطه. فكيف يتصور من هؤلاء الاعلام الحكم بحرمه العوض و وقوع الطلاق رجعياً، او فاسداً.

اقول: و لا يخفى ان المحقق(ره) ذكر اولاً ان صيغه الخلع ان يقول «خلعتك على كذا» او «فلانه مختلعه على كذا». ثم قال و يقع الطلاق مع الفديه بائناً و ان انفرد عن لفظ الخلع. مشيراً الى انه يكفى فى صيغه الخلع لفظ الطلاق بعوض، منفرداً عن لفظ الخلع. ثم ذكر فى شرائط الخلع حصول الكراهه من الزوجه. ثم قال فى احكام الخلع «لو خالعا و الاخلاق ملتتمه، لم يصح الخلع، و لم يملك الفديه. و لو طلقها و الحال هذه بعوض، لم يملك العوض و صح الطلاق و له الرجعه»(1). و من تامل فى هذا الترتيب، يعلم ان مراد المحقق انه لو وقع الخلع بلفظ المخالعه مع عدم كراهه الزوجه، بطل(2) الخلع و لا يصحّ البذل و يسقط حكم اللفظ راساً. بخلاف ما وقع الخلع بلفظ الطلاق بعوض، فانه حينئذ و ان كان يبطل الخلع و لا يملك العوض و لكن لا يسقط حكم اللفظ راساً، بل ينصرف الى الطلاق الرجعى. نظير ما لو لم يذكر الاجل فى عقد المتعه. حيث افتى الشارع بانقلابه دواماً. كما دلّ عليه الروايه. فظهر من ذلك انه ليس مراد المحقق و من وافقه من الاصحاب ان مطلق الطلاق بعوض، مشروط بكراهه الزوجه مطلقاً حتى فى غير اراده الخلع. يعنى انحصار مصداقه فى الخلع.

بل لعل مراده:(3) ان المصنف و الجماعه جعلوا الطلاق بعوض، المأتى به لايقاع الخلع، هو خلعا. حتى ان الشيخ فى المبسوط جعل الطلاق بعوض خلعا صريحاً، حيث جعل الخلع بلفظ الطلاق بعوض، طلاقاً صريحاً. و جعل الخلاف فيما كان بلفظ الخلع، هل هو طلاق ام لا؟-؟

ص: ٢٩٩

١- الشرايع (كتاب الخلع، النظر الرابع) ج ٣ ص ٤١ ط دارالتفسير.

٢- و فى نسخه: فبطل.

٣- اى: بل لعل مراد الشهيد الثانى فى المسالك.- و المراد من المصنف المحقق.

و مقتضى ذلك كون هذا الطلاق بعوض، الخاص، خلعا، لا مطلقا.

ثم: قوله «و هذا ان كان اجماعياً، فهو الحجة فى حكمه. و الأ فلا يخل عن اشكال»<sup>(١)</sup>؛ يعنى ان ما ذكره المصنف و الجماعة، من بطلان كونه خلعا و عدم صحه البذل و رجوع الطلاق الى الرجعى، لا دليل عليه. بل مقتضى اشتراط كراهه الزوجه فى الخلع، سقوط اعتبار هذا اللفظ رأساً. و لو سلمنا كونه من باب اسقاط ذكر الاجل الذى هو شرط صحه عقد المتعه. فلا بد ان يرجع الخلع (فيما نحن فيه لاجل فقد شرطه و هو كراهه المرثه) الى مطلق الطلاق بعوض، بملاحظه ان انتفاء الفصل القريب يستلزم بقاء الجنس القريب، لا- الجنس البعيد (و هو مطلق الطلاق) حتى يرجع الى الرجعى. بل يبقى الجنس القريب<sup>(٢)</sup> و هو الطلاق بعوض.

و حينئذ نقول انه لا يشترط فيه الكراهه مطلقاً. فلم لم يصح البذل؟ الا ان يكون اجماع على تخصيص القاعده المقتضيه لصحه البذل (فى الطلاق بعوض، فى غير الخلع، الصحيح بدون كراهه الزوجه) بصوره يحصل فى قالب الخلع الباطل من حيث كونه خلعا. [حتى] يستلزم اسناد الشهيد الثانى الى الاصحاب، اشتراطهم الكراهه فى مطلق الطلاق بعوض. كما توهم.

هذا اذا جعلنا الشرط فى صحه الخلع هو حصول الكراهه من جانب المرثه فى نفس الامر. و ان جعلنا الشرط هو اظهار الكراهه هنا بالالفاظ المذكوره فى الاخبار المستفيضه، فالامر اظهر، بل حمل كلامهم على [هذا] متعين. فالمراد من قول المحقق و الجماعة انه اذا خالعا بلفظ الخلع و الاخلاق ملتثمه، بمعنى عدم اظهار الكراهه، فيبطل الخلع و لم يملك

ص: ٣٠٠

١- المسالك، ج ٢ ص ٥٤ ط دارالهدى.

٢- و فى نسخه: بل ينتفى الجنس القريب.

الفديه لانتفاء شرط الخلع. و كذا لو خالعه بلفظ الطلاق بعوض، لم يصح الخلع و لم يملك الفديه و لكن يصير الطلاق رجعيا. ثم تقرير ايراد الشهيد الثانى عليهم، لا يحتاج الى الاعاده.

و فيما ذكرنا اخيراً، ايضا تنبيه على انه لا حاجه الى ما تكلفه الشهيد الثانى فى بيان معنى التيام الاخلاق، حيث فسره بعدم الكراهه فى نفس الامر. لعدم الحاجه اليه. بل و عدم مناسبه لما استفيد من الاخبار و الفتاوى. و تنبه هو(ره) فى اخر كلامه، حيث جعل الاقوى لزوم اظهار الكراهه و اشتراط [هـ] فى صحه الخلع.

و بذلك يُندفع ما يُتوهم ان كلامه مضطرب لعدوله من البتّ فى الحكم و الفتوى كما [اكتفى] سابقا الى مجرد الاستشكال. [و افتى] هنا. اذ الاستشكال انما هو فى موضع خاص؛ و هو ما اريد به الخلع فى الظاهر. و حاصل الاشكال ان لفظ الطلاق اذا اعتبر فى صحه الرجعى مع كونه مشروطا بعدم انضمام البذل، و بكونه مقصودا بلا عوض. فكيف لا يعتبرون مدلوله المطابقى و لا يحملونه على مطلق الطلاق بعوض.

و كذلك يندفع ما يقال: ان قوله(ره): «و ظاهر حال الطلاق بعوض انه مغاير له.. الخ» حال عما يقول عليه فى مقام الاستدلال. اذ اى ظهور و اى حال و اى مقام فى الباب، بل لا- اقبل شئى منها بلا ارتياب. لان مراده(ره) ان ظاهر لفظ الزوج فى هذا المقام مقتضاه ذلك. اذ لفظ الطلاق بعوض، ظاهر فى غير اراده الخلع حيث عرى عن القرينه و خصوص المقام. فاذا كنت تعتبر لفظ الطلاق فى هذا المقام و تجعله رجعيا، فلم لا تعتبر الطلاق بعوض، و لا تحمله على غير الخلع. فهو(ره) باق على اصله. الا فيما حكم بكونه خلعا، و هو فيما ظهر [فيه] الكراهه من الزوجه، و ان شاركه فى بعض الاحكام و هو اجراء حكم الخلع عليه اذا ظهر الكراهه منها و غير ذلك من الاحكام.

و ان آبيت عن ذلك، قلت: (١) انه حمل قول المحقق «و لو طلقها.. الخ» على الاطلاق و لم يرد خصوص ما اريد به الخلع. فهذا غفله من الشهيد الثاني؛ حيث حمل كلامهم على الاطلاق و وقع في الاشكال و ذكر ما ينافي ما تقدم منه من تقسيم المفارقة بعوض، الى الاقسام الثلاثة بلا اشكال، و لا نُقل خلاف. [ف-] و جب ان كلامه (٢) هذا مناف لما تقدم منه من عدم ظهور خلاف فيما ذكره من التقسيم. و لكنه بعيد سيما من مثله.

نعم يؤيد هذه [الغفله] (٣) ما سيذكره بعد ذلك في المباراه؛ حيث انه بعد قول المحقق «و لو اقتصر على قوله انت طالق بكذا، صح و كان مباراه. اذ هي عباره عن الطلاق بعوض، مع منافاه بين الزوجين». قال: «قد عرفت فيما تقدم ان الطلاق بعوض، اعم من الخلع و المباراه، فيصح التعبير به عن كل واحد منهما و يتميز عن الاخر بالقصد. فاذا كانت الكراهه منهما، يقول انت طالق بكذا، بقصد المباراه. و اشترط في صحته شروط المباراه. و ان كانت الكراهه منها (٤) و اراد الخلع بهذا اللفظ، لحقه احكام الخلع. و لو اتى به لا- بنيه احدهما بل اراد مجرد الطلاق بعوض، ففي اعتبار مراعاه حالهما (في الكراهه منهما [ا] و منها، و الحاقه بما يقتضيه الحال، فيلحقه شرائطه و صحته مطلقا) نظر. و ظاهر كلامهم انحصاره فيهما (٥) و اعتبار مراعاه الحال فيه. و عندي فيه نظر. و قد تقدم الكلام على مثله في الخلع. و لو قيل بصحته مطلقا حيث لا يقصد به احدهما، كان وجهاً. لعموم ما دلّ على جواز الطلاق مطلقا، و عدم وجود ما

ص: ٣٠٢

- ١- عباره النسخه: و ان آبيت عن ذلك و قلت... .
- ٢- و في النسخه: كلامهم.
- ٣- و في النسخه: نعم يؤيد هذه الفضله ما سيذكره.
- ٤- و في النسخه: منهما.
- ٥- و في النسخه: فيها.

ينافى ذلك فى خصوص البائن»(١) انتهى كلامه(ره).

ولا يخفى ان فى كلامه(ره) قصوراً فى تأديده المراد، فلنحزّر اولاً مقصوده، ثم نتعرض الى بيان تاييده لما ذكرنا من الغفله.

فنقول: ان مراده ان الطلاق بعوض، اعم من الخلع و المباراه و من غيرهما، فيصح التعبير به عن كل واحد منهما و من غيرهما. و يتميز كل واحد من الثلاثه عن الباقي بالقصد. و اذا تمّيز بالقصد، فيلاحظ شرائطه المقصوده. و فى كل ما قصد من الثلاثه اذا تحقق شرائطه، فيلحق به. ففى كل موضع تحقق الكراهه منها(٢) فقط، و اظهر[ت] الكراهه على الوجه المعهود فيه، و قصد به الخلع، فيصير خلعا. و كل موضع [تحقق الكراهه منهما و قصد به المباراه، فيصير مباراه. و كل موضع] لم يتحقق شئ من شرائط الخلع و المباراه، و قصد الطلاق بعوض، الذى هو غيرهما، فيصير طلاقاً بعوض مغايراً لهما.

و قد سامح فى ذكر هذا القسم. اذ هو ليس بداخل فى قوله بعد ذلك «و لو اتى به لا بنيه احدهما، او عدم النيه، [او] بنيه العدم. [و عدم النيه] غير نيه العدم. و النيه انما يتحقق بنيه العدم [ايضا] كما لا يخفى(٣).

و حيث تمّ الكلام فى صورته القصد الى المواضع الثلاثه و نيتها، شرع فى بيان حكم ما لو لم يقصد شئ من الثلاثه بالخصوص. و قال: «و لو اتى به لا بنيه بل اراد مجرد الطلاق بعوض» يعنى القدر المشترك بين الثلاثه (لا الطلاق بعوض، المجرّد عن قصد الخلع و المباراه فقط) و مراده الاتيان به مطلقاً، يعنى سواء كان فى موضع يمكن تحقق الخلع و

ص: ٣٠٣

١- المسالك، ج ٢ ص ٥٩ ط دارالهدى.

٢- و فى النسخه: منهما.

٣- عبارته النسخه: او عدم البينه غير نيه العدم و البينه انما يتحقق بنيه العدم كما لا يخفى.



المباراه، او لم يمكن تحقق الخلع و المباراه [ا]و لم ينوهما، او لم يمكن.

ثم قال: «ففى اعتبار مراعاة حالهما.. الخ»، يعنى ان هنا احتمالين: احدهما: ان يعتبر الموافقه الاتفاقيه؛ بان يكون المقام مقام تمكن الخلع او المباراه و غيرهما و لكن لم ينو شيئاً من الثلاثه. فقال ان الطلاق بعوض [يتصور فى ثلاث مقامات]: مقام يصح فيه نيه الخلع. و مقام يصح فيه نيه المباراه. و مقام يصح فيه نيه غيرهما(١). فيحمل الطلاق بعوض، على كل ما يناسب المقام و ان لم ينوه. فسامح هنا ايضا فى ذكر القسم الثالث.

و ثانيهما: الحكم بصحته مطلقاً؛ يعنى لا يُلاحظ المقام و لا يُتبع فى وصف الطلاق بشيئ من الثلاثه، بل يحكم بصحته لئما(٢). كان على مراتب تحققه، هو الطلاق بعوض. الذى لا يكون خلعا و لا مباراه و ان وافق شرائط تحققهما(٣) فى الخارج بحسب الاتفاق. و قال فى اختيار اى الاحتمالين، نظر.

و قال: كلامهم: ان الطلاق بعوض منحصر فيهما، و ان فى صورته عدم النيه(٤) يعتبر مراعاة الحال؛ فان وافق الطلاق بعوض، موضعاً يمكن فيه الخلع فيلحق به. و ان وافق موضعاً يمكن فيه المباراه فيلحق به. و ان لم يكن موضعاً بشيئ منهما فيبطل، لانحصار الطلاق بعوض عندهم فيهما. ثم استشكل فى كلامهم و استوجه الصحه مطلقاً. و لم يعتبر الموافقه الاتفاقيه. اذ المعيار هو النيه، و هو مقصود بالفرض. و اللفظ مطلق و يتحقق فى ضمن اقل الافراد، شرطاً و احكاماً. و استدلل على الصحه بعموم ما دل على جواز الطلاق مطلقاً. و ليس فيها

ص: ٣٠٤

- ١- عبارته النسخه: فقال ان الطلاق بعوض المقام يصح فيه نيه الخلع و المقام يصح فيه نيه المباراه و المقام يصح فيه نيه غيرهما.
- ٢- و فى النسخه: و لئما.
- ٣- و فى النسخه: تحققها.
- ٤- و فى النسخه: البيئه.

قيد بكونه مجرداً عن العوض، او في ازاء عوض. و عدم وجود ما ينافى ذلك في خصوص البائن.

و الظاهر أنّ تمسكه بالعموم (لدفع الانحصار الذى نسبه الى المشهور. و بعدم وجود ما ينافى ذلك، في خصوص البائن) منع الدليل على اعتبار مراعاة الحال. يعنى كون المقام مقام امكان تحقق البائن من الخلع او المباراه مع عدم نيتها، لا يوجب حمل الطلاق عليهما. و ليس هنا شئى اخر ينافى صحه الطلاق المندرج تحت العمومات. فيصح الطلاق بعوض و ان كان المقام قابلاً للخلع و المباراه. كما انه يصح الطلاق الرجعى ايضا على القول بعدم وجوب الخلع فيما اجتمع شرائط الخلع.

و اما وجه التأييد للغفله: فهو ما نسب الى الاصحاب اخيراً من الانحصار. فان هذه النسبه ليست بمنحصره فيما طلبت الزوجه تحقق الخلع [او] المباراه مثلاً.

اعلم: ان عبارته المحقق هذه ايضا من العبارات الشاهده(1) على تحقق فرد من الطلاق بعوض، لم يكن احد الامرين. اذ لو قلنا بانحصاره فيهما يلزمنا القول بكون لفظ «طالق بكذا» منقولاً الى القدر المشترك بين الامرين، و الاصل عدمه. و آتى لك باثباته [ب-] بيان ذلك: انه استدل بصحة المباراه بهذا اللفظ انها فرد من الطلاق بعوض، فيندرج فى مدلول لفظ «طالق بكذا». اذ لا يتم الاستدلال الاً بذلك. و هو أنّما يتم اذا كان مدلوله الحقيقى هو القدر المشترك بين امور يكون المباراه احدها. و الوضع اللغوى لهذا اللفظ لا يقتضى الاً الاعم منهما و من غيرهما، لا هما فقط(2). و الحال ان الاستدلال هنا مبين على دلالة اللفظ، لا على

ص: ٣٠٥

١- و فى النسخه: المشاهده.

٢- و فى النسخه: فسقط.

كون اى الافراد من المدلول صحيحا شرعا و ايتها (1) غير صحيح.

اذا تقرر هذا، فلا يخفى عليك ما فى كلام هذا القائل من الاضطراب الذى يقضى منه العجب. و انه مراده فى صدر المقال من «الفرقه الحاصله بعوض» ان كان الاعم من الخلع و المباره، فكذلك المراد من الخلع اعم منهما. كما هو احد مستعملاته. فلا يلائم قوله «عند من اكتفى به» اذ لم يكتف احد بالمباراه فقط. فلا بد ان يكون مراده منها هو الفرقة الحاصله بالخلع. و حينئذ فلا يصح اعترافه الاول من قوله لمنافاته لاطلاقهم. لانه فرض الشرطيتين فى بيان اقسام الثلاثه، الخلع. فاين الاطلاق؟

فكذلك اعتراضه الثانى (من عدم مناسبه مع المقابله بالخلع)، لا يلائم جعل الشرطيتين لبيان ما ذكر. لان عدم المناسبه انما يتم لو اريد من قولهم «لو خالعه»، مفهوم الخلع. [لا] لو اريد به ايقاع الخلع بلفظ الخاء و اللام و العين، الذى هو صيغته. و قد اعترف بان مرادهم، الثانى. و نحن ايضا لم نرد الا ذلك، فصح المقابله. اذ هى انما وقعت بين صيغتي الخلع، لا بين مفهوم الخلع و احدى صيغتيه. فلا اعتبار عليه. و كذلك اعترافه بانه اذا كان الطلاق بعوض، [يصدق] عليه انه طلاق صحيح واجد بشرط (2)، و فاقد شرط الخلع، فيكون صحيحا. فلا وجه لحكم هؤلاء الاعلام ببطلانه و وقوع الطلاق رجعيا، او فاسداً.

و اما اعتراضه السابق على هذا، من انه «لا دخل بقصد الخلع المعهود.. الخ»، فلا يخفى ان المراد [استقلاله بنفسه] و [تحققه فى غير الخلع و فى غير صورته كراهتها. لا بمعنى انه لا يجزى عن الخلع، اذا [لم يكن] الكراهه منها، فقط (3).

ص: ٣٠٦

١- و فى النسخه: انها.

٢- عبارته النسخه: حتى يرد عليه انه طلاق بعوض و احد بشرط.

٣- المراد من لفظ «فقط» انه طلاق بعوض، و صحيح، لكنه فاقد شرط الكراهه للخلع، فقط. و ليس فاقداً لشرائط صحه الطلاق.-  
و عبارته النسخه: اذا جعل الكراهه منها فقط.

فمرادنا ان بطلان البذل و حرمة العوض، انما هو اذا قصد به الخلع في حال تلائم الاخلاق. لان المستفاد من كلماتهم في الحدود وغيره معد سيرته مع الخلع. فلا يصح اطلاق بطلان البذل مع تلائم الاخلاق الا مع قصد الخلع المعهود. و انما اعتبرنا ذلك، لرفع المنافات.

و ايضا: اذا قلنا ان الطلاق بعوض، منحصر في الخلع و المباره (كما ادعاه)، فمفهوم الشرطيه الثانيه، صحه البذل مع عدم تلائم الاخلاق. فان كان من جانب المرثه فقط، فخلع صحيح. و ان كان منهما، فمباراه صحيحه. و حينئذ فلا وجه للتعرض لبيان شرط المباره في قالب الطلاق بعوض، دون ما كان بلفظ المباره. و كما انهم ساقوا الشرطيه الاولى لبيان حكم الخلع فقط، فلا بد ان يكون الثانيه ايضا فيما كان المراد من الطلاق بعوض، الخلع. او يصرحوا بحكم المباره الصريحه. كما صرحوا بحكم الخلع.

و ان تعسفت و قلت: ان المراد بالشرطيه الاولى ايضا حكم القدر المشترك بينهما، اذ قد يطلق الخلع على الاعم منه و من المبارات.

فنقول: (مع كمال بُعد ذلك عن المقام، لان المقام مقام بيان الخلع)، فيه: ان المراد من الخلع لا بد ان يكون الخلع المجرد عن الطلاق. و الاّ فلا بد ان يرجع الى الرجعي مع تلائم الاخلاق. لا ان يكون باطلا. فاذا فرض البحث في الخلع المجرد، فلا بد ان يكون البحث في المباره ايضا مجردة عن الطلاق. و هو باطل بالذات و لا يحتاج في اثبات البطلان الى التمسك بانتفاء الكراهه. مع ان البحث انما سيق (1) لذلك. فظاهر ان المراد من الطلاق بعوض هو ما قصد به الخلع، لا غير.

و منهم الشهيد الثاني (ره) في المسالك و الروضه: اما في الروضه؛ فقال في شرح كلام المصنف حيث قال «و لو اتى بالطلاق مع العوض، اغنى عن لفظ الخلع» ما

ص: ٣٠٧

هذه عبارته ممزوجه بالمتن: «و لو اتى بالطلاق مع العوض فقال انت طالق على كذا، مع سبق سؤالها له، او مع قبولها بعده كذلك، اغنى عن لفظ الخلع و افاد فائدته، و لم يفتقر الى ما يفتقر اليه الخلع من كراهتها له خاصه. لانه طلاق بعوض. لا خلع» (١) انتهى كلامه (ره).

و قد يقال: ان مراد المصنف (ره) هو الاغناء عن لفظه، لا الخروج عن حقيقته بشرائطه. فلا يصح حمل الشارح (٢) كلامه على مختاره.

اقول: ليس مراد الشارح (ره) ايضا ان مراد المصنف (ره) انه لو اتى بالطلاق بعوض في ازاء الخلع لا يشترط فيه كراهه الزوجه، و يخرج عن كونه خلعا و لكنه يفيد فائدته في السينونه و حليه العوض فقط. فكيف يتفوه بهذا عاقل فضلاً عن مثله (ره)؟! اذ المصنف (ره) في مقام بيان كفايه لفظ الطلاق بعوض عن لفظ الخلع في الموضوع الذي يرد الخلع الذي لا ينفك مهيته عن العوض، و لا عن كراهه الزوجه فقط. و ان صيغه الخلع الذي اعتبر فيه كراهه الزوجه، لفظ «خلعتك على كذا» مع الاتباع بالطلاق على مختاره. و اما لو اتى في ازاء الخلع المذكور بلفظ «انت طالق على كذا» فلا يحتاج الى اتباعه بالخلع. و لا مطلق ذكر الخلع. فكيف يمكن ان يكون مراده (ره) كفايه الطلاق بالعوض مع عدم كراهتها.

بل مراد الشارح (ره) تفسير معنى الاغناء في كلام المصنف (ره) و التنبيه على ان مراده من الاغناء، ليس ان الطلاق بالعوض مرادف للخلع. بل انها تفيد فائدته من باب استعمال الكلّي في الفرد. و اعتبار الكراهه من الزوجه انما استفيد من مقام الاستعمال و خصوصيه المورد (٣)؛ و هو اراده ايجاد الخلع الذي لا ينفك مهيته عن الفديه و كراهتها فقط. فقوله «افاد فائدته» عطف تفسيري؛ اي الاغناء يعنى انه ليس كفايته من جهة الترادف بحيث كلما وجد الطلاق

ص: ٣٠٨

١- الروضه (كتاب الخلع) اول مسئله بعد تعريفه و بيان صيغته.

٢- و في النسخه: الشارح.

٣- و في النسخه: الموارد.

بعوض، وجد الخلع. فالطلاق بعوض لم يفتقر الى كراهتها، ولا- يندرج ذلك في مهيته، بل انما يفيد فائده الخلع اذا حصل الكراهه منها، و الحال ان لزوم الكراهه ليس من لوازم مهيه الطلاق بعوض. و ان كان بعض افراده (و هو الخلع) مما لا يتحقق الاً بالكراهه.

فالحال ان الطلاق هو ازاله قيد النكاح مجرداً عن العوض بمعنى عدم اخذ «العوض» في مفهومه (1). و الخلع ايضا من مزيلات قيد النكاح [لكنه] ماخوذ في مهيته العوض مع كراهه الزوجه فقط. و الطلاق بعوض من اقسام مطلق الطلاق. اذ الماخوذ في مهيه مطلق الطلاق، عدم اشتراط العوض. لا- اشتراط عدمه. فلا- ينافى الطلاق بعوض من افراده. فالطلاق بعوض، الذى هو من افراد مطلق الطلاق، قد يجرى عن الخلع اذا قارن كراهه الزوجه دون الزوج، و يجرى عليه احكام الخلع و ان لم يكن هو بعينه. و اتفاقهم على افادته (حينئذ) فائده الخلع، لا يستلزم اتحادهما في الحقيقه.

و العجب من هذا القائل؛ كيف ارتضى في توجيهه عباره فخرالمحققين بما قدّمناه، و لم يرض بمثله للشهيد الثانى (ره).

ثم اعترض هذا القائل: بان في كلامه اضطراباً، فانه ذكر هنا ما ذكر و قال بعد ذلك شارحاً لكلام المصنف ايضا «و لا يصح الخلع الا مع كراهتها له فلو طلقها و الاخلاق ملتئمته و لم تكره، بطل البذل فوق الطلاق رجعيًا من حيث البذل، و قد يكون بائناً من جهه اخرى؛ ككونها غير مدخول بها، او كون الطلقه ثالثه» انتهى. و لا يخفى منافاته لما مرّ عنه، و موافقته لما تقدم من غيره من الاصحاب. الا ان يُخصص كلامه بما اذا سئلت الخلع فطلقها بعوض و الاخلاق ملتئمته. و هو بعيد جدا. و ايضا قد عرّف الخلع و المباراه بانه طلاق بعوض مقصود لازم من جهه الزوج. و عرّف الطلاق بانه ازاله قيد النكاح بغير عوض بصيغه طالق. و تبع

ص: ٣٠٩

---

١- اى: لم يؤخذ العوض في تعريف الطلاق و مفهومه.

المصنف فى حصر البائن فى سته (١)؛ منها طلاق المختلعه و المباراه مع عدم رجوعها فى البذل. و لم يشر الى منع الحصر، او الحاق الطلاق بعوض.

اقول: الاضطراب الاول [الذى] اشار اليه بقوله (٢) «و لا- يخفى منافاته لما مرّ». فففيه: منع منافاته لما مرّ عنه. كما لا يخفى. فلنذكر عبارته المصنف مجردة عن الشرح، حتى تتضح الحال: قال: كتاب الخلع و المباراه؛ و صيغه الخلع ان يقول «خلعتك على كذا» او «انت مختلعه» ثم يتبعه بالطلاق فى القول الاقوى. و لو اتى بالطلاق مع العوض، اغنى عن لفظ الخلع. الى ان قال: و لا يصح الخلع الا مع كراهتها. فلو لم تكره بطل البذل و وقع الطلاق رجعياً. انتهى.

و مراده (ره) ان الخلع الذى هو ازاله قيد النكاح حقيقه، لازمه لمهيه الذى صيغته «خلعتك على كذا» او ما يغنى عنه، مثل «انت طالق على كذا». [ف-] لا يصح الا مع كراهتها. فلو لم تكره بطل البذل.

بقى الكلام فى قوله «و وقع الطلاق رجعياً»؛ و مراده ان لفظ الطلاق فى المقام (سواء كان من باب الاتباع الذى جعله الاقوى، او من باب الطلاق بعوض فى ايجاد الخلع [المعقود] (٣) له الكتاب) هل يصير لغواً، او ينقلب رجعياً؟-؟ فاختر المصنف و غيره انقلابه رجعياً. و اختاره الشارح ايضاً و لا ينافى ذلك ما تقدم منه من كون الطلاق بعوض، قد يكون غير الخلع و المباراه و يفيد فائدتهم فى البيونه. اذ الكلام فى الطلاق الواقع فى مضممار الخلع لا غيره.

ثم ان الشارح (ره) فى شرح قول المصنف (ره) [قال]: «فلو لم تكره بطل البذل و وقع

ص: ٣١٠

١- و فى النسخه: منتد فى سته...

٢- و فى النسخه: الاضطراب الاول اشاره اليه و بقوله.

٣- اى: الخلع الذى عقد الكتاب له بقوله: كتاب الخلع.- عبارته النسخه: فى ايجاد الخلع المعهود له الكتاب.

الطلاق رجعيًا من حيث البذل. وقد يكون بائنا من جهة أخرى ككونها غير مدخول بها، أو يكون الطلقه ثالثه» انتهى كلامه (ره).

و لا يخفى: انما اوجب توهم منافاه كلامه هذا، مع سبق اطلاق قوله «فلو طلقها و الاخلاق ملتئمته، بطل البذل» فانه ينافى ما سبق منه من قوله «الطلاق بعوض لا- يشترط فيه الكراهه و يفيد فائده الخلع من السينونه». و هو(1) توهم فاسد. اذ ادراجه (ره) «فلو طلقها..»، لارتباط كلام المصنف. اذ الخلع فى قول المصنف فى «و لا يصح الخلع الا مع كراهتها» لا يستلزم ذكر الطلاق، كما هو مختاره. لادن عنوان المصنفين غالبا فى المسائل على مرجع كلام ارباب الاقوال المختلفه، لا خصوص مختار المصنف، و لا ريب ان من الاقوال فى المسئله كفايه لفظ الخلع بدون ذكر الطلاق، و لا يصح القول بوقوع لفظ الخلع فقط طلاقا رجعيًا مع عدم الكراهه.

فالشارح اوضح المقام و قال: مراد المصنف من قوله «و وقع الطلاق رجعيًا» هو اذا طلقها و صدر منه الطلاق، سواء كان من جهه الاتباع، او من جهه كفايه الطلاق بعوض، عن الخلع. و المتوهم فهم منه انه اطلق القول بان الطلاق بعوض، يرجع الى الرجعى مع عدم الكراهه و ان كان فى غير الخلع المعهود. موافقاً للمحقق و العلامه و غيرهما. و قد عرفت ان مراد الجماعه ايضا ليس الاطلاق، بل ما اريد منه الخلع المعهود، و ان غفل الشهيد الثانى هناك عن مرادهم فى احد الاحتمالين الذى يئنتهما.

و اما الاضطراب الثانى [الذى] اشار [اليه] بقوله(2) «و قد عرفت الخلع و المبارات.. الخ»؛ ففيه: انه لا يخفى ان غرض الشهيد الثانى (ره) فى تعريف الطلاق، هو الطلاق الذى ليس

ص: ٣١١

١- و فى النسخه: و هم.

٢- عبارته النسخه: ظاهر اشار بقوله.



فيه عوض. فيخرج الخلع و المباراه حيث عقد المصنف لهما كتابا اخر بعده و عرّفهما ايضا بما عرّفهما. و لكن المصنف لم يعرّف الطلاق بما عرّفه. فيمكن ان يكون مراده من كتاب الطلاق المعنى الاعم الذى يشمل الخلع و المباراه. حيث ذكر من جمله اقسام البائن، طلاق المختلعه و المباراه. و اما الشارح فيلزمه القول بنوع استخدام، حيث يشير تعريفه للطلاق بخروج الخلع و المباراه عنه. و موافقه المصنف فى تقسيم الطلاق، بحيث صار من اقسامه.

و يمكن ان يكون مراده من قوله «بغير عوض»، بغير لزوم ذكر عوض فى مهيته و ان اعتبر فى بعض افراده. كما عرّفوا الهبه ب- «تمليك منجز من غير عوض»، ثم جعلوا الهبه المشروط فيها العوض، من اقسامه.

و كيف كان، فلا ينافى [كلامه هذا]، موافقه للمصنف(١) فى حصر اقسام البائن فى الستة المذكوره، و عدم التفاته الى الطلاق بعوض فى اقسامها. اذ(٢) ذلك تقسيم للطلاق باعتبار انه طلاق بملاحظه اركان الطلاق؛ من كون المطلقه صغيره، او يائسه، او غير مدخول بها، او كون الافتداء(٣) مقصوداً فى مهيته مع كراهتها فقط، او كراهتهما، [١] و كون المطلقه ثالثه بعد رجعتين. و اما الطلاق بعوض، فليس قسماً على حده، بل هو عقد على حدّ احد اقسام الطلاق. فيصح بذل شىء على كل واحد من اقسام البائن و الرجعى، سواء جعلناه عقداً مستقلاً مندرجاً تحت عموم «اوفوا بالعقود» و امثاله، او جعلناه قسماً من الهبه و الصلح و غير ذلك.

فنقول: اذ[١] عقد الولى ابنته الصغيره لرجل، ثم وجد من هو اصلح لها، و كان ذلك الرجل مسكيناً او فقيراً، او كان عنده نسوان متعدده. فاراد الولى تخليصها و تزويجها بمن هو

ص: ٣١٢

١- عبارته النسخه: فلا ينافى فى موافقه للمصنف.

٢- و فى النسخه: او.

٣- و فى النسخه: الاقتداء.

أوفق لحالها، و قال «انى اعطيك الفاعلى ان تطلق ابنتى». فاعى مانع من جواز هذا الاعطاء؟ و من جواز قبول الزوج و طلاقه لها؟ سيما اذا اعطاه من ماله. و لا مدخل فى المنع عن الاخذ من الزوجه المذكوره فى الايه (1) و لو سلم دلالتها ايضا. و كذلك الكلام فى حق المرئه نفسها اذا كانت لها زوج ليست بكارهه له و لكن يظن حصول طالب لها اوفق بها منه. او الزوج يريد الذهاب بها الى بلده البعيد من اهلها و هى تريد مجاورتهم.

و هل اشترط احد من العلماء فى صحه الهبه المعوضه كون العوض غير الطلاق؟ او ساير العقود؟ بل اطلاق الاخبار و العمومات يقتضى صحه الهبه على كل ما يصلح للعوض. و قد نقلنا التصريح بالعموم عن استادنا المحقق طاب ثراه. حتى ان بعضهم استدل للزوم الصدقه بانه معاوضه بسبب قصد القربه. و ان كان لنا فيه كلام. و كذلك الكلام فى الصلح و غيره.

و الحاصل: ان الكلام فى الطلاق بعوض بقول مطلق، كالمأخوذ بعوض فى ابواب (2) العقود و المعاوضات و غيرها. ألا ترى انهم قسّموا البيع على اقسام شتى باعتبارات شتى؛ كالحال، و النسيئه، و السلف، و المساومه، و المرابحه، و المعاوضه، و التوليه، و غير ذلك. و لم يذكروا من جمله اقسامها البيع الذى هو فى عوض الهبه، و البيع الذى صار لازماً بسبب اشتراط فى ضمن عقد لازم، و امثال ذلك. فالمراد هنا من الطلاق بعوض الذى يذكر فى مقابل الخلع، ساير افراد الطلاق اذا وقع فى مقابل عوض. و مصححه اما كونه مندرجاً تحت عموم العقود المستقل، او كونه من احد افراد العقود المعهوده و ان كان الطلاق جزءاً لذلك العقد، او شرطاً له. و الى هذا يشير ما ذكره فى المسالك من ان ذكر احكامه فى كتاب الخلع

ص: ٣١٣

- 
- ١- قوله تعالى: **وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً..** - سورة النساء، آيه ٢٠.
  - ٢- و فى النسخه: لا ابواب.

لاجل مناسبته به. لا- لانه هو خلع. و يتبه كلام[ه] ذلك، على عدم مناسبته للذكر في كتاب الطلاق المجرد. و سيجيى تمام الكلام.

و قد يعرض عليه: بانه لا يخفى ان من اوجب ضم الطلاق مع الخلع و المباراه، حكم بالاكتفاء به مع العوض، و عدّه منهما مطلقاً، و اجرى عليه احكامهما بأسرها. و لم تجر له عاده بالبحث عن قسم اخر. و من لم يوجب الضم، جعل لهما صيغتين؛ احديهما مشتمله على لفظهما و الاخرى مشتمله على لفظ الطلاق. و جعل احكامهما واحده، الا نادراً. ثم ان هؤلاء اختلفوا فى كون الصيغه الاولى طلاقاً او فسخاً. و الحاصل: ان العاده المشار اليها لم نجد لها اثرًا [١] اصلاً، الا فى كلامه.

اقول: مراد الشهيد الثانى (ره)؛ انه كما ان الفرقه الحاصله بين الزوجين، اما ان تكون بالفسخ او الطلاق. فالفرقه الخاصه التى تكون بعنوان العوض، اما ان تكون بلفظ الخلع و المباراه (اى تكون بمهيته [التى] وضعت للدلاله عليها لفظ الخلع و المباراه). او تكون (١) بمهيته [التى] وضعت له لفظ «الطلاق بكذا» كالنذر و العهد الذين (٢) وضع لاحدهما لفظ «الله على كذا». و للاخر «عا هدت الله بكذا» و نحوه. و كما ان مهيه النذر و العهد مختلفان فى الاحكام و ان اتحدا فى معنى «ايجاب شىء على النفس لله تعالى»، فكذلك الخلع و الطلاق بعوض. و فى كثير من عبارات الاصحاب تصريح بمغايرتهما مفهوماً و صيغه. و قد مرّ كثير منها و سيجيى كثير، بل كل من صرح بالاتحاد ايضا مراده اتحادهما فى الحكم فى الاكثر. و قد صرح الشيخ فى «النهايه» بان الخلع ليس بطلاق حقيقه، بل هو مما يلحق به، كالفسخ و اللعان و غيرهما.

ص: ٣١٤

١- من قوله «اقول:» الى هنا، كل ما ترى «تكون»، فهى فى النسخه «يكون».

٢- و فى النسخه: للذين.

و اما قوله: و لكن جرت العاده بالبحث منها في كتاب الخلع (يعنى و ان كان الطلاق بعوض، ليس بخلع في كتاب الخلع) و من جمله تلك العاده انهم ذكروا انه يجزى عن الخلع - كما مرّ عن الشهيد في اللمعه و غيره، بل هو مقتضى كلام الاكثريين - فيستعمل لفظ الطلاق بعوض في الخلع لمناسبه و علاقته بينهما و هو كون مهيتهما مشتمله على معنى الابانه بعوض و ان خالفه في بعض الاحكام، مثل انه طلاق محض بخلاف الخلع. و يتفرع عليه انه يتم به الطلقات الثلاث، ام لا. و يزيد على احكام الطلاق، اعتبار العوض. و يلحقه احكام آخر من اصل ذلك الاعتبار، مثل انه يفيد البينونه بسبب لزوم عقد المعاوضه، [و] حرمة الرجوع من الزوج فيما يقبل الرجوع، ان لم نقل ببطلانه. فان ذلك حكم زايد على احكام نفس الطلاق.

اذا عرفت هذا، فقول المعترض «لم يجز (1) له عاده بالبحث عن قسم اخر»، فيه: ان هذا الكلام اعنى كفايه الطلاق عن الخلع و المباره و جريان حكمهما بعينه، بحث عن مهيه الطلاق بعوض. و اللفظ دالّ عليه. فانّ من احكامه، اجزائه عن صيغه الخلع و المباره. و لا يمكن القول بكون حمل الطلاق بعوض على الخلع، او بالعكس، من باب حمل المترادفين. كما ينادى به اختلافهم في كون الخلع فسخا او طلاقا. و اذا اعتبر في الطلاق بعوض، عموم حتى يصير من باب حمل المتعارفين، فيفيد ذلك ثبوت قسم اخر للطلاق بعوض. و مجرد المغايره بين افراد العام، بعينه بحث عن وجود فرد اخر للطلاق بعوض، غير الخلع.

و اما قوله: «و من لم يوجب الضم جعل لهما صيغتين.. الخ»؛ ففيه: انه ان اراد من الصيغه، ما صيغ لاجل الدلاله عليه بالوضع الشخصى، فيمتنع كون لفظ الطلاق بعوض، صيغه

ص: ٣١٥

١- و في النسخه: لم يجز.

لهما. و ان اراد(١) اعم من ذلك و مما يفيد به بقرنيه المقام من باب استعمال الكلّى فى الفرد، فهو مستلزم لاثبات امر كلّى يكون اعم منهما. فاذا قلنا: انا اذا اجرينا صيغه مختصه بالكلّى من حيث انه كلّى، فى فرد من حيث وجوده فى ضمنه، فهو فى حكم ما لو اجرى فى حكم ذلك الفرد صيغته(٢) المختصه، فهذا لا- يفيد الاتحاد فى المفهوم. بل انما يفيد الاتحاد فى الحكم. فحينئذ البحث عن ان لفظ الطلاق بعوض، اذا استعمل فى الخلع و المباره و لم يكن هناك كراهه، فلا- يثبت به التملك و يرجع الى الرجعى. فهو بحث عن الطلاق بعوض، عن وجه. و ان كان بحثا عن الخلع من وجه اخر.

قوله: «ثم ان هؤلاء اختلفوا.. الخ»، هذا الاختلاف ايضا يكشف عن المغايره. لان احدا لم يحتمل فى الطلاق بعوض، كونه فسخاً. فهذا ايضا من احكام الطلاق بعوض الذى ذكروها فى هذا المقام انه لا يحتمل كونه فسخا ابدا.

قوله: «و الحاصل ان العاده المشار اليها.. الخ»؛ اقول: قد عرفت جمله من البحث فيه و فى كلام الفاضلين، و اشاره فى مواضع كثيره الى ذلك. و يستفاد من كثير من كلماتهم مغايره الخلع للطلاق بعوض بالمفهوم. و انّ ما قد ينوب لفظ الطلاق بعوض، عن الخلع و يفيد مؤداه. فهو من باب الاسقاط و التجوّز. لا- انه هو. و لو لم يكن اجماع على ذلك (كما يظهر من بعضهم) لم نقل بكفايته عنه. لان الاصل عدمه.

فمن المواضع المذكوره؛ ما ذكره فى الشرايع فى المسئله الخامسه فى النظر الرابع. قال: «لو خالعهها و شرط الرجعه، لم يصح. و كذا لو طلق بعوض»(٣). فان ظاهر هذه

ص: ٣١٦

١- و فى النسخه: و ان اراد.

٢- و فى النسخه: صيغه.

٣- الشرايع، كتاب الخلع، ج ٣، ص ٤٢ ط دارالتفسير.

العباره، مخالفه المفهومين. و وجهه ان كليهما، فيما يوجب بينونه. و هذا شرط مخالف لمقتضى العقد و للمشروع(١). و قد صرح فى اول كتاب الخلع ايضا بان الطلاق مع الفديه يقع باثنا و ان افرد عن لفظ الخلع المقصوده. [ف-] ثمّه [فى مقام] بيان محض بينونه للطلاق مع الفديه. سواء كان بالطلاق المعوض المقرون بلفظ الخلع، او الخالى عنه، و سواء كان مع كراهه الزوجه المجزى عن لفظ الخلع، او بدونها الذى هو عقد مستقل.

و يشهد باراده الاعم (مضافا الى اطلاق اللفظ) انه ذكر فى اول الكتاب؛ ان الصيغه الموضوعه لافاده مفهوم الخلع و ايقاعه، انما هو مثل «خلعت» و «خالعت». لا- مثل «فاسختك» و «قايلتك» و «ابتتك». و هذا بخلاف بيان الضروره(٢) الى لفظ الخلع فى الجملة مع قطع النظر من اعتبار الضميمه و عدمه. ثم ذكر الخلاف فى انه هل يكفى لفظ الخلع فقط، او يلزم ان يتبع بالطلاق. و مراده هنا ان الفراق هل يحصل بلفظ «خلعت»؟ او لا- حتى يقول بعده فهى او انت طالق-؟ فعلى القول بالاشتراط، يكون لفظ خلعت مجردا عن الطلاق، لغواً. و على(٣) القول بعدم الاشتراط، فيحصل به الفراق. و لكن اختلفوا فى انه هل هو فسخ و مفارقه باثنه لا يترتب عليه احكام الطلاق و شرائطه و من جملتها عدّه من الطلقات الثلاثه المحتاجه الى المحلل، او انه طلاق-؟-؟ فالاكثرو على انه طلاق، للنصوص المعبره. و قيل انه فسخ، لعدم وقوع الطلاق بالكنايات.

فانقدح من كلامه هنا، بيان ان الخلع هل يتم بدون ضمّ لفظ الطلاق اليه ام لا، و مع تمامه بدونه، فهل هو طلاق او فسخ. و حاصل مختاره، كفايه الخلع المنضم(٤) الى الطلاق و المنفرد

ص: ٣١٧

- ١- كذا فى النسخه و لا بأس به. لكن يحتمل ان يكون؛ العقد المشروع.
- ٢- عباره النسخه: و هذا الخلاف فى بيان الضروره.
- ٣- و فى النسخه: فعلى.
- ٤- عباره النسخه: كفايه الخلع المنقسم الى الطلاق.

عن الطلاق. مع اختيار كونه طلاقاً حينئذ.

و بقى الكلام فى كفايه اداء الخلع بلفظ الطلاق بعوض، مجرداً عن الخلع. فانه لا ريب انه فرق بين بين الطلاق المنضم بالخلع مع افادته المعاوضه، و بين الطلاق بعوض المنفرد عن لفظ الخلع. و لم يظهر مما تقدم، الحكم بكونه من افراد الخلع، فان ما افاده سياق الكلام انحصار الخلع فى مثل «خلعتك على كذا» مجرداً، او منضمّاً الى قوله بأنت او هى طالق.

و بقى الكلام فى انه لو قال «انت طالق على كذا» هل يكفى عن الخلع ام لا؟-؟ و هذا ايضا يتصور على وجهين:

احدهما: انه من صيغ الخلع. و ظنى انه لم يقل به احد و ان أوهمه كلام الشيخ فى المبسوط.

و الثانى: انه يفيد فائده الخلع. و هو الصحيح الذى لا بد ان ينزل عليه كلام الشيخ و الجماعه. بل ادعى عليه الاجماع. و لو لم يكن دعوى الاجماع على كفايته عن لفظ الخلع و افادته فائده، لما قلنا بجوازه. لعدم التوظيف. و الى ذلك اشار المحقق فى اخر كلامه «و يقع الطلاق مع الفديه بائناً و ان انفرد عن لفظ الخلع»<sup>(١)</sup>. فمن تأمل فى كلامه (ره) يفهم انه ساق الكلام من اول البحث الى هنا فى بيان حقيقه الخلع و صغته الموضوعه له. و لم يكن فى كلامه هنا من حكاية الطلاق بعوض المنفرد عن الخلع، عين و لا اثر. و هنا فى صدد بيان حكم الطلاق بعوض، الذى هو مغاير للخلع بالهبه، و ان مجرد اعتبار العوض يجعل الطلاق بائناً.

و اما انه لو اوقعه فى موضع يمكن جريان الخلع فيه بان يختص الكراهه بالمرثه، يفيد فائده الخلع. و من جمله فوائده البيئونه مع جواز الرجوع اذا رجعت بالبدل (فهو انما يحتاج

ص: ٣١٨

---

١- الشرايع (كتاب الخلع)، ج ٣ ص ٣٦ ط دارالتفسير.

الى دليل خارجى و لعله الاجماع). فجمع المحقق فى هذا المبحث اقسام الفراق المشتمله على العوض، سواء كان خلعا، او فسخاً، او [ال-] طلاق بعوض، مجرد[1] عن الخلع و المباراه. و الشيهد الثانى (ره) عمم المقام و فسّر هذه العبارة بانه «اذا وقع الطلاق مع الفديه سواء كان بلفظ الخلع و قلنا انه طلاق، او اتبع به، او بلفظ الطلاق و جعله بعوض. فانه يقع بائناً لا رجعياً. للنصوص الداله عليه و قد تقدم بعضها. و وجهه وراء النص انه معاوضه محضه من الجانبين، او شبيهه(١) بها كالبيع و النكاح. و من ثم اشترط وروده على عوض النكاح، او عوض جديد. و اشترط فيه قبوله(٢) باللفظ من غير فصل، و [اشترط] تطابق اللفظين. فلو قالت «خالعنى بخمسين» فطلقها بمأه، لم يصح. كما لو باعه بمأه فقبل(٣) بخمسين. و الاصل فى العقود و المعاوضات، اللزوم. لعموم الايه و قوله(عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم» و يستثنى من ذلك اذا رجعت فى البذل، فانه ينقلب رجعياً. و سيأتى البحث فيه(٤) انتهى كلامه(ره) و له وجه وجيه.

ثم فرّع المحقق على هذه المقامات فروع(٥) ثلاثه: اولها «لو طلبت منه طلاقاً بعوض، فخلعها مجرداً عن لفظ الطلاق، لم يقع على القولين. و لو طلبت خلعا بعوض، فطلق به، لم يلزم البذل على القول بوقوع الخلع بمجرد فسخا و يقع الطلاق رجعياً. [و] يلزم على القول بانه طلاق او يفتقر الى الطلاق(٦). و مراده(ره) من القولين، القول بان الخلع المجرد، فسخ او

ص: ٣١٩

- ١- و فى النسخه: او شبهه بها.
- ٢- و فى النسخه: قبولها.
- ٣- و فى النسخه: فقيل.
- ٤- المسالك، (كتاب الخلع) ج ٢ ص ٤٧ ط دار الهدى.
- ٥- كذا- والصحيح: فروعاً.
- ٦- الشرايع، (كتاب الخلع) ج ٣ ص ٣٦ و ٣٧.



طلاق. فان الطلاق يقع به بينونه اجماعا و يكون جزءاً من المحرم. بخلاف الخلع، لما عرفت فيه من الخلاف؛ فان قلنا انه فسخ، فكونه خلاف ما طلبت، ظاهر. و ان قلنا انه طلاق، فكذلك ايضا لان الخلع مختلف فيه و ما طلبت لا خلاف فيه.

و اما فى صورته العكس: فعدم لزومه على القول بكون الخلع المجرد فسخا، فلانه لم يأت بما طلبت. و يقع رجعيا حيثئذ، فانه غير مشروط بالعوض و لا- بالتماسها و رضاها. و فيه تأمل. و اما اللزوم على القول الا-خر؛ فلاتيانه بما التمسته و زياده، حيث اتى بالمجمع عليه و ترك المختلف فيه. و فيه نظر، لعدم كفايه احد نوعى الطلاق عن الاخر. و كون الطلاق اعم منه، لا يكفى فى تحصيل الخلع فى ضمن ما حصله من الطلاق بعوض، المشخص فى الخارج. و هذا الاشكال فى صورته الافتقار الى ضم الطلاق، اظهر. اذ لعل لضم الخلع مدخله فى التماسه.

و اما ما استشهدنا بهذا التفريع؛ فيظهر من مقابله الخلع، بالطلاق بعوض. سيما فى صورته العكس. فان ظاهر قولنا ان الخلع طلاق او مفتقر اليه؛ ان الطلاق المحمول هو الطلاق بالعوض (كما لا- يخفى) لا- مطلق الطلاق حتى يمكن صدق الرجعى. و الحمل ليس بحمل ذاتى. بل متعارفى. و لازمه ان يكون للطلاق بعوض فرد اخر غير الخلع.

فهذا يدل على انه اعم من الخلع، لا- انه هو (كما لا- يخفى) بل نقول: ان كل من قال ان الخلع المجرد من لفظ الطلاق، طلاق لا فسخ (و هم الاكثرون) يلزمهم القول باعميه الطلاق بعوض عن الخلع. اذ مقتضى قولهم انه طلاق، اتحاده فى الوجود مع الطلاق. كما فى قولنا «الانسان حيوان». لا كونهما(1) موجوداً واحداً كما هو مقتضى الحمل الذاتى، مثل «هذا زيد» بعد وصف زيد بالخارج للمخاطب.

ص: ٣٢٠

---

١- عبارته النسخه: قولنا للانسان حيوان لا كونها.

ولا- ريب حينئذ في ان الطلاق المحمول الذى هو فى مقابل الفسخ، اعم من الخلع، لتحقيقه فى الرجعى وغيره لما لم ينفك الخلع عن العوض. فيلزم ان يكون الطلاق المحمول عليه ايضا طلاقاً مقروناً بالعوض، و ان لم يكن العوض من مقوماته و لوازمه. كما فى الهبه المشروطه فيها العوض، من افراد الهبه المطلقه المعرفه بانها «تمليك عين مجرداً عن العوض و القربه». و كانهم قالوا «الخلع طلاق مقرون بعوض»، و لازم هذا تحقق مفهوم الطلاق المفروض بالعوض، اعم من الخلع مطلقاً. و ذلك لانهم ليسوا فى مقام بيان ان الطلاق المقرون بالعوض، خلع. بل مرادهم بيان ان الخلع طلاق يترتب عليه احكامه، لا فسخ. لا ان الطلاق المقرون بالعوض، خلع من باب الحمل الذاتى، [و] لا من باب الحمل المتعارفى بان يتحقق للخلع فرد اخر غير الطلاق. فانهم لا يقولون به جزماً. بل يقولون ان كل خلع طلاق سواء تجرد عنه او قارن به. و اما ان لفظ «انت طالق بكذا» من اقسام الخلع (كما ذكره) فمعناه انه يفيد فائده الخلع، لا انه هو. و لولا مظنه الاجماع و نقله، لما قلنا بكفايته عن الخلع، فضلاً عن كونه هو.

فاتضح بما ذكرنا (غايه الوضوح) فساد ما ذكره فى شرح النافع من ان الطلاق بعوض، هو الخلع او من اقسامه. و نسبه الى المتقدمين و المتأخرين. اذ قد عرفت ان الاكثرين قالوا فى الخلع المجرد انه طلاق لا فسخ. يعنى قسم من الطلاق. و يلزمه بطريق الاولى كون المقرون بالطلاق منه، طلاقاً. فالذى تعاطوا لذكره فى حكاية كونه طلاقاً ام لا، او مع اقترانه بالطلاق ايضاً؟؟؟ على احتمال: اما كون لفظ «انت طالق على كذا» مجرداً عن لفظ الخلع، هل هو خلع ام لا. فليس فى هذا المقام منه عين و لا اثر. بل هو مسئله اخرى ذكرها فى كفايه هذا اللفظ عن الخلع (مع اجتماع ساير الشرائط من الكراهه مختصه بها و غيرها) ام لا. و هذا هو الذى ذكره ما بعد قولهم «اذا خالعتها و الاخلاق ملتئمته.. الخ». و قد اشرنا سابقاً اليه يعنى لو

قصد ايقاع الخلع الذى تحققه مشروط (١) بالكراهه، بلفظ الطلاق. فهو (٢) كما لو اوقعها بلفظ الخلع (فى عدم الوقوع مع تلائم الاخلاق و لا يملك الفديه). و لكن هناك فرق اخر و هو انه يقع الطلاق رجعيا فى الاول دون الاخر. لا انه يمكن تملك الفديه بالطلاق بعوض، مطلقا. و قد اشرنا سابقا الى غفله الشهيد الثانى (ره) عن ذلك.

و بالجمله: ما ذكره السيد محمد (ره) فى شرح النافع (بعد ما نقل كلام فخر المحققين المتقدم ذكره حيث قال ردأ عليه): «انّ الطلاق بعوض من اقسام الخلع، كما صرح به المتقدمون و المتأخرون من الاصحاب، فلا يرد نقضا عليه» (٣)، لا يرجع الى محصل. كما عرفت و ستعرف (٤).

و ما قد يوجب كلامه؛ بان غرضه انه اذا كان الطلاق بعوض، من اقسام الخلع و لا يصح الا بشرائطه، و يقع الخلع به مجرداً، و غيره. فإى داع الى تكلف اخراجه عن هذا الخلع، و تقييد كلام العلامة و تطبيقه على حد نفسه؟؟ و لا سيما مع تردد العلامة فى القواعد [فى] الاكتفاء بمجرد الخلع. و حيث كان هذا نزاعاً لفظياً، فالامر فيه سهل. فلا يبقى إبتناء الاحكام و الفتاوى على ذلك. كما هو ظاهر.

اقول: قد عرفت سابقا منع كون الطلاق بعوض، نفس الخلع. و نزيدك ههنا بان لفظ الطلاق بعوض، يتصور له «معنى اضافى» و «معنى علمى». فان اعتبرنا معناه الاضافى؛

ص: ٣٢٢

١- و فى النسخه: مشروطا.

٢- و فى النسخه: و هو.

٣- نهايه المرام فى شرح مختصر شرائع الاسلام، ج ٢ ص ١٢٦ ط جامعه المدرسين.

٤- تلوين السطرين، تذكره للقارئ الكريم بانّ هذا هو المقصود الغائى للمصنف (ره) من تدوين هذه الرساله و تاسيسه. كما بينه فى اول الرساله. و لكنه قدس سره، ما ختم الكلام هنا و اتى بالمباحث الاقيه، كما قال: و ستعرفه.

فلأريب انه معنى كلي، لكون كل من المضاف و المضاف اليه كلياً، و لكل منهما معنى حقيقى كلي، فالطلاق معناه ازاله قيد النكاح بلفظ «طالق». و بعوض، معناه كون ذلك فى مقابل شىء اخر. و لا ريب ان هذا المعنى [م-]باين للخلع، او اعم منه مطلقاً. فكيف (١) يكون اخص من الخلع حتى يصير قسما من اقسامه.

و ان قلت: للطلاق بعوض بالمعنى الاضافى، معنى كلي لا فرد له. كشرىك البارئ. و لكنه استعمل مجازاً فى الخلع بناءً على عدم استلزام المجاز الحقيقه.

[قلت:] هو قول بالنقل عن معناه الاضافى عرفاً و لغه. و الاصل عدمه. و مع هذا فيصير احتراز هؤلاء الفحول عنه فى تعريف الخلع، لغواً (٢). اذ هو احتراز عما لا وجود له. و لا ثمره فيه. و تبرئه ساحه هؤلاء الفحول عن مثل ذلك لازم.

و ان اعتبرنا المعنى العلمى؛ بان نقول: لفظ الطلاق بعوض، انما وضع للخلع. فهو من اقسام الخلع، بمعنى انه من الالفاظ الموضوعه له المرادفه للفظ الخلع. فمع ان الاصل عدمه، لا معنى للاحتراز عن المرادف. و هو كما لو وضع عمرو زيدا لابنه و كناه بابى عبدالله. و يقال زيد هو الولد الذى ولد لعمرو و سمّاه بزید محترزاً بقيد تسميته بزید عن ابى عبدالله. فهو فى معنى ان لفظ زيد غير لفظ ابى عبدالله. و هو (مع ما قدّمناه سابقاً من ان الحدود انما هو للمهيات و الاحتراز فى قيودها ايضا انما يكون عن المهيات) لا يليق مثل هؤلاء الاعاظم؛ ممن نقلنا عنهم و ممن سننقل عنهم من الخاصه و العامه. فكيف يُجتري بحمل كلام مثلهم على مثله و يقال هذا نزاع لفظى.

ص: ٣٢٣

١- و فى النسخه: فيكيف.

٢- و فى النسخه: يصير لغواً.

الموضع الثاني: (١) انه (٢) قال (بعد العبارة التي نقلنا عنه في شرح قول المحقق: «و يقع الطلاق مع الفديه بائنا و ان انفراد (٣) عن لفظ الخلع» (٤).) و اعلم: انه مع اشتراك الخلع و الطلاق بعوض، في هذا الحكم، يفترقان بان الخلع يختص بحال كراهه الزوجه خاصه (كما انفردت المباره بكون الكراهه منهما و اشتراط كون العوض بقدر ما وصل اليها منه) بخلاف الطلاق بالعوض فانه لا يشترط فيه شئ من ذلك. فكان التعبير به مع افادته المقصود من الخلع اولى، خصوصا مع اشتباه حالهما في الكراهه و اختلافهما فيها (٥). [انتهى.]

و قد يعترض عليه بانه اذا كان كذلك يعنى كون الطلاق بعوض، مغايراً للخلع، فما بال الاصحاب لم يتعرضوا لاحكام هذا العوض و هذه الفديه، و الطلاق الواقع بها؟ فلو كان ما ذكره من عاده الاصحاب (كما قاله في اول الكتاب) لكان يجب عليهم بيان ذلك كما هو ظاهر.

اقول: ليس هذا طلاقاً خاصاً و لا نوعاً من انواع الطلاق حتى يذكر خواصه. بل هو عقد وارد على الطلاق باقسامه. و المعيار في العوض هنا هو التراضى، لا غير. كسائر العقود. و ما اقتضاه عادتهم هذا، هو بيان ان اللفظ الدال على هذا القصد (من حيث هو هذا العقد) يكفى في الخلع. و مراد الشهيد الثانى ان هذا العقد لا يشترط فيه الكراهه و ان كان قد يتحقق في ضمن ما يشترط فيه الكراهه. فاذا كان المعيار في عوض هذا العقد، هو التراضى، فلا حاجه

ص: ٣٢٤

١- اى الموضع الثانى مما تقدم بعنوان: فمن المواضع المذكوره.

٢- اى الشهيد الثانى (ره).

٣- و في نسخه: و الانفراد.

٤- الشرايع، كتاب الخلع، ج ٣ ص ٣٦ ط، دارالتفسير.

٥- المسالك، كتاب الخلع، ج ٢ ص ٤٨ ط، دارالهدى.

للاصحاب الى التعرض لحال بيان العوض و قدره.

و قد يناقض على ما ذكره (ره) من مغايره الخلع للطلاق بعوض، بانه (ره) قال (تبعاً للمحقق و غيره فيما اذا طلبت منه خلعاً بعوض، فطلّق به) انه «ان جعلنا الخلع طلاقاً او مفتقراً الى الطلاق فاتبعه به، لزم البذل. لا تيانه بما التمسته و زياده. و هذا يعنى الحكم بلزوم البذل».

[و هذا] لا يستقيم على تقدير المغايره. بل انما يستقيم اذا جعل الخلع قسمين و جعل الطلاق بعوض، قسما منه بحيث لا يصح الا بشرائط [-ه]. كما هو المعروف. فيكون المرثه قد طلبت المهيه الحاصله بالطلاق بعوض منفرداً [1] و به مع الضميمه. و اختار الزوج، الاول. و اما اذا جعل الطلاق بعوض، قسما مستقلاً بنفسه (و ان اجتمع مع الكراهه لا على سبيل الاشتراط) فلا يلزم اداء الملتمس و ان فرض اتحاد الفائده فى القسمين.

ثم: قوله: «و اتبعه به زياده منه»، لم يذكره المحقق و العلامه، و يجب تركها. لان موضع المسئله انما [اذا] طلبت منه خلعاً بعوض فطلّق به. اى اتى بطلاق منفرد عن الخلع. كما هو مقتضى العبارة و المسئله المقابله لها. و هو ينافى اتباع الخلع بالطلاق.

ثم قوله: «لا تيانه بما التمسته و زياده»، فاسد ايضا. لانها طلبت الخلع الصحيح، فاذا بنى على انه لا يقع بالخلع الا مع الطلاق و قد فعل هو ايضا ذلك. فلم يأت بالزياده، غايته انه اختار المركب و كان يحصل العوض (1) بالفرد الاخر بناء على ان الخلع يحصل بكل من الامرين.

اقول: و لا يخفى ما فيه. اذ المراد من الموضوع فى قولنا «الخلع طلاق» هو المفارقة الخاصه الجامعه للشرائط المخصوصه التى يسمى خلعاً. و من المحمول هو الطلاق [بمعنى]

ص: ٣٢٥

١- و فى النسخه: بالعرض.

العام الذى هو مفهوم كلى فى مقابل الفسخ الذى لم يؤخذ فى مفهومه كونه جامعا للشرائط المعهودة و لا عدمه. و خلافهم فى ان الخلع المجرد، هل هو طلاق او فسخ، انما هو بعد تتميم شرائط الخلع من اختصاص الكراهه بالزوجه، و كون الفديه باختيار الزوج فى مقدارها، و غير ذلك. و بعد جميع ذلك اختلفوا فى انه طلاق او فسخ. فيستقيم الحكم بلزوم البذل و ان جعلنا الطلاق بعوض، اعم من الخلع ايضا. اذ هى طلبت الخلع الجامع للشرائط بقرنيه المقام.

و الحاصل: ان طلب الزوجه الخلع الذى هو طلاق بالمعنى العام المقابل للفسخ، لا يستلزم طلبها الطلاق الخاص المشترط بشروط الخلع من حيث ان اعتبار الشرائط داخل فى مفهومه حتى يلزم ان يكون اداء الزوج لمطلوبها<sup>(١)</sup>، ايضا بعنوان الطلاق الخاص الماخوذ فى مفهومه ذلك.

قوله: ثم قوله و اتبعه به زياده منه.. الخ؛ اقول: و لعله اراد التنبيه على غفله المحقق عن الفرق بين القولين، اعنى القول بكفايه صيغه الخلع مجردا عن الطلاق، و القول بلزوم ضم الطلاق حتى يتحقق حقيقه الخلع. و ان مجرد الطلاق بعوض فى جواب طلب المرثه للخلع، ليس اجابه لملتمسها على الاطلاق. بل لا بد من التفصيل؛ فان قلنا بكفايه لفظ الخلع فقط، و قلنا انه طلاق، فالطلاق بعوض<sup>(٢)</sup>، جواب لملتمسها. لكفايه الطلاق بعوض، عن الخلع. كما هو المشهور، بل لا خلاف فيه. فهو مع انه يفيد فائده الخلع، له مرتبه اخرى. لكون ذلك طلاقاً بالاتفاق (بخلاف لفظ الخلع فقط، فانه خلافي) فهو يفيد فائده الخلع و شيئاً اخر.

و اما لو قلنا بان حقيقه الخلع لا يتحقق الا باتباعه بالطلاق، فالطلاق بعوض و ان كان

ص: ٣٢٦

١- و فى النسخه: لمطلوبه.

٢- عباره النسخه: قال الطلاق بعوض.

يفيد فائده الخلع و كونه طلاقاً، و لكن لفظ «خلعتك على كذا و انت طالق» مشتمل على مزيدة ليست فى الطلاق. اذ قد يكون منظور المرئى، التاكيد فى امرها بان يصرح بلفظ الخلع ايضاً و ان لم يتم الخلعيه الا بانضمام الطلاق. فاذا اجابها بلفظ الخلع مع اتباعه بالطلاق، فاجاب ملتمسها. بخلاف ما لو افتقر على الطلاق بعوض.

و يمكن بعيداً: ان يكون مراده ان المحقق ايضاً اراد ذلك و اراد عن الطلاق بعوض، القدر المشترك بين القولين ليشمل الطلاق بعوض فقط، بناءً على القول الاول. و لفظه «فهى طالق» بعد «خلعتها» بناءً على القول الثانى. و الاظهر هو الاحتمال الاول. و حاصله: ان خلافهم فى كون الخلع طلاقاً ام لا، انما هو فى الخلع المجرد. و اما الخلع المنضم بالطلاق، فهو طلاق بلا خلاف. و اعتمادهم [به]، فى الطلاقيه. فاذا قلنا ان الطلاق بعوض، ينوب عن الخلع، فعلى القول بلزوم الانضمام، انما ينوب عن الخلعيه المستفاده من المقيّد بالقيّد. لا- على نفس المقيّد. فلا بد فى اجابه الملتمس (على هذا القول) من ذكر الخلع متبعاً بالطلاق. و اصله عدم تداخل الاسباب يمنع من كون الطلاق بعوض، به. لا عن الخلعيه و الطلاقيه معاً.

الموضع الثالث. ما ذكره فى شرح كلام المحقق «لو خالعتها و الاخلاق ملتئمته، لم يصح الخلع و لم يملك الفديه و لو طلقها و الحال هذه بعوض»: فمقتضى كلام المصنف و الجماعه؛ كونه كذلك. لا اشتراكها فى المعنى. بل عدّه فى المبسوط خلعا صريحاً حيث قسّمه الى واقع بصريح الطلاق، و الى واقع بغيره. و جعل الاول طلاقاً رجعيّاً. و جعل الخلاف فى الثانى هل هو طلاق ام لا. فهذا ان كان اجماعياً، فهو الحججه. و الا فلا يخل من اشكال. لانّ النصوص انما دلّت على توقف الخلع على الكراهه. و ظاهر حال الطلاق بعوض، انه مغاير له، و ان شاركه فى بعض الاحكام. انتهى كلامه (ره) (1).

ص: ٣٢٧



وقد قدّمنا الكلام فى توجيه ما يوهمه من التنافى واحتمال غفلته. و ما نسب الى الاصحاب، بمناسبه ما سنذكره فى المبارات، فلا نعيده. اذ نحن لا ندعى صحه جميع ما ذكره(ره) و لا نتعدى لتصحيح كل ما ذكر. بل غرضنا تحقيق المسئله و بيان موافقته لما نحن فى صدده، فى الجملة.

و منهم المحقق الاردبيلى(ره) و البيضاوى: فانه قال فى كتاب «آيات الاحكام»: قال البيضاوى: و اعلم: ان ظاهر الايه يدل على ان الخلع لا- يجوز من غير كراهه و شقاق، و لا- بجميع ما ساق الزوج اليها فضلاً عن الزايد. و يؤيد ذلك قوله(عليه السلام) «ايما المرثه سئلت زوجها طلاقاً من غير بأس فحرام عليها رائحه الجنه»(١). و ما روى أنه(عليه السلام) قال لجميله: «تردّين عليه حديثه، فقالت اردها و ازيد عليها. و قال(عليه السلام): اما الزايد فلا»(٢). و الجمهور استكروهه لكن نفذوه. فان المنع عن العقد لا يدل على فساد. و انه يصح بلفظ المفاداه. فانه سمّاه افتداءً. و اختلفوا فى انه اذا جرى بغير لفظ الطلاق، فسخ او طلاق؟-؟ و من جعله فسخاً احتجّ بقوله تعالى «فَإِنْ طَلَّقَهَا»(٣) فان تعقيبته للخلع بعد ذكر الطلقتين يقتضى ان يكون طلقه رابعه لو كان الخلع طلاقاً. و الاظهر انه طلاق. لانه فرق باختيار الزوج. فهو كالطلاق بعوض.

ثم قال المحقق الاردبيلى(ره): و فيه تأمل. لانها تدل على ان الاخذ من المرثه لتخليص نفسها لا يجوز الاّ مع الخوف. لا عدم جواز العقد المثمر لذلك الاّ مع الكراهه. و ايضا معلومٌ عدم الجواز من غير شقاق. بل وقوعه ايضا فى الخارج. انما كان عليه ان يبيّن دلالتها على

ص: ٣٢٨

١- الوسائل، كتاب الخلع و المباراه، ب ٢ ح ٢.

٢- تفسير آلوسى ج ٢ ص ١٤١.

٣- الايه ٢٣٠ السوره البقره.

حصوله من الجانبين او المرثه فقط، او الرجل.

ثم اورد عليه بعدم صحه تاييد مطلبه بالخبرين. و كذا على ساير مطالبه على وجه وجيه، لا نزيل بذكره. الى ان قال: و ايضا كون الخلع طلاقا (كما قال: و الاظهر انه طلاق.. الخ)، غير ظاهر و دليله قياس فى اللغه. و هو على تقدير صحته، لا يصح فى [الفقه]. الى اخر ما ذكره (1).

فاما دلالة كلام البيضاوى على مغايره الطلاق بعوض، للخلع، فظاهر. و اما دلالة كلام المحقق الاردبيلي (ره) فمن وجهين: الاول تقريره لما ذكره البيضاوى على مغايرته، و انما اورد عليه بمنع المقايسه. و الثانى قوله «لا عدم جواز العقد المثمر لذلك الا مع الكراهه»، فانه يدل على انه يجوز تخليص المرثه نفسها بعقد يثمر ذلك بدون الكراهه. و لو كان على وجه غير الخلع [ف-] [بطريق الاولى].

و من العجب ان بعضهم نسب اليه (ره) ان كلامه يكشف عن انحصار اخذ عوض الطلاق من المرثه، فى الخلع و المباراه. و كانه نظر الى قوله (ره) قبل ذلك حيث قال «ثم اعلم ان صريح الايه عدم جواز شئ من مهرهن، بل جميع ما أُعطين من المهر و النفقه و العطايا، فدل على لزوم الهبه للزوجه و عدم استرجاع الثياب التى اعطوها للكسوه و ان بقيت جيّداً و طلقن، الا عوض الخلع. فتأمل. ثم ان ظاهرها يقيّد جواز الاخذ لحصول خوف عدم اقامه الحدود من الجانبين. فيكون التباغض من الجانبين. و ليس ذلك بشرط فى الخلع بل فى المباراه الا ان يحمل على انه يخاف الزوج من انها لو خرجت عن موجبات الزوجيه و الشرع، يخرج هو ايضا. و لكن ذلك ايضا غير شرط فى الخلع عند الاصحاب، كما هو المذكور فى محله. بل الشرط ظهور بغض الزوجه فقط؛ مثل ان تقول: لا اغتسل لك من

ص: ٣٢٩

١- زبده البيان فى احكام القرآن، ص ٦٠٨ ط مكتبه الجعفرية.

جنابه، او: لادخلن على فراشك من تكره. و امثاله. فيحمل [الايه] حينئذ على المباراه لا الخلع» انتهى كلامه (ره).

و انت خبير بان كلماته التي نقلنا عنه في الرد على البيضاوى، صريحه فيما ذكر، او كالتصريح. و لو سلم ظهور ما نقلناه هنا فيما اراد، فلا يقاوم التصريح. مع انه لا ظهور فيه اصلا.

و اما الاستدلال بعموم الايه على تحريم اخذ العوض عن الطلاق الا فى الخلع، (كما صدر من بعض افاضل العصر و من تقدم عليه) فظنى انه لا يتم بيان ذلك. [ف-] ان هنا دقيقه لم يسبقنى اليها احد فيما اعلم. و هى ان اغلب استعمالات كلمه «الاحذ» مبنيه على التناول الابتداء [ا]ئى الناشى [من] سبب دواعيه من الاحذ، كالغاصب و اهل السؤال و اهل الشرع فى اخذ حقوق الله، او على سبيل الغلبه و التسلط؛ مثل «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صِدَقَةً» (١)، و مثل قوله تعالى: «وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَبَدَّلَ زَوْجَ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا- وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ» (٢). و الماخوذ فى المعاملات على وجه التراضى و طيب النفس، لا يسمى اخذاً بهذا المعنى. و لذلك يقال للاسير «الاحيد». و كذلك للمرئيه. و مما يناسب هذا الاستعمال [قوله تعالى]: «خُذُوهُ فَغُلُّوه» (٣) و «أَخِذُوا وَ قَتَلُوا تَقْتِيلًا» (٤) و «و لا تاخذه فى الله لومه لائم» و «لا تَأْخُذْهُ سِنَةٌ وَ لَا نَوْمٌ» (٥) اذ لو لم تعتبر الغلبه فى مفهوم الاحذ لكان المناسب تقديم النوم على السنه. لان الترقى

ص: ٣٣٠

١- الايه ١٠٣ التوبه.

٢- الايه ٢٠ و ٢١ النساء.

٣- الايه ٣٠ الحاقه.

٤- الايه ٦١ الأحزاب.

٥- الايه ٢٥٥ البقره.

فى بيان عموم الغفله انما يحصل بذلك. و قوله (عليه السلام) «على اليد ما اخذت حتى تؤدى»؛ [فيه] سرّ غريب. اذ فيه اشاره الى ان المراد ما اخذه مما لا يستحقه فى نفس الامر و ان لم يكن عاديه فى ظاهر الحال فى ضمن المعامله الصحيحه ظاهراً.

و لو كان المراد [من] الاخذ فى الايه التى نحن فيها، مطلق التناول و التعاطى، لما جاز اخذ المهر من الزوجه لو وهبته، او اباخته (١) لزوجه. و قد قال الله تعالى: «فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا» (٢). و لا ريب ان كلامنا فيما لو طلقها بعوض المهر لطيب انفسهما بدون كراهه من المرثه لزوجهها، بل لغرض اخر اشرنا اليه سابقاً، سيما لو كان العوض من مال الولي، كما اشرنا سابقاً. فانه يصدق عليه انه طلاق بعوض، و يصح الاحتراز عنه فى تعريف الخلع.

و الحاصل: ان الظاهر من الايه هو الاخذ الابتدائى من دون طيبه لنفس الزوجه. و ما تبذله فى عوض الطلاق لاجل تخليص نفسها ليس بذلاً من طيب النفس، بل دعاها اليه الجاؤها من جهه كراهتها له و خوف الوقوع فى المعصيه و اهلاك نفسها من الغصه و الحقد و اهلاك زوجها اياها خوفاً من اهلاكها اياه. فغرض المحقق الاردبيلى (ره) ان الايه صريحه فى عدم جواز اخذ المهر و غير المهر من غير طيبه نفس الزوجه الا فى الخلع. لا ما انه لا يجوز الاخذ بوجه من الوجوه الا فى الخلع.

و اعجب من ذلك العجب، ما ذكره بعض اخر حيث نسب اليه (ره) ذلك بملاحظه قوله «ثم ان تقييد جواز الاخذ لحصول خوف عدم اقامه الحدود» و سكت عن قوله «من الجانبين.. الخ». اذ من الواضح الجلى ان مراده ان الايه ظاهره فى المباراه، لا الخلع. و اين

ص: ٣٣١

١- عبارته النسخه: لو وهبه و اباحه لزوجه.

٢- الايه ٤ السوره النساء.

هذا مما رأيه (١).

و الحاصل: ان النهى عن الاخذ فى الايه لا- ينصرف الى حرمه الاخذ اذا وقع على وجه معامله صحيحه مبتنيه على التراضى. فالنهي فى هذه الايه من قبيل النهى فى الايه الاخرى اعنى قوله تعالى: «وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ» (٢) ناشياً من عدم استيفاء تمام الاستمتاع، فان ارادوا الرجوع الى بعضه لتقاص الحق ردّ الله تعالى توهّمهم و ابطله بقوله: «وَ كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ» (٣) و اتلّفتم البضع بالافضاء.

و اما التقصير من جانبهنّ: فلذلك (٤) يمكن ان يكون تجويز الاخذ من المختلعه لاجل اقدامها (٥) بنفسها فى اتلاف المدّه و الميل الى المفارقة، و لا تقصير للزوج فى حقهنّ. و لذلك جوّز الاخذ منهنّ و ان لم يكن بطيبه نفسهنّ.

و لا- يذهب عليك: ان مرادنا هنا من طيبه النفس، هو الشهوه و الموافقه للطبع، و الآ فلا يصح اجبارها عليه و يكفى فى ذلك ارادتها و ان كان بذل المهر منافراً لطبعها. و الفرق بين الشهوه و الاراده و النفره و الكراهه، واضح.

فان قلت: نعم لا يدل الايه على حرمه ما اخذ من باب الطلاق بعوض، فى غير الخلع و المباراه. و لكن الصّححه تحتاج الى دليل و الاصل عدم الصّححه.

قلت: قد اشرنا الى بيان وجه الصّححه و سنشير بعد ذلك ايضا.

ص: ٣٣٢

١- و لعلّه: ممّا رأه.

٢- الايه ٢٠ النساء.

٣- الايه ٢١ النساء.

٤- و فى النسخه: فكذلك.

٥- عبارته النسخه: اقدامنا بنفسه فى اتلاف المده و ..

بقى الكلام فى: انّ [على] ما ذكرته انما يصح الطلاق بعوض، المبتنى على طيبه النفس. فما تقول فيما لو حصل كراهه و لم تبلغ حد الكراهه المعتبره فى الخلع، او لم يعلم حقيقه الحال.

و يندفع ذلك بعدم القول بالفصل. اذ هؤلاء المنكرون لوجود الطلاق بعوض فى غير الخلعين، لا يخصون الكلام بفرد خاص. بل ينكرونه مطلقاً. و لو فرض شمول الايه، فهو معارض بشمول ادلّه ساير العقود عموماً و خصوصاً، لما نحن فيه. و النسبه بينهما عموم من وجه، فما وجه ترجيح ظاهر الايه؟

و من عجيب ما وقع هنا، ما اتفق لصاحب الكفايه من الاضطراب و التساقت، حيث وافق الشيهد الثانى (ره) فى بعض المواضع و [خالفه] فى شرح النافع فى بعض اخر. و لعله كان فى بعض العنوانات الذى لم يوجد فى شرح النافع، كان نظره الى المسالك و اختار مختاره. و فيما وجد من العنوان فى شرح النافع تابعه غفله عما اختاره اولاً. و قد وجه بالتبع انه (ره) غالباً يوافق مختار صاحب المدارك و المحقق الاردبيلى (ره) و ان انفردا عن الاصحاب. و نحن نذكر مواضع كلماتهم المختلفه:

فقال (١) فى اول كتاب الخلع و المبارات الشرعيان: «يفترقان فى امور و يشتركان فى كونهما (٢) فرقه حاصله بعوض. و الفرقه الحاصله بعوض، قد يكون بلفظ الخلع و المباراه فيلحقها احكامهما. و قد يكون بلفظ الطلاق فيلحقها احكامه» (٣).

و الظاهر ان المراد باحكام الخلع و المباراه، انه متى تحققا فلا ينفك بالذات عن البيئونه،

ص: ٣٣٣

١- اى: قال صاحب الكفايه... .

٢- و فى النسخه: كونها.

٣- كفايه الاحكام، ج ٢ ص ٣٧٨.

بخلاف الطلاق فإنه ينقسم بالذات الى البائن وغيره. ويشترطان بالذات والمهيه بالفديه، مع اختلافهما في تعيين المقدار في المبررات و الخلع. بخلاف الطلاق. ويشترط فيهما(1) الكراهه من الزوجه او الزوجين، بخلاف الطلاق. فان الخلع مما وقع الخلاف في كونه طلاقا او فسخا، بخلاف الطلاق. و ان الطلاق مما يعدّ في الطلقات الثلاث اتفاقا، بخلاف الخلع فاختلف في اشتراطه باقتران الطلاق، بخلاف المباره(2) فاتفقوا على اشتراطه باقترانه بالطلاق. الى غير ذلك من الاحكام.

هذا اذا [1]ارجعنا ضمير «احكامه» الى الطلاق، لكنه اجنبى بالمقام. و اما اذا ارجعناه الى «الطلاق بعوض»- كما هو مناسب بالمقام- فلانزم كلامه(ره) ايضا اختلافهما في الاحكام. نعم يشكل في الحكم الاول اذا قلنا بان الطلاق بعوض، ايضا يفيد البيئونه؛ بمعنى عدم صحه الرجوع مع حرمة. كما يظهر من الشهيد الثانى(ره). و اما على ما سلمناه من صحه الرجوع و ان حرم، فيختلفان ايضا. و بالجمله: كلامه كالصريح في مخالفه الطلاق بعوض و مغايرته في الاحكام مع الخلعين، و ليس المغايره بمحض اللفظ.

و اما ما يقال: انه اراد ب- «احكامه» ما يعتبر في صيغه الطلاق، و غير ذلك مما ذكر(3) في محلّه، فهو غير صريح في عدم ثبوت بعض احكام الخلع و المباره فيه. كعدم حليّه الفديه الاّ مع الكراهه.

اقول: ما ذكر في كيفية الطلاق، فهو في احكام الطلاق من حيث هو طلاق بعوض. و الكلام في الصيغه هو مثل انه لا يصح بغير لفظ «طالق» من ساير الكنايات. و نظير هذا

ص: ٣٣٤

١- و في النسخه: فيه.

٢- عباره النسخه: و بخلاف المباره... .

٣- و في النسخه: ذكره.

الحكم ايضا مذکور في الخلع. فكما ذكروا انه لا يجزى في الطلاق مثل «اعتدى» و «حبلک علی غاربک»، فقد ذكروا انه في الخلع لا- يجزى مثل «فاسختک» و «أبتک» فلم يحصل المغايره بذلك. و ايضا ظاهر قوله «فيلحقها احكامهما» و «فيلحقها احكامه»<sup>(1)</sup>، المغايره في الاحكام و المحتاج في التصريح [على] مايتفقان فيه. و الحاصل ان مراده (ره) هنا، هو ما ذكره في المسالك.

ثم قال بعد ذلك: «و الظاهر انه يقع الخلع بقوله: انت طالق على كذا. كما صرح به جماعه الاصحاب». و هذا الكلام ككلام غيره من الاصحاب، مشعر بمغايره الطلاق بعوض، للخلع. فانهم ذكروا انه يجزى عنه، لا انه هو. و كانه متردد في كونه خلعا، فيحتمل كونه باطلاً، و ان جامع شرائط الخلع.

ثم قال: و اذا وقع الطلاق مع الفديه، سواء كان بمجرد لفظ الخلع او اتبع بالطلاق، ام كان بلفظ الطلاق، فانه يقع باثنا، للنصوص، قال الشهيد الثاني: «و اعلم: انه مع اشتراك الخلع و الطلاق بعوض، في هذا الحكم، يفترقان بان الخلع يختص بحاله كراهه الزوجه له خاصه. كما انفردت المباراه بكون الكراهه منهما و اشتراط كون العوض بقدر ما وصل اليها منه. بخلاف الطلاق بعوض، فانه لا- يشترط فيه شئ من ذلك فكان التعبير به مع افادته المقصود من الخلع اولى. خصوصا مع اشتباه حالهما في الكراهه او اختلافهما فيها. و هو متجه». انتهى كلامه (ره). و هو صريح في موافقته للشهيد الثاني (ره).

و اعلم: ان في قوله (ره): «لنصوص»، مسامحه، و تبع في ذلك للشهيد الثاني (ره) و جمع الشاهد الثاني بين الاستدلال بالنصوص و بين قوله «و وجهه وراء النص انه معاوضه الى اخر» فمراده من الاستدلال بالنصوص انما هو للخلع، و اكتفى في الطلاق بعوض، مما

ص: ٣٣٥

١- عبارہ النسخہ: قوله ملحق بها حکمها و يلحق به حکمه.. .



ذكره أخيراً من التمسك بعموم «أوفوا بالعقود» وغيره. و مثله في كلامهم كثير. و يمكن ان يكون مراده في الكفايه، التغليب، فاراد بالنصوص، اعم من النص الصريح و ظواهر العمومات. و لو نزلناه على ان مراده موافقه للسيد محمد(ره) من اختصاص الطلاق بعوض بالخلع، فيزيد الاضطراب في كلامه، سيما مع اتصال هذا الكلام بما نقله عن المسالك بعده و استوجهه.

ثم قال بعد ذلك: «لو خالعهما و الاخلاق ملتئمه، لم يصح و لم يملك الفديه، لا اعرف فيه خلافا. و لو طلقها حينئذ بعوض، فالمشهور انه لا يملك العوض. و يدل عليه عموم الايه و الاخبار. [و] في الروضه و المسالك ان الطلاق بالعوض لا يعتبر فيه كراهه الزوجه، بخلاف الخلع. و هو غير جيّد. و ذكر بعض العلماء انه لا يعرف له موافق. و هل يقع الطلاق رجعيّاً على هذا التقدير؟ قال الفاضلان نعم. و فيه اشكال لان الطلاق الرجعي غير مقصود و لا مدلول عليه باللفظ. و استجود بعض المتأخرين وقوع الطلاق باطلاً من اجله. و هو غير بعيد». انتهى كلامه(ره). و هذا صريح في متابعه السيد محمد(ره). و الظاهر ان مراده من بعض العلماء، هو. و كذلك من بعض المتأخرين.

ثم قال في المباراه، انه طلاق بعوض يترتب على كراهه كل من الزوجين صاحبه. الى ان قال: و لو اقتصر على قوله انت طالق بكذا، صح و كان مباراه. كما صرح به جماعه من الاصحاب. اذ هي عباره عن الطلاق بعوض مع منافاه بين الزوجين. اذ الطلاق بعوض ليس ايقاعاً خارجاً عن الخلع و المباراه. بل انما هو خلع او مباراه. فان قصد به الخلع مع اجتماع شروطه، وقع خلعاً. و كذا لو قصد المباراه مع اجتماع شروطها. و ان اطلق وقع البينونه و يجوز انصرافه الى كل منهما عند(1) اجتماع شرائطها. و لو جمع شر[و]ط احدهما انصرف اليه. و ان انتفت شروط كل منهما؛ فان قصد به احدهما، فالظاهر انه يقع باطلاً. و ان لم يقصد به

ص: ٣٣٦

احدهما، فاستوجه في المسالك صحته لعموم الأدلة على جواز الطلاق مطلقاً، وعدم وجود ما ينافي ذلك في خصوص البائن. و  
استشكله بعض المتأخرين بأنّ الاستفادة من الأدلة الشرعية انحصار الابانه بالعوض في الخلع و المباراه و انما جوّزنا الطلاق  
بالعوض لصدق احدهما عليه، و لو لا ذلك لأمتنع الحكم بصحته. لانتفاء الدليل عليه رأساً. انتهى كلامه (ره). فهيهنا ايضاً وافق  
السيد محمد (ره) مع نوع تردد. و قد ذكرنا ما عندنا من تحقيق المقام في هذا المرام. حيث ذكرنا غفله الشهيد الثاني (ره). فلا  
[نعيده] (١).

هذا غايه ما بلغه النظر القاصر في جميع اقوال العلماء القائلين بمغايره الطلاق بعوض، مع الخلعين. و ذكر الأدله على هذا المقصد  
المهم، الغير المنقح في كلام اكثرهم.

و اما القائلون بالاتحاد: فقد عرفت ان اول من اقدم في هذا المضمار، هو الفاضل السيد محمد (ره) في شرح النافع. و قال: انه لا  
يتحقق الطلاق بعوض، الاّ مع كراهه الزوجه او الزوجين. و ان القول بتحقيقه بدونها من متفردات جده (ره) (٢).  
و قد نقلنا كلماته و ما فيها من الغفله.

ثم بعده الفاضل الاصفهاني في شرح القواعد. حيث انه بعد ما ذكر عبارته العلامه في القواعد «و يقع بلفظ الطلاق و يكون باثنا  
مع ذكر الفديه و ان تجرد عن لفظ الخلع»، قال في جمله شرحها: فليس هذا نوعاً من الطلاق و مغايراً للخلع لا- يشترط فيه  
الكراهه، كما قيل. فان النصوص من الكتاب و السنه صريحه في النهي عن اخذ الفديه الاّ ان يخافا ان لا يقيما حدود الله (٣).

ص: ٣٣٧

١- و في النسخه: فلا يفيد.

٢- اي الشهيد الثاني، و السيد ابن بنته.

٣- كشف اللثام، ج ٨ ص ٢٠٠ ط جامعه المدرسين.

اقول: و لعله عرض بذلك الى الشهيد الثاني (ره)، و قد نقلنا كلماته. فان اراد في صوره قصد الطلاق (١) بعوض، الخلع، فهو مسلّم. و اما لو لم يقصده، ففيه منع ظاهر. كما عرفت و ستعرف.

قوله: «فان النصوص من الكتاب و السنه.. الخ»، فيه: ان غايه ما يستفاد من الكتاب و السنه انه اذا كانت المرثه كارهه للزوج بحيث يجب تخليص نفسها من يده و تفتدى نفسها بشيء، كأنها مأسوره تخاف القتل فتفتدى نفسها بشيء. فجواز الاخذ حينئذ على سبيل الاقتداء (٢) لتخليص نفسها، موقوف على ثبوت الخوف من الأ- يقيما حدود الله. و الحاصل ان جواز الاخذ منها من باب تخليصها من الشده، انما يكون في صوره الخوف من عدم اقامه الحدود، لا انه لا يجوز مطلق المعاوضه. فقد يكون المرثه مُحببه لزوجها، بل يصعب عليها مفارقتها، لكن الزوج يريد ان يسافرها الى بلاد الغربه و يصعب على الزوج ايضا مفارقتها، لكن بسبب صعوبه الغربه عليها، او صعوبه مفارقتها عن (٣) ابويها، ترضى بان تبذل مهرها و يطلّقها في عوضه. فليس في الايات و الاخبار من الدلاله على اشتراط ذلك بخوف عدم اقامه الحدود، عين و لا اثر. و حينئذ يصح هذا الطلاق إما لاندراجه في عموم «اوفوا بالعقود» لانه عهد موثق. او لانه هبه مشروطه بالعوض. او غير ذلك مما مرّ اليه الاشاره.

و هذا الوجه مما يستفاد من كلام المحقق الاردبيلي (ره) و قد نقلنا سابقا. و الظاهر ان نظره الى جعل قوله تعالى «فِيمَا أُفْتِدَتْ بِهِ» (٤) قيّداً لمجموع الايه، يعنى ان المنع من الاخذ منهم في صوره اراده الاقتداء و التخليص عن الشده، لا يجوز الا في صوره الخوف من عدم

ص: ٣٣٨

١- و في النسخه: بالطلاق.

٢- و في النسخه: الاقتداء.

٣- و في النسخه: على.

٤- الايه ٢٢٩ السوره البقره.

اقامه حدود الله. فلا تعرض لحال المنع عن الاخذ في غير صورته الافتداء، ولا (١) منع عنه اذا حصل بسبب معامله مثمرة لذلك.

و يرد عليه (٢) حينئذ المنع عن ذلك، لان الاصل في العام، عدم التخصيص الا فيما ثبت. و المسلم تخصيص العام بصوره الافتداء مع الخوف المذكور و هو الخلع. و يبقى الباقي تحت المنع.

فالاولى التمسك في موضع دلالة الايه، بما بيناه سابقا في تحقيق معنى الاخذ؛ من معلولات (٣) الطلاق المرتبه عليه كما يتوهم من جهه عدم [١] تمام مدّه الاستمتاع و غير ذلك الا في صورته كراهه الزوجه و خوف عدم اقامه حدود الله. فانه يصح الاخذ فيه. بخلاف ما لو لم يكن من معلولاته المتاخره عنها بالذات و بالقصد. كما بذل المرثه شيئاً و هبه لزوجها بطيب نفسها من [دون] كراهتها للزوج، لفرض صحيح، كما مر. فان الطلاق حينئذ من نتائج البذل و معلولاته. فان الاصل في العقد [ان] الايجاب و القبول، من توابعه و مترتباته.

لا يقال: ان الخلع ايضا كذلك. لان المرثه تبذل المهر لان يطلقها، و تفتدى نفسها و تخلصها به.

لأننا نقول: مقصودنا من العله هنا هو الباعث على الفعل، و العله الغايه. و الا فلِمَ تبذل شيئاً لزوجها. و الحاصل ان الكلام في الايه نظير الايه التي قدمناها سابقا من قوله تعالى «وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَ آتَيْتُمْ إِخْدَانًا قُنُطَارًا» (٤) الايه. فحاصل المراد هنا انه لا ياخذ شيئاً بسبب الطلاق من حيث انه طلاق و بعله انه طلاق، الا في الخلع بشرط الكراهه

ص: ٣٣٩

١- و في النسخه: اولاً... .

٢- اى: و يرد على نظر المحقق الاردبيلي (ره).

٣- و في النسخه: معلومات.- و كذا تكرار هذا اللفظ في ما بعد.

٤- الايه ٢٠ النساء.

فحاصل معنى الايه (على ما يظهر فى النظر القاصر) انها فى بيان حكم التطليقات الثلاثه المحتاجه الى المحلل. و ذكر الخلع جمله معترضه (١) وقعت فى البين. قال الله تعالى «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» (٢) يعنى الطلاق الرجعى مرّتان سواء جعلنا الرجعى بمعنى ما من شأنه الرجوع فى العده، او من شأنه جواز امساك الزوجه بعده؛ سواء كان بالرجوع فى العده او بتجديد العقد عليه. و اما الثالثه فبائن، بمعنى عدم جواز الرجوع عليها بشيى من المعنيين. و ان كان بالذات ما من شأنه الرجوع فى عدتها و منعه عن ذلك كونه ثالثه.

ثم قال تعالى «فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» (٣). فالواجب على الزوج بعد التطليقتين إما اخذ الزوجه بالرجوع او بتجديد العقد و امساكها بالمعروف و ابقاء حقوق الزوجيه، او تسريح باحسان اى بقائها على حالها بدون اضرار اليها حتى تنقضى عدتها و تبين عنها. او تطليقها ثالثه (ان راجعها بعد التطليقتين باى من المعنيين) مع الاحسان و عدم الاضرار.

ثم قال تعالى (بعد ما ذكر حكم الخلع فى البين): «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ» (٤) يعنى فان طلقها الزوج الذى طلقها مرّتين، مرّة ثالثه (و اختار التسريح (٥) بمعنى اخذها و تطليقها) فلا يحل له تزويجها بعد ذلك الطلاق الثالث حتى تنكح الزوجه

ص: ٣٤٠

١- و فى النسخه: معترفه.

٢- الايه ٢٢٩ البقره.

٣- الايه ٢٢٩ البقره.

٤- الايه ٢٣٠ البقره.

٥- و فى النسخه: التصريح.

ثم قال تعالى «فَإِنْ طَلَّقَهَا» (١) اى الزوج الثانى المحلل «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ» (٢) يعنى لا اثم على الزوجه و الزوج الاول، ان يتراجعا بان يعقدا عقداً جديداً بينهما (٣). و مفهوم الشرطيه غير معتبر، لمنافاته الادله الشرعيه. او المراد من الظن العلم و الاعتقاد. او لمحض الارشاد و التاكيد فى نفس المعاشره و عدم الخروج عن الطاعه. و يحتمل تعميم الجناح المنفى، للكراهه ايضا فتصيح (٤) الاستثناء. و يحتمل الحمل بالحرمة مع الظن بعدم الوفاء. و هو مشكل. و القول بالفساد اشكل منه. هذا اخر المراد من بيان حكم التطليقات الثلاثه.

و اما المعترضه المذكوره فى اثنايه و هو قوله تعالى: «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» (٥) و قد وقع بين قوله تعالى «أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» (٦) و قوله تعالى «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ» (٧). فوجه مناسبه ذكره، انه فى بيان معنى بعض معانى «التسريح باحسان». بل عمدته معانيه. حيث استفيد من الايه بالتبع، عموم لزوم الاحسان الى الزوجه و عدم الاضرار بها. و ان الامر بالامساك بالمعروف و التسريح

ص: ٣٤١

١- الايه ٢٣٠ البقره.

٢- الايه ٢٣٠ البقره.

٣- و فى النسخه: بنيتها.

٤- و فى النسخه: فتصبح.

٥- الايه ٢٢٩ البقره.

٦- الايه ٢٢٩ البقره.

٧- الايه ٢٣٠ البقره.

بالاحسان، لا اختصاص له بالمطلقه بالتطبيقات الثلاث، و ان سيق الكلام لاجل حكمها(١) خاصه.

و كان مطالبه المهر من المطلقات، منافياً للاحسان و حراما، كما استفيد من ايه اراده استبدال الزوج مكان زوج، فقال تعالى «وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ»(٢) الايه. يعنى لا- يجوز اخذ شئى من مهورهن بعنوان الغلبه و عدم طيبه النفس (لا- فى صوره المعامله الشرعيه على وجه المراضاه و طيب النفس) الا فى صوره مخالفه الزوجين عن اقامه حدود الله، الى اخر الايه. فدل الايه على جواز افتداء امرئه نفسها بشئى حين الكراهه و الخوف المذكور، فيشمل الايه صوره المباراه ايضا. بل دلالتها عليها اظهر.

و الخطاب فى «لكم» و «تأخذوا» و «اتيتموهن» و «خفتم»، للحكام. و يحتمل الأزواج ايضا فى الجمع بارتكاب نوع من الالتفات من خطاب الأزواج الى تثنيه الزوجين بصيغه الغيبه فى قوله تعالى «أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا»(٣). و يحتمل كون الخطاب فى «خفتم» للحكام، فى السابقات للأزواج مع اعتبار الالتفات السابق. و امثال ذلك فى القرآن العزيز، غير عزيز. و من جملتها ايه التطهير حيث افحمت بين احكام الأزواج.

هذا غايه ما ادى اليه النظر القاصر فى الاستدلال على المختار من حليه اخذ العوض فى غير الخلعين ايضا، و تحقق مصداق الطلاق بعوض، غيرهما.

و اما ادله القول الاخر(٤): فامور: الاول: الاصل و الاستصحاب. و هما لا يعارضان

ص: ٣٤٢

١- و فى النسخه: حكمهما.

٢- الايه ٢٢٩ البقره.

٣- الايه ٢٢٩ البقره.

٤- و فى النسخه: الاخير.

الدليل؛ وقد عرفت الدليل. و الثاني: قوله تعالى «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا» (١) الايه. فدلّت الايه على عدم جواز اخذ شئى منهن فى غير الخلع. و قد عرفت الجواب (٢) عن ذلك ايضا. و الثالث: الاجماع المنقول فى كتاب «كشف الحق و نهج الصدق» للعلامة (ره). فانه قال فى مسائل الطلاق و توابعه: «ذهب الاماميه الى انه اذا كانت الاخلاق ملتثمه بين الزوجين و الحال عامره، فبذلت له شيئا على طلاقها، لم يحلّ له اخذه. و خالف ابو حنيفه و مالك و الشافعى، و قد خالفوا قوله تعالى و لا يحلّ لكم ان تأخذوا شيئا. الايه». انتهى.

وجه الدلاله: انه لم يذكر فيه شيئا من مسائل الخلع بخصوصه اصلا. فدلّ على ان الاميامه (٣) مذهبهم عدم جواز اخذ شئى فى مقابل الطلاق فى صورته ثلاثم الاخلاق.

اقول: و لعلّه (ره) اراد من نسبه الحليه الى الثلاثه (٤)، هو حليه العوض فى الخلع و ان كان العقد حراما بدون الكراهه. كما يشعر به عبارته البيضاوى المتقدمه حيث قال «ان ظاهر الايه تدل على ان الخلع لا يجوز من غير كراهيه، و ان الجمهور استكرهوه لكن نفذوه» (٥). و مراده من نسبه عدم حليه الاخذ (حين ثلاثم الاخلاق) الى الاماميه، فى صورته اراده الخلعين من الطلاق. يعنى ان الطلاق بقصد الخلع لا يجوز مع ثلاثم الاخلاق، عند الاماميه. و يشهد بذلك انّا تتبعنا كلام الاماميه، فلم نقف الا على ذلك. فلنذكر جمله من عباراتهم:

ص: ٣٤٣

- ١- الايه ٢٢٩ البقره.
- ٢- و فى النسخه: الجواز.
- ٣- عبارته النسخه: اصل عدل على ان الاماميه.
- ٤- اى المالك، ابو حنيفه و الشافعى.
- ٥- تفسير البيضاوى، ذيل الايه.



فمنها: العبارة المحكيه عن الجامع ليحيى بن سعيد فى الخلع (و النسخه مغلوطة) قال: و ان كان الزوجان- كأنه سقط مثل لفظ متلائمين(١)- و بذلت له على خلعهما، لم يصح الخلع و لم يملك العوض، و يقع طلقه رجعيه ان كان تلفظ بصريح الطلاق. و كذا لو اكرهها على البذل، فان منع(٢) حقها فبذلت له على الخلع، وقع صحيحا و لم يكن منع الحق اكرهاً.

و منها: عباره ابن البرّاج فى المهذب. حيث استدل فى الخلع بآيه «و لا يحلّ لكم أن تأخذوا»(٣). اذ(٤) قسّمه الى محذور، و مباح. و قال: فالمحذور ان يعطل المرثه بغير حق لتفدى نفسها منه. و مثل ان يكون الحال بينهما عامره و الاخلاق ملتئمته، و يتفقا على الخلع، فتبذل له شيئاً على طلاقها. و اما المباح؛ فان يخافا ألا يقيما حدود الله؛ مثل ان تكره المرثه لزوجها ما لخلقتها، او دينه، او ما جرى مجرى ذلك(٥) مما فى بينهما من كراهتها له. فاذا كان فى نفسها شئ من هذه الصفات، خيف ألا يقيما(٦) حدود الله مثل ان تكره الاجابه فيما حق له عليها، فيحلّ لها ان تفدى نفسها. بغير خلاف فى ذلك، لقوله تعالى «فإن خفتُم»(٧) الايه.

و منها: عباره ابن ادريس، حيث قال (بعد ذكر اشتراط الكراهه فى الخلع): فاما اذا كانت الحال بين الزوجين عامره و الاخلاق(٨) ملتئمته و اتفقا على الخلع فبذلت له شيئاً على طلاقها،

ص: ٣٤٤

- ١- و فى النسخه: مثلاً يمين.- و هذا هو السقط فى السقط!
- ٢- و فى النسخه: منعت.
- ٣- الايه ٢٢٩ البقره.
- ٤- و فى النسخه: الى.
- ٥- عباره النسخه: ما لخلقتها او دينه او ماجرى فجرى ذلك.
- ٦- عباره النسخه: من هذه الصفه خافت ألا يقيما..
- ٧- الايه ٢٢٩ البقره.
- ٨- و فى النسخه: و الاخلال.

لم يحل ذلك و كان محظوراً. لاجماع اصحابنا على انه لا يجوز خلعها الا بعد ان يسمع منها ما لا يحل ذكره؛ من قولها لا اغتسل لك من جنبه، و لا اقيم لك حداً، و لادخلت فراشك من تكرهه، او يعلم ذلك منها فعلا. و هذا مفقود ههنا. فيجب ان لا يجوز الخلع. و ايضا قوله تعالى «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ» (١) الايه. و هذا نص، فانه حرم الاخذ منها الا عند الخوف من عدم اقامه الحدود.

و منها: عباره الشيخ فى الخلاف فى كتاب الخلع، قال: اذا كانت الحال بين الزوجين عامره و الاخلاق ملتتمه و اتفقا على الخلع، فبذلت له شيئا على طلاقها، لم يحل ذلك و كان محظوراً. ثم استدل عليه باجماع الفرقه و بقوله تعالى «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ» (٢) الايه، قال: و هذا نص، فانه حرم الاخذ منها الا عند الخوف من اقامه الحدود. و بقوله تعالى «وَإِنْ خِفْتُمْ» (٣) الايه. قال: فدل على انه ان (٤) ارتفع الخوف، حصل الجناح. انتهى كلامه (ره).

و لا- يذهب عليك ان هنا مجازاً لان يقال: لعل مراد الشيخ و ابن ادريس و من تلفظ بلفظ الخلع فى قولهم «اذا اتفقا على الخلع» نفس بذل شئ عوض الطلاق. و الا فكيف يتفقان على ما لا حقيقه له اصلاً. فهذا يدل على بطلان غير الخلعين، و عدم حليه الاخذ الا من جهتهما.

و يدفعه: انه لا غرابه فى الاتفاق على الباطل سيما مع الجهل باصل المسئله، مثل انا نقول: اذا استاجر زيد بستان عمرو و لثمرته، فلا يصح و لا يحل التصرف فيه. و ان كان يمكن حليته من جهه الصلح او غير ذلك.

ص: ٣٤٥

١- الايه ٢٢٩ البقره.

٢- الايه ٢٢٩ البقره.

٣- الايه ٣٥ النساء.

٤- و فى النسخه: من ارتفع..

و منها: عبارته المحقق و العلامه فى كتبهما(١) و هى كثيره لا- حاجه الى ذكرها. و كلها مذكوره فى صورته اراده الخلع. و بملاحظته جميع ذلك يظهر ان مراد العلامه فى «كشف الحق» ايضا هو ما ذكره الجماعه. فاين اجماع الاماميه على عدم حليه اخذ العوض من غير جهه الخلعين-؟ اليس هؤلاء عمدت اساطين الاماميه؟ و لم نقف على مصرح بالحرمة فى غير الخلعين بدون الكراهه بمعنى عدم الصحه و عدم الحليه اذا سبق الصيغه فى قالب الخلعين.

الرابع(٢): ان عبارات الاصحاب من المتقدمين و المتأخرين، فى مقام ذكر اقسام الطلاق، خاليه عن ذكر الطلاق بعوض، غير الخلعين. فانهم قسموه الى الرجعى و اقسام البائن. و عدوا من جمله البائن و المبارات ما لم ترجع فى البذل. و لم يذكر(٣) احد منهم الطلاق بعوض. فهذا اجماع منهم بانه لا اصل له.

اقول: و هو كذلك. و لكنه عدم ذكره من جمله اقسام الطلاق، لا يدل على عدم جواز جعل الطلاق عوضا فى شئ من العقود. كما مرت اليه الاشاره. و نحن نذكر اوضح تلك العبارات فى مراد المستدل بهذه الطريقه، و نجيب عنها، و هو عبارته ابن ادريس، قال فى السرائر: «الطلاق على ضربين: رجعى و بائن. فالبائن على ضربين اربعة؛ طلاق غير المدخول بها، و طلاق من لم يبلغ المحيض، و [طلاق] من جاوزت خمسين سنه مع تغير عاداتها، و كل طلاق فى مقابله بذل و عوض من المرثه و هو المسمى بالخلع و المباراه». ثم قال: «و اما الرجعى؛ فهو ان يطلق المدخول بها واحده و يدعها تعتد. و يجب عليه السكنى

ص: ٣٤٦

١- و فى النسخه: كتبها.

٢- اى الرابع من ادله القول الاخر.

٣- و فى النسخه: و لم يذكرها.

لها و النفقه و الكسوه. و لا يحرم عليه النظر اليها و وطئها. و يحرم العقد على اختها و على خامسه». الى اخر ما ذكره(١).

اقول: و يرد عليه ان مراد ابن ادريس ان من جمله اقسام البائن، هو كل طلاق فى مقابلته عوض فى حد ذاته و مهيته. و نحن نسلّم ان ذلك منحصر فى الخلع و المباراه. و اما ما كان العوض بجعل الجاعل، فليس قسما برأسه من اقسام الطلاق، و هو يشمل جميع اقسام الطلاق. فان مرادنا [انه] يمكن ان يجعل كل واحد من اقسام الطلاق (التي تنوّعت بسبب اختلاف الفصول) فى مقابل العوض، حتى الخلع و المباراه. و ثمرته صحه البذل و جواز اخذ العوض بسبب هذا العقد. و لا حاجه فى ذلك الى التزام البيئونه به، و ان كان يمكننا اثبات ذلك ايضا حتى فى الطلاق الرجعى. كما بيّناه.

و ثمره ذلك فى الخلع و ان كانت خفيّه- لجواز زياده العوض فى مهيته الى اى قدر تراضيا عليه- و لكنها يظهر فى المباراه فى غايه الوضوح. لانه لا- يجوز فيها اخذ ما زاد عن المهر، فلا عقد بينهما على ان يباريها بعوض ليزيد فى العوض؛ فتقول المرثه «بذلت لك الفاً على ان تبارينى و تطلقنى طلاق المباراه» و المفروض كون مهرها مائة. ففائده هذا العقد تملك الالف. و صيروره هذا الطلاق بائناً يحصل من اصل المباراه. و تملك الالف انما يحصل بالطلاق بعوض.

و الحاصل: ان ذكر اقوال العلماء فى هذا المضممار [و] التمسك(٢) بانهم لم يذكروا فى طى ذكر اقسام الطلاق [الطلاق] بعوض، لا جدوى فيه اصلا. و نحن(٣) لا نقول بانه قسم على حده

ص: ٣٤٧

١- السرائر، ج ٢ ص ٦٦٧ ط جامعه المدرسين.

٢- عباره النسخه: فى هذا المضممار و لا التمسك... .

٣- و فى النسخه: او نحن.

من اقسام الطلاق، بل هو عقد مستقل وقع على الطلاق، او قسم من اقسام العقود المتداوله؛ مثل الصلح و الهبه و غير ذلك. فليُتدبر.

و مثل عباره ابن ادريس فى الظهور فى مراد المستدل (بل اظهر منه) عباره الشيخ احمد بن متوج البحرانى تلميذ فخرالمحققين (ره)؛ فقد نقل عنه انه قال فى كتاب آيات الاحكام: «و اما الطلاق بفديه، فهو ان تقول الزوجه للزوج «طَلَّقْنِي عَلَى كَذَا». فيقول هو على الفور «فلانه على كذا طالق». و هذا ان وقع فى حال الكراهه منهما فلفظه لفظ طلاق الفديه، و معناه المباراه. فلا يحل له ان يتجاوز فى الفديه قدر ما وصل اليها». انتهى.

فان هذا ظاهر فى انحصار الطلاق بعوض فى الخلعين.

اقول: و لعله اراد الطلاق بفديه المذكور فى القرآن، و لا- ريب انه ينحصر فيهما. او انه ايضا اراد منه ما كان الفديه داخله فى مهيتها. كما ذكرناه فى طى ذكر عباره ابن ادريس.

و كذلك ما نقل عن كتاب «الحاوى» للشيخ منتجب الدين؛ حيث قال: اعلم: ان المدار فى جواز الفراق بالفديه، على كراهه الزوجه منفرداً او مجامعه. فان انفردت بها، جازت الزيادة على المهر، و صح على قول تجرد صيغه الخلع عن الطلاق، و سُمى خلعاً و ان لم يتلفظ به. و ان كانت من الزوجين، لم يجز الزيادة و تعينت صيغه المباراه و سُميت مباراهً و ان لم يتلفظ بها. فلو طلق بزايده على المهر، وقعت السبنونه و لم تلزم الزيادة. فان انفرد بها الزوج، او كانت الاخلاق ملتثمه، حرمت الفديه و كان الطلاق رجعيًا.

اقول: الظاهر ان مراده من الفراق بالفديه، الذى يكون الفديه لازمه لمهيتها، و هو منحصر فيهما.

الخامس: ان الطلاق من الامور التوفيقية التى لا يُهتدى اليها بالعقل و العرف و العاده، و قد شرعه المشارع و جعل له صيغه خاصه و شرائط مخصوصه و اقساماً محصوره، فجعل منها رجعيًا و بائناً، و من البائن ما كان بعوض مع شرط الكراهه منفرداً للزوجه، او مجامعه

مع كراهه الزوج. و جعل لكل منها احكاما و فروعا و توابع المذكوره فى محالها، لا يهتدى اليها [الآ] بالتوقف. فلا سبيل الى زياده قسم اخر من جهه العقل او العرف، و لا- من جهه ما ورد فى الطلاق بعوض، لانحصاره فى الخلعين. و لا- من جهه ما ورد فى مطلق الطلاق بعدم اعتبار العوض فيه، و لا- التراضى به. و لا- من جهه ما ورد فى ساير العقود و الايقاعات. لانه ليس فيها ما يقتضى معرفه احكام الطلاق.

اقول: و نحن لا ننكر كون الطلاق من التوقيفيات، و لا انقسامه المعهوده، و لا اشتراطه بالشرائط المحضوه. بل نقول ان هذا(1) الطلاق بعينه هو فرد من الطلاق، واحد من الاقسام المعهوده. [و] عدم اعتبار العوض(2) فى مهيه الطلاق، لا ينافى اعتبار العوض فى بعض افراده. كما ان اعتبار العوض بالهبه المشروطه بالعوض، لا- ينافى كونها هبه. فاذا وهبت(3) الزوجه شيئا لزوجها و شرطت عليه تطبيقها بعوضه، فان كانت غير مدخوله (مثلاً) فهذا بعينه احد اقسام الطلاق البائن المعهوده، لانه قسم اخر. و هكذا لو كانت مدخوله و ذات(4) الاقراء و لها غرض صحيح فى التطبيق (و ان لم يحصل البينونه معه و جاز له الرجوع) فهذا فرد من الرجعى. و هكذا مما اشرنا اليه سابقا.

فلو استاجر زيد دار عمرو بالف فى مده عشرين سنه و شرط عليه ان يبيعه فرسه بمأه نقداً، فلا ريب فى صحه هذا الشرط و صحه البيع. و ليس لاحد ان يقول بان اقسام البيع فى الفقه محصوره مثل بيع النقد و النسيئه و السلف و المساومه و المرابحه و المواضعه و التوليه

ص: ٣٤٩

١- و فى النسخه: هذه.

٢- عباره النسخه: واحد من الاقسام المعهوده بعدم اعتبار العوض... .

٣- و فى النسخه: وهبه.

٤- و فى النسخه: ذوات.

و لم يُذكر من جملتها البيع المشروط في ضمن عقد الاجاره. فان هذا بيع من جمله بيع النقد، و لا ضروره الى عدّه قسما على حده.

و هكذا اعتبار التراضى هنا، ليس من جهه انه طلاق حتى ينافى عدم اعتبار التراضى فيه مطلقا من جهه انه تراض بجعله عوضا عما بذلته مثلا.

و اما ما ذكر انه لا- سبيل اليه من جهه ساير العقود؛ فقد عرفت الوجه في افاده العقد السبيل الى ذلك مفصلا؛ اما من جهه العمومات العامه؛ كقوله تعالى «او فوا بالعقود». او العمومات الخاصه؛ كالهبه و الصلح. او غيرهما. و لبّ الكلام في حد المقام، ان الخلع هو «فكّ النكاح عن الزوجه الكارهه لزوجها منفرده الى حد يخاف معه ترك حد من حدود الله، بفديه» فكانها اسير تفتدى نفسها بشيئ لتخليص نفسها. و لا ريب في وقوعه بلفظ «خلعتها» و «خالعتها على كذا». مع اختلاف في اشتراط (1) تعقيبه بقوله «فهى طالق» و عدمه.

ثم: ان المشهور- بل ادعى عليه الاجماع- انه لو قال في هذا المقام (مع الكراهه المذكوره) موقع لفظ الخلع، «انت طالق على كذا» و قبلت المرثه، او سئلت هي الخلع على فداء خاص فاجابها ب- «انت طالق على كذا»، بان يستعير اللفظ الدال على جعل الطلاق في عوض شيئ. يفيد فائده الخلع و يكتفى به عنه.

ثم اختلفوا في ان ذلك المفهوم الذى يدلّ عليه لفظ «انت طالق على كذا» اعنى الطلاق بعوض، الذى استعير اللفظ الدال عليه للخلع، هل هو كلى لا- مصداق له كشرىك البارى، و انما وضع اللفظ لذلك المفهوم و استعمل في غير ما وضع له، بناءً على عدم استلزام المجاز الحقيقه. او له حقيقه و لها احكام؟-؟ مقتضى كلام الفاضل السيد محمد(ره) و صريح جده،

ص: ٣٥٠

١- و في النسخه: اشتراطه.

الاول(1). بل هو المشهور عند الاصحاب كما عرفت. و هو اقوى عندى آلان [و] ما [دمت](2) موافقا للسيد المذكور منذ اربعين سنه تخميناً.

و الاشكال انما هو فى ان [ال-] طلاق [ب-] لفظ «انت طالق على كذا» مع عدم كراهه الزوجه على النهج المذكور، هل يقع صحيحاً و يحلّل اخذ العوض ام لا؟-؟ و هل يفيد بينونه كالخلع ام لا؟-؟ لا فى ان هذا اللفظ مع اجتماع شرائط الخلع اذا أُطلق لافاده الخلع، هل يكفى ام لا؟-؟ فان الظاهر انه لا خلاف فيه (من غير من يقول بانه فسخ اذ جرد عن الطلاق). و ان كان يمكن القدر فيه لولا الشهرة و نقل الاجماع فى كلامهم.

و قد عرفت ان المختار فى موضع الاشكال، هو الصحه. بل و حصول بينونه. على وجه تقدم اليه الاشاره. بل نقول انه فرد من افراد مطلق الطلاق. و لا يلزم جعله مفهوماً ثانياً و حقيقه مغايره له. و عدم اخذ العوض فى مفهوم الطلاق، لا ينافى جواز اشتراط معه. كما فى الهبه بشرط العوض. فلا- يكون الطلاق بعوض، مفهوماً مغايراً لاصل الطلاق. فلزومه و حصول بينونه الذى هو معنى اللزوم، اما لاجل كونه من العقود الموثقه الداخله فى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(3) و ان لم نجعله(4) من العقود المصطلحه. او من عقود المعاوضات بين العباد المستفاد لزومها من عموم الايه ايضا. كما مرّ.

و اما من جهه انه عوض بذل الزوجه، فيكون عوضاً فى الهبه. فيندرج مع ما مرّ فى الهبه المعوضه ايضا. او من جهه انه جعل وجه المصالحه لصلح وقع بينهما على ذلك، اذ هو مما(5)

ص: ٣٥١

١- اى: هو كلى لا مصداق له.

٢- و فى نسخه: ما كنت ..

٣- الايه ١ المائده.

٤- و فى نسخه: يجعله.

٥- و فى نسخه: فيما.



يجوز اخذ العوض عنه، فيجوز الصلح عليه. كما قرّر في محله. فيندرج مع ما مرّ تحت الصلح ايضاً. او انه(١) اشتراط في ضمن عقد لازم [فصار] لازماً(٢). فدخل مع ما مرّ تحت قولهم (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم». مضافاً الى صدق الشرط بمعنى الالتزام و الالتزام عليه ايضاً مع قطع النظر عن كونه في ضمن عقد لازم. فانا لم نقف الى الان، على من منع جعل الطلاق عوضاً في الهبه المعوضه. بل هو داخل في اطلاق الثواب المذكور في النص الصحيح. و لا على من منع جعله وجه المصالحة. بل هو داخل في تلك العمومات. فانا قد رأيناهم يستدلون في لزوم الصدقه بانها هبه معوضه، لان المقصود منها الاجر في الاخره، بل هو اعظم افراده (و ان كان لي فيه كلام). فكيف لا يصح جعل الطلاق عوضاً.

هذا اخر ما اردنا(٣) ايراده في هذه الامور. و نسئل الله العفو عن التقصير في الاجتهاد و ارشاد سبيل الاستقامه و السداد، انه كريم جواد. و الصلوه على محمد و آله الهادي الى الرشاد.

و قد فرغ عنه مؤلفه الفقير الى الله الغني الدائم، ابن الحسن الجيلاني، ابوالقاسم نزيب دارالايماں قم صانها الله عن التصادم و التلاطم. في اواخر شهر الله الاعظم من شهور سنه اثنين و عشرين و مأتين بعد الالف، حامداً مصلياً مسلماً. و الحمد لله رب العالمين.

### ٣٨- سؤال:

٣٨- سؤال: شخصي زوجه حامله مدخوله خود را در مجلس واحد در حضور عدول مومنين با ساير شروط طلاق، مطلقه نموده. پس رجوع کرد بهمان كيفيت. پس طلاق داد. مجملاً: در طهر واحد و مجلس واحد، سه طلاق داد با تخريل دو رجعت در ما بين آن ها. آيا

ص: ٣٥٢

١- و في النسخه: لانه.

٢- عباره النسخه: في ضمن عقد لازم نسا و لازماً.

٣- و في النسخه: اوردنا.

این طلاق واقع است؟ و آن زن سه طلاقه است یا نه؟-؟

و در صورت وقاع (۱) و احتیاج به محلل، آیا نکاح مراهق، در تحلیل کافی است یا نه؟-؟ و نکاح سفیه [کافی است] یا نه؟-؟

و تعدد مجلس یا وحدت او در این حکم در صورت وحدت طهر، آیا فرقی دارند یا نه؟-؟

و تفریق طلقات بر اطهار با رجوع بدون وقاع، چه صورت دارد؟

بیان فرمائید، که این مسئله ضرور شده و [۱]تفاهق افتاده که طلاق به صورت سابقه داده شده.

و اگر ملاحظه احتیاط کند (۲)، لازم می آید انفاق دائمی بر زوج و عدم تزویج زوجه-؟ و این هر دو مستلزم عسر و حرج است.

### جواب:

جواب: بلی این زن مطلقه به سه طلاق است. و حلال نمی شود بر زوج الا بتحلیل محلل. و مخالفی ظاهراً در مسئله نیست. بغیر ابن عقیل که شرط دانسته است در طلاق دویم وقاع را. هر چند اخبار بسیار دلالت بر مذهب او دارد و لکن مقاومت با ادله و اخبار مشهور، نمی کند. بسبب اعتضاد آن ها بعمومات کتاب و سنت و عمل اصحاب.

و فرقی ما بین وقوع طلاق در مجلس واحد و متعدد، و طهر واحد یا (۳) تفریق طلقات بر اطهار، نیست.

و شرط است در محلل این که عقد کند به عقد دوام، بر وجه صحیح، و دخول در قبل به

ص: ۳۵۳

۱- مرادش «وقوع» است نه وقاع که گاهی به مجامعت جنسی مرد و زن، اطلاق می شود، همان طور که در چند جمله بعدی خواهد آمد. و ممکن است در اصل «وقوع» بوده و در نسخه برداری اشتباه شده.

۲- یعنی نظر به این که تحقق سه طلاق (مثلاً) مسلم نیست، احتیاطاً با او مقاربت نکند در عین حال او را مطلقه نداند.

۳- و در نسخه: با.

حدی که غیوبت حشفه به عمل آید. و فرقی نیست ما بین این که محلل حرّ باشد یا عبد، و عاقل باشد یا مجنون. لکن در مجنون ملاحظه صحت عقد ولایت و صحت طلاق ولایت را هم بکند.

و اما صغیر؛ پس آن محلل نمی توان [د] شد. و در مراهق (یعنی کسی که به سنّ بالغ نیست و لکن استعداد بلوغ از راه انزال یا انبات، داشته باشد مثل این که ده سال یا بیشتر داشته باشد) در آن خلاف است. و اظهر و اشهر، عدم اکتفاء به آن است. چنان که روایت علی بن فضل الواسطی (۱) دلالت بر آن دارد، و ضعف آن منجبر است به عمل اصحاب، و بعض مویذات دیگر هم دارد. بلی: ظاهر این است که هر گاه عقد از برای مراهق بشود بر وجه صحیح و در حباله او بماند تا بالغ شود و دخول کند و طلاق بگوید، کافی است هر چند نکاح در حال عدم بلوغ بوده.

و از حکم جنون، حکم سفیه به طریق اولی ظاهر می شود. و ثمره در جنون و مراهق غالباً به موت حاصل می شود. هر چند در مجنون طلاق ولی را صحیح می دانیم هر گاه مصلحت او در آن باشد.

و در باب احتیاط (که نوشته اید لازم می آید انفاق دائمی بر زوجه و عدم تزوج زوجه) چرا ممکن نیست که احتیاط بر وجه صحیح-؟ طلاق جامع شرایطی بگوید، و او بعد از عده به دیگری شوهر کند. غایه امر این است که تعلیقی منظور شود در طلاق؛ یعنی چون طلاق نمی باشد مگر بزوجیت دائمه ثابت الزوجیه، پس این در معنی این است که گویا می گوید «ان کانت زوجتی فهی طالق». و ظاهر این است که این هم در این جا مضر نباشد.

### ۳۹- سؤال:

۳۹- سؤال: مطلقه رجعیه؛ هر گاه بدون اذن شوهر، یا با منع شوهر، از خانه بیرون

ص: ۳۵۴

---

۱- الکافی، ط اسلامیة، ج ۶ ص ۷۶ (باب الّتی لا تحلّ لزوجها حتّی تنکح زوجاً غیره).

رود. آیا باعث سقوط نفقه است یا نه؟-؟

**جواب:**

جواب: بلی. مطلقه رجعیه در حکم زوجه هست، و به سبب نشوز نفقه او ساقط می شود. و مادامی که از نشوز رجوع نکرده است مستحق نفقه نیست.

ص: ۳۵۵



۱- سؤال:

۱- سؤال: کفاره افطار ماه رمضان، آزاد کردن بنده است، یا روز گرفتن دو ماه پی در پی، یا اطعام شصت مسکین؟-؟-؟

جواب:

جواب: اظهر و اشهر این است که مکلف مختار است هر یک از این سه تا را که خواهد اختیار کند. و بعضی علما قائل شده اند به ترتیب؛ یعنی هر گاه مقدور باشد اولاً بر آزاد کردن بنده، واجب است. و هر گاه عاجز باشد، روزه دو ماه بگیرد. و هر گاه از آن هم عاجز باشد شصت مسکین را اطعام کند. و این افضل است لکن وجوب ندارد.

و اکثر علما فرق نگذاشته اند در کفاره ما بین آن که افطار به حرام کرده باشد یا به حلال. و جمعی قائل شده اند که هر گاه افطار به حرام کرده باشد (مثل شراب، یا گوشت خوک، یا زنا، یا مال حرام، یا جماع با زن خود در حال حیض، و همچنین منی از خود آوردن به طریق حرام، و امثال این ها) واجب است [هر سه]. و این قول در نزد حقیر اظهر است.

و در خصوص رساندن «غبار حرام به حلق» مثل غبار خاک، اشکال است؛ از جهت

حرمت، و از جهت این که ظاهر حدیثی که در آن وارد شده است، یک کفاره است (۱). و اظهر کفایت یک کفاره است در آن. و اجماع مرکبی در مسئله معلوم نیست.

و اما کفاره افطار روزه نذر معین: پس در آن خلاف است. مشهور این است که کفاره آن مثل کفاره افطار ماه رمضان است. و [بعضی قائل هستند] که کفاره آن کفاره «مخالفت قسم» است و آن آزاد کردن بنده است، یا اطعام ده مسکین، یا جامه پوشانیدن ایشان، و هر گاه از این ها عاجز باشد سه روز روزه بگیرد. و اقوی قول مشهور است. بل که در مطلق مخالفت نذر، کفاره رمضان لازم است خواه در روزه باشد و خواه غیر آن. و هر گاه کسی از کفاره رمضان عاجز باشد، کفاره قسم را به جا آورد. و اقوی آن است که «مخالفت عهد» هم مثل نذر است.

## مسائل الکفارات من المجلد الثانی

### ۲- سؤال:

۲- سؤال: حقیر را ملازمی می بود، و یک سال قبل از این فرار نموده. بعد از تفحص بسیار، در نزد شخصی یافتم و خواستم که او را آورده باشم راضی نمی شد. آخر الامر مضطر مانده ادعا نمودم که مبلغ هشت تومان از تو می خواهم. آن شخص مدعی علیه گفت که در این ادعا که می کنی قسم می خوری؟ حقیر لابتداً قسم یاد نمودم و ملازم خود را گرفتم. بعد

ص: ۳۵۸

---

۱- وسائل، کتاب الصوم، ابواب ما یمسک عنه الصائم، ب ۲۲ ح ۱.

به او گفتم نظر به این که می خواستم تو در نزد من باشی قسم خوردم و تو را آوردم.

باز بعد از چندی فرار نموده. در عقب او رفته در شیراز او را گرفتم. باز بعد از چند مدت فرار نموده. این دفعه دیگر از عقب او نرفتم. و از روزی که قسم خورده ام مبالغی خطیر به حقیر ضرر مالی و جانی رسیده است. و الحال خود را در شرفه جنون می بینم و یافته ام که همه به جهت آن قسم است. استدعا آن که نوعی مقرر فرمائید که تلافی آن قسم باشد و حقیر بری الذمه شده باشم.

### جواب:

جواب: استغفار کن، و به هر کس اذیتی رسانیده [ای] در دعوی و کش واکش، به قدر امکان از او حلیت بطلب و راضی کن. و اگر دسترس نباشد، به خدا تضرع کن که او را راضی کند. و کفاره قسم (هر چند معلوم نیست در چنین جائی هم ثابت باشد لکن) احتیاطاً بدهی (۱) بد نیست. و کفاره قسم این است که یا بنده آزاد کنی، یا ده مسکین را اطعام کنی، یا ده مسکین را جامه پوشانی. هر یک از این ها که کردی خوب است. و اگر از این ها همه عاجز باشی سه روز روزه بگیری. و احوط این است که اگر اطعام را خواهی بدهی، صد درم گندم به سنگ شاه، باشد. و در جامه هم دو جامه باشد.

### ۳- سؤال:

۳- سؤال: هر گاه کسی در ماه مبارک رمضان افطار به حرام کرده. آیا کفاره الجمع واجب است یا کفاره واحده کافی است؟-؟ و بر فرضی که کفاره الجمع واجب باشد و عاجز باشد از عتق رقبه و اطعام مساکین، آیا واجب است در عوض همه، روزه بگیرد یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: اظهر وجوب کفاره الجمع است. و در صورت عجز از عتق و اطعام، دو ماه روزه بگیرد و در عوض آن دو کفاره دیگر استغفار کند. و مشهور علماء این است که استغفار بدل

ص: ۳۵۹



است از جمیع کفارات در وقتی که عاجز شود از آن‌ها، و چیز دیگر لازم نیست.

مگر خلافتی که کرده اند در وجوب هیجده روز روزه (به تفصیلی که ذکر کرده اند) از برای کسی که واجب شده باشد بر او دو ماه روزه و عاجز شده باشد از آن.

و بغیر کفارهظهار که در آن خلاف است که آیا به مجرد استغفار، زوجه حلال می شود یا نه و قول به «عدم بدلیت» قوت دارد. پس زن حلال نمی شود تا کفاره داده نشود. بل که ظاهر می شود از شهید ثانی در مسالک در آخر کتابظهار، این که بدلیت استغفار در غیرظهار متفق علیه اصحاب است. و اخبار متعدده دلالت بر آن دارد که از جمله آن‌ها روایت ابی بصیر است از حضرت صارق علیه السلام: «قَالَ كُلُّ مَنْ عَجَزَ عَنِ الْكُفَّارَةِ الَّتِي تَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ صَوْمٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ صَدَقَةٍ فِي يَمِينٍ أَوْ نَذْرٍ أَوْ قَتْلٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَجِبُ عَلَى صَاحِبِهِ فِيهِ الْكُفَّارَةُ فَلَا اسْتِغْفَارَ لَهُ كُفَّارَةُ مَا خَلَا يَمِينَ الظَّهَارِ» (۱).

بلی: در صحیح عبدالله بن سنان دلالت هست بر این که هرگاه از اطعام مساکین عاجز شود، تصدیق کند به هر قدر که تواند. و لکن آن در «کفاره مخیر» وارد شده و دلالت بر حکم «کفاره الجمع» ندارد. و حدیث این است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ؛ فِي رَجُلٍ أَفْطَرَ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ مُتَعَمِّدًا يَوْمًا وَاحِدًا مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ قَالَ يُعْتَقُ نَسَمَهُ أَوْ يَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ أَوْ يُطْعِمُ سِتِّينَ مِسْكِينًا فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ تَصَدَّقَ بِمَا يُطْعِمُ» (۲). و مع هذا، مخالف است با اخباری دیگر که دلالت بر وجوب روزه گرفتن هیجده روز، می کنند از برای کسی که بر او روزه دو ماه باشد و نتواند گرفت. چنان که مشهور بین العلما است.

ص: ۳۶۰

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۲ ص ۳۶۷

۲- الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۲ ص ۹۶

و به هر حال (۱): در ما نحن فیه، استغفار کافی است. و اشکال در این است که آیا بعد از استغفار هر گاه ممکن شود او را کفاره، آیا واجب است به جا آوردن آن، یا نه؟-؟ در آن علما دو وجه ذکر کرده اند. و دور نیست ترجیح سقوط. زیرا که در مقام بیان اکتفاء فرموده اند [به] استغفار. و ساکت شده اند از این که هر گاه بعد قادر شود به جا آورد. با وجود این که در بسیاری از موارد کفارات، که عصیانا مبطل به عمل آمده، استغفار واجب است بالیقین و محتاج به ذکر آن نیست در این مقام.

و حمل کلام معصوم بر «تاسیس» اولی است از «تاکید». پس منظور بدلیت آن، خواهد بود علی الاطلاق. و از این جهت است که شرط کرده اند نیت را. چنان که تصریح کرده به آن شهید ثانی در شرح لمعه در آخر کتاب کفارات؛ یعنی قصد کند که استغفار را به نیت کفاره می کنم.

و مراد به استغفار در این جا و امثال این، تلفظ است به لفظ «استغفر الله» با قصد توبه. یعنی پیشمانی از کرده خود، و عزم بر عدم عود به آن. و این لفظ به منزله کلمه شهادتین است از برای اسلام که اظهار آن کافی است در ترتب ثمرات به آن، مثل رفع منع از دخول زوجه در ظهار، و عدم الزام حاکم او را به کفاره بعد از تمکن از آن (بنابر قول به سقوط). و اما در میان خود و خدا، لفظ تنهائی کافی نیست. و گفتن یک مرتبه هم کافی است. و لکن در ما نحن فیه، چون کفاره بر او بوده، ظاهر این است که باید دو بار بگوید به نیت هر یک جدا، چون اصل عدم تداخل است.

#### ۴- سؤال:

۴- سؤال: هر گاه شخصی در اثنای ایام متتابعه صوم کفاره، در صبح اکل و شرب بکند

ص: ۳۶۱

۱- این عبارت «به هر حال»، نشان از نوعی نگرانی از نظری است که درباره تعارض حدیث عبدالله بن سنان با حدیث های هیجده روز، می دهد. زیرا هیچ نوع تعارضی در بین نیست، و حدیث عبدالله بن سنان بر عدم توان به آن هیجده روز، نیز ناظر است.

بعد از استخبار و عدم مظنه به صبح بسبب دخول مانع. و بعد از ارتفاع مانع، خلاف منکشف شود. آیا این روزه از قبیل «واجب معین» است بسبب تعین روزه از جهت توالی که صحیح باشد؟ یا از قبیل «واجب موسع» است؟ و در واجب موسع آیا رأی شریف صحت صوم است در صورت مذکوره یا نه؟-؟ و بنابر فساد، آیا این نحو فساد، داخل فساد اضطراری است و توالی به هم نمی خورد، یا فساد به اختیار است؟-؟

### جواب:

جواب: دور نیست که از قبیل واجب معین، باشد. [پس] هر گاه قبل از انقضای یک ماه و یک روز باشد، باز همان روزه را نگاه دارد و افطار نکند. و ظاهر این است که از برای او محسوب است. و بر فرضی که بدون استخبار، با ظن به بقای شب (۱) خورده باشد، آن روز را محسوب نمی دارد و لکن افطار هم نمی کند، چون از باب معین، است. و تتابع هم بر هم نمی خورد.

و اما روزه موسع: خواه واجب و خواه مندوب، پس در صورت وقوع مفطر بعد فجر، باطل می شود. خواه نیت استحباب کرده باشد و خواه نکرده باشد، آن روز را افطار کند. چنان که از صحیح حلی (۲) مستفاد می شود که حضرت امام محمد باقر علیه السلام امر فرمود امام جعفر صادق علیه السلام را به افطار در غیر روزه رمضان. و ظاهر این است که آن روزه معین نبوده است بر آن حضرت. و الا والد برزگوار ایشان امر به افطار نمی فرمودند. والله یعلم.

### ۵- سؤال:

۵- سؤال: هر گاه کسی نماز عشا نکرده بخوابد تا نصف شب بگذرد. بر او روزه آن روز واجب است یا نه؟-؟.

ص: ۳۶۲

---

۱- و در نسخه: با ظن بابقای شب.

۲- وسائل، کتاب الصوم، ابواب ما یمسک عنه الصائم، ب ۴۵ ح ۱.

جواب: عبد الله بن مغیره روایت کرده است: «عَمَّنْ حَدَّثَهُ عَنْ أَبِي عَزِيدٍ اللَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ، فِي رَجُلٍ نَامَ عَنِ الْعَتَمَةِ فَلَمْ يَقُمْ إِلَى انْتِصَافِ اللَّيْلِ قَالَ يُصَيِّ لِيَهَا وَيُصْبِحُ صَائِماً» (۱). و مضمون آن این است که در چنین صورتی واجب است قضای آن نماز و این که آن روز را روزه بگیرد. و جمعی از قدمای اصحاب تصریح به وجوب روزه کرده اند. و ظاهر جمعی [از متأخرین] هم این است. چون به لفظ «امر» ادا کرده اند. و سید مرتضی دعوی اجماع بر آن کرده. و از ابن زهره نیز نقل شده. و اکثر متأخرین به استحباب قائل شده اند، نظر به ارسال روایت و ضعف آن و منع اجماع.

و بر ایشان وارد است که راوی که عبدالله بن مغیره است، از اصحاب اجماع است، و نجاشی و علامه توثیق او کرده اند. و واقفی بودن او ثابت نیست. و ارسال او ضرر ندارد. و قدح در دلالت آن بی وجه است، چون ظاهر جمله خبریه، وجوب است خصوصاً با عطف به «صلوه». و این دو دعوی اجماع هم به منزله دو حدیث صحیح، است. و مخالفت متأخرین مضر به آن نیست. پس اظهر وجوب است. و اطلاق روایت شامل کسی است که عمداً بخوابد، یا فراموش کند و بخوابد.

و اما الحاق آن که عمداً ترک کند تا نصف شب، یا فراموش کند و لکن بیدار باشد؛ پس آن دلیلی ندارد. و همچنین در الحاق سکران هم اشکال است. هر چند از بعضی، قول به الحاق این ها حکایت شده. و توهم «طریق اولی» در بعض آن ها، ضعیف است. و الحاق مغرب هم به عشا، وجهی ندارد.

و بنابر قول به وجوب، هر گاه افطار کند آن روز را عمداً، در ثبوت کفاره بر آن، دو وجه ذکر کرده اند؛ اظهر عدم وجوب است. و اگر به جهت سفر، یا مرض، یا غیر آن افطار

ص: ۳۶۳

کند، اظهر عدم وجوب قضا است. چون قضا به «فرض جدید» است. و بعضی به وجوب آن قائل شده اند. و از بعضی ظاهر می شود منع از سفر بدون ضرورت در آن روز. و این احوط است. و هر گاه در ماه رمضان باشد، تداخل می شود. و همچنین هر گاه واجب دیگر معین، باشد قضائی لازم نیست. و همچنین هر گاه در مثل عیدین باشد، ترک می کند و بر او قضائی نیست.

تمت کتاب الکفارات فی یوم

الخمیس من شهر جماد الاولی

سنه ۱۳۱۰ (۱)

ص: ۳۶۴

---

۱- مرحوم میرزای قمی (ره) در سال ۱۲۳۱ وفات کرده است، تاریخ بالا، تاریخ نسخه برداری است که توسط مسیح بن علی اکبر حسینی سمنانی کتابت شده است.

۱- سؤال:

۱- سؤال: صیغه نذر به زبان ترکی یا فارسی، لازم می شود؟ یا باید به عربی خوانده شود که لازم باشد؟-؟

جواب:

جواب: دور نیست که به زبان فارسی یا ترکی، منعقد شود. لکن ظاهر حدیث این است که نذری نیست مگر این که بگوید «الله علی» و بسیار جرئت عظمی است که در صورتی به لغات دیگر بگوید مخالفت آن کند. خصوصا در وقتی که نتواند به عربی بگوید. زیرا که وکیل کردن در صیغه نذر، معلوم نیست که صورتی داشته باشد. پس لازم می آید که ترک مح، و عجم مح (۱)، غالبا نتواند نذر کند. بلی اشکال در اکتفاء به معنی است؛ یعنی در دل گذرانیدن معنی صیغه نذر. و اظهر در آن جا عدم انعقاد نذر است به محض همان اعتقاد قلبی.

ص: ۳۶۵

---

۱- مح: خالص، ناب- ترک خالص و عجم خالص و ناب.

پس ظاهر حدیث اشتراط تنطق و تلفظ است. و مقتضای (۱) اصل و قاعده هم این است.

## ۲- سؤال:

۲- سؤال: نذر زن بی اذن شوهر، و پسر بی اذن پدر و مادر، و بنده بی اذن مالک، منعقد می شود؟ یا منعقد هست و لازم نیست؟

## جواب:

جواب: اظهر این است که نذر فرزند موقوف به اذن پدر نیست، نه در صحت و نه در لزوم. و اما مادر؛ پس در آن [به] قولی بر نخورده ام به توقف اذن او مطلقاً. و اما بنده؛ پس اظهر این است که صحت نذر [او] موقوف است به اذن مولی. و اما در انعقاد (۲) نذر او؛ پس در نهایت ظهور است که موقوف است. و اما نذر زن؛ پس مشهور میان متأخرین این است که انعقاد نذر او موقوف است به اذن و رضای شوهر. و اظهر هم این است. و مضمون صحیحہ عبد الله بن سنان (۳) این است که: نیست از برای زن امری و اختیاری با وجود شوهر او در عتق، و نه در صدقه، و نه هبه، و نه نذری در مال خود، مگر به اذن شوهرش. مگر در حجی، یا زکوتی، و یا احسان والدین، یا صلہ خویشان. و ظاهر حدیث این است که صحت آن هم موقوف باشد به اذن او.

و ظاهر استثنای حج و زکوه این است که استثنا برگردد به اول کلام، که استثنا منقطع باشد. نه به مجرد نذر، بل که به جهت آن که اداء حج و زکوه واجب، موقوف نیست به اذن شوهر. و حمل آن ها بر حج مستحب و زکوه مستحب که راجح باشد به نذر، بعید است.

و به هر حال؛ هر چند دلالت حدیث بی شبهه و ضعف نیست، لکن به انضمام فتوای مشهور، ظاهراً کافی است. و قولی به فرق هم در نظر نیست که کسی فرق ما بین نذر و غیر

ص: ۳۶۶

---

۱- در نسخه: مقتضی.

۲- توجه: صحت و انعقاد دو مقوله متفاوت هستند.

۳- وسائل، کتاب النذر، ب ۱۵ ح ۱.

آن گذاشته باشد. هر چند از صاحب كفایه ظاهر می شود که اکتفا کرده است در منع، به نذر در مال. و مؤید این است عدم جواز روزه سنت بدون اذن شوهر.

### ۳- سؤال:

۳- سؤال: کسی نذر کند که خدا مریض مرا شفا بدهد، دروغ هرگز نگویم. و صیغه نذر را هم بخواند. و بعد مخالفت نذر کند و دروغ بگوید. كفاره واجب می شود یا نه؟-؟ و اگر كفاره واجب شود، كفاره اش چه چیز است؟

### جواب:

جواب: بلی كفاره لازم است. و اظهر این است که كفاره خلف نذر، كفاره ماه رمضان است.

### ۴- سؤال:

۴- سؤال: هر گاه کسی نذر معین کند که در هر روز پنجشنبه با زوجه خود جماع کند. و همان زوجه هم نذر کرده باشد که هر روز پنجشنبه روزه بگیرد. کدام یک به نذر خود عمل کنند؟

### جواب:

جواب: هر گاه زوجه قبل از شوهر رفتن نذر کرده، نذر او مقدم است. و ظاهر این است که زوج او را اکراه نمی تواند کرد بر جماع. به جهت این که اجبار مسلم و ایذای او در آن چه مستحق او است، حرام است. و ظاهر [أ] چنین باشد حکم مسافر با زوجه حاضره خود (۱).

هر چند ظاهر کلام علامه و فخرالمحققین، جواز اکراه است (۲). و لکن این سخن تمام نیست، چنان که صاحب مدارک اشاره به آن کرده.

و هر گاه بعد از آن، نذر کرده پس آن نذر بدون اذن شوهر، صحیح نیست. و اگر به اذن شوهر کرده و قبل از نذر شوهر، نذر کرده پس حکم آن نیز همان است که مذکور شد. و

ص: ۳۶۷

---

۱- یعنی زن و شوهر در جائی باشند که آن جا برای شوهر حکم سفر داشته باشد و برای زن حکم حضر. یا زوج از سفر باز رسیده باشد.

۲- ایضاح الفوائد، کتاب النکاح، المطلب الرابع فی مسقطات النفقه.



اگر بعد از نذر شوهر است و به اذن شوهر، آن نیز صحیح نیست.

و بدان که در این مقام اشکال دیگر هست که مشهور است در السنه. و آن این است که قبل از مزاجه، زنی نذر کرد که اگر خدا روزی کند که من به فلان کس شوهر کنم هر روز پنجشنبه روزه بگیرم. و همان مرد هم نذر کرده که هر گاه خدا نصیب کند که من آن زن را بگیرم هر روز پنجشنبه با او جماع کنم (از برای قصدی که راجح باشد). و ظاهر این است که نذر زن در این جا صحیح نیست. خواه پیش از مرد نذر کرده باشد، یا بعد، یا مقارن آن. به جهت آن که روزه گرفتن بر فرض زوجیت، مطلقاً راجح نیست (۱). و شرط است در متعلق نذر، این که راجح باشد. و مبدأ اشتقاق در لفظ «راجح» در مستقبل، اعتبار می شود. به جهت [این که] اقوی این است که مشتق حقیقت است در «متلبس بمبدأ» در هر زمان که باشد. نه متلبس بمبدأ در حال نطق، چنان که بعضی توهم کرده اند.

## ۵- سؤال:

۵- سؤال: هر گاه کسی مهمان جمعی بشود، و بعد از آن خواهد که ایشان را ضیافت کند. به او وعده ندهند. این شخص بگوید «نذرتُ لله تعالی که اگر من دیگر مهمان شما بشوم پیاده به حج بروم». آیا این نذر صحیح است یا نه؟-؟

## جواب:

جواب: این نذر صحیح نیست. به جهت آن که قصد قربت در نذر شرط است. و این شخص، محض از برای باز داشتن نفس خود این نذر [را] کرده، نه از برای خدا. و دیگر آن که این لفظ هم در صیغه نذر کافی نیست. بل که باید «لله علی» بگوید به زبان. هر چند قولی هست که به دل گذرانیدن هم کافی است. و لکن قول اول اشهر و اقوی است. و دیگر این که ظاهر این است که این نذر، «نذر زجری» است، نه «نذر شکری». و نذر زجری غالباً در فعل معصیت، یا ترک واجب، است مثل این که بگوید: اگر من زنا بکنم لله علی که پیاده به حج

ص: ۳۶۸

۱- عبارت نسخه: به جهت آن که روزه گرفتن بر فرض زوجیت مطلق راجح نیست.

بروم. یا اگر ترک نماز بکنم الله علیّ کذا. و مهمانی رفتن مطلقاً نه فعل حرام است و نه ترک واجب. والله العالم.

#### ۶- سؤال:

۶- سؤال: نذر پسر بدون اذن پدر در امر راجح، صحیح است یا نه؟-؟

#### جواب:

جواب: اظهر صحت است.

#### ۷- سؤال:

۷- سؤال: شخصی نذر کرده که اگر برادرش از این آزار صحت یابد، مادام الحیوه (در سفر و حضر) روز پنجشنبه را روزه بگیرد غیر از ایام پیری که به حد اشتداد رسد (۱). آیا این نذر صورت دارد یا نه؟-؟ و در صورت داشتن، بعضی از ایام مزبوره را در اسفار جهلاً، و برخی را در احضار سهواً، روزه نگرفته است. در این دو صورت، کفاره لازم است یا نه؟-؟ و در صورت لزوم کفاره (فی الصورتین المذكورتین، او علی احدهما) کفاره صوم نذریّه همان کفاره مخالفت صوم رمضان است یا نه؟-؟ و در صورت تساوی و عدمه اگر عاجز از اداء کفاره باشد، چه باید کرد؟ و در صورت اقتداء (۲) و اداء کفاره، به همان نذر باید باقی باشد یا نه؟-؟

#### جواب:

جواب: هر گاه نذر با شرایط صحت؛ از صیغه معهوده و قصد تقرب و غیرهما، متحقق شده، این نذر صحیح است. و مخالفت آن جهلاً یا نسیاناً، موجب کفاره نیست. و کفاره مخصوص عمد است. و اظهر این است که در صورت جهل و نسیان به سبب مخالفت، نذر منحل نمی شود، باید بر مقتضای نذر خود باقی بماند.

و مراد به جهل در افطار سفر، اگر مراد جهل موضوع است؛ یعنی نمی دانست که آن روز پنجشنبه است. پس حکم همان است که گفتیم. و اگر مراد به جهل، به حرمت افطار است

ص: ۳۶۹

۱- در نسخه: رسید.

۲- در نسخه: اقتداء.

در سفر، پس هر چند این فرض با معرفت مسئله این که «جایز است نذر روزه بقید سفر و حضر» بعید است. و فرضی که می توان بر آن حمل کنیم این است که اصل آن نذر را هم با جهالت به جواز آن، کرد(۱) و بعد از آن هم به مجرد این که شنید که در سفر روزه حرام است، بدون تحقیق و سؤال از اهل علم، افطار کرد. پس اگر جاهل غافل غیر مقصّر است، بر او کفاره نیست. و هر گاه مقصر باشد در تحصیل مسئله، ظاهر و جوب کفاره است. و کفاره مخالفت نذر (علی الاظهر) کفاره رمضان است. یعنی تخییر در احد امور ثلاثه: از عتق رقبه، و صیام شهرین، و اطعام شصت مسکین. و با عجز از همه این ها از هر جهت، استغفار کند به نیت بدل کفاره، به این که تلفظ کند به استغفار با پشیمانی از ترک، و عزم بر عدم عود.

و هر گاه بعضی(۲) کفاره مقدور باشد دون بعضی، پس در آن تفصیلی است که محتاج است به مراجعه. و چون ظاهر حال سائل سقوط کفاره است، الحال به همین اکتفا شد. و به هر حال قضای روزه در نذر معین، لازم است.

## ۸- [ال-] سؤال:

۸- [ال-] سؤال: اذا نذر احد ان فعل حراما، صام عشرين يوما من الصيف. ففعل الحرام و ترك الصوم مرارا بدون قصد الانحلال اولاً. فهل يتكرر الكفاره ام لا؟-؟ و كيف حال الصوم المنذور لو عجز(۳) عن الصوم؟ فما كفارته؟ و هل يشترط في مثل هذا النذر، اذن الوالد ام لا؟-؟ و ما كفاره خلف النذر(۴)؟

[ال-] جواب: المشهور، بل الظاهر، عدم الخلاف في ان مخالفه النذر عمداً، موجب

ص: ۳۷۰

۱- در نسخه: با جهالت بجواز انکرد.

۲- در نسخه: بعضی.

۳- در نسخه: و لو عجز...

۴- و فی نسخه: حلف النذر.

للكفاره. و الاشهر انه بمجرد المخالفه عمدًا، ينحلّ. بل يظهر من الشهيد(ره) فى القواعد، الانحلال فى صورته الجهل و النسيان و الاكراه ايضا. و ان لم يجب الكفاره و لم يحصل الاثم، و نسب ذلك الى ظاهر الاصحاب(1). و كلامه(ره) و ان كان فى اليمين الا ان الظاهر عدم الفرق.

قال الشهيد الثانى فى الروضه: «و اعلم: ان الكفاره تجب بمخالفه مقتضى الثلاثه عمدًا، اختيارًا. فلو خالف ناسيًا، او مكرهاً، او جاهلاً فلا- حث. لرفع الخطاء و النسيان و ما استكروها عليه. و حيث تجب الكفاره فينحلّ. و هل ينحلّ فى الباقي؟ وجهان؛ و استقر المصنف فى القواعد، الانحلال. لحصول المخالفه و هى لا- تتكرر، كما لو تعمّد، و ان افترقا بوجوب الكفاره و عدمها»(2) انتهى كلامه.

و مراده بالثلاثه، النذر و العهد و اليمين. و بالباقي الجهل و اخواه.

و الحق عدم الانحلال فيها. لانها لم تكن داخله تحت الصيغه، فلم يتعلق النذر بها حتى يكون تركها مخالفه النذر. و بالجمله: المشهور ان المخالفه للنذر عمدًا يوجب الانحلال مطلقا.

و نقل عن بعض الاصحاب القول بعدمه اذا تعدد افراد المخالفه؛ كما لو نذر صوم كل خميس، فلا ينحل، بافطار خميس او خميسين. فليزمه تعدد الكفاره بتكرار المخالفه. فانه يصدق على ترك صوم كل يوم انه خالف النذر عمدًا، و وجب عليه الكفاره. و لما رواه على بن مهزيار فى الصحيح: «قال: كَتَبَ بُنْدَارُ مَوْلَى إِدْرِيسَ يَا سَيِّدِي نَذَرْتُ أَنْ أَصُومَ كُلَّ يَوْمٍ سَبْتٍ. فَإِنْ أَنَا لَمْ أَصُومَهُ مَا يَلْزَمُنِي مِنَ الْكُفَّارَةِ؟ فَكَتَبَ -ع- (وَقَرَأْتُهُ):

ص: ٣٧١

١- القواعد و الفوائد، ج ٢ ص ٢٠٨.

٢- الروضه البهيه (شرح لمعه)....

لَا تَتْرُكُهُ إِلَّا مِنْ عِلَّةٍ وَ لَيْسَ عَلَيْكَ صَوْمُهُ فِي سَفَرٍ وَ لَا مَرَضٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ نَوَيْتَ ذَلِكَ وَ إِنْ كُنْتَ أَفْطَرْتَ مِنْهُ مِنْ غَيْرِ عِلَّةٍ فَتَصَدَّقْ بِقَدْرِ كُلِّ يَوْمٍ عَلَى سَبْعَةِ مَسَاكِينَ نَسَأَلُ اللَّهَ التَّوْفِيقَ لِمَا يُحِبُّ وَ يَرْضَى» (١).

اقول: و روى ابراهيم بن محمد قال: «كَتَبَ رَجُلٌ إِلَى الْفَقِيهِ -ع- يَا مَوْلَايَ نَذَرْتُ أَنْتَى مَتَى فَاتَّيَنِي صِيْلَاءُ، اللَّيْلُ صُمْتُ فِي صَبِيْحَتِهَا فَفَاتَتْهُ ذَلِكُ كَيْفَ يَصِيْعُ؟ وَ هَيْلٌ لَهُ مِنْ ذَلِكَ مَخْرُجٌ؟ وَ كَمْ يَجِبُ مِنَ الْكَفَّارَةِ فِي صَوْمِ كُلِّ يَوْمٍ تَرَكَهُ أَنْ كَفَّرَ إِنْ أَرَادَ ذَلِكَ؟- قَالَ فَكَتَبَ -ع-: يُفَرَّقُ عَنْ كُلِّ يَوْمٍ مَدًّا مِنْ طَعَامِ كَفَّارَةٍ» (٢).

و التحقيق ان يقال: الروايتان خارجان عما نحن فيه. فان الثانيه ليس فيها شىء يدل على تعدد [ال-] كفاره. اذ لم يقل احد بكونها مداً من الطعام، و كذا سبعة مساكين. فان كفاره النذر هى كفاره شهر رمضان، على الاقوى، و كفاره اليمين عند جماعه. و ليس ذلك من افراد احدهما. نعم: ذكر الصدوق (ره) فى «المقنع» متن الروايه بلفظ عشره مساكين. [و لا] روايه فيه (٣) نقل عن متون الاخبار و الافتاء بمضمونها. فلو كان روايه بهذا المضمون لاشكل الامر على القول بكفاره اليمين فى النذر، فان اطعام عشره مساكين احد خصال كفاره اليمين.

و الاظهر ما عليه المشهور من اطلاق انحلال النذر من غير فرق بين ما تعددت افراده، و غيره. و وجهه ان بمخالفه النذر عمداً، يجب الكفاره اجماعاً. و ظاهرهم الاتفاق على ان كل ما يجب فيه الكفاره، ينحلّ معه النذر. انما الاشكال فى ان هذا انحلال ام لا؟- فنظر

ص: ٣٧٢

١- الوسائل، ج ١٠ ص ١٩٦.

٢- الوسائل، ج ١٠ ص ٣٩١.

٣- اى فى مضمون هذه الروايه- و عبارته النسخه كذا: و روايه فيه عن نقل متون الاخبار...

المشهور الى ان مخالفه النذر يحصل بالمخالفه في فرد من افراد ما له افراد ايضاً. اذ نقيض الموجه الكليه، هو السالبه الجزئيه. كما ان نقيض السالبه الكليه، هو الموجهه الجزئيه. فمن نذر صوم كل خميس، اذا افطر خميساً، يصدق عليه انه خالف كليلته. و هكذا من نذر ان لا يضرب احداً، فضرب رجلاً واحداً، فلم يبق مورد النذر بعد ذلك المخالفه حتى يصدق مخالفه. فتحصيل المخالفه بعد ذلك، تحصيل الحاصل، و هو محال.

فلا بد من حمل الروايتين على فديه النذر (لا كفاره الحث) على سبيل الاستحباب و المد اقلها، و الصدقه على سبع اكثرها.

و يلزم هذا القائل، القول بتعدد الكفاره فيما كان المنذور ايجاباً كلياً، كنذر كل خميس. و [في] ما لو كان سلباً كلياً كترك كل كبيره، او ترك طبيعه كترك الزنا. فانه لا يحصل الا بترك الجميع. ففي كل زنا مخالفه.

و اما فعل الطبيعه الغير المعصيه (كالمسئله المسؤل عنها<sup>(١)</sup>)، فلما كان الاقوى و الاشهر فيه ان وقته ممتد بامتداد العمر ما لم يظن الفوت قبل مقدار ادائه؛ فيشكل الامر. فنقول: ان علق نذر الصيام على طبيعه فعل المحرم. فلا يجب عليه الا الاثيان بالمنذور مره، و ان تعدد فعل المحرم. و ان علق الصيام على كل واحد من افراد الطبيعه، فيتعدد الصيام المنذور و لا يتحقق المخالفه الا مع الترك، [الأ] في ظن الموت في فصل الصيف و ضيق الوقت عن مقدارها<sup>(٢)</sup>.

و حينئذ: فاذا حصل له الظن بالموت بعد تسعه ايام (مثلاً) و كان عليه نذر صوم ثلاثه ايام ثلاث مرّات، فبانقضاء ثلاث ايام مع ترك الصوم، يصدق عليه المخالفه، على المختار. و يلزمه الكفاره، و ينحلّ النذر. فلا يجب عليه الباقي، و لا يتعدد الكفاره. و [هكذا] ان لم يصم

ص: ٣٧٣

١- اى الصيام عشرين يوماً.

٢- و في النسخه: الأ عن مقدارها.

عبارة المسالك(٢). وهكذا الحلف على الاثبات تقتضى وجوب المحلوف عليه، كما ان الحلف على النفى تقتضى التحريم. فاذا حلف على فعل شئى فان عين له وقتا، يعين ما ذهب(٣) اليه هذا القائل(٤). لانه يصدق عليه انه خالف النذر ثلاث مرّات، فيتعدد الكفاره. هذا اذ[١] لم يعزم فى المرّه الاولى على الترك ابداء. وان عزم على ذلك فالظاهر انه به يحصل المخالفه.

فان كان معلقاً على كل واحد من افراد الطبيعه، و بعد حصول كل فرد عزم على ترك المنذور ابداء، فتتعدد الكفاره على قول هذا القائل. و كذلك اذا لم يعزم على ذلك و لكن ترك كل ما تعلق به من المنذورات حين ظن الموت، ايضا. و لكن لا يلزمنا تعدد فى ذلك ايضا.

ثم: ان النذر الموقت الذى وقته العمر (قلنا انه يتضيق بظن الموت بعد مقدار ادائه)، فلو اخرج و فات عنه؛ فان كان مما يُقتضى عنه، فيقتضى عنه الولى. و الا، فلا. و لو بان كذب ظنه فلم يمت، ففي حصول الحنث بذلك (اذا يفعله حين الظن) و انحلال(٥) النذر به (بسبب حصول المخالفه كالنذر المعين)، او بقاء اليمين على حالها و وجوب العمل على مقتضاها، و جهان. و لا يبعد ترجيح الاخير(٦). و اختاره فى المسالك للاصل و لان التضيق لعارض. كما لو ظن

ص: ٣٧٤

١- اى: ان صام اليوم الاول و لم يصم اليوم الثانى و الثالث.

٢- هكذا فى نسخه. و لكن ما وجدت موضعاً و معنى لهذا التعبير هنا. و لعلّ فى العبارة سقطاً. و قد راجعت المسالك (كتاب الكفارات) ما وجدت عبارته تناسب عبارته نسخه. و ليست عندى نسخه اخرى. و يحتمل قوياً ان الكلمتين (عبارة المسالك) زائدتان.

٣- و فى نسخه: يعين الى ما ذهب.

٤- اى «بعض الاصحاب» فى قوله: و نقل عن بعض الاصحاب القول بعدمه.

٥- و فى نسخه: و الخلال.

٦- و فى نسخه: الاخر.

العجز عن اداء الصلوه فى اول وقتها و اخرها، ثم تجددت القدره و استمرت و كذب ظنه. فانها بيقى اداءً. و اما الكفار، فهو إما من المال، او يقضى عنه الولى.

ثم ان صاحب المفاتيح(ره) قال: «أما مع العمدة، فالمشهور الانحلال مطلقاً، و ربما يدعى عليه الإجماع. لأن المخالفه لا تتكرر، لاستحاله تحصيل الحاصل. و من المعاصرين من جزم بعدم الانحلال مع تعدد أفراد المخالفه؛ كما إذا نذر صوم كل خميس (مثلاً)، لجواز تكرار المخالفه حينئذ، و للمكاتبه الصحيحه فى من نذر صوم كل سبت: «و ان كنت أفطرت منه من غير علمه، فتصدق بعدد كل يوم على سبعة مساكين»(١). و فيه: ان هذا فديه و ليس كفاره حث النذر، إلا ان يختص بمثله. و الثواب ان يحمل الروايه على من لم يرد الحث و كان ثابتاً على نذره، دون من ابطل نذره. و فى كل مخالفه من غير علمه(٢). انتهى كلامه اعلى الله مقامه.

قوله: «الآن ان يختص بمثله.. الخ»؛ يعنى ان يقال كفاره هذا النذر الخاص، هو هذه مع حمل الروايه على من لم يرد الحث(٣). يعنى ليس قصده الانحلال مطلقاً، بل قصده ان يكون ثابتاً على مقتضى نذره و لكن يخالفه فى بعض افراده. و هذا التخصيص و الحمل مما لم يقل به احد فيما اعلم. و لم يدل دليل على ان الانحلال و عدم الانحلال يحصل بقصد المكلف و عدمه. سيما مع التعدى عن مورد النص(٤)؛ كما يستفاد من قوله «و كذا فى كل مخالفه من غير

ص: ٣٧٥

- ١- الوسائل، ج ١٠ ص ١٩٦.
- ٢- مفاتيح الشرائع، ج ٢ ص ٣٥.
- ٣- لعل المصنف(ره) ما ادق النظر فى قول صاحب المفاتيح(ره) اذ جعل بحرف «مع» الاحتمالين احتمالاً واحداً. و الحال ان صاحب المفاتيح فى مقام رد الاحتمال الاول بقوله «و الثواب» بالواو الحاليه الاعتراضيه.
- ٤- هذا مبتن على ما اوضحنا من عدم ادق النظر من المصنف(ره) بان صاحب المفاتيح(ره) رد القول باختصاص الحديث بمورد خاص حتى يلزمه التعدى عن مورد النص.



علّه». فان استفاده من روايه الهمداني، فهي ايضا لا تفيد الاطراد. و بالجمله: لا سرد(١) عن ما عليه الاصحاب، و ان كان ما ذهب اليه بعض معاصريه احوط. و الظاهر انه المحقق البهائي(ره) كما يظهر من بعض القيود و لا يحضرنى كلام منه(ره) في ذلك.

و الفرق بين ما اختاره صاحب المفاتيح فيما ذكرناه، ان قصد المخالفه و عدم الاتيان بالنذر في المره(٢) الاولى و الفرد الاول، يكفى في الانحلال و ان لم يقصد المخالفه و الترك في باقى الافراد، على ما ذكرنا. و مراده اعتبار قصد الانحلال بالنسبه الى جميع افراد المنذور، و أنّ بالمخالفه فى واحد، لا يلزم الانحلال مطلقا و ان تعمّد المخالفه.

فحاصل الجواب عن المسئله على المختار: انه ان كان مراد الناذر انه «ان صدر عنه طبيعه هذا الحرام، كان لله عليه صيام عشرين يوما من الصيف» فيتحقق(٣) وجوب الصوم عليه مره بحصول فرد من افراد الحرام فصاعداً بلا فرق. و لكنه موسع فى عمره ما لم يحصل الظن بالعجز عنه بالموت، او بالمرض، او غيره.

و ان كان مراده انه «كلما صدر عنه هذا الفعل الحرام، كان لله عليه ذلك الصيام(٤)» فيتعدد عليه الصوم [و] النذور. و هو موسع عليه ايضا كما تقدم. ثم ان مرّ عليه صيف و لم يصمه؛ فان كان فى نيه الصوم و لكن اخره لاجل كونه موسعاً، فلا كلام. و ان كان قصده المخالفه و الترك بمعنى عزمه على الترك ابدأً، فعلى المختار، ينحلّ نذره باول مخالفته على هذا الطريق. و لا يلزم عليه تعدد الكفاره، بل عليه كفاره واحده و ان كان قصد الناذر تعدد المنذور بتعدد افراد الحرام، لصدق المخالفه اولاً. و على القول الاخر يتعدد بتعدده.

ص: ٣٧٦

- ١- السرد: التابع و الانتظام. اى القول بغير ما ذهب اليه الاصحاب، ليس بقول منتظم.
- ٢- و فى نسخه: و فى المره... .
- ٣- و فى نسخه: و يتحقق.
- ٤- و فى نسخه: القيام.

و اما السؤال عن اشتراط اذن الوالد في صحه النذر المذكور؛ فالظاهر عدم الاشتراط. سيما في مثل ذلك مما يكون شرط النذر فعل واجب او ترك محرم. و القول بالاشتراط (كما ذهب اليه العلامة في بعض كتبه و الشهيد في الدروس) ضعيف. للعمومات و عدم المخصص. و ذكر جماعه من الاصحاب انه لا نصّ عليه، و الحاقه باليمين (لمشابهته لها في بعض الاحكام) قياس.

و ما ورد في بعض الاخبار من اطلاق اليمين على النذر مثل ما رواه الحسن بن علي عن ابي الحسن (عليه السلام): «قَالَ: قُلْتُ لَهُ: إِنَّ لِي جَارِيَةً لَيْسَ لَهَا مِنِّي مَكَانٌ وَ لَا نَاحِيَةٌ، وَ هِيَ تَحْتَمِلُ الثَّمَنَ، إِلَّا أَنِّي كُنْتُ حَلَفْتُ فِيهَا بِيَمِينٍ فَقُلْتُ لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ لَا أُبِيعَهَا أَيِّدًا. وَ لِي إِلَى تَمْنِيهَا حَاجَةٌ مَعَ تَخْفِيفِ الْمُتُونَةِ. فَقَالَ: فِي اللَّهِ بِقَوْلِكَ لَهُ» (١). بتقريب ان الامام (عليه السلام) قرّر الراوى على هذا الاطلاق.

فيه: [انّ] الاستعمال اعم من الحقيقة، بل الظاهر انه مجاز. لصحة السلب و تبادل الغير. و خصوصا مع وجود القرينه في السؤال و هو ذكر صيغه النذر مع ذلك الاطلاق.

نعم: الظاهر انّ يمينه موقوف على اذن الوالد، كما هو المشهور [و] للاخبار الكثيره. و لكنهم اختلفوا في انه شرط [ل-] لصحة رأساً، او انّ نهى الوالد مانع فيجوز له حلّه؟-؟ الاشهر، الثانى. و الاظهر، الاول. لظاهر الاخبار. فان قولهم (عليه السلام): «لَا يَمِينَ لَوْلَدٍ مَعَ وَالِدِهِ» (٢) ظاهر في نفي صحه، لانه اقرب مجازاته. مع ان الايقاع يستدعى التنجيز، فلا يناسب كونه موقوفا على الرضا. و لم نقف للمشهور على ما يتم الاستناد اليه.

و اما السؤال عن حال العمر، و تعذر الصوم: فعن الاكثر انه اذا عجز عن الصوم المنذور

ص: ٣٧٧

١- الوسائل، ج ٢٣ ص ٣٢٠.

٢- الوسائل، ج ٢٣ ص ٢١٦.

اصلاً، انه يسقط و لا- شئى عليه. كغيره من المنذورات التى حصل العجز عنها. و قيل هنا يوجب القضاء دون الكفاره. و قيل بالعكس. و مراده بالكفاره ما ورد فى الروايات. فذهب بعضهم الى انه مدان عن كل يوم لموثقه اسحق بن عمار عن ابي عبدالله (عليه السلام): «فِي رَجُلٍ يَجْعَلُ عَلَيْهِ صِيَاماً فِي نَذْرٍ فَلَا يَقْوَى. قَالَ: يُعْطَى مَنْ يَصُومُ عَنْهُ فِي كُلِّ يَوْمٍ مِدَّيْنِ» (١). و لعل المراد بقوله (عليه السلام): «من يصوم» من عليه الصوم. و الظرف بعده متعلق بقوله (عليه السلام): «يعطى». و الضمير يعود اما الى نفسه، او الى الصوم.

و [ذهب] بعضهم الى انه مدد. لاختبار كثيره منها صحيحه البنظى عن الرضا (عليه السلام): «فِي رَجُلٍ نَذَرَ عَلَى نَفْسِهِ إِنْ هُوَ سَلِمَ مِنْ مَرَضٍ أَوْ تَخَلَّصَ مِنْ حَبْسٍ أَنْ يَصُومَ كُلَّ يَوْمٍ أَرْبَعَاءَ - وَ هِيَ الْيَوْمُ الَّذِي تَخَلَّصَ فِيهِ - فَعَجَزَ عَنِ الصَّوْمِ لِعَلِّهِ أَصَابَتْهُ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ. فَمُدَّ لِلرَّجُلِ فِي عُمُرِهِ وَ اجْتَمَعَ عَلَيْهِ صَوْمٌ كَثِيرٌ. مَا كَفَّارَةُ ذَلِكَ قَالَ: تَصَدَّقَ لِكُلِّ يَوْمٍ بِمُدٍّ مِنْ حِنْطِهِ أَوْ تَمَنِّ مُدًّا» (٢).

و ذهب المحقق فى الكفارات فى الشرايع (و جماعه) الى انه يطعم مسكيناً مدين، فان عجز تصدق بما استطاع، فان عجز استغفر الله. قال: فربما انكر ذلك قوم بناءً على سقوط النذر مع تحقق العجز. و ذكر فى المسالك ان مستنده روايه اسحق بن عمار، ثم ضعّفها و غيرها مما ورد فى المدّ الواحد، من جهه السند و عدم الدلاله على المدعى، لعدم ما يدل على الامر المفيد للوجوب و لا على وجوب الصدقه بما استطاع على تقدير العجز عن المدين و المدد، و مع ذلك مخالف للاصول المقرّره من ان العجز عن النذر يوجب سقوطه

ص: ٣٧٨

١- الوسائل، ج ٢٣ ص ٣١٢.

٢- الكافي، ج ٤ ص ١٤٤.

بغير كفاره. فالقول بالاستحباب اجود.

اقول: ولا وجه للقدح في السند مع صحه بعضها و اعتبار بعضها. و روايه اسحق بن عمار موثقه، حجه. و الجملة الخبريه ظاهره في الوجوب. لكن الاصل و ملاحظه القاعده في الذورات (كما ذكره) و ترك عمل الاكثر على الوجوب، و اختلاف الاخبار في المدد و المدين، يرجح الحمل على الاستحباب.

و اما السؤال عن كفاره خلف النذر؛ فالأظهر انه كفاره شهر رمضان المخيره بين عتق رقبه، او اطعام ستين مسكيناً، او صيام شهرين. سيما اذا كان في الصيام.

### ۹- سؤال:

۹- سؤال: هر گاه شخصی نذر کند که اگر مرتکب فلان حرام شوم (۱)، یا ترک فلان واجب بکنم، بیست روز از روزهای تابستان را روزه بگیرم. بعد مکرر اتفاق افتاد که آن فعل حرام یا ترک واجب را به عمل آورد و روزه نگرفت، و در اول فعل هم قصد انحلال نذر، نکرد. آیا بتکرار آن فعل، كفاره مکرر می شود یا نه؟-؟ و بر تقدیر عدم انحلال؛ هر گاه در روزه گرفتن تابستان مشقتی به جهت او بهم رسد، چه کند در امثال این نذر؟ آیا اذن والد شرط است؟ یا اذن در خصوص مباحات، معتبر است؟ و كفاره «خلف نذر» چه چیز است؟

### جواب:

جواب: اگر مراد ناذر این است که همین فعل حرام هر گاه از من سرزند، این روزه بر من واجب باشد، هر چند مکرر حرام از او سر بزند، بیش از یک بار روزه بر او واجب نیست. و اگر مراد این باشد که هر گاه از من این حرام سرزند به عدد آن بر من آن روزه بیست روز لازم باشد، در این جا به عدد فعل حرام، روزه بیست روز هم بر او واجب می شود، تا زنده است باید به جا بیاورد. مگر این که تابستان بر او گذشته باشد و نیت او مخالفت باشد؛ به این معنی که قصد کند که من هرگز نخواهم گرفت. در این صورت ظاهر

ص: ۳۷۹

این است که مخالفت نذر، حاصل شده و نذر منحل شده است. و اظهر آن است که یک کفاره کافی است هر چند مکرر کرده باشد. و احوط در صورت قصد تعدد صوم منذور به تعدد حرام، تکرار کفاره است. و هر گاه در تابستان عاجز باشد از روزه، احوط این است که در عوض هر روزی یک «چهار یک» تبریزی، یا نیم من طعام، تصدق کند گندم یا جو. و اگر نتواند، هر چه مقدور شود. و اگر هیچ نتواند، استغفار کند. و اذن والد شرط نیست علی الاظهر. و کفاره خلف نذر، کفاره رمضان است علی الاقوی والله العالم.

## ۱۰- السؤال:

۱۰- السؤال: ما الفرق بين النذر و العهد بغير تفاوت الصيغه و اللفظ-؟

## الجواب:

الجواب: هذه السؤال بظاهرة، غير وارد مع وضوح الفرق في الجملة. فانهم اختلفوا في العهد هل هو مثل اليمين في المتعلق؟ او مثل النذر؟ و يظهر الثمره فيما عاهد الله على امر متساوى الطرفين ديناً و ديناً. و فيما اذا لم يتعلق على شرط. فيقال بانعقاد العهد لو جعلناه مثل اليمين بلا اشكال. و من لا يجوز النذر بدون الشرط، لا يقول بانعقاد العهد لو جعله مثل النذر.

نعم: لهذا السؤال توجیه. و هو انّ العهد يوجب الوفاء بما وقع عليه العهد كالنذر. فلو قال: «الله (۱) على ان اصوم غداً» يجب عليه الصوم. و كذلك لو قال «عاهدت الله ان اصوم غداً». فما الفرق بينهما الا اللفظ، و ما الحكمه في جعلها آيتين (۲)؟؟

اقول: و هذه السؤال يجرى في موارد شتى من ابواب الفقه كالصلح و البيع [اذ] يقعان على شئ واحد و يوجبان اللزوم. فاذا باع فرسه بعشره دنانير، فينتقل الملك لزوماً. و كذلك

ص: ۳۸۰

۱- و في النسخه: الله.

۲- اى: آيتين في القرآن: آيه ۱۷۷ سورة البقره: و الموفون بعهدهم (و امثالها كثيره في القرآن).- و آيه ۷، سورة الانسان: و يوفون بالنذر. و آيه ۲۹ سورة الحج: و ليوفوا نذورهم.

لو صالحه به بذلك المبلغ بعينه. و كذلك الكلام في الهبة المعوضه و البيع (١). و امثال ذلك كثيره. و لكن امكان تحصيل الكليين في نوع واحد على التعاقب، ما استحاله فيه (٢) مع ملاحظه الاعتبارات و تعدد العنوانات (٣).

و لذلك يتفاوت الاحكام بتفاوت تلك العنوانات؛ فقد ترى ان دعوى الشفع يترتب على المبيع ولا يترتب على الصلح. و لذلك قد يتخلصون من دعوى ذلك بترك البيع و اختيار الصلح، مع ان الواقع في نفس الامر، هو نقل الملك المعين بعنوان اللزوم في شئ واحد على قيمه واحده. و عدوا ذلك من جمله الحيل (٤) الشرعيه. و كذلك اذا نقل فرسه الى الغير بعنوان

ص: ٣٨١

١- اى الفرق بين الهبة المعوضه و البيع.

٢- هكذا اشتهر في المسئله. و لله درّ المصنف (ره) حيث افرد لهذه المسئله مبحثاً خاصاً هنا. و لكن يلاحظ على الشهره؛ ان الشهره ليست في قوه الاجماع و الحال ان الاجماع اذا كان مستنداً الى دليل معين و عرفنا منشأ الاجماع و مستنده، فقوته قوه دليله و مستنده، و لا يصدق عليه الاجماع. فاذا عرفنا مستند الشهره و دليلها، فالاستناد بدليلها، لا بها في نفسها. نعم: قد تفيد قوه الدليل في فهمهم اذا كان دليلها دليلاً شرعياً. فاذا ثبت أنّ لشهره منشأً مخدوشاً من اصله، فلا فائده فيها اصلاً، حتى بعنوان القرينه. و الشهره في مسئلتنا هذه من هذا القبيل. و بزعمى ان تكميل هذه المقاله، في صورته تعليقات متعدده، يكون اجود. فانظر التعليقات الاتيه في هذه المسئله نفسها.

٣- كلام المصنف (ره) هذا، مصادره واضحه. لأنّ السؤال، عن نفس هذه العناوين، اى: هل يكفى تعدد العنوان اللفظي فقط؟ او العناوين اللفظيه مفروضات كاذبه؟ و لا فرق بينها الآ اللفظ. و ليس في نفس الامر هناك فرق.

٤- لقائل ان يقول: ليس في الاسلام حيله (التي في الفارسيه - چاره جوئی) من هذا القبيل و النوع، اصلاً و ابداً. لأنّ منشأ هذا القبيل من الحيل، ناشئ من عدم الدقه في قول الباقر عليه السلام في مسئله الحيله في الربا. و من امعن النظر في تاريخ فقهناء، لا يجد منشأً لها غيره. قال عليه السلام: «نعم الفرار من الحرام الى الحلال». فهنا لا بد من بيان امور: الاول: ان مورد الحيله خاص و مختص بمسئله من مسائل الربا، لا- يشمل ابواب الصلح و الهبه و غيرهما. الثانى: الفرار في قوله عليه السلام، هو الفرار من «عوض» الى «عوض اخر» من العوضين في المعامله. لا الفرار من عقد الى عقد اخر. و مرادنا من التعبير ب- «من هذا القبيل»، نوع الفرار. اى لا- يشمل قوله (عليه السلام) كل فرار حتى يشمل الفرار من عقد الى عقد اخر بمجرد اللفظ فقط، او بعنوان كاذب الذى لا- فرق بين العناوين في نفس الامر. الثالث: قد يتوهم انّ قوله عليه السلام «نعم الفرار من الحرام الى الحلال» مطلق من جميع الجهات. و هذا توهم محض. لانه اولاً- يصح الفرار الى الحلال، اذا كان حليه الحلال مسلماً، حتى يمكن الفرار اليه و يكون الفرار محبوباً. و هنا اول البحث. ثانياً: قوله عليه السلام، نصّ في الفرار من الحرام، لا- كل فرار حتى يشمل الفرار من الحلال المشروع و العقد المعروف في العرف و الشرع و العقل. و ليس لجواز هذا الفرار دليل شرعى و لا عرفى و لا عقلى. و هو مخالف للصدقه، بل هو الفرار من الصدقه الى الكذابه و تغيير المومن نفسه. و هذا محرّم اجماعاً. ثالثاً: الفرار لفظ و له معنى حقيقه. فهل يصدق بما نحن فيه، كلمه «الفرار»؟ اذا اوقعا معاملةً التي يصدق عليها البيع في نفس الامر، بلفظ الصلح او الهبه المعوضه، و ما حدث في قصدهما شئ. فمن أين فرّ الى أين؟؟ الآ الفرار من لفظ الى لفظ اخر.

البيع؛ فيثبت فيه خيار المجلس و خيار الحيوان، و غير ذلك. و ليس كذلك لو نقله بعنوان الهبه المعوضه(1).

فان قلت: نعم، و لكن الاشكال في ان ذلك الاختلافات هل هو بمحض التعبد؟ فيكون امراً اعتبارياً جعله الشارع مناطاً للاحكام فرتب على اللفظ حكماً و فرّق بينه و بين لفظ اخر و ان ورد في مثل هذا المورد؟ او مورد اللفظين و مصداقهما مهيتان حقيقتان متغايرتان يتفاوت احكامهما و لوازمهما بتفاوتها-؟

ص: ٣٨٢

١- يحسُّ كل ذى احساس، ان جواز الحيل هكذا، ايجاد ثلمه في احكام الدين القويم و التشريع الحكيم (و ان لم يكن الفقيه باحثاً عن حكمه الاحكام و مسؤولاً عنها). و لكن العقل احد الادله الشرعيه و ليس في الاسلام ما يخالف المسلّمه العقلية. و بعبارة اخرى: عدم بحث الفقيه عن الحكمه في الاحكام و عدم مسؤوليته عنها، امرٌ. و جواز خدشه الحكمه، امرٌ اخر. و النكته الدقيقه، هي هذه.

قلت: الظاهر ان المهيتين متميزتان، و ليس بمجرد تغيير اللفظ. فالصلح (مثلا) عقد شرع لقطع المنازعه. و هذا هو الحكمه فى تشريعه فى الوضع الاول(١). و البيع عقد شرع لاجل الاقتناء و الربح و التجاره و الانتفاع(٢). و لكن لما كان علل الشرع معرفات و حكمها غير مطرده مع اتحاد الحكم. كما فى اطراد استحباب غسل الجمعه و وجوب الاعتداد فى من لم

ص: ٣٨٣

١- هذا اولاً- اخص من موضوع المسئله. و ثانياً: ليس البحث فى الوضع الاول. و ثالثاً: ليس فى الصلح وضع ثان. اى المسئله خلافية: هل الصلح الابتدائى من دون منازعه، مشروع ام لا؟-؟ و المسئله عرفيه ايضا. و العرف يمنع من صدق «الصلح» عليه و كذا فهمهم من كلمه «الصلح» و كذا اللغه. رابعاً: هذا التعريف لوضع الصلح، دليل عليه(ره). و عليه و على القائلين بالقول المشهور، ان يُثبتوا وضعاً ثانياً لعنوان «الصلح» او للفظه. خامساً: رواج القول بالجواز، انجرّ اليوم فى عيتيه الاجتماع، الى تعطيل احكام كثيره من احكام الربا، و الغرر فى المعاملات، و استيصال افراد كثيره، بل اسيصال بيوت كثيره. و مفاصد اجتماعيه اخرى.

٢- فمع القول بجواز الفرار بالضميه فى الربا، لا يبقى معامله ربويه، و يصير كل رباً بيعاً. فما حكمه المنع الشديد، و الوعيدات العنيفه فى القرآن و السنه؟! فهل هى كلها لغو؟! و اما قول الباقر عليه السلام فى الضميمه و «الفرار من الحرام الى الحلال» و كذا الاحاديث الاربعه فى باب ٢٠ من كتاب تجاره الوسائل: فيكفيك ما قال الامام الخمينى(ره) فى تحقيقه فى المراد من قوله عليه السلام، فيها اليك بيانه (من دون ان نجعل فى البحث مدخلاً للامور السياسيه): «تحرير الوسيله، باب الربا، المسئله ٧: ذكروا للتخلص من الربا وجوهاً مذكوره فى الكتب. و قد جدّدت النظر فى المسئله، فوجدت انّ التخلص من الربا، غير جائز بوجه من الوجوه. و الجائز هو التخلص من المماثله مع التفاضل. كبيع منّ من الحنطه المساوى فى القيمه منّين من الشعير، او الحنطه الرديئه. فلو اريد التخلص من مبايعه المماثلين بالتفاضل، يضمّ الى الناقص شئى فراراً من الحرام الى الحلال. و ليس هذا تخلصاً من الربا حقيقه. و اما التخلص منه، فغير جائز بوجه من وجوه الحيل». و لعل كل من جدّد النظر و دقّقه، يصل الى هذه النتيجة، و يرى ان شهره المسئله، لا- دليل عليها حتى فى الفرار من عوض الى عوض اخر فى الربا، فكيف اذا كان فراراً من عقد فى نفس الامر، الى عقد لا وجود و لا مهيه له فى نفس الامر.



يكن تحت ابطه ريح و لا فى جسده كثافه- و فى من غاب عنها زوجها مده مديده، او لم يمسيها منذ سنه. مع ان العله و الحكمه فى الاول رفع الارياح و الكثافات. و فى الثانى الاحتراز عن اختلاط المياه و الانساب(١).

و لكن الصلح بسبب غلبه هذه المسئله لاجل تشريعه، تميّز عن البيع بالذات فى نفس الامر. و تشابه افرادهما على نوع واحد(٢) لا يستلزم عدم الفرق بين مهيتهما و انحصار الفرق فى تجرد اللفظ. و هكذا الكلام فى غيره من المواضع.

فعلى القول بصحة المعاطات فى جميع العقود (كما هو الاظهر) فيحصل الفرق بينهما

ص: ٣٨٤

١- قد كرّر المصنف(ره) فى هذا الكتاب (جامع الشتات) ان مورد تشريع غسل الجمعه آن الانصار كانوا يعملون فى البساتين و النخيلات و يعرق ابدانهم و تنتن آباطهم من كثره العرق، و يأتون المسجد و الناس يوذون من نتن آباطهم. فشرّع الله تعالى و نبه(صلى الله عليه و آله) غسل الجمعه. و فيه: لقائل ان يقول: ما ثبت هذا الشأن لتشريع غسل الجمعه، و القصه من جعليات المنافقين من قريش. كما أنّهم كانوا يطعنون الانصار ب- «اهل النواضع»، و يلقبون انفسهم بالاشراف و التجار. قال معاويه لقيس بن سعد: بماذا قلّ مستقبلى من الاصار؟ قال: لقله مراكبهم. قال: فاين نواضحكم؟ قال: فقدناها فى حرب اييك فى البدر. و يشهد بانّ الشأن مجعول، ان الناس فى بلاد العرب، يعرق ابدانهم فى كل شغل و عمل، كراعى الغنم و الابل و غيره حتى التجار. بل فى كل بلد و بلاد. فلا اختصاص باهل المدينه من الانصار، حتى يختص مورد التشريع او شأن التشريع باهل النخيلات من المدنيين. نعم: للمصنف(ره) ان يقول: عله تشريع غسل الجمعه، نتن الابط و كراهه ريح الابدان، ولكن حكمه العله غير مطرده. فيستحب لمن كان بدنه نقياً ايضاً تعبداً. و كذا فى العده. لكن تنظيم ما نحن فيه بهذين المسئلتين قياس واضح. لانه اولاً: ليس فيما نحن فيه دليل شرعى حتى يتبع تعبداً. ثانياً: عدم اطراد مقتضى العله و الحكمه فى المسئلتين، توسعه لمقتضاها، و تاكيد للحكمه. و فيما نحن فيه تضييق للحكمه بل تضييع للعله و الحكمه.

٢- العرف يرى الصلح صلحاً، و البيع بيعاً. و لا يرى لهما مورداً و فرداً متشابهاً، اصلاً. فهذا ايضاً مصادره منه قدس سره و ممّن وافقه فى هذا القول.

بمجرد القصد (۱). فالقصد يكفي في تمايزها و ترتب احكام كل منهما على ما قصد. و هذا اعني مدخليه القصد في الفرق، اعظم شاهد على التمايز و المغايره. و كذلك الكلام في العبادات؛ كصلوه الصبح و فائتته و نافلتته (۲).

و بذلك حصل الفرق بين النذر و العهد من جهة غير اللفظ ايضا. فليتدبر (۳).

## ۱۱- سؤال:

۱۱- سؤال: آیا صیغه نذر که موجب انعقاد [و] صحه نذر است، منحصر است در «لله علي»، یا آن که «نذرت او عاهدت لله ان افعل كذا» کافی است؟-؟

## جواب:

جواب: اشهر و اظهر این است که در صیغه نذر تلفظ شرط است و به دل گذراندن کافی نیست. و [اگر] بگوید «لله علي كذا» خواه معلق کند بر چیزی مثل این که بگوید «لله علي ان اصوم كذا ان جاء مسافري» أو «ان برئ ولدی من المرض» یا مطلق باشد. و به لفظ «نذرت لله» ظاهراً منعقد نمی شود. و همچنین «عاهدت لله» از برای نذر کافی نیست. و صیغه عهد این است که بگوید «عاهدت الله» یا «علي عهد الله ان افعل كذا» و مثل آن. والله العالم.

ص: ۳۸۵

۱- هذا ايضا اول الكلام. نعم يحصل الفرق بينهما بالقصد قطعاً، لكن البحث في «المقصود» لا في «القصد». هل المقصود الذي كان بيعاً، اضمحلّ و حدث مقصود اخر و هو الصلح-؟ ام لا-؟ و معلوم (كما انّ المفروض ايضاً كذلك) ان المقصود هو المقصود الاول، كما انّ المفروض كذلك. و ليس البحث فيما اذا صار المقصود الاول منعدياً و حدث مقصود اخر. و هذا واضح و لا- كلام فيه. انما الكلام في الحيله و الحيل. فاذا صار المقصود الاول منعدياً، فما الحاجه الى الحيله؟ فهي صلح من رأسها. و كذا الهبه المعوضه. فالمقصود رأساً، بسيط. لكن المقصود الثاني مركب من المقصود الاول و قصد الحيله.

۲- التنظير ليس في محله. و لا كلام فيه.

۳- لعل امره (ره) بالتدبر، لعدم اطمينانه الكامل، برأيه و الشهره.

۱۲- سؤال:

۱۲- سؤال: ایلاء (۱) منعقد می شود در صورت غیبت زوجه؟ و همچنین منعقد می شود در صورتی که شخص حالف به هیچ وجه قصد ضرر رسانیدن به زوجه را نداشته باشد یا نه؟-؟ و همچنین ایلاء صورت دارد قبل از عقد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: در ایلاء حضور زوجه شرط نیست [و در نظرم نیست] که کسی [شرط] کرده باشد (۲). و عمومات شامل غایب و حاضر است. و هر گاه در ایلاء قصد اضرار زوجه نباشد (مثل آن که به جهت خوف حامله شدن زن باشد به جهت فساد شیر طفل، یا به سبب مریض بودن زن، یا امثال آن) در این صورت ها ایلاء منعقد نمی شود، بل که قصد اضرار شرط است. و همچنین در ایلاء شرط است که زوجه مدخوله باشد، و ایلاء قبل از عقد منعقد نمی شود. و با انتفاء شرایط ایلاء، حکم آن راجع می شود به مطلق یمین، و ملاحظه شرایط و احکام یمین را باید کرد.

۱۳- سؤال:

۱۳- سؤال: هر گاه کسی قسمی خورده باشد که وفای به آن قسم به حسب دنیا، مرجوح باشد، و نیز باعث حکم (۳) آبروی او در میان مردم بشود. اما به حسب آخرت وفا کردن و نکردن بر آن مساوی و معادل باشد. منعقد می شود یا نه؟-؟

ص: ۳۸۶

۱- تعریف فقهی: ایلاء یعنی شوهر سوگند یاد کند که با همسر دائمی خود، مجامعت نخواهد کرد با قصد اضرار به او. حکم ایلاء: زن به حاکم رجوع می کند، حاکم چهار ماه به شوهر مهلت می دهد، سپس او را مجبور می کند که به یکی از دو چیز عمل کند: یا الفت. و یا طلاق.

۲- عبارت نسخه: در ایلاء شرط حضور زوجه شرط نیست که کسی کرده باشد.

۳- ممکن است در اصل «هتک» بوده.

## جواب:

جواب: ظاهر این است که این قسم منعقد نمی شود. بل که باید متعلق قسم، راجح باشد به حسب دین و دنیا هر دو. و یا راجح باشد به حسب دنیا و مساوی باشد نظر به دین. یا راجح باشد به حسب دین و مساوی باشد به حسب دنیا.

و ظاهر علما این است که مساوی طرفین به حسب دین و دنیا هر دو، نیز منعقد می شود. بل که دعوی اجماع بر آن شده. هر چند بعضی متأخرین در آن اشکال کرده اند به ملاحظه بعضی اخبار.

و اما هر گاه مرجوح باشد نظر به دین، هر چند راجح باشد نظر به دنیا، پس بعضی متأخرین نقل کرده اند از اصحاب به عنوان قطع، عدم انعقاد آن را، و اشکال کرده اند در صورتی که راجح باشد به حسب دین اما نه به حد و جوب، و مرجوح باشد به حسب دنیا.

به سبب ملاحظه بعضی اخبار. و گفته است (۱) که ظاهر اصحاب عدم انعقاد است.

و ظاهر این است که مرجوحیت دنیا به حدی نباشد که خلاف تکلیف باشد؛ مثل تحمل ضرر، یا التزام عسر و حرج که عادتاً [۱] متحمل آن ها نتوان شد. باید متابعت کلام اصحاب کرد. و هتک عرض، از این قبیل است بل که آن داخل مرجوح دینی است.

## ۱۴- سؤال:

۱۴- سؤال: هر گاه کسی مکرر نذر کند، و مکرر قسم هم بخورد (خواه نذر و قسم آن، مطلق بلاشرط باشد هر یک، یا در مقابل شرط راجحی باشد) که زوجه خود را طلاق بدهد. آیا این زن مؤبداً بر او حرام است؟ یا اگر وفا نکند معصیت «خلف نذر» دارد اما زن مزبوره بر او حلال است؟-

## جواب:

جواب: ظاهر این است که این قسم منعقد نباشد، به جهت مرجوحیت طلاق. مگر این

ص: ۳۸۷

---

۱- لفظ «بعض» در فارسی درباره افراد متعدد به کار می رود. و در عربی هم درباره یک فرد و هم درباره افراد متعدد به کار می رود. مانند «برخی» در فارسی. مصنف (ره) در این جا کاربرد عربی را در نظر دارد.

که بالخصوص رجحانی در آن باشد از جهت عارضی. به هر حال ترک آن منشأ حرمت زن نمی شود. و همچنین ظاهر این است که نذر هم منعقد نمی شود به همان جهت که گفتیم. و نیت قربت در نذر شرط است. و به هر حال زن حرام نمی شود.

#### ۱۵- سؤال:

۱۵- سؤال: هر گاه کسی مکرر قسم خورد که فلان زن را نخواهد و عقد نکند برای خود. و قسم او هم منعقد شد. آیا به کفاره دادن، یا غیر آن، منحل می شود؟ یا مؤبداً حرام است بر او آن زن؟

#### جواب:

جواب: بر فرضی که ترک خواستن آن زن مورد یمین بشود و صحیح و منعقد باشد، حرام مؤبد نمی شود. غایت امر، حصول معصیت است به فعل آن. و با لزوم کفاره، یمین منحل می شود.

#### ۱۶- سؤال:

۱۶- سؤال: قسم ولد بدون اذن صریح گرفتن از پدر، منعقد (۱) می شود یا نه؟-؟

#### جواب:

جواب: ظاهر عدم انعقاد است، به ملاحظه ظاهر اخبار (۲). و متأخرین (یعنی از محقق و ما بعد او) چنان که نقل شده؛ گفته اند که منعقد می شود. و لکن والد می تواند حل کند. و همچنین در زوجه و مملوک بدون اذن شوهر و آقا.

#### ۱۷- سؤال:

۱۷- سؤال: شخصی در نیت وسواس بسیار می کند و تکرار می کند، و مکرر تکبیر احرام می گوید (۳) و بر هم می زند. قسم می خورد که «والله لا اعود فی التیة بعد هذا» یعنی والله که دیگر اعاده نیت نمی کنم. از برای خاطر (۴) این که ترک وسواس کند. باز تکرار کرد

ص: ۳۸۸

۱- در نسخه: و منعقد...

۲- وسائل، کتاب الایمان، ب ۱۰ ح ۱، ۲، ۳.

۳- عبارت نسخه: و مکرر تکبیر و احرام گوید.

۴- در نسخه: خواطر.

و باز قسم خورد. و در مرتبه دویم می داند (یا مضمونش این است) که هر گاه قسم خورد باز عودت خواهد کرد و خلاف قسم خواهد کرد. آیا این قسم صحیح است یا نه؟-؟ و هر گاه مخالفت قسم بکند، کفاره باید بدهد یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: ظاهر این است که این قسم دویم صحیح نیست. و کفاره هم در مخالفت آن، لازم نمی شود، به جهت این که یکی از شرایط صحت قسم، این است که قصد به مقتضای آن داشته باشد و جزم به عمل به مقتضای آن، داشته باشد. با وجود علم به این که به مقتضای آن عمل نمی کند (یا ظن به آن) دیگر قصد به عنوان جزم، باقی نمی ماند. و همچنین کفاره در مخالفت چنین قسمی لازم نمی شود. چنان که حق تعالی می فرماید: «لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَ لَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ» (۱). و در آیه دیگر می فرماید «وَ لَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبُكُمْ» (۲). و کسب قلب همان نیت به قصد جازم است. و همچنین مراد از «عقد قلب بیمن» همان قصد جازم است و حکم کردن قصد است که در آن تزلزلی نباشد.

و ظاهر این است که این داخل «لغو در یمن» است. و اقسام لغو بسیار است؛ از جمله آن، عادت زبان است به قسم. چنان که عرب مکرر می گوید «لا- و الله» و «بلی (۳) والله». و از جمله آن است که [به] خطا یا سهو از زبان در رود. که آن ها کسب لسان است نه کسب قلب. و قسم بر چیزی که جازم نیست به کردن آن، از قبیل کسب لسان است.

هر گاه این را دانستی، بدان که: نیت از باب اذعان تصدیقی است نه محض تصور. و «اخطار بیال» ضرور نیست. بل که همان وجود «داعی بر فعل» که همان اذعان و تصدیق به این است که آن فعل خاص را محض از برای خدا می کند، کافی است. و چون وسواسی و

ص: ۳۸۹

۱- سوره مائده، آیه ۸۵.

۲- سوره بقره، آیه ۲۲۵.

۳- در نسخه: ولی والله.

کثیر الشک، تصدیق جازم از برای او حاصل نمی شود (بل که تصدیق به حصول تصور صورت نیت هم از برای او بسیار صعب است) پس تکلیف او بنا گذاشتن به صحت، است یعنی باید شک را تصدیق دارد و صورت مشکوک که [و] «مخطورات بیال» (۱) را صورت حاصله یقیناً انگارد.

پس باید معنی قسم خوردن او (که اعاده نیت نمی کنم) این باشد که همین که صورت مشکوک حاصل شد، به همان اکتفا می کنم - چنان که طریقه کثیر الشک است - و تکبیر می گویم. پس هر گاه این قصد را کرد که به مقتضای حکم کثیر الشک عمل می کنم و اعتنا به شک نمی کنم. و بعنوان جزم عازم شد بر این مطلب، و از برای تاکید و اهتمام، قسم هم یاد کرد، ظاهراً قسم صحیح است. چون مورد آن راجح است در دین و دنیا. و هر گاه مخالفت آن کند عمداً موجب کفاره و مستلزم کفاره می شود، و قسم منحل می شود. مگر این که بی اختیار شود از کثرت طریان و سوسه و شک، و حالتی بر او رود که چنین داند که الحال عمل به حکم کثیر الشک هم نمی تواند کرد. که در این صورت معلوم نیست که کفاره لازم شود در مخالفت.

و اما هر گاه می داند که چنان که اذعان تصدیقی از برای اصل نیت، یا تصدیق به تصور هم از برای او حاصل نمی شود، یا ظن به آن دارد (چنان که سائل در مرتبه دویم فرض کرده) اذعان به این که عمل به مقتضای حکم کثیر الشک خواهم کرد، از برای او ممکن نخواهد شد. پس در این صورت، آن یمین منعقد نیست و کفاره هم بر مخالفت آن قسم لازم نیست و اثمی بر مخالفت بر آن قسم (از حیث مخالفت قسم) نیست. بل که اثم او همان از راه مطابعت شیطان است در ابتدا که امر [او]، او را به این جا رسانیده. و مکلف است که سعی کند تا آن حال را از خود سلب کند.

ص: ۳۹۰

والحاصل: هر گاه وسواسی تتبع حال خود را بکند در آن وقتی که قسم می خورد که اعاده نیت نمی کنم، اگر کسی از او بپرسد که هر گاه در آن وقت که می خواهی تکبیر بگویی، شاک باشی در حصول مقارنت نیت (یا در اخلاص و یقین به برائت ذمه نداشته باشی به کردن چنان نماز، یا شک به هم رسانی در آن وقت که آیا تو داخل کثیر الشک هستی نسبت به این شک خاص) باز عمل به مقتضای قسم خواهی کرد و عود نمی کنی به نیت؟ در جواب متزلزل خواهد شد. و گاه هست که می گوید: نه عمل نمی کنم. پس چگونه این شخص عقد قلب به مقتضای قسم کرده است؟! خصوصاً هر گاه این امر مکرر اتفاق افتد از برای او.

و گاه است که عادت می کند به قسم خوردن در این باب و در این صورت، امر واضح خواهد بود و از قبیل «لا و الله» و «بلی و الله» اعراب خواهد بود. و حدیث [که] کلینی (ره) در کافی روایت کرد [ه] به سند صحیح از صفوان که مناسب این مقام است: «عَنْ أَبِي الْحَسَنِ (عليه السلام) قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُصَلِّي الصَّلَاةَ أَوْ يَتَوَضَّأُ فَيَشُكُّ فِيهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَيَقُولُ إِنَّ أَعَدْتُ الصَّلَاةَ أَوْ أَعَدْتُ الوُضُوءَ فَأَمْرًا عَلَيْهِ كَظْهَرِ أُمِّهِ وَ يَحْلِفُ عَلَى ذَلِكَ بِالطَّلَاقِ فَقَالَ هَذَا مِنْ خُطُوبِ (١) الشَّيْطَانِ لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ (٢).

### ۱۸- سؤال:

۱۸- سؤال: آیا شرط است در صحت نذر فرزند، رضای پدر، یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: دلیلی بر اشتراط آن، ظاهر نیست. هر چند علامه در پاره ای از کتاب های خود، و همچنین شهید در دروس، قائل به اشتراط شده اند. و بعضی استدلال کرده اند بر این به

ص: ۳۹۱

۱- و در نسخه: خطرات.

۲- الکافی، ج ۶ ص ۱۵۵.



حدیثی که در یمین وارد شده به این مضمون که «لَا يَمِينَ لَوْلَدٍ مَعَ وَالِدِهِ وَ لَا لِلْمَرْأَةِ مَعَ زَوْجِهَا وَ لَا لِلْمَمْلُوكِ مَعَ سَيِّدِهِ»<sup>(۱)</sup>، به تقریب این که در بسیاری از اخبار اطلاق یمین بر نذر شده است در کلام معصوم، و در کلام راوی با تقریر معصوم، و این اطلاقات یا بر سبیل حقیقت است یا بر سبیل استعاره. و بنا بر اول، پس نذر هم یمین است و حکم هر دو یکی است. و بنا بر ثانی هم چون باید مراد از تشبیه، تشبیه در احکام شرعیه باشد. و اشتراط اذن والد از احکام شرعیه یمین هست، پس باید از احکام شرعیه نذر هم باشد.

و این سخن، ضعیف است. به جهت آن که حقیقت شدن، اعم است از اشتراک لفظی، و آن مثبت اتحاد در حکم نمی شود. و بر فرض این که مرجوحیت اشتراک لفظی منشأ عمل بر اشتراک معنوی شود، دلیلی بر ثبوت حقیقت در قدر مشترک، نیست.

اما بنا بر حمل بر مجاز: بر فرض تسلیم این که استعاره باشد نه مجاز مرسل، می گوئیم این که گفته اند که باید مراد از مشابَهت، عموم مشابَهت باشد، در جائی است که حمل «هو، هو» باشد. از قبیل «الطواف بالبيت صلاه»<sup>(۲)</sup> و «الفقاع خمر فی الحقیقه» این استعاره نیست. بل که تشبیه مؤکد است که حرف تشبیه از آن محذوف است.

و اما در مطلق تشبیه (خصوصاً به عنوان استعاره) این معنی مسلّم نیست. و الاً بایست هر گاه کسی بگوید «رأيت اسداً یرمی»، از آن بفهمیم که همه حالات و اوصاف اسد از برای آن شخص باشد.

و بر فرض این که بگوئیم: چون در اسد اظهر حالات و اشهر و اشیع آن ها شجاعت است، منصرف به آن می شود. در این جا هم باید منصرف به شباهت در حکم شرعی بشود. به قرینه

ص: ۳۹۲

---

۱- الوسائل، ج ۲۳ ص ۲۱۶.

۲- وسائل، مستدرک الوسائل، ج ۹ ص ۴۱۰.

می گوئیم: در این جا هم آن چه مسلم است که شایع باشد از احکام، این نیست (۱) که به اذن والد باشد. بل که همان لزوم و وجوب و ترتب کفارہ (مثلاً) کافی است. و باکی نیست که بعضی آن اطلاقات را ذکر کنیم:

یکی روایت سماعه است: «لَا يَمِينُ فِي مَعْصِيَةِ إِنَّمَا الْيَمِينُ الْوَاجِبَةُ الَّتِي يَتَّبِعِي لِصَاحِبِهَا أَنْ يَفِيَّ بِهَا مَا جَعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ مِنَ الشُّكْرِ إِنْ هُوَ عَاقَاهُ مِنْ مَرَضٍ أَوْ مِنْ أَمْرٍ يَخَافُهُ أَوْ رُدِّ غَائِبٌ أَوْ رُدِّ مِنْ سَفَرِهِ أَوْ رَزَقَهُ اللَّهُ وَ هَذَا الْوَاجِبُ عَلَى صَاحِبِهِ يَتَّبِعِي لَهُ أَنْ يَفِيَّ لَهُ بِهِ» (۲).

و دیگری روایت حسن بن علی، عن ابی الحسن (علیه السلام): «قَالَ قُلْتُ لَهُ إِنَّ لِي حَيَارِيَةً لَيْسَ لَهَا مِنِّي مَكَانٌ وَ لَا نَاحِيَةٌ وَ هِيَ تَحْتَمِلُ الثَّمَنَ إِلَّا أَنِّي كُنْتُ حَلَفْتُ فِيهَا بِيَمِينٍ فَقُلْتُ لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ لَمَّا أَيْعَهَا أَيْدِئاً وَ لِي إِلَى ثَمَنِهَا حَاجَةٌ مَعَ تَخْفِيفِ الْمُؤَنَةِ فَقَالَ فِ لِلَّهِ بِقَوْلِكَ» (۳). و از این قبیل حدیث بسیار است. و همچنین احادیثی که دلالت دارند (۴) بر اشتراط یمین به قصد قربت و مراد از آن ها باید نذر باشد چون در یمین قصد قربت شرط نیست. و استدلال [با] این ها بعید تر است.

## ۱۹- سؤال:

۱۹- سؤال: هر گاه کسی نذر کند که صدقه بدهد در مکان معینی، یا روزه بگیرد، یا

ص: ۳۹۳

۱- در نسخه: این است.

۲- بحار الأنوار، ج ۱۰۱ ص ۲۴ و در «جواهر الکلام» ج ۳۵ ص ۳۵۸.

۳- وسائل الشیعه، ج ۲۳ ص ۳۲۰.

۴- در نسخه: دارد.

نماز کند در مکان معینی، یا این ها را عمل بیاورد در زمان معینی. واجب است وفاء به آن یا نه؟-؟ و هر گاه کسی که نذر کرده که در مکان خاص ده روز روزه بگیرد و اتفاق سفر افتد. آیا جایز است افطار؟ و بر فرض افطار، قضا واجب است یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: اما روزه؛ پس ظاهراً مشهور علما صحت و لزوم [آن] است. هر چند آن زمان و مکان، فضیلتی و مزیتی (۱) نداشته باشد. به جهت آن که این فردی است از اصل عبادت که راجح است. و مفروض این است که این فرد را نذر کرده. و بعضی قائل شده اند به انعقاد (۲) نذر در کلی دون خصوص فرد. به سبب آن که خصوصیت رجحانی ندارد و منشأ مزیتی در صوم نمی شود. پس مختار است که در هر جا خواهد، بکند.

و این [قول] ضعیف است، به سبب آن چه گفتیم. با وجود این که این سخن تمام نمی شود در وقتی که مزیتی از برای آن مکان باشد. و به این سبب بعضی از ایشان تفصیل داده اند و گفته اند: در مکانی که فضیلت دارد، منعقد است. نه غیر آن. چنان که وارد شده است که یک روز در مکه روزه گرفتن [مساوی با روزه گرفتن] یک سال است در جای دیگر. و فخرالمحققین دعوی اجماع کرده بر تعیین، هر گاه مکان صاحب فضیلت باشد، و گفته است که خلاف در غیر آن است.

و این تفصیل نیز تمام نیست. به همان جهت که گفتیم. و اشتراط مزیت در خصوصیت، منشأ این می شود که صحیح نباشد که کسی گوسفند خاصی را (مثلاً) نذر کند که قربانی بکند و حال آن که گوسفند به از آن موجود باشد، یا مساوی آن. یا درهم خاصی را. و همچنین سایر افراد و اشخاص مرجوحه و متساویه. و همچنین تصدق به فقیر معینی. و هکذا. پس هر گاه کسی آن صوم را در غیر آن مکان بکند، لازم است بر او اعاده در آن مکان.

ص: ۳۹۴

---

۱- در نسخه: مراتبی.

۲- در نسخه: اعتقاد.

و اما نماز: پس مشهور در آن نیز تعیین آن مکان است، هر چند مزیتی نداشته باشد. و بعضی در این جا نیز تفصیل داده اند که هر گاه مکان فضیلتی داشته باشد، متعین خواهد بود و الاً اصل نذر منعقد است به عنوان کلی و مختار است در هر جا که خواهد بکند. و آن نیز ضعیف است.

و در این جا سخن دیگر هست و آن این است که هر گاه نذر کند (مثلاً) نماز ظهر خود را در توی خانه بکند (و مفروض این است که رجحانی در آن نیست) ظاهراً این نذر منعقد نیست. و اما اگر نذر کند که دو رکعت نماز در آن خانه بکند، منعقد است. و فرق این است که در صورت اول نذر تعلق گرفته به خصوص محل، نه نماز و محل، هر دو. بخلاف صورت دوم. پس متعلق نذر در اول رجحان ندارد. و در ثانی دارد. و بر این قیاس است صوم؛ مثل این که نذر کند که ایام البیض رجب را در این مکان [روزه] بگیرد، یا سه روز در این مکان روزه بگیرد. و لکن تصریحی به این تفصیل در کلام فقها ندیده ام.

و بنابر قول به اشتراط مزیت، پس هر گاه نذر کند صوم و صلاه را در مکان فضیلت دار، پس عدول نمی توان کرد به مکانی که مساوی آن باشد، یا پست تر باشد. و اما عدول به افضل از آن؛ پس در آن دو وجه است. و اظهر عدم جواز است. و وجه آن از آن چه پیش گفتیم ظاهر می شود.

و اما نذر صوم و صلاه در وقت معین: پس اشکالی در لزوم عمل آن، نیست هر چند در آن زمان مزیتی نباشد. و ظاهراً خلافی هم نیست، و دعوی اجماع بر آن شده.

و اما حکم کسی که از برای او عذری به هم رسد در آن مکان خاص؛ از مرض یا سفر یا غیر آن: پس روزه را می خورد و باز آن روزه را بعد از زوال عذر، در آن مکان می گیرد. و همچنین روزه نذر معین به وقت را هر گاه عذری حاصل شود، قضای آن بر او واجب است.

و بدان که: محقق در «نافع» گفته است: «من نذر الصدقه فی مکان معین أو

الصوم أو الصلاة فيه أو في وقت معین لزم و لو فعل ذلك في غيره أعاد»<sup>(۱)</sup>. و ظاهر این عبارت این است که لازم است اعاده در آن مکان و در آن زمان. و اعاده در مکان با امکان خوب است. و همچنین اعاده در زمان با اطلاق زمان خاص (مثل مطلق روز جمعه که هر گاه در شنبه به جا آورد فائده ندارد و باید در جمعه دیگر اعاده کند). اما هر گاه در روز معین شخصی<sup>(۲)</sup>، نذر کند (مثل روز جمعه این هفته) پس اعاده در آن معنی ندارد، الا قضاء آن، یا آن که در پنجشنبه قبل همان جمعه بکند باید در جمعه اعاده کند.

و اما در صورت عدم امکان اعاده در مکان؛ مثل این که نذر کرده بود که در فلان قطعه زمین، نماز کند یا روزه بگیرد در روز معینی، و در آن روز نکرد، و آن قطعه زمین را سیلاب برد، یا غرق آب شد به نحوی که امید عودی در آن نباشد. پس در این جا اعاده به معنی این خواهد بود در خصوص مکان که در جای<sup>(۳)</sup> دیگر بکند. و اطلاق اعاده بر این بعید است. و همچنین اطلاق قضاء نسبت به مکان. هر چند اطلاق نسبت به زمان، خوب است. و دور نیست که مراد محقق هم از اعاده، در غیر چنین صورتی باشد. پس در چنین جائی حکم به وجوب قضای نماز و روزه در مکان دیگر، خالی از اشکال نیست. خصوصاً بنا بر مختار که «قضا بفرض جدید است».

و اما حکم نذر صدقه: پس ظاهر بعض اصحاب این است که خلافی نیست در انعقاد نذر آن در زمان معین و مکان معین، هر چند مزیتی برای آن ها نباشد. و از مسالک ظاهر می شود که در این هم خلاف باشد در مکان. و به هر حال، اظهر قول اول است، و دلیل آن

ص: ۳۹۶

---

۱- مختصر النافع، کتاب النذر (الرابع اللواحق) ص ۲۴۶ ط دارالکتب العربی بمصر.

۲- یعنی روز معین مشخص.

۳- در نسخه: دو جای...

همان است که مذکور شد. و علاوه بر آن گفته اند (۱) در مقام عذر [به] فرق گذاشتن ما بین نماز و روزه، و مابین صدقه. چنان که محقق در شرایع در نماز و روزه، تردد و توقف کرده. و در صدقه جزم به صحت کرده [به دلیل] این که غرض از تصدق در مکان معین، تصدق بر اهل آن مکان است. پس آن در قوه تخصیص نذر است به جماعت خاصه، و جایز نیست عدول از آن ها، هر چند دیگران افضل باشند. بخلاف نماز و روزه. زیرا که این عبادت ها (۲) امر واحدی هستند و تفاضل و زیادتی آن ها به زمان و مکان، حاصل می شود. پس هر گاه نذر کند در مکانی که رجحانی نداشته باشد، منعقد نخواهد شد. و جواب این از آن چه پیش گفتیم ظاهر می شود.

و تحقیق مقام این است که معتبر در متعلق نذر این است که فعل آن، راجح بر ترک آن باشد. نه این که فعل آن راجح از فعل غیر آن، باشد. و در این معنی فرق ما بین صدقه و غیر آن نیست. و فرقی ما بین مکان و زمانی که مزیت دارد [با آن که] خالی از مزیت [است] نیست.

و بدان که: بنا بر این که منظور تصدق به اهل آن مکان باشد، پس باز شرط مکان لغو نیست؛ و اظهر این است که بر آن اهل در غیر آن مکان دادن کافی نباشد. پس اگر معین باشد زمان آن نیز، و چنین کرده باشد، کفاره لازم می شود علاوه بر لزوم اعاده در آن مکان. و در صورت عدم تمکن اعاده در آن مکان (چنان که سابق فرض کردیم در نماز و روزه) دلیلی بر لزوم اعاده، ظاهر نیست.

و بدان که اطلاق نذر در مکان معین، منصرف می شود به هر که حاضر در آن مکان باشد، هر چند از اهل آن جا نباشد. و ظاهر این است که فرق [میان فقیر و غنی] هم نباشد.

ص: ۳۹۷

---

۱- یعنی قائل شده اند- قالوا فی مقام العذر بالفرق ما بین... .

۲- در نسخه: عبارت ها.

به جهت آن که صدقه بر غنی هم جایز است. چنان که در کتاب «غنائم الايام» بیان آن کرده ایم، مگر این که عرفی هم باشد که دلالت کند بر فقرای حاضرین بلد، یا فقرای اهل بلد، یا عموم اهل بلد نه غربا. و همچنین است کلام هر گاه کسی وجهی بدهد به کسی و بگوید این را در آن بلده خاصه تصدق کن.

## ۲۰- سؤال:

۲۰- سؤال: هر گاه کسی صوم شهری نذر کند معلق بر وقوع فعلی، یا ترک فعلی. و بعد خلاف مقتضی (۱)، فعل یا ترک را به عمل آورد. و صوم معلق منجز شود. آیا چنین صومی را؛ بعضی از آن هر گاه در حضر کرده شود، و بعضی دیگر از آن را در سفر می تواند گرفت یا نه؟-؟ و اگر چه آن سفر به اختیار خود باشد که هر گاه خواهد بکند. آن سفر را می تواند کرد؟ یا کل آن را در سفر می تواند گرفت یا نه؟-؟ و اگر چه غافل از تعمیم به حسب حضر و سفر باشد در حین جریان صیغه.

و هر گاه صومی که معین شده است، ترک آن را به عمل بیاورد، آیا به ازاء هر جزئی از شهر (که عبارت از هر یومی باشد مثلاً) یک کفاره می دهد؟ یا به ازاء مجموع، یک کفاره می دهد؟ و آیا فرقی هست ما بین آن که عبارت صیغه به این طریق، مذکور شده باشد که «لله علیٰ ان فعلت کذا ان اصوم شهراً بعد الفعل»، یا به این طریق که «ان اصوم کل یوم من ایام شهر واحد بعده»-؟ و بالجمله: آیا فرقی ما بین این هست که افراد شهر، مقصود بوده باشد تبعاً یا اصلاً-؟

و دیگر: هر گاه چنین صومی ترک شود قضای آن واجب است یا نه؟-؟

## جواب:

جواب: اولاً بدان که روزه نذر را در سفر نمی توان گرفت. مگر این که در حال نذر قید سفر کرده باشد، علی الاظهر.

ص: ۳۹۸

۱- یعنی: بر خلاف مقتضای نذر.

و ثانیاً: باید دانست که کسی که نذر کند که یک ماه روزه بگیرد (خواه منجزاً، و خواه معلقاً بخصوص فعلی، یا ترک فعلی) تابع در آن لازم نیست علی الاظهر الاظهر. مگر آن که قید تابع کرده باشد. و در صورت اطلاق، هر وقت خواهد، می خورد. و هر وقت بخواهد، می گیرد. و در خوردن آن کفاره لازم نیست. و اصل خوردن هم حرام نیست هر چند بعد از ظهر باشد. پس در اثنای آن، سفر می تواند کرد هر چند بالاختیار باشد. و تتمه را در معاودت می گیرد.

و ثالثاً: هر گاه قصد تابع کرد اما شهر را معین نکرده در این جا نیز هر وقت خواهد می خورد. و لکن باید از سر بگیرد، مگر این که پانزده روز را گرفته باشد و بعد از آن بخورد. و در این جا اشهر و اظهر این است که واجب نیست از سر گیرد، خواه به اختیار بخورد یا به اضطرار (بل که در حکم شهرین متتابعین است که همین که یک ماه و یک روز را گرفت، دیگر از سر نمی گیرد، و مجزی است از آن) و لیکن احوط این است که تتمه را به توالی بکند، هر چند معصیت بودن تفریق در باقی، بر حقیر ظاهر نیست، بل که اظهر عدم اثم است.

و رابعاً: هر گاه تعیین کند ماه را؛ مثل آن که نذر کند که تمام رجب و [یا] شعبان را بگیرد. یا نذر کند که یک ماه بعد حصول آن فعل (یا ترک آن) که نذر را به آن معلق کرده، متتابعاً بگیرد. یا نذر کرد که به قدر یک ماه از مجموع رجب و شعبان را بگیرد. پس در صورت اول جایز نیست افطار بدون عذر شرعی. و در این جا مطلقاً خوردن آن موجب کفاره است. و هر گاه عمداً بخورد، حلّ نذر هم می شود، و تتمه را واجب نیست گرفتن. و قضای همان روز بر او واجب است. و همچنین در صورت ثانیه.

و در صورت ثالثه، جایز است خوردن تا مضیق شود به مقدار یک ماه. و بعد از تضیق در حکم سابق است در حرمت افطار و لزوم کفاره و انحلال نذر.

و در حکم نذر معین است هر گاه نذر کند که یک ماه از تابستان این سال را روزه بگیرد، و ترک کند روزه را تا وقت آن تنگ شود. پس هر گاه روزه را نگرفت تا بیست



روز به پائیز مانده، در این صورت حنث نذر از او به عمل آمده (۱)، و کفاره واجب می شود. و قضا بر او لازم نیست. و گرفتن آن بیست روز هم لازم نیست.

و خامساً: همین که صادق آمد مخالفت نذر، [نذر] منحلّ می شود. و بر او یک کفاره بیشتر لازم نیست. پس کسی که نذر کرد که هر شب تهجد کند، یا هر پنجشنبه روزه دارد، یا یک ماه معین روزه دارد؛ به ترک یک شب تهجد، و یک روز پنجشنبه، یا یک روز از آن ماه، مخالفت نذر شده و یک کفاره بر او لازم است. و نذر منحل [شده است]. و دیگر نه بر او تهجد و روزه واجب است، و نه کفاره متعدد به سبب هر شیئی، یا هر روزی. و لکن احوط این است که باقیمانده را ترک نکند. و به ترک هر یک [یک] کفاره بدهد. چنان که بعضی قائل شده اند در این جا.

و قول تازه احداث شده که: اگر در حین مخالفت نذر، قصد کند عدم انحلال نذر را، نذر بر حال خود باقی می ماند. و این دلیلی ندارد. بلی: هر گاه در حین نذر، چنین نذر کند که هر یک از ایام و لیالی مورد نذر باشند به این معنی که نذر کند «الله علیّ که هر روز پنجشنبه روزه می گیرم به این وجه که هر یک از آن ها، نذر علیحده باشد که اگر احدی از آن ها ترک شود، آن (۲) باقی بر من واجب باشد». در این جا ظاهر این است که هر یک حکم علی حده داشته باشد در قضا و کفاره.

## ۲۱- سؤال:

۲۱- سؤال: شخصی را ظالمی جریمه یا حبس نموده. شخص مزبور (به غیر زبان عربی) به ترکی یا فارسی، به این نهج که «من از این بلیّه یا حبس نجات و خلاصی یابم هر روز پنجشنبه روزه بگیرم» گفت. یا گفته که نذر کردم اگر خلاص شدم هر پنجشنبه روزه بگیرم. آیا بعد از خلاصی لازم و واجب است بر شخص مزبور که مادام العمر روزه کذائی را

ص: ۴۰۰

۱- عبارت نسخه: حنث نذر را از او به عمل آمده.

۲- در نسخه: بآن.

بگیرد؟ یا باید صیغه نذر را به عربی، یا مضمون آن را به زبان دیگر جاری ساخت؟

**جواب:**

جواب: به مجرد همین، واجب نمی شود، تا صیغه نذر را نگویید لازم نمی شود. و آن به لفظ عربی این است «الله علیّ که این کار را بکنم» و ترجمه آن به زبان فارسی این است «خدا را بر ذمه [من] باد که چنین کنم».

**کتاب النذر من المجلد الثالث**

**۲۲- سؤال:**

۲۲- سؤال: شخصی (مثلاً) نذر کرده و صیغه نذر به عربی جاری کرده که جای معینی را از روضات اولاد ائمه (علیه السلام)، تعمیر کند به هر قدر که خرج داشته باشد آن جای معین. و بعد از آن، آن شخص را اتفاق افتاد به سفر رفت، یا این که در این جا بود و اهمالی کرد، تا این که شخص دیگر به هم رسید و آن مکان مشخص را تعمیر کرد. حال آن شخص را چه باید کرد؟ آیا نذر از گردن او ساقط می شود؟ یا این که می تواند آن نذری را که آن مکان معین خرج داشته، صرف جای دیگر از آن روضه کند یا نه؟-؟

**جواب:**

جواب: بعد از آن که آن موضع تعمیر شد به حیثیتی که منظور ناذر بوده به عمل آمده، پس آن داخل در «عجز به وفای به نذر» می شود. و در صورت عجز، آن نذر ساقط می شود. پس اگر نذر در سال معین کرده و تقصیری کرده و دیگری به عمل آورده، کفاره نذر باید بدهد. و اظهر این است که کفاره مخالفت نذر، مثل کفاره افطار ماه رمضان است. و هر گاه نذر مطلق بوده، کفاره لازم نیست. و در هر دو صورت، نذر از او ساقط می شود. و اگر فرض کنیم که بعد از این، همان موضع خراب شود، بر ناذر (ظاهر این است که) واجب نیست

ص: ۴۰۱

تعمیر. چون در نظر او در حین نذر، تعمیر از همان خرابی خاص بوده، نه این که هر وقت خراب شود تعمیر کند.

## ۲۳- سؤال:

۲۳- سؤال: زید نذر کرده باشد به این نحو که «نذر کردم که در مدت معینه نافله شب بکنم، هر شب را که ترک کنم روزش را روزه بگیرم». و قصدش از تعیین روزه این باشد که داعی و باعث بر کردن نافله باشد و از بابت تعیین کفاره باشد. نه آن که منذور بنفسه باشد. و بعد ذلک گفته «الله علیّ هکذا». آیا در صورت مزبوره هر گاه ترک نافله بکند، کفاره واجب می شود یا روزه آن روز؟-

و بر تقدیر وجوب روزه، آیا با وجود ترک روزه، قضای آن روزه واجب می شود یا کفاره نذر روزه؟-

و آیا ترک نافله به سبب سرمای بسیار که موجب مشقت بسیار بوده، و ترک روزه هم به جهت ضعف بنیه و کثرت ایام حنث بوده باشد. فرقی دارد با عدم عسر و مشقت، یا نه؟-

و چنانچه در اول قصد حنث نذر بالکيه کند و ملتزم کفاره نذر شود به جهت لزوم حرج، فایده دارد یا نه؟-

و هر گاه مکرر نذری که می کرده به صیغه «الله علیّ کذا» بوده ولی مشکوک باشد که نذر معین به کدام صیغه بوده. ملحق به کدام صورت است؟

## جواب:

جواب: این مسئله موقوف است به تمهید چند مقدمه:

اول این که: صیغه نذر، واجب است در تحقق آن، تلفظ (علی الا شهر الاقوی) با قصد تقرّب. و اظهر این است که همان لفظ «الله علیّ» با قصد معنی آن، در قصد تقرّب کافی باشد. و بعضی لازم دانسته اند که علیحده قصد «الله» یا «قربه الی الله» و امثال [آن ها] بعد از صیغه بشود. و آن خلاف مقتضای اخبار و ادله است. زیرا که مراد از تقرّب این است که خدا را در

نظر داشته باشد در التزام (۱) آن فعل و معنی «الله» همان است.

دوم این که: صیغه نذر یا برّ است، یا زجر است، یا تبرّع. و مراد از اول این است که از باب شکر باشد یا استدفاع؛ مثال اول این است که بگوید «إِنْ وُقِّتَ لِلْحَجِّ فَلِلَّهِ عَلَىٰ صَدَقَةِ مَاءِ دِينَارٍ» و «إِنْ رُزِقْتَ وَلِدًا فَلِلَّهِ عَلَىٰ كَذَا» و شرط نیست که شرط طاعت باشد. همین که قابل این هست که شکر الهی در برابر آن، بشود کافی است. مثال ثانی: «إِنْ بَرِئَ وَلَدِي مِنَ الْمَرَضِ فَلِلَّهِ عَلَىٰ كَذَا». و این قسم را «نذر مجازات» گویند. و بعضی نذر تبرّع را از اقسام نذر برّ شمرده اند.

و اما مثال زجر: پس این است که بگوید: «إِنْ فَعَلْتَ هَذَا الْحَرَامَ فَلِلَّهِ عَلَىٰ صِيَامِ شَهْرٍ» یا «إِنْ تَرَكْتَ هَذَا الْوَاجِبَ فَلِلَّهِ عَلَىٰ كَذَا». که این نذر را می کند از برای باز داشتن خود از فعل حرام و ترک واجب. و این مختص واجب و حرام، نیست. بل که در ترک مستحب و فعل مکروه، هم جاری است. و در این قسم هم شرط است که آن فعلی که می کند، فعل مرجوحی باشد، یا ترک راجحی. پس صیغه شکر و زجر، غالباً یکی است و به قصد، متفاوت می شود، و لفظ یکی است. پس اگر بگوید «إِنْ صَلَّيْتُ فَلِلَّهِ عَلَىٰ كَذَا» اگر مراد او شکر بر ترک نماز است، نذر باطل است. و اگر مراد توفیق یافتن برای فعل نماز است، صحیح است. بخلاف «إِنْ زَنَيْتَ فَلِلَّهِ عَلَىٰ كَذَا» که اگر مراد شکر است (یعنی: اگر موفق شوم برای زنا، بر من باشد از باب شکر) باطل است. و اگر مراد زجر است - یعنی: اگر مبتلا شوم، بر من این باشد از برای زجر - صحیح است.

و مثال تبرّع این است که: نذر را معلق به شرطی نکنند، و بگوید «لِلَّهِ عَلَىٰ أَنْ اصُومَ غَدًا» و «أَنْ أَصَلِّيَ كَذَا».

ص: ۴۰۳

و در صحت و لزوم آن قسم که شرط دارد، خلافی نیست در میان شیعه. و در تبرع خلاف است. و اظهر و اشهر صحت است. چنان که اشهر و اظهر این است که باید متعلق نذر، راجح باشد. و مرجوح متعلق نذر نمی شود.

سیم: پیش اشاره کردیم به این که قصد قربت در نذر، شرط است. پس بدان که هر گاه مقصود او هر گاه ردع نفس باشد از [ترک] آن عمل (۱)، منعقد نمی شود هر [گاه] متعلق نذر عبادت باشد (۲). و آن شرط هم از باب ترک عبادات باشد؛ مثل صورت سؤال که بگوید «لله علیّ که اگر ترک نافله شب کنم همان روز را روزه بدارم»، در صورتی که محض مقصود او از نذر روزه، همان باز داشتن نفس است از ترک نماز شب که از تشویش روزه لازم شدن، نماز شب را ترک نکند. بل که باید قصد او در نذر این روزه، تقرب الهی باشد.

چهارم: پیش دانستی که نذر منقسم می شود به نذر تبرّع، و نذر شکر، و نذر زجر. پس بدان که اشکال در این است که آیا می توان جمع کرد میان این اقسام به صیغه واحده، یا نه؟-؟ شکی نیست که متعلق نذر نمی تواند شد که هم تبرع باشد و هم شکر باشد و هم زجر. و همچنین دو تای آن ها جمع با هم نمی شوند. چنان که واضح است. اما آیا می توان به صیغه واحده جمع کرد میانه آن ها، یا نه؟-؟ اظهر جواز است؛ مثل این که بگوید «لله علیّ ان اصوم غداً و انّی ان وفقت لصلوه اللیل فی هذه اللیله، اصدق بدرهم و ان ترکتها ان [أ] تصدق بدرهم». بل که جایز است جمع ما بین نذر شکر و زجر در همان نذر تبرع بعینه؛ مثل این که بگوید «لله علیّ ان اتهدج فی لیالی هذا الشهر و ان لم اتهدج فیها اصوم کل یوم

ص: ۴۰۴

---

۱- عبارت نسخه: هر گاه رزق نفس باشد از آن عمل.

۲- و در نسخه: هر چند متعلق نذر عبادت باشد. - توضیح: این عدم انعقاد منحصر است به صورتی که متعلق نذر عبادت باشد. نه مطلقاً.

فاتت تهجد لیلته، زجرأً(۱). و ان وُفقت لها أتصدق فی صبیحتها بدرهم».

پنجم: واجب می شود کفاره به ترک نذر عمداً، و نذر منحل می شود. به خلاف صورت جهل و نسیان و اکراه، علی الاقوی. اما انحلال در صورتی که منذور(۲) افراد متعدده نداشته باشد (مثل این که نذر کند که فردا روزه بگیرد، و ترک کند) پس اشکال و خلافتی نیست. و اما در صورت تعدد- مثل این که نذر کند هر پنجشنبه روزه بگیرد- پس اشهر و اقوی این است که باز منحل می شود؛ یعنی دیگر واجب نیست عمل به آن نذر.

و وجه آن این است که چون نقیض موجب کلیه، سالبه جزئیه [است]، پس «هر پنجشنبه» مستلزم وجوب همه افراد است. و هر گاه یک روز را نگرفت، دیگر آن کلیت به جا نمی ماند که مورد نذر بود. و هر گاه این نذر به جا نماند، دیگر مخالفت(۳) این، معنی ندارد. پس به ترک پنجشنبه دیگر، مخالفت نذر حاصل نمی شود که کفاره بر آن مترتب شود.

و همچنین: هر گاه نذر کند که هیچ گناه کبیره نکند. همین که یک گناه کبیره کرد، یک کفاره واجب می شود. چون نقیض سلب کلی، ایجاب جزئی، است و به فعل یک کبیره، کلیت کبایر که متعلق نذر بود، از میان رفت. و دیگر متعلق نذر به جا نمی ماند که مخالفت این متحقق شود و موجب کفاره دیگر شود.

و همچنین هر گاه نذر بر ترک «طبیعت کلیه» کرده باشد. چون ترک مهیته نمی شود الا به ترک جمیع افراد، پس هر گاه یک فرد را به عمل آورد، صادق است که ترک طبیعت نکرده، هر چند سایر افراد را ترک کند.

ص: ۴۰۵

---

۱- عبارت نسخه: اصوم فی کل یوم فاتت تهجد لیله زجرأً.

۲- و در نسخه: منظور.

۳- در نسخه: مخالف.

و بعضی گفته اند که هر گاه متعلق نذر متعدد باشد، به ترک هر فردی در صورت ایجاب کلی، و به فعل هر فردی در صورت سلب کلی، مخالفت نذر می شود. پس نذر منحل نمی شود. و به مخالفت هر فردی کفاره علیحده لازم می شود. و همچنین در صورتی که متعلق نذر، ترک طبیعت باشد. چون ترک طبیعت نمی شود الاّ به ترک جمیع افراد، پس ترک هر فردی مستلزم مخالفتی است.

بلی: هر گاه متعلق نذر فعل طبیعت باشد، و ترک طبیعت کند به این که همه افراد را ترک کند. بنابر هر دو قول، یک کفاره لازم است، و نذر منحل می شود.

بلی هر گاه بگوید (مثلاً) که «لله علی ان اصوم کل خمیس، فان ترک- [ت] صوم واحد فکل خمیس بعده و هکذا». پس آن در حکم نذرهای متعدده است که به صیغه واحده جاری شود. چنان که پیش گفتیم. و در این صورت باز یک کفاره لازم می شود. و مخالفت متعدده در نذر واحد نمی شود (۱)، بل که مخالفت های متعدده، در نذرهای متعدده می شود (۲).

این کلام بود در نذر تبرع. و از این ظاهر می شود حکم نذر مجازات شکری و استدفاعی و نذر زجری. پس هر گاه فعل طبیعتی متعلق شود بر فعل طبیعتی، یا حصول طبیعتی، و ترک کند ناذر طبیعت جزا را، موجب کفاره و حل نذر می شود. یعنی در صورتی که طبیعت شرط، به عمل می آید و طبیعت جزا ترک شود. و هر گاه جزا متعدد شود مثل این که بگوید «لله علی لو زیت ان اصوم کل خمیس». پس در ترک صوم یک خمیس و هر یک از خمیس ها، همان سخن است که در نذر تبرع گذشت؛ که مشهور و اقوی انحلال است به ترک خمیس اول، مگر در صورت قصد تعدد نذر. چنان که گفتیم.

و هر گاه متعلق شود متعدد بر متعدد؛ چنان که بگوید «لله علی ان اصوم صبیحه کل یوم

ص: ۴۰۶

---

۱- در نسخه: نشود- نسخه بدل: نشده.

۲- در نسخه: شده است.

ترک تہجد لیلۃ». پس بنا بر مشہور، چون موجبہ کلیہ بر جا نمی ماند، نذر منحل می شود و یک کفارہ بیشتر واجب نمی شود. مگر در صورتی کہ قصد تعدد نذر کند کہ ہر یک از افراد، مورد نذر باشند. و بنا بر قول مشہور، در ترک ہر روزی کفارہ لازم نمی شود ہر چند قصد تعدد کردہ باشد(۱).

و گویا نظر آن قائل، بہ صحیحہ علی بن مہزیار باشد؛ «قَالَ كَتَبَ بُنْدَارُ مَوْلَى إِدْرِيسَ يَا سَيِّدِي نَذَرْتُ أَنْ أَصُومَ كُلَّ يَوْمٍ سَبْتٍ - فَإِنْ أَنَا لَمْ أَصُمْهُ مَا يَلْزُمُنِي مِنَ الْكُفَّارَةِ فَكَتَبَ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَقَرَأْتَهُ لَا تَتْرُكُهُ إِلَّا مِنْ عَلَيٍّ وَ لَيْسَ عَلَيْكَ صَوْمُهُ فِي سَفَرٍ وَ لَا مَرَضٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ نَوَيْتَ ذَلِكَ وَ إِنْ كُنْتَ أَفْطَرْتَ فِيهِ مِنْ غَيْرِ عَلَيٍّ فَتَصَدَّقْ بِعَدَدِ كُلِّ يَوْمٍ عَلَى سَبْعَةِ مَسَاكِينَ نَسَأَلُ اللَّهُ التَّوْفِيقَ لِمَا يُحِبُّ وَ يَرْضَى»(۲). و روایت ابراہیم بن محمد ہمدانی «قَالَ كَتَبَ رَجُلٌ إِلَى الْفَقِيهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) يَا مَوْلَايَ نَذَرْتُ أَنْتَى مَتَى فَاتَّيَنِي صِيَامًا اللَّيْلِ صِيَمْتُ فِي صَبِيحَتِهَا فَفَاتَهُ ذَلِكَ كَيْفَ يَصْنَعُ وَ هَلْ لَهُ مِنْ ذَلِكَ مَخْرَجٌ وَ كَمْ يَجِبُ عَلَيْهِ مِنَ الْكُفَّارَةِ فِي صَوْمِ كُلِّ يَوْمٍ تَرَكَهُ أَنْ كَفَرَ إِنْ أَرَادَ ذَلِكَ قَالَ فَكَتَبَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) يُفَرِّقُ عَنْ كُلِّ يَوْمٍ مُدًّا مِنْ طَعَامِ كُفَّارِهِ»(۳).

و تو می دانی کہ این دو حدیث، دلالت بر لزوم تعدد کفارہ نذر، ندارند. و شاید مراد بیان فدیہ روزہ نذر باشد بر سبیل استحباب. بلی: در کتاب «مقنع» بہ جای سبعمہ مساکین، عشرہ مساکین است. و چون طریقہ او در آن کتاب، نقل متون اخبار است، شاید حدیثی دیدہ باشد

ص: ۴۰۷

۱- در نسخہ: نکرده باشد.

۲- وسائل الشیعہ، ج ۱۰ ص ۳۷۹.

۳- تہذیب الأحکام، ج ۴ ص ۳۲۹.



که در آن عشره مساکین باشد. و چون عشره مساکین احد خصال کفاره یمین است (بنابر قول خلاف اصح)، پس بر او کفاره نذر باشد. و این ضعفی است در ضعف. پس اولی آن است که هر دو حدیث را حمل بر استحباب فدیة کنیم. و اقوی این است که کفاره نذر، کفاره رمضان است.

این ها همه در صورت تعمد ترک است. و اما هر گاه از راه جهالت و نسیان و اکراه باشد، پس جزماً کفاره نیست. و اما انحلال نذر: پس شهید در «قواعد» قائل به آن شده است و نسبت آن را به اصحاب داده. و شهید ثانی در آن دو وجه ذکر کرده و توقف کرده. و اظهر عدم انحلال است. چون این جماعت (۱) از تکلیف خارج اند. پس در حال جهل و نسیان و اکراه، این فرد داخل [در مخالفت] نذر نیست که مخالفت آن موجب انحلال شود.

ششم: هر گاه عجز حاصل شود از منذور؛ پس ظاهر این است که بر او چیزی نیست. و ظاهر این است که فرقی ما بین عجز بالمزّه با تحمل عسر و حرج نباشد. چون شرعاً آن هم در حکم عجز و عدم امکان است. و دلالت می کند بر آن، اصل و روایت عتبه بن مصعب که معمول به مشهور است (۲). و راوی از آن، صفوان است؛ «قَالَ: نَذَرْتُ فِي ابْنِ لِي إِنْ عَافَا اللَّهُ أَنْ أَحِجَّ مَاشِيًا فَمَشَيْتُ حَتَّى بَلَغْتُ الْعَقَبَةَ فَاشْتَكَيْتُ فَرَكِبْتُ ثُمَّ وَجَدْتُ رَاحَةً فَمَشَيْتُ فَسَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ إِنِّي أُحِبُّ إِنْ كُنْتُ مُوسِرًا أَنْ تَذِيحَ بَقْرَةً فَقُلْتُ مَعِيَ نَفَقَةٌ وَ لَوْ شِئْتُ لَفَعَلْتُ وَ عَلَيَّ دَيْنٌ فَقَالَ أَنَا أُحِبُّ إِنْ كُنْتُ مُوسِرًا أَنْ تَذِيحَ بَقْرَةً فَقُلْتُ أَ شَيْءٌ وَاجِبٌ فَعَلُهُ فَقَالَ لَا وَ لَكِنْ مَنْ جَعَلَ لِلَّهِ شَيْئًا

ص: ۴۰۸

۱- جاهل، ناسی و مکره.

۲- عبارت نسخه: که معمول بمشهور است.

و اما حسنه جميل بن صالح «عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى (عليه السلام) أَنَّهُ قَالَ كُلُّ مَنْ عَجَزَ عَنْ نَذْرِ نَذْرَهُ فَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ» (۲). پس اقرب محامل آن این است که مراد عجز از كفاره نذر است که بعد عجز از كفاره رمضان، كفاره يمين می دهند. چنان که قول سيد مرتضى است در «انتصار» و دعوى اجماع بر آن کرده. و به هر حال؛ قائلی به وجوب آن در صورت تعدّر منذور، ندیدیم. و ترك اصل و روايت معمول به اصحاب، به آن حدیث نمی توان کرد. بلی: از شیخ در «نهایه» و محقق در كفارات «نافع»، حکم به لزوم كفاره دو مدّ طعام شده. و حدیث صریحی در آن، در نظر نیست. و لکن اخبار بسیار به یک مدّ وارد شده و عاملی به آن ها در نظر نیست خصوصاً با اختلاف بسیاری که در آن ها از حیثیات دیگر هست؛ از حیث گندم بودن، و جو بودن، و تمر بودن، و غیر این ها. پس آن ها را حمل بر استحباب می کنیم خصوصاً آن ها که در روزه است. بعلاوه همه، كفاره غالب این است که در فعل حرام یا ترك واجب است، و در این جا هیچکدام نیست.

هر گاه این مقدمات را دانستی، پس می گوئیم که: سؤال سائل، خالی از اغتشاش نیست. و تدافعی در آن به نظر می آید. و از اول کلام او بر می آید که نذر او مرکب است از نذر تبرعی و نذر زجری. و به صیغه واحده ادا شده که نذر نافله تبرعی است و نذر صوم زجری. و در مقدمات بیان کردیم صحت آن را. و اما آن که گفته است قصدش در تعیین روزه این است که روزه باعث و داعی بر فعل نافله باشد، آن همان معنی «نذر زجری» است. و اگر مراد این است که قصد تقرب ندارد در روزه، پس در مقدمات گفتیم که چنین نذری باطل

ص: ۴۰۹

۱- مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۶ ص ۸۹.

۲- الکافی، ج ۷ ص ۴۵۷.

است. و این که گفته است: «نه این که منذور بنفسه باشد»، اگر مراد این است که نذر تبرعی نیست بل که از برای زجر است، پس تو دانستی که این مضرّ نیست. زیرا که دلیل نذر زجری، اقوی است از تبرعی. و آن اجماعی است و این خلافی. و اگر مراد عدم قصد تقرب است، پس آن باطل است.

و این که گفته است: «از باب تعیین کفاره باشد»، معنی این را نفهمیدم؛ این چگونه کفاره است که اسم او در هیچ کتابی و حدیثی و آیه [ای] نیست؟! مگر آن که ناذر شارع شده باشد!

و اما سؤال از وجوب کفاره و روزه: پس معلوم شد از مقدمات، که بر فرض ترک نذر از تبرعی و زجری، نذر صحیح است. و بر ترک نذر تبرعی، کفاره نذر لازم است. و کلام در وحدت و تعدد، گذشت.

و اما سؤال از قضای آن روز: پس اظهر وجوب آن است. چون در حکم نذر معین است. و قضا و کفاره (هر دو) واجب است از برای آن روز، به تفصیلی که گفتیم.

و اما سؤال از قصد حث و تعیین انحلال بر قصد حث و عدم آن: پس آن خیالی است که صاحب «مفاتیح» کرده و هیچ راهی ندارد. بل که آن چه را شارع حث قرار داده، همان است و قصد ناذر در آن دخلی ندارد.

و اما سؤال از شک در صیغه که آیا بر وجه صحیح واقع شده یا نه؟-؟ پس ظاهر این است که به مقتضای اصل، وجوب وفا منتفی می شود، خصوصاً با غلبه استعمال صیغه باطله. زیرا که ظاهر این است که «نذرت لله علی» صیغه نذر نباشد (۱)، مگر این که مراد او بیان و تفسیر «نذرت» باشد به کلمه «لله علی کذا» والله العالم.

## ۲۴- سؤال:

۲۴- سؤال: اذن والد در نذر ولد، شرط است یا نه؟-؟

ص: ۴۱۰

---

۱- و ادله ای بر این «ظهور» دلالت دارند. لیکن آن چه در این بین مورد بی توجهی قرار می گیرد قاعده «انما الاعمال بالنیات» است. بویژه که این مسئله از ایقاعات است.

جواب: اظهر عدم اشتراط است نه در صحت و نه در انعقاد.

۲۵- سؤال:

۲۵- سؤال: هر گاه زید نذر نماید که (مثلاً) در نماز صبح سوره انا انزلناه را بخواند. و اتفاق افتد بدون تذکر، شروع به قل هو الله احد، نماید و در وسط سوره به خاطر(۱) او آید، چه کار کند؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که نماز صحیح است. چون طرّو نسیان (با ملاحظه عدم جواز عدول از سوره توحید به سوره دیگر) کاشف از آن است که اصل نذر، منعقد نبوده چون فعل آن ممکن الحصول نبوده در نفس الامر. مثل این که زنی نذر کند روز پنجشنبه اول ماه رجب آینده، روزه بدارد. و اتفاق افتد که در آن روز حائض شود.

اگر کسی بگوید که نسبت ما بین عموم و جوب وفای به نذر (که مقتضی وجوب قرائت سوره انا انزلناه در نماز صبح است) و عموم حرمت عدول از توحید، عموم من وجه است. و دلیل [ی] بر ترجیح ثانی بر اول، نیست.

گوئیم: اگر مراد این است که عموم اول مقتضی آن است که واجب است وفای به نذر هر چند به این عنوان باشد که نذر کرده است که انا انزلناه بخواند هر چند به عنوان عدول از توحید باشد، پس اصل نذر باطل است. چون مورد آن حرام است به اجماع و اخبار. و اگر مراد این است که نادر نذر مطلق کرده نه عام، و لکن وجوب امتثال به مطلق در صورت مفروضه، موقوف است به عدول. و آن از باب مقدمه واجب است(۲).

و اگر گوئی: حرمت آن به سبب نذر زایل شد، و عمل کردن به هر دو عام موجب

ص: ۴۱۱

---

۱- در نسخه: خواطر.

۲- یعنی: در این صورت، میان «وجوب مقدمی عدول» و «حرمت عدول»، تعارض می آید. بدیهی است که ترجیح با «حرمت عدول» است. زیرا علاوه بر تقدیم حرمت در تعارض میان حرمت و وجوب، و نیز احتیاط، در این جا جانب وجوب، مقدمی است و جانب حرمت، اصیل است- اگر سقطی در عبارت نباشد.

اجتماع نقیضین است و آن محال است، پس باقی ماند کلام در ترجیح احد عمومین بر دیگری. اگر گفته شود که ترجیح وفای به نذر می دهیم به سبب این که (هر چند مسلم داریم که به سبب نسیان، فعل حرامی نکرده لکن) تمام کردن سوره حرام است چون مقتضای نذر، خواندن انا انزلناه است. و چون خواندن توحید بعد از (۱) تذکر حرام است، پس واجب است عدول تا مقتضای نذر [به] عمل آید.

می گوئیم که: آن چه مسلم است که حرام است به سبب نذر، شروع کردن به قل هو الله است عمداً، نه تمام کردن آن بعد از شروع کردن سهواً. با وجود این که مقتضای احادیث عدم جواز عدول، وجوب اتمام توحید است. پس این معارضه می کند با آن که مقتضای نذر، حرمت اتمام است اگر مسلم باشد. پس اگر کسی منع «شمول ادله حرمت عدول» کند، در این صورت معارضه می شود به منع دلالة صیغه نذر بر اراده ناذر، چنین فردی را. و همچنین ادله وجوب وفای به نذر، چنین صورتی را.

و می توانیم ترجیح بدویم عمل به عمومات حرمت عدول را به سبب استصحاب و حدیث «الصلاه علی ما افتتحت علیه» (۲) خصوصاً با ملاحظه حرمت قران در سوره. و خصوصاً بنا بر تحقق قران به زیاد کردن بعض سوره نیز. و مؤید این مطلب است نیز این که حرمت عدول از توحید، حکم شرعی اصلی الهی است. و وجوب قرائت انا انزلناه، به سبب نذر، به فعل مکلف است. و اول اهم است از ثانی.

و مناسب این مقام است کلام شهید در «ذکری»: «و لو قئید المنذوره بوقت فراحت المكتوبه، فالأقرب تقدیم المكتوبه، لأن وجوبها مطلق. و یحتمل تقدیم المنذوره، لتشخصها

ص: ۴۱۲

---

۱- در نسخه: و بعد از...

۲- وسائل، کتاب الصلاه، ابواب النیه، ب ۲ پیام حدیث های ۲ و ۳.

بهذا الوقت قبل المكتوبه. فعلى هذا يقضى المكتوبه، و ليس بشىء، لأن الوقت مضروب للمكتوبه فى حكم الله تعالى بحسب الوضع الشرعى، فلا يخرج عن ذلك ما يعرض بفعل المكلف»(۱).

غايه امر تعارض و تساقط عمومين باشد. و اصل برائت، و اصل عدم زيادتى تكليف، مرجح صحت(۲) است. و تمسك به استصحاب شغل ذمه، تمام نيست چنان كه در محل خود بيان كرديم. خصوصاً بنا بر اين كه عبادات نام اعم از صحيحه، باشد. و راه احتياط، واضح است و آن اتمام و اعاده است.

و به هر حال، نذر منحل نمى شود و كفاره هم واجب نمى شود(۳).

## ۲۶- سؤال:

۲۶- سؤال: آیا صيغه نذر كه موجب انعقاد صحت نذر است، منحصر است در «لله عليّ»، يا آن كه «نذرت» أو «عهدت لله أن أفعل كذا» كافي است؟-؟

## جواب:

جواب: اشهر و اظهر اين است كه در صيغه نذر، تلفظ شرط است. و به دل گذرانيدن، كافي نيست و بايد بگويد «لله عليّ كذا». خواه معلق كند به شرطى مثل اين كه بگويد «لله عليّ أن صوم كذا ان جاء مسافري» أو «ان برئ ولدى من المرض» يا مطلق باشد. و به لفظ «نذرت لله» ظاهراً منعقد نمى شود. و همچنين «عهدت الله» از براى نذر كافي نيست. و صيغه عهد اين است كه بگويد «عهدت الله» يا «عليّ عهد الله أن أفعل كذا» و مثل آن(۴).

ص: ۴۱۳

---

۱- ذكرى الشيعه فى أحكام الشريعه، ج ۴، ص: ۲۳۸.

۲- در نسخه: مرجع صحت.

۳- زيرا همان طور كه بيان كرد، اساساً نسبت به نماز صبح آن روز نذرى منعقد نبوده تا منحل شود يا موجب كفاره گردد. و نسبت به نماز صبح روزهاى ديگر، نذر سرجاى خود باقى است.

۴- اين سؤال و جواب، تكرر شده است. ظاهراً به دليل تعدد پرسش ها از ناحيه مردم، برخى از مسائل تكرر شده اند.

٢٧- السؤال: من نذر التهجد في كل ليله، و اتفق له السهو (او غلب عليه النوم) ففات منه التهجد. هل يجب عليه القضاء و الكفاره؟ او يختص الوجوب بالعمد؟ و هل يتكرر الكفاره ام لا؟-؟

### الجواب:

الجواب: الظاهر في صورته الترك بسبب العذر كالنوم و السهو، وجوب القضاء دون الكفاره. اما وجوب القضاء: فهو مقتضى اطلاق كلماتهم في وجوب قضاء الفرائض. قال في التحرير: «لا- يجب القضاء بفوات الصلاه وقت الصغر و الجنون و الكفر الاصلى» الى ان قال: «و يجب على من فاتته غير هؤلاء عمدا و سهوا و نوما إلا الجمعة و العيدين» (١). و قال في القواعد: «الفصل الثانى فى القضاء و فيه مطلبان الأول فى سببه و هو فوات الصلوات الواجبه أو النافله» الى ان قال: «المطلب الثانى فى الأحكام: القضاء تابع للأصل فى وجوبه و ندبه. و لا يتأكد استحباب فائت النافله بمرض» (٢). و قال قبل ذلك (٣) فى الفصل الرابع فى صلاه النذر: «و من نذر صلاه شرط فيها ما شرط فى الفرائض اليوميه، تزيد الصفات التى عينها فى نذره ان قيده، اما الزمان كيوم الجمعة، او المكان بشرط المزيه كالمسجد و غيرهما، فلو اوقعها فى غير ذلك الزمان، لم يجزه و وجب عليه كفاره النذر و القضاء ان لم يتكرر ذلك الزمان». الى اخر ما ذكره.

فانه يظهر من وجوب قضاء ما نذر و ترك، وجوب القضاء للراتبه النذوره بطريق الاولى، لثبوت القضاء لاصل الراتبه بلا خلاف [و] مطلق الصلاه المندوبه فى زمان خاص.

و قال فى «الذكري»: «و لو قيد الصلاه بزمان معين و جب، فإن أوقعها قبله و جب فعلها

ص: ٤١٤

١- تحرير الأحكام الشرعيه على مذهب الإماميه، ج ١ ص ٥٠.

٢- قواعد الأحكام فى معرفه الحلال و الحرام، ج ١ ص ٣١٠.

٣- و فى النسخه: و قال قيل ذلك... .

فيه، فان تعمّد الإخلال قضى و كفر، و ان أوقعها بعده لعذر أجزاء، و ان كان لا لعذر و نوى القضاء فهي قضاء و تجب الكفاره.

و لو كان الزمان المعين بالنوع كيوم الجمعة، أوقعها في آية جمعه شاء و تكون أداء»(١). الى غير ذلك من العبارات الظاهره في المطلوب(٢)، و المتبته عليها. مع ملاحظه ثبوت القضاء مستحباً في الروايه.

و اما اطلاقات الاخبار: فهي ايضاً كثيره: منها ما روى في تفسير قوله تعالى «واقم الصلاه لذكرى» فان كثيراً من المفسرين قالوا انها في الفاتته، لقول النبي (صلى الله عليه و آله) «مَنْ نَامَ عَنْ صَلَاةٍ أَوْ نَسِيَهَا فَلْيَقْضِهَا إِذَا ذَكَرَهَا إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي»(٣). و عن النبي (صلى الله عليه و آله) قال: «من نام عن صلاة أو نسيها، فليصلها إذا ذكرها، فإن ذلك وقتها»(٤). و الاطلاقات في هذا المعنى كثيره لا حازه الى ذكرها. و في صحيحه عبدالله بن سنان، تنبيه حسن على ذلك قال: «سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) يَقُولُ إِنَّ الْعَبْدَ يَقُومُ فَيَقْضِي النَّافِلَةَ فَيَعَجِبُ الرَّبُّ مَلَأَتْكَ مِنْهُ فَيَقُولُ مَلَأَتْكَ عِبْدِي يَقْضِي مَا لَمْ أَفْتَرِضْهُ عَلَيْهِ»(٥). و روى في «الفتاوى» ما في معناه مرسلأ عن رسول الله (صلى الله عليه و آله).

فان فيها تنبيهاً على انها لو كانت فريضة عليه و لو بسبب النذر، فهي واجبه عليه. هذا الكلام في القضاء.

ص: ٤١٥

١- ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة، ج ٤ ص ٢٣٤.

٢- عبارته النسخه: الى غير ذلك المطلوب من العبارات الظاهره في المطلوب.

٣- مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ٦ ص ٤٣٠.

٤- ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة، ج ٢ ص ٤١٣.

٥- الوسائل، ج ٤ ص ٧٥.



و اما الكفاره: فلا يجب عليه اذا كان الترك لعذر. و لا ينحلّ النذر بتركها لعذر. و يتكرر القضاء بتكرر الترك لعذر. و لا كفاره. اما لو تركها عمداً، فيأثم و يجب الكفاره. و لكن لا يتكرر القضاء و الكفاره بتكرره حينئذ. بل ينحلّ النذر و يجب قضاء واحد و كفاره واحده. الا ان يكون نوى في نذره ان يكون كل فرد من افراد المندور واجباً عليه بالاستقلال، بحيث لو فات منه فرد منها، وجب عليه الاخر، الى اخر الابد. فحينئذ يتكرر وجوب القضاء و الكفاره بتكرر الترك.

## ۲۸- سؤال:

۲۸- سؤال: هر گاه شخصی نذر کرد که هر گاه از فلان بلیه نجات یابد، هر ساله سه ماه روزه بگیرد. یعنی رجب، شعبان و ماه رمضان را متتابعاً روزه بگیرد. و بعد حصول مطلب، در سال اول وفا به نذر خود کرد. و بعد از ماه رمضان به فاصله قلیلی او را بیماری شدیدی (۱) عارض شده تا شش ماه طول کشیده به حدی که مشرف به موت شد. و اغلب اطبا حکم کرده اند که باعث بر این مرض، این روزه متوالی بوده. الحال در این سال بعد، چه کند آیا این روزه را بگیرد یا نه؟-؟

## جواب:

جواب: در این جا چند مسئله است: اول این که صورت سؤال داخل در نذر معین است و اتیان به آن واجب است. و از جمله احکام نذر معین، این است که جایز است افطار آن در صورت عذر؛ مثل حیض و نفاس در زنان. و مثل سفر و مرض در همه مکلفین. و معنی معذور بودن مریض، این است که هر گاه ظنّ ضرر حاصل شود (خواه به شدید شدن مرض باشد، و خواه به حدوث مرض دیگر، و خواه به حصول عسر و مشقت شدید به سبب روزه، و خواه مظنه از قول اطبا باشد، یا از تجربه حال و مزاج خود) جایز است افطار آن. و دور نیست که هر گاه از برای انسان صحیح، هم ظن ضرر حاصل شود به روزه گرفتن، جایز باشد افطار.

ص: ۴۱۶

۱- در نسخه: هاری شدیدی- و شاید درست باشد.

در صورتی که نذر معین بیش از یک روز است (مثل صورت سؤال که دو ماه است) باید تمام ایام را منظور کرد؛ بمعنی این که مرض در بعض ایام- و همچنین سایر اعذار موجه افطار- باعث این نمی شود که در تتمه ایام که آن عذر موجود نیست، روزه همه را افطار تواند کرد به خیال این که تکلیف آن مجموع دو ماه است. پس هر گاه یک ماه مریض باشد و صحیح نشود، باز باید ماه دیگر را روزه بگیرد(۱).

دویم این که: قضاء نذر معین، واجب است. علی الاشهر الاظهر. پس هر قدر که از آن ایام را افطار کرده است، قضای آن را باید بکند. پس اگر بعض آن دو ماه را (مثلاً) افطار کرده، همان بعض را قضا می کند. و اگر تمام دو ماه معذور باشد و افطار کرده، باید تمام دو ماه را قضا بکند و در قضای آن متتابع لازم نیست.

سیم: حکم این دو ماه متتابع که در صورت سؤال است، مثل دو ماه های دیگر نیست که هر گاه یک ماه و یک روز را بگیرد و بعد افطار کند واجب نباشد از سر گرفتن، و جایز باشد افطار و در وقتی دیگر تمام کردن. زیرا که بنا بر این که در نذر دو ماه متتابع، جایز دانیم، این در وقتی است که خصوصیت ایام، منظور نباشد. و مفروض در ما نحن فیه، خلاف آن است.

چهارم این که: هر گاه عجزی رو دهد از روزه آن ایامی که نذر معین کرده؛ به این معنی که عذر او به نحوی باشد که امید زوال در آن نیست. پس روزه از آن ساقط می شود. و آن چه از اکثر اصحاب نقل شده این است که کفاره هم بر او لازم نیست. و حدیث معتبری هم دلالت بر آن دارد به این مضمون که «مَنْ جَعَلَ لِلَّهِ شَيْئًا فَبَلَغَ جُهْدَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ

ص: ۴۱۷

---

۱- صحیح نشود، یعنی صحت از بیماری حاصل نشود- زیرا روشن می شود که بیماری او ناشی از روزه نبوده است، پس باید روزه را بگیرد.- اما اصح آن است که «نشود» را «شود» بخوانیم.

شعیء» (۱). و اعتضاد این روایت به اصل و عمل اکثر، مرجح عمل به آن است. و مقدم است بر روایاتی که دلالت می کنند بر این که در عوض هر روزی تصدق می کند به مدی از طعام (۲). و آن روایات قائل صریحی به مضمون آن ها، در نظر نیست. و با وجود شذوذ و ضعف سند و اختلاف مقتضای آن ها (در تعیین حنطه، و تمر، و شعیر، و غیرها. خصوصاً این که در بعض [آن] روایات این است که کفاره او، کفاره یمین است (۳)، و قائلی به آن نیست) موجب حمل آن ها بر استحباب است.

بلی: محقق در نافع گفته است- در باب کفارات- که: «کسی که عاجز شد از روزه نذر معین، [برای هر] روزی اطعام کند مسکینی را به دو مدّ. و اگر از آن عاجز باشد، به هر قدر که مقدور شود. و اگر از آن هم عاجز باشد، استغفار کند». و این قول منقول است از شیخ در «نهایه». به سبب روایتی که مضمون آن این است: «فِي رَجُلٍ يَجْعَلُ عَلَيْهِ صِيَامًا فِي نَذْرِ فَلَا يَقْوَى قَالَ يُعْطَى مَنْ يَصُومُ عَنْهُ فِي كُلِّ يَوْمٍ مُدَّيْنِ» (۴). و سند حدیث ضعیف است و متن آن معمول به، نیست و روایت دیگر هم هست در تصدق دو مدّ و آن هم ضعیف است. و لزوم کفاره استغفار هم، ملایم عجز نیست، زیرا که آن (۵) از برای گناهکار است غالباً. پس اولی حمل روایات است بر مراتب استحباب.

پنجم: شکی نیست که آن چه را جناب اقدس الهی تکلیف می کند از منافیات عادات انسانی (مثل روزه ماه مبارک رمضان، که سی روز متوالی بر خلاف عادت، اکل و شرب نمی

ص: ۴۱۸

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۳ ص ۳۰۸.

۲- وسائل، ابواب الکفارات، ب ۲۳ ح ۸.

۳- همان باب.

۴- الکافی، ج ۷ ص ۴۵۷.

۵- در نسخه: آن ها.

شود، و همچنین صحت نذر کردن دو ماه متوالی و بیشتر) کاشف است از این که قبح ذاتی ندارد و بالذات منشأ ضرر نمی شود. و بر فرضی که بشود هم، بعد ورود نص تحمل آن لازم است مثل جهاد، و بسیاری از اعمال حج. لکن حق تعالی از فضل و رحمت، بسیاری از عوارض [را] موجب تخفیف تکلیف کرده؛ مثل سفر، و مرض، و غیرهما. و معیار در آن ها مختلف می شود.

هر گاه این مسائل را دانستی، می گویم که: صورت سؤال (ظاهر این است که) از آن باب نیست که عجز کلی رو داده باشد که مایوس باشد از این که می تواند بعد از این در سنوات آینده سه ماه روزه بگیرد. این تشکیک سائل، از راه «خوف ضرر (۱)» است (۲) و معیار در خوف ضرر [این است که] چون در اوقات و احوال و اشخاص، مختلف می شود، پس [بعد] از این که اطبا در سال قبل حکم کرده اند که ضرر از روزه ناشی شده، لازم ندارد این که در همه اوقات، چنین باشد. گاه است که مزاج تغییر کند که ضرر نمی رسد. و گاه است در بعض فصل ها ضرر کند و در بعض نکند. و به هر حال هم باید مهبای روزه باشد، اگر بعد از شروع، ظن ضرری حاصل شود، به قدر رفع ضرر افطار کند، و تتمه را بگیرد، و آن چه افطار کرده، قضا کند.

و پیش گفتیم که دور نیست که صحیح (۳) هم هر گاه «ظن ضرر» دارد، می تواند ترک کند و قضا [ی آن] را بگیرد. و به هر حال؛ «ضرر فی الجمله» منشاء سقوط تکلیف از کل نمی شود. و اگر دفع ضرر به همین می شود که بعض را بگیرد و بعض را افطار کند، چنان کند. و آن چه را افطار کرده قضا کند. و به هر حال حکم روزه این دو ماه هم حکم روزه رمضان

ص: ۴۱۹

---

۱- و در نسخه: ضرور.

۲- فرق است میان «ضرر» و «خوف ضرر».

۳- یعنی شخص سالم و غیر مریض.

است در جواز افطار و عدم افطار.

و این خیال را باید از خاطر بیرون کند که همین که سه ماه متوالی را نمی تواند گرفت، اصل تکلیف ساقط می شود. و عدم حصول مجموع دو ماه متتابع به سبب عذری از اعدار، یا به سبب سهو و نسیان، منشاء انحلال نذر نمی شود. و باز باید مهما ممکن، به مقتضای نذر عمل کند، هر چند به صوم یک روز و افطار یک روز آن، باشد. و [با] تخلف از آن، نذر منحل می شود و بر او کفاره خلف نذر واجب می شود. که اظهر آن است که مثل کفاره رمضان است. و قضای آن روزه که افطار کرد هم واجب است. اما بعد از آن در سال های آینده، از او ساقط است (۱)، مگر این که در حین نذر قصد او این باشد که هر یک از سال ها بعینه مورد نذر باشد. به این معنی که: اگر یک سال ترک کنم باز سال دیگر بگیرم، و هكذا. که در این وقت در هر سال واجب است عمل و در ترک آن، واجب است کفاره.

ص: ۴۲۰

---

۱- زیرا که نذر منحل شده است.

۱- سؤال:

۱- سؤال: هر گاه کسی به جاریه خود بگوید «من ترا از مال خود آزاد کردم». کافی است در آزاد شدن یا نه؟-؟

جواب:

جواب: مشهور آن است که با وجود قدرت بر عربی، فارسی کافی نیست. و با عجز، کافی است. و احوط آن است که با وجود قدرت بر عربی، ثانیاً صیغه عربی بگوید. و این کنیز را آزاد داند. و در عتق نیت تقرب به خدا هم شرط است.

۲- سؤال:

۲- سؤال: هر گاه ضعیفه به جاریه خود بگوید «ترا آزاد کردم» به همین صیغه فارسی آزاد می شود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که فارسی کافی باشد، هر چند احوط لفظ عربی است. و در صورت عجز از عربی، اشکالی در صحت فارسی و غیر آن از لغات، نیست. و در صحت عتق

قصده تقرب به خدا، شرط است و بدون آن، صحیح نیست. و دور نیست که قصد تقرب از کسی که معتقد به خدا باشد کافی باشد، هر چند کافر باشد. مثل یهودی و نصاری. و این مثل نماز نیست که صحیح نباشد. بلی: از مثل دهریین و منکرین صانع، صحیح نیست. والله العالم.

### مسائل العتق من المجلد الثانی

#### ۳- سؤال:

۳- سؤال: هر گاه عبدی میان دو برادر، مشاع باشد. و احدهما بمیرد و از او صغیری بماند. و عبد بگریزد. و بعد از آن که به دست آید، این برادر هر دو گوش او را ببرد به سبب گریختن. آیا غلام آزاد می شود یا نه؟-؟

#### جواب:

جواب: ظاهر این است که غلام آزاد می شود به سبب تنکیل و تمثیل (۱). و باید این برادر غرامت قیمت نصف غلام را بکشد و به صغیر رد کند به سبب علت فسادی که از فعل او به عمل آمده در عتق عبد. چنان که از اخبار مستفاد می شود در خصوص عتق بعض عبد.

#### ۴- سؤال:

۴- سؤال: هر گاه کسی مملوکی داشته باشد و جزئی از آن را آزاد کند، صحیح است یا نه؟-؟ و هر گاه شریکی داشته باشد و حصه خود را آزاد کند، حکم حصه شریک چه چیز است؟

#### جواب:

جواب: اما مسئله اولی: پس حکم آن، صحت عتق است. و عتق سرایت می کند به باقی [م-]ملوک، و تمامی او آزاد می شود. و دلالت می کند بر آن روایت غیاث بن ابراهیم (۲)، و

ص: ۴۲۲

۱- یعنی مُثله کردن.

۲- وسائل، ج ۲۳ ص ۱۰۰.

روایت طلحه بن زید(۱). و ضعف سند مضرّ نیست به سبب اعتضاد به عمل اصحاب، و شهرت عظیمه، و دعوی اجماع چنان که از «مهدّب» ظاهر می شود. و خلافتی در مسئله، نقل نشده الاّ از سید جمال الدین بن طاوس در کتاب «ملاذ العلماء الامامیه» که میل کرده است به عدم سرایت، نظر به ظاهر چند روایت که از جمله آن ها صحیحه عبدالله بن سنان(۲) است، و اخبار آن شاذّ است. و اخبار مؤول است. و بعضی معارض(۳) کرده اند حدیث صحیح را به حدیث صحیحی که(۴) دلالت دارد بر سرایت در صورتی که شریک داشته باشد، از باب فحوی. و هر چند می توان منع اولویت کرد و لکن محتاج نیستیم به آن. و کافی است در مسئله، همان اخبار معتضده به عمل.

و اما مسئله دویم: پس در آن خلاف است. و اشهر میان علما (چنان که از مسالک ظاهر می شود، و در مهدب صریحاً نسبت به مشهور داده، و در دروس نیز نسبت به اکثر و اشهر داده، بل که از سید مرتضی دعوی اجماع ظاهر می شود، و در مهدب صریحاً، و در انتصار) این است که هر گاه معتق مالدار است و موسر است، قیمت می کنند بر او حصه شریک را، و قیمت را از او می گیرند و آزاد می شود. و اگر معسر باشد، آن مملوک خود سعی کند و خود را آزاد کند.

و شیخ در «نهایه» و «مبسوط» قائل شده است به این که: اگر معتق قصد اضرار دارد به شریک، پس اگر موسر است باید باقی را هم خلاص کند و قیمت آن را بدهد به شریک. و اگر معسر است، عتق باطل است. و اگر قصد اضرار ندارد و به قصد قربت آزاد کرده، بر او

ص: ۴۲۳

---

۱- وسائل، ج ۲۳ ص ۱۰۰.

۲- وسائل، ج ۲۳ ص ۱۰۲.

۳- در نسخه: معارضه.

۴- وسائل، کتاب العتق، ب ۱۸.



لازم نیست فک غلام. و مملوک خود سعی می کند در حصه شریک. و اگر امتناع کند مملوک، ملک شریک بر حال خود باقی است.

و دلالت می کند بر قول مشهور، صحیحه محمد بن قیس «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عليه السلام) قَالَ مَنْ كَانَ شَرِيكًا فِي عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ (۱) قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ فَأَعْتَقَ حِصَّتَهُ وَ لَهُ سِعَةٌ فَلْيَشْتَرِهِ مِنْ صَاحِبِهِ فَيُعْتِقَهُ كُلَّهُ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ سِعَةٌ مِنْ مَالٍ نَظَرَ (۲) قِيَمَتَهُ يَوْمَ أُعْتِقَ ثُمَّ يَسْعَى الْعَبْدُ بِحِسَابِ مَا بَقِيَ حَتَّى يُعْتَقَ» (۳). و ظاهر این است که عتق جدید در کار نیست، چنان که لفظ «فيعتقه كله» اشعار به آن دارد و به جهت سرایت آزاد می شود. چنان که از کلام سید و مفید ظاهر می شود. و از اخبار آینده نیز ظاهر می شود. و صحیحه سلیمان بن خالد «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الْمَمْلُوكِ يَكُونُ بَيْنَ شُرَكَاءَ فَيُعْتَقُ أَحَدُهُمْ نَصِيْبَهُ قَالَ إِنْ ذَلِكَ فَسَادَ عَلَى أَصِيْحَابِهِ فَلَمَّا يَشَاءُ تَطِيْعُونَ بَيْعَهُ وَ لَمَّا مُوَاجِرَتَهُ قَالِ يُقَوِّمُ قِيَمَةَ فَيَجْعَلُ عَلَى الَّذِي أَعْتَقَهُ عُقُوبَةً إِنْمَاءٍ جُعِلَ ذَلِكَ لِمَا أَفْسَدَهُ» (۴). و به همین مضمون است حسنه حلبی، و موثقه سماعه. و ظاهر «قلیل» در این اخبار این است که سرایت بی اشکال است، و اگر نه، فساد علی الاطلاق، لازم نبود.

پس خلاف و اشکال در این است که رفع نقصان شریک، بر معتق است یا بر عبد. و تفصیل آن از صحیحه محمد بن قیس ظاهر می شود. و بنای مشهور بر آن است. و ظاهر این

ص: ۴۲۴

۱- در نسخه: انه.

۲- در نسخه: نذر

۳- الکافی، ج ۶ ص ۱۸۳.

۴- تهذیب الأحکام، ج ۸ ص ۲۲۰.

اخبار هم این است که در صورتی که معتق موسر باشد. یا موافق باشند با مذهب ایشان و از ظهور ممنوع باشند [پس] اطلاق آن ها مقید خواهد بود به همان صحیحه.

باقی می ماند اشکال در این که: در صورت عجز عبد از سعی، مذهب مشهور چه خواهد بود؟ آن چه از کلام مفید و سید (رحمهما الله) ظاهر می شود، این است که باقی خواهد بود بر رق. پس دو روز برای خود کار می کند و دو (۱) روز باقی مانده از برای آن شریک آزاد نکرده. و این منافی است با ظاهر (۲) «تعلیل بفساد علی الاطلاق». و با آن که (۳) گفتیم که ظاهر آن، سرایت است مطلقاً. و اشکال در این است که غرامت با کی است؟

پس هر گاه خواهیم جمع کنیم میان ظاهر این ها و کلام سید و مفید، باید بگوئیم: مراد از «لا یستطیعون بیعه و لا مؤاجرته» این است که به هر نحو خواهند بفروشند و به هر نحو خواهند اجاره بدهند، نمی توانند. مثلاً هر گاه مشتری به هم نمی رسد که غلام مبعوض که بعض آن آزاد باشد، بخرد. و همچنین؛ چنین مستاجری به هم نمی رسد. هر چند بیع و اجاره فی الجمله هم ممکن باشد باز هم فساد هست. و به هر حال، این اطلاقات به ضمیمه تقیید (۴) به صحیحه محمد بن قیس، کافی است از برای مشهور. و در صورت اعسار مولی و عجز عبد، اصل بقاء رقیق بر جاست. و اخبار تصریحی به زبان آن ندارد به سبب سرایت (۵).

و اما دلیل قول شیخ: پس آن صحیحه حلبی است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلَيْنِ كَانَا بَيْنَهُمَا عَيْدٌ فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا نَصِيْبَهُ فَقَالَ إِنَّ كَانَا مُضَارًّا كُفِّفَ أَنْ

ص: ۴۲۵

۱- در نسخه: در.

۲- در نسخه: یا ظاهر..

۳- در نسخه: و یا آن که.

۴- در نسخه: تقلید.

۵- بنابر این، سرایت منحصر می شود به موسر بودن آزاد کننده یا به توانمند بودن عبد برای سعی.

يُعْتَقَهُ (۱) كَلَّهُ وَ إِلَّا اسْتُسِيحِيَ الْعَبْدُ فِي النَّصْفِ الْآخِرِ (۲). و صحیحہ محمد بن مسلم: «قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) رَجُلٌ وَرِثَ غُلَامًا وَ لَهُ فِيهِ شُرَكَاءُ فَأَعْتَقَ لَوْجَهُ اللَّهُ نَصِيْبَهُ فَقَالَ إِذَا أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ مُضَارَّةً وَ هُوَ مُوسِرٌ ضَمِنَ لِلْوَرَثَةِ وَ إِذَا أَعْتَقَ لَوْجَهُ اللَّهُ كَانَ الْغُلَامُ قَدْ أُعْتِقَ مِنْ حِصِّهِ مَنْ أَعْتَقَ وَ يَسِيْرَتَعْمَلُونَهُ عَلَي قَدْرِ مَا أُعْتِقَ مِنْهُ لَهُ وَ لَهُمْ فَإِنْ كَانَ نَصِيْبُهُ عَمَلٌ لَهُمْ يَوْمًا وَ لَهُ يَوْمٌ وَ إِنْ أَعْتَقَ الشَّرِيْكَ مُضَارَّةً وَ هُوَ مُعْسِرٌ فَلَا عِتْقَ لَهُ لِأَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يُفْسِدَ عَلَي الْقَوْمِ وَ يَرْجِعَ الْقَوْمُ عَلَي حِصِّهِمْ» (۳).

و این دو حدیث هیچیک، به تنهایی، دلالت بر تمام مذهب شیخ ندارد و به هر حال دلیل [۱] و مقاومت با دلیل مشهور نمی کند.

و ابن ادریس بر شیخ در این مقام ایراد کرده است که: در عتق قصد تقرب شرط است، و هر گاه معتق قصد اضرار دارد به عتق، چگونه قصد تقرب از او متحقق می شود. و علامه در مختلف جواب گفته است که: اعتقاد شیخ این نیست که به محض قصد اضرار، بدون قصد تقرب، عتق حاصل می شود. بل که مراد او عتق با قصد تقرب است. و چون این اضرار حاصل می شود از برای شریک (هر چند محض قصد تقرب هم بکند). پس قصد اضرار مضر [نیت قربت] نیست. به جهت این که آن لغو است خواه قصد بکند و خواه نکند ضرر حاصل می شود. و [بر] اصل این امر که منشأ ضرر است، مجوز هست از شارع.

و آن چه به گمان حقیر می رسد، این است که این جواب تمام نیست. به جهت این که نیت؛ حقیقت آن «داعی بفعل» است. نه «مخطر بیال» و داعی باید محض تقرب باشد. و

ص: ۴۲۶

۱- عبارت نسخه: کلف و اکلف ان یعتقه.

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۳ ص ۳۶.

۳- وسائل الشیعه، ج ۲۳ ص ۴۰.

ضمیمه [ای] (که رخصتی در آن نباشد خصوصاً هر گاه حرام باشد) به آن نباشد (۱). و هر گاه داعی بر فعل، اضرار باشد، یا داعی مرکب باشد، شکی نیست که نیت صحیح نیست. پس اگر کسی عمل به این حدیث بکند، باید آن را [م-] خصاص قاعده اخلاص، بکند مثل استیجار عبادات که اگر اجماع بر صحت آن نبود، موافقت آن با قاعده اخلاص هرگز تمام نمی شد.

پس نظر مشهور در اطلاق، به این است که این را داخل عتق نمی دانند، و عتق را حمل بر صحیح کرده اند و حدیث را هجر کرده اند. یا این که این هم داخل اطلاق کلام ایشان است بنابر تخصیص قاعده اخلاص، و تتمه حدیث را هجر کرده اند به سبب ترجیح دلیل خود.

و این سخن خوب است بنابر قول اشاعره به جواز «اجتماع امر ونهی». چنان که جهت ما هم آن است. پس کافی است اعتبار حیثیت در صحت عبادت. و آن خلاف مختار علامه و دیگران است از فقها. و این که علامه گفته است که اضرار حاصل می شود خواه قصد بکند و خواه نه، این هم علی الاطلاق خوب نیست. گاه است آن غلام بی کاره است و خریدار ندارد و قیمت کردن بر شریک معتق، نفع شریک دیگر است. و در صورت اضرار هم فرق واضح است میان آن که مقصود اضرار باشد یا نباشد. زیرا که نسبت میان [قاعده] نفی ضرر، و عموم «الناس مسلطون علی اموالهم»، عموم من وجه است.

و فقها خلاف کرده اند در جواز تصرف در مال خود هر گاه مستلزم ضرر بر جا [ر] باشد. و فرق گذاشته اند مابین قصد اضرار و عدم آن. و شکی نیست که قصد «اضرار بفعل مضر» حرام است. و اما فعلی که مستلزم باشد و لکن فاعل قصد آن ندارد، محل خلاف ایشان است. و حکایت نخل ثمره بن جندب در باغ انصاری و امر رسول خدا (صلی الله علیه و آله) به کندن آن هم، مبتنی بر قصد اضرار است. چنان که حدیث ظاهر در آن است.

ص: ۴۲۷

---

۱- عباره نسخه: ضمیمه که رخصتی در آن نباشد خصوصاً هر گاه حرام باشد باز نمیباشد.

پس اولی این است که بگوئیم: این حدیث مبتنی است بر جواز اجتماع امر و نهی. و این احادیث هم دلیل مختار، است که با وجود آن که عتق به قصد اضرار جزماً حرام است، صحیح است (۱). پس [نباید گفت] از این حیثیت که عتق است، قصد تقرب می کند و امتثال حاصل می شود. و از آن حیثیت که مقصود اضرار است، حرام است و معاقب است. و فقها غافل شده اند از طریقه خود در اصول، و استدلال به آن کرده اند و اطلاق (۲) قول به صحت کرده اند (۳) و لزوم تقویم.

پس ظاهر شد که بحث ابن ادریس، بنابر طریقه جمهور فقها، مندفع [نیست]. و تخصیصی که پیش گفتیم هم مبتنی خواهد بود بر این که این عتق فاسد را در حکم عتق صحیح بگیرند. نه این که قصد تقرب می تواند کرد. به جهت آن که حکم عقلی قابل تخصیص نیست. و عدم اجتماع امر و نهی، در نزد ایشان به دلیل عقلی ثابت شده است. پس چگونه تخلف می کند در این ماده.

و در مسئله دو قول دیگر هست: یکی قول ابوالصلاح. و آن این است که عتق سعی می کند در استخلاص خود مطلقاً بدون این که قیمت کنند (۴) بر شریک. و دلالت می کند بر آن حسنه محمد بن قیس: «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عليه السلام) قَالَ قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) فِي عَبْدٍ كَانَ بَيْنَ

ص: ۴۲۸

---

۱- به دلیل همین حدیث ها که قاعده را تخصیص می زنند و این عتق را صحیح می دانند.

۲- در نسخه: و لزوم اطلاق.

۳- یعنی: نباید با لفظ مطلق به صحت این عتق فتوی می دادند. بهتر بود می گفتند: این عتق صحیح است تخصیصاً به دلیل این حدیث ها. و همچنین لزوم تقویم قیمت. در این صورت نظرشان مبتنی بر «تعبد بحدیث» می شد و از بستر بحث عقلی خارج می گشت و آن اشکال عقلی که ابن ادریس گرفته، پیش نمی آمد.

۴- در نسخه: کند.

رَجُلَيْنِ فَحَرَّرَ أَحَدَهُمَا نَصِيْبَهُ وَهُوَ صَیْغٌ وَ أَمْسَكَ الْآخَرَ نَصِيْبَهُ حَتَّى كَبِرَ الَّذِي حَرَّرَ نَصِيْبَهُ قَالَ يُقَوِّمُ قِيَمَةَ يَوْمَ حَرَّرَ الْأَوَّلُ وَ أَمَرَ الْمُحَرَّرُ أَنْ يَسِيْعَى فِي نَصِيْبِهِ الَّذِي لَمْ يُحَرَّرْ حَتَّى يَقْضِيَهُ» (۱). و روایه ابی الصباح الکنانی هم دلالت دارد بر آن، و خواهد (۲) آمد.

دوم: قول ابن جنید است و آن این است که اگر قصد اضرار نیست به شریک، شریک مخیر است میان آن که الزام کند معتق را به قیمت نصیب او، اگر موسر باشد. و میان آن عبد که بخواهد سعی کند در خلاص خود. و حدیثی که بالخصوص دلالت کند بر مذهب او، بر نخورد.

و به هر حال، اظهر اقوال، قول مشهور است. و ادله سایر اقوال مقاومت با دلیل ایشان نمی کند.

در این جا لازم است ذکر چند مطلب که تتمیم مقام موقوف است بر آن:

اول: خلاف کرده اند بر این که در چه وقت مملوک آزاد می شود بعد از اجتماع شرائط مرتبه،-؟ جمعی قائل اند به این که وقت آن نزد اداء قیمت است به شریک. و تا قیمت را نداده آزاد نمی شود. و دلالت می کند بر آن صحیحه محمد بن قیس در آن جا که فرموده است (۲) «فلیشتره من صاحبه فیعته کله». چون ظاهر این است که مراد از اشتراء، دادن قیمت است. به جهت این که بیع و شراء حقیقی مراد نیست اجماعا. چنان که در مسالک تصریح به

ص: ۴۲۹

---

۱- الکافی، ج ۶ ص ۱۸۳.

۲- در نسخه: خواهد.

۳- در نسخه: فرموده اند.

آن کرده (۱). و از شهید در دروس ظاهر می شود که [این] قول اکثر است (۲). و صحیحه حلبی سابقه نیز اشعار به آن دارد در آن جا که فرموده است «كُلْفَ ان يَعْتَقَهُ».

و در صحیحه دیگر حلبی هست «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) فِي حَارِيَةِ كَانَتْ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا نَصِيْبَهُ قَالَ إِنْ كَانَ مُوسِرًا كُفِّفَ أَنْ يَضْمَنَ» (۳) و همچنین آن چه به این مضمون باشد. که این ها دلالت دارند بر این که به مجرد عتق، آزاد می شود. بل که تضمین می شود به دادن قیمت تا آزاد شود. و همچنین روایت ابی الصباح کنانی اشعار به آن دارد: «قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنِ الرَّجُلَيْنِ يَكُونُ بَيْنَهُمَا الْأُمَةُ فَيُعْتِقُ أَحَدَهُمَا نَصِيْبَهُ فَتَقُولُ الْأُمَةُ لِلَّذِي لَمْ يُعْتِقْ نِصْفَهُ لَا أُرِيدُ أَنْ تُعْتِقَنِي» (۴) ذَرْنِي كَمَا أَنَا أَخَذْتُكَ وَ أَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَسْتَتِكَحَ النُّصْفَ الْآخَرَ قَالَ لَا يَتَّبِعِي لَهُ أَنْ يَفْعَلَ إِنَّهُ لَا يَكُونُ لِلْمَرْأَةِ فَرْجَانٍ وَ لَا يَتَّبِعِي لَهُ أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا وَ لَكِنْ يُعْتِقُهَا وَ يَسْتَسْعِيهَا» (۵).

و ابن ادریس گفته است: معتبر حال عتق است. زیرا که مقتضای سرایت این است. و اخبار هم دلالت دارد بر آن. در روایت غیاث بن ابراهیم سابقه، مذکور است (بعد از آن که سؤال کرد از حضرت صادق-ع- از مردی که بعضی غلام خود را آزاد کرد) فرمود: «هُوَ حُرٌّ لَيْسَ

ص: ۴۳۰

۱- مسالك، ج ۲ ص ۱۰۵ ط دارالهدی.

۲- دروس، ج ۲ ص ۲۱۲.

۳- تهذيب الأحكام، ج ۸ ص ۲۱۹.

۴- عبارت نسخه: لو ارید یقومها ان تعتقینی.

۵- وسائل الشیعه، ج ۲۳ ص ۴۱.

لِّلَّهِ شَرِيكٌ»<sup>(۱)</sup>. همچنین روایت طلحه بن زید هم نزدیک به این عبارت است. و همچنین سایر اخبار این باب مثل آخر صحیحہ سلیمان بن خالد<sup>(۲)</sup> که افساد را نسبت به عتق داده اند<sup>(۳)</sup>. و همچنین آن چه به این مضمون است مثل حسنه حلبی و موثقه سماعه و غیر آن ها.

و ممکن است که بگوئیم که: آن چه در سرایت در مال خود است، داخل<sup>(۴)</sup> ما نحن فیه نیست. و شاید فرق باشد ما بین سرایت ها. و اما دلالت افساد هم بر ما نحن فیه، واضح نیست. به جهت این که تسلط شارع شریک را بر فک حصه شریک، افساد نیست<sup>(۵)</sup>. هر چند در حین اجراء صیغه آزاد نشود و موقوف باشد به دادن تنخواه.

و شیخ در مبسوط گفته است که عتق مراعی است به اداء قیمت. پس اگر قیمت را داد، این کاشف می شود از این که در حین عتق شریک، آزاد بوده است. و اگر نه، بنده بوده است. و در مسالک گفته است که به این، جمع بین ادله حاصل می شود و رفع ضرر از شریک می شود در صورتی که معتق بگریزد یا مال او تلف شود.

و جمعی در مسئله توقف کرده اند، مثل علامه در بسیاری از کتاب های خود. و فخرالمحققین و شهید در شرح ارشاد. هر چند در دروس ترجیح قول اول [داده<sup>(۶)</sup>] به جهت صحیحہ محمد بن قیس.

ص: ۴۳۱

- 
- ۱- تهذیب الأحکام، ج ۸ ص ۲۲۸.
  - ۲- وسائل، ج ۲۳ ص ۱۰۰.
  - ۳- یعنی به مجرد آزاد شدن سهم معتق، مالکیت شریک دیگر نیز فاسد شده و از بین می رود. پس هر دو سهم یکجا آزاد می شود.
  - ۴- در نسخه: که داخل...
  - ۵- یعنی: موظف شدن شریک اول (معتق)، بر آزاد کردن سهم شریک دوم، به معنی از بین رفتن مالکیت شریک دوم نیست. بل بر عکس: دلالت دارد بر این که مالکیت از یک دوم باقی است و باید شریک اول آن را نیز آزاد کند.
  - ۶- دروس، ج ۲ ص ۲۱۲.



و قدح شهید ثانی در محمد بن قیس، بی وجه است. خصوصاً با عمل اکثر اصحاب در این جا و در اصل مسئله. چون ظاهر این است که همان «بجلی ثقه» است. و دلیل هم منحصر نیست در آن. چنان که دانستی.

و به هر حال، اظهر قول اکثر است. به جهت اخبار، و موافقت با اصل، و استصحاب، و نفی عسر و حرج و ضرر. و بر این نزاع (۱)، متفرع می شود فروع بسیار که این جا محل ذکر آن ها نیست. و بسیاری از آن ها در مسالک مذکور است (۲).

دویم: خلاف کرده اند در این که: کدام قیمت معتبر است؟ بعضی گفته اند: قیمت روز عتق معتبر است. و این مختار محقق است. و ظاهر کلام او هم اعم است از این که قائل باشیم به حصول آزادی به مجرد عتق، یا موقوف باشد به ادای قیمت. و دلیل این بنا بر اول، ظاهر است. و اما بنا بر ثانی: پس چون حق [ی] عتق شده و شریک را می رسد مطالبه قیمت، پس باید قیمت قبل از مطالبه، مشخص شود. و این فرع ثبوت قیمت است، هر چند آزاد شدن موقوف باشد بر اداء. و شهید ثانی (ره) اختیار کرده است قیمت روز آزاد شدن را بالفعل.

پس بنا بر قول ابن ادریس، در وقت صیغه عتق است. و همچنین بنا بر قول به مراعات. و بنا بر قول اکثر، وقت ادای قیمت است. و شهید (ره) در دروس گفته است قیمت روز اداء معتبر است. و چون مختار او این است که عتق به اداء حاصل می شود، پس مختار او هم اعتبار روز انعقاد است بالفعل. و اظهر قول او است، به جهت آن چه مذکور شد، و به جهت آن چه دلالت می کند از اخبار در خصوص استسعاء عبد در تحصیل قیمت روز عتق، مثل حسنه محمد بن قیس که دلیل ابی الصلاح بود، و صحیحه محمد بن قیس. و غیر آن. و ظاهراً فرقی نیست مابین استسعاء عبد و تقویم بر شریک. چنانچه در کفایه هم گفته است. و سایر

ص: ۴۳۲

---

۱- در نسخه: و در این نزاع...

۲- مسالک، ج ۲ ص ۱۰۵ ط دارالهدی.

روایات هم دلالت دارد مثل حسنه حلبی و موثقه سماعه و غیرهما، که دلالت دارند بر این که قیمت می کنند و تضمین معتق می کنند به علت افسادی که کرده است. زیرا که قیمت کردن که معلول افساد است باید مقارن عتق باشد چون افساد معلول عتق است.

سیم: مشهور این است که هر گاه جزئی از مملوک، به میراث به کسی برسد که به سبب آن، آزاد می شود آن جزء (۱). و اما سرایت نمی کند به حصه شریک. به دلیل اصل و عدم انصراف اخبار سرایت، به سوی این. بل که ظاهرند یا صریحند در عتق اختیاری. و از شیخ در «خلاص» نقل شده است قول به سرایت، و دعوی اجماع و اخبار، بر آن کرده. و اجماع ممنوع است خصوصاً با مخالفت مشهور، و مخالفت خود او در «مبسوط». و اخبار را هم بر نخوردیم، چنان که دیگران هم تصریح به این کرده اند.

چهارم: محقق در شرایع گفته است که: یسار عبارت است از این که مالک قدر قیمت حصه شریک باشد زاید بر قوت یک شبانه روز. و استثناء مسکن و خادم نکرده. و شهیدان، تقویت استثناء کرده اند. چنان که در دین. و صاحب کفایه هم میل به آن کرده، به جهت آن که ظاهر از یسار، و سبعت، این است (۲). و این دور نیست. و هر گاه بر معتق دینی باشد به قدر آن چه مالک آن است یا بیشتر؛ پس بعضی گفته اند که این مانع سرایت است، به جهت عدم صدق یسار و سبعت عرفاً. و در کفایه نیز میل به آن کرده.

و مشهور عدم منع سرایت است، به جهت آن که مالک آن چیزی است که در تصرف اوست و نافذ التصرف است. و از این جهت است که هر گاه غلامی بخرد به آن مال، و آزاد کند، صحیح است. و به جهت این که عتق مبتنی است بر تغلیب، و مراعات آن در شرع مهم

ص: ۴۳۳

---

۱- عبات نسخه: به سبب آن آزاد می شود آن جز و آزاد می شود.

۲- سبعت = سعه.

است. و عموم اخبار هم شامل این است مثل حدیث نبوی (صلی الله علیه و آله) که فرموده است: «من أعتق شركا من عبد و له مال قوم عليه الباقي»<sup>(۱)</sup>. و همچنین خصوص صحیحہ حریر «عَمَّنْ أَخْبَرَهُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَعْتَقَ غُلَامًا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ صَاحِبِهِ قَالَ قَدْ أَفْسَدَ عَلَى صَاحِبِهِ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أُعْطِيَ نِصْفَ الْمَالِ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ عُوْمِلَ الْغُلَامُ يَوْمًا لِلْغُلَامِ وَ يَوْمًا لِلْمَوْلَى وَ يَسْتَخْدِمُهُ وَ كَذَلِكَ إِذَا كَانُوا شُرَكَاءَ»<sup>(۲)</sup>، و دور نیست ترجیح مشهور، [به] جهت شهرت و تغلب جانب عتق.

ص: ۴۳۴

---

۱- غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد، ج ۳ ص ۳۳۷.

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۳ ص ۴۰.

۱- سؤال:

۱- سؤال: هر گاه کسی اقرار کند به هبه مال معینی به شخص معینی. آیا کافی است در تمامیت هبه؟ یا باید اقباض، ثابت شود؟

جواب:

جواب: اقرار به هبه، اقرار به اقباض نیست. و در دعوی، قول منکر مقدم است با یمین (۱). هر گاه در عین اقرار به هبه (۲)، آن مال در دست متَّهَب باشد، ظاهر این است که کافی باشد در تمامیت هبه. چنان که در اصل انشاء هبه، بودن مال در دست متَّهَب کافی است و احتیاج به اقباض جدید، یا گذشتن آن قدر مدت که توان به قبض داد، ندارد. علی الاظهر. و شاید تکیه

ص: ۴۳۵

---

۱- در نسخه: بلی یمین.

۲- ممکن است «حین اقرار به هبه»، درست باشد.

در این مسئله بر همین توان کرد که از قواعد فقها بر می آید که کسی که انشاء عقد تواند کرد، اقرار او به آن عقد هم، صحیح است و مسموع است. پس گویا در حین اقرار، انشاء عقد می کند. و قبض متهب در آن حین کافی باشد. و کلام علامه در «تذکره» در مسئله قبض هبه، اشعاری به کفایت این قبض دارد.

## ۲- سؤال:

۲- سؤال: هر گاه زنی بگوید که «من کنیز فلان کس بودم، مرا آزاد کرد. الحال شوهر دارم». و ورثه آن کس نافی علم به عتق و مدعی بقاء رقی باشند. حکم آن چه چیز است (۱)؟

## جواب:

جواب: ضعیفه به اقرار اول، ماخوذ است به رقیت. لعموم «اقرار العقلاء علی انفسهم». و اقرار ثانی به مجرده، مثبت تزویج نیست. به جهت آن که اقرار بر غیر است (یعنی نسبت به موالی. هر چند نسبت به حقوق زوجیت نسبت به زن، مسموع باشد) مگر آن که از خارج تزویج را اثبات کند.

و در این هنگام موالی مستحق اقل امرین از «مسمی» و «عقرامه» (۲) می باشند. به جهت آن که نظر به اقرار خود بر آمه بودن، مستحق عقر می شود. علی الاظهر. و بنا به رضای او بر مسمی، مستحق مسمی. و بر زوج لازم نیست زیاده از آن چه بر او ثابت باشد بدهد. پس اگر مسمی بیشتر بوده، بسبب کنیز بودن عقر را می دهد الزاماً. و اگر کمتر بوده، خواهد گفت که من تو را حرّه عقد کرده ام به مسمی، و آمه بودن تو به اقرار تو، بر من ثابت نیست.

بلی: بعد از ثبوت آمه بودن در نفس الامر، در تحدید مهر سه قول است: مسمی، و مهر المثل، و عشر و نصف عشر (۳). و اظهر، اخیر است. نهایت این از مفروض مسئله، خارج است.

ص: ۴۳۶

۱- عبارت نسخه: حکم از چه چیز است.

۲- به منزله مهر المثل است در کنیز.

۳- عشر در باکره. و نصف در ثبیه.

و اگر موالی بینه اقامه کنند بر مجرد این که رقی بوده است، با وجود ثبوت زوجیت، نفعی به ایشان ندارد. و اگر بینه اقامه کنند که بالفعل رقی است، در این صورت اگر زوجه معارضه بینه بکنند بر عتق، پس بر مقتضای تعادل عمل باید کرد. و اگر تزویج ثابت نشود، همان اقرار [به] رقی (۱) کافی است به جهت موالی. مگر این که عتق را ثابت کند.

و اگر ضعیفه، اقرار به رقی سابقه هم نکند و مدعی مطلق حریت باشد، بینه رقی سابقه در این صورت هم نفعی ندارد تا اثبات فعلیت کند.

### ۳- سؤال:

۳- سؤال: هر گاه شخصی اقراری بر خود نموده نظر به حکم عالمی، و بعد از آن معلوم شود که حکم آن عالم غیر معمول است. آیا مقرّ (در این صورت مفروضه) می تواند رجوع از اقرار نماید یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: بعد از ثبوت اقرار، رجوع در هیچ حال، فائده ندارد.

### ۴- سؤال:

۴- سؤال: شخصی ادعا می نماید به شخصی، و شخص مدعی علیه گفته: هر گاه فلان و فلان شهادت بدهند که مال مدعی است، مال را وا می گذارم. و الحال مدعی علیه، فلان و فلان که شهادت داده اند، تکذیب می نماید ایشان را. آیا حرف مدعی علیه مسموع است یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: به مجرد این که بگوید «هر گاه فلان و فلان شهادت بدهند راست می گویند»، اقرار نیست بر حقیقت مدعی. چنان که اکثر، این فتوی داده اند، به جهت آن که در عرف بسیار اوقات این لفظ را می گویند و مراد شان این است که آن ها شهادت نخواهند داد. و به

ص: ۴۳۷

هر حال، هر گاه آن دو نفر شهادت بدهند، اگر عادل اند، مطلب ثابت می شود. دیگر تکذیب مدعی علیه فایده ندارد (۱). مگر جرح را ثابت کند. والله العالم.

## باب الاقرار من المجلد الثانی

### ۵- سؤال:

۵- سؤال: هر گاه کسی وصیت کند که فلان شخص که فوت شده زید نام، از من فلان مبلغ طلب دارد آن را به وارث او برسانید و وارث او را عمر [و] می شناسد. و الحال بکر آمده و می گوید من وارث زیدم. به مجرد همین می توان میراث را به او داد یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: اما سؤال از اقرار بر طلب داشتن زید: پس اگر در حال مرض موت باشد و متهم باشد به قصد اضرار به ورثه، در ثلث معتبر است. و اگر در غیر آن حال باشد، از اصل معتبر است. و اما حکایت میراث بردن بکر، پس بدان که در اقرار به نسب، تفصیلی هست. و ما در این جا بسیاری از مسائل متعلقه به آن را ذکر می کنیم تا نفع آن اکمل باشد و جواب سؤال (۲) هم معلوم شود و آن این است که:

کسی که اقرار به نسب می کند، یا این است که ادعا می کند که فلان کس ولد من است، یا دعوی غیر ولد بودن او را می کند از انساب. پس اگر کسی دعوی کند که فلان کس ولد من است؛ پس اگر آن ولد صغیر است یا مجنون، حکم می شود به ثبوت نسب بینهما به مجرد اقرار او از طرفین، و به ثبوت توارث از طرفین. خواه آن ولد ذکر باشد یا انثی، حی باشد یا میت. و ظاهراً خلافتی در مسئله نیست و دعوی اجماع هم بر آن شده. و از اخبار نیز مستفاد

ص: ۴۳۸

۱- عبارت نسخه: دیگر تکذیب مدعی علیه ثابت فایده ندارد.

۲- در نسخه: جواب و سؤال ..

می شود. و اگر بالغ و عاقل شود و انکار کند هم مسموع نیست.

و اگر ولد عاقل کبیر باشد؛ پس مشهور این است که هر گاه زنده باشد، محتاج است به تصدیق آن ولد. و قول به عدم احتیاج، ضعیف است و نادر است. به جهت آن که این اقراری است بر غیر، و مسموع نیست. و نسب، خلاف اصل است و ثبوت آن محتاج به دلیل. و حکم آن نه از اطلاق اخبار مستفاد می شود و نه دلیلی دیگر هست بر ثبوت آن. و ظاهر آن است که در کبیر مجرد عدم تکذیب، کافی نیست بل که تصدیق ضرور است، به همین جهت که مذکور شد.

و آن چه شهید ثانی نسبت به ظاهر قواعد داده از اکتفا به عدم تکذیب، ظاهر این است که چنین نباشد. بل که مسامحه در عبارت کرده. چنان که از کلام او بعد از این معلوم می شود که اعتبار تصدیق را کرده است. بلی می توان گفت که در صورت عدم تکذیب و سکوت، اگر چه نسب از طرفین ثابت نشود، لکن از جانب مقرله چرا ثابت نشود. چون مقرّ اقرار به نفس خود کرده. و ثمره وقتی ظاهر می شود که آن پسر بمیرد قبل از تصدیق، که در آن وقت می توانیم گفت که پسر او تواند (۱) میراث مطالبه کند به سبب اقرار مقر بر نفس خود. و در صورتی که وارثی دیگر غیر مقرّله نباشد، میراث به پسر او می رسد. پس معلوم شد که اشتراط تصدیق، از برای ثبوت توارث از طرفین، است و اگر نه، اقرار کار خود را می کند.

و دلیل قول دیگر (که آن را از شیخ در ظاهر کتاب «نهایه» نقل کرده اند) شاید اطلاق

ص: ۴۳۹

---

۱- توضیح: در صورتی که پدر (مقر) بمیرد، پسر (مقرله) می تواند بر اساس همان اقرار، ارث ببرد. مصنف (ره) این صورت را فرض نمی کند زیرا در این صورت، ادعای ارث، مصداق تصدیق می شود. در حالی که محور بحث، سکوت و عدم تصدیق است.



روایات باشد به این مضمون که «إِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ بَوْلِدِ ثَمَّ نَفَاهُ لَزْمَهُ»<sup>(۱)</sup>. و این که این اقرار است بر نفس خود، پس مسموع است.

و جواب از اطلاق، منع تبادر کبیر است. خصوصاً بدون تصدیق. بل که ظاهر آن است که اقرار به ولد در حال صغر می شود [و] به مجرد همان، لزوم حاصل می شود. دیگر تصدیق و تکذیب حال کبیر، اعتبار ندارد. و جواب از اقرار بر نفس<sup>(۲)</sup>؛ پس آن هم ممنوع است. به جهت این که در اقرار بر غیر بودن شکی نیست، گو اقرار بر نفس هم باشد.

و تحقیق این است که: نظر به اقرار، حکم مختلف است نسبت به مقرّ و مقرّ له. بلی از برای این که مقر میراث نبرد، خوب است. گو نظر به اقرار او، مقر له میراث ببرد.

و هر گاه آن ولد مرده باشد، پس در آن دو قول است. نظر به این که چون میت مثل طفل است، چون سخنی نمی تواند گفت، و از جهت آن که حکم ولد کبیر مستفاد از اخبار نمی شود، اصل عدم لحوق است<sup>(۳)</sup>. و علامه در «تذکره» توقف کرده. و از مسالک ظاهر می شود که مشهور، قول اول است، بل که از شیخ نقل اجماع بر آن شده. و بعد از آن در آن اشکال کرده به جهت آن که حکم بر خلاف اصل است. و چون در صغیر و میت اجماع هست، به آن قائل شدیم و در این جا اجماعی نیست. و دلیل دیگر، ظاهر نیست.

و چون مسئله مفروض است در این که «اقرار بر نسب شخص مجهول باشد در حال موت»، دور نیست ترجیح قول مشهور. به جهت شهرت، و ظاهر اجماع منقول از کلام شیخ، و علت مذکوره.

ص: ۴۴۰

---

۱- تهذیب الاحکام، ج ۹ ص ۳۴۶.

۲- عبارت نسخه: و جواب او اقرار بر نفس...

۳- عبارت نسخه: و اصل عدم الحوق است.

و اما میت و مجنون: پس ظاهر این است که در آن خلافی نباشد. چنان که از شیخ علی (۱) نقل شده، و آخوند ملا احمد (ره) فرموده: که اگر اجماع باشد، خوب است. و الا در آن اشکال است.

و بدان که: شرط کرده اند در لحوق ولد (بعد از وجود شرایط اقرار در مقرر از بلوغ، و عقل، و اختیار) این که دعوی فرزندی در حق آن طفل، ممکن باشد از برای مقرّ، و شرع تکذیب او نکنند. پس هر گاه اقرار کند به فرزندی شخصی که در سن مساوی اوست، یا به قدری کمتر که ممکن نیست تولد از او، و امثال این ها، پس ملحق نمی شود. و همچنین هر گاه آن طفل شرعاً ملحق به غیر باشد به سبب فراش یا شهرت، یا غیر آن. هر چند آن ولد همه تصدیق او بکند، ملحق نمی شود.

و همچنین: شرط است که کسی با او منازعه نکنند. پس اگر دیگری هم دعوی فرزندی او را بکند، محتاج است به مرافعه و اثبات، یا رجوع به قرعه بعد عجز.

و بدان که این احکام در اقرار مرد به فرزندی کسی، بی خلاف است. و اشکال کرده اند در اقرار زن به فرزندی کسی. و وجه اشکال این است که لحوق نسب بر خلاف اصل است. و در مرد حکم ثابت است به اجماع و اخبار. و اما در زن، پس نصی نیست. و غالب این است که زن به بیینه می تواند مطلب را اثبات کند (۲). بخلاف مرد. و وجه ثبوت حکم در زن، شراکت مرد و زن است در غالب احکام. بل که آخوند ملا احمد (ره) فرموده است که در زن به طریق اولی مسموع است. و فخرالمحققین دعوی اتحاد طریق، کرده.

و در کلام احدی از علما در این مقام ندیدم که استدلال به نصّی کرده باشند. و لکن در مسائل میراث (در باب حکم میراث بردن دو نفر که با هم منسوب باشند و اعتراف داشته

ص: ۴۴۱

---

۱- مراد، محقق کرکی است.

۲- در نسخه: اثبات کند.

باشند) صحیحه (۱) عبد الرحمن بن حجاج، مذکور است، و آن مشتمل بر این است که هر گاه زنی را از بلاد شرک به اسیری بیاورند و با او ولد صغیری باشد و بگوید ولد من است، از او می شنوند. و از یکدیگر میراث می برند. پس بنا بر این، در حکم مادر هم اشکال نباید کرد. تا این جا سخن در اقرار به ولد بودن کسی بود.

و اما اگر: اقرار کند به غیر ولد صلبی؛ مثل اقرار به این که «این شخص برادر من است» یا خواهر، یا پدر، یا مادر، یا عمو، یا خالو، یا غیر آن. حتی این که بگوید «ولد ولد من است». پس در این ها نسب به محض اقرار ثابت نمی شود بل که باید مقرب، تصدیق او بکند. یا بینه بر آن اقامه کند. و ظاهراً خلافی در مسئله نیست. به جهت آن که مستلزم اقرار بر غیر، است و مسموع نیست. خصوصاً این که فی الحقیقه در این جا آن نسب را به غیر ملحق می کنند. زیرا که اقرار به اخوت، اقرار است به این که فرزند پدرم است. و در اقرار به عمومیت، اقرار به این که فرزند جدم است. و هکذا در ولد.

و در اشتراط موت ملحق به (یعنی آن پدر و جد و ولد)، دو قول است (۲). و علامه در تذکره تصریح کرده به عدم قبول این اقرار بدون بینه. و گفته است که ملحق به، مادام که زنده است، از برای دیگری جایز نیست الحاق نسب به او. هر چند مجنون باشد (۳).

و خلاف کرده اند نیز در اشتراط عدم نفی آن، یعنی ملحق به، آن نسب را نفی نکرده باشد. و وجه عدم قبول، آن است که آن نسب محکوم بود به بطلان، و عود آن محتاج به دلیل است. و وجه قبول این است که همان ملحق به، هر گاه در حال حیات اقرار می کرد به نسب بعد از آن که نفی کرده بود، ملحق می شد به او. هر چند میراث از او نمی برد. پس همچنین

ص: ۴۴۲

---

۱- در نسخه: بصحیحه..

۲- در نسخه: در دو قول است.

۳- تذکره الفقهاء، ج ۱۵ ص ۴۵۳ مسئله ۹۹۶ ط جدید موسسه آل البیت (علیه السلام).

وارث هم که اقرار کند، ملحق می شود به او.

و به هر حال، در غیر اقرار به ولد صلب، هر گاه تصدیق مقربه، حاصل شود، توارث بینهما حاصل می شود. و الآء، فلاء و خلافی ظاهراً در این نیافتیم خواه مقربه، زنده باشد یا مرده. به غیر عبارت شهید ثانی در شرح لمعه که در میت گفته است که شرط نیست تصدیق مقربه، به جهت عدم امکان. و هر چند او هم باز اشکال کرده است در این. و عبارت لمعه این است «و يشترط التصديق فيما عدا الولد الصغير و المجنون و الميت». و شارح بعد از کلمه «المیت» گفته است «و ان كان بالغاً عاقلاً و لم يكن ولداً». و عجبت آن که بعد از این، نسبت داده است قول به قبول اقرار به نسب کبیر میت را مطلقاً (یعنی خواه ولد، و خواه غیر آن) به فتوای اصحاب (۱).

و این قاصر، تصریحی به آن در کلام احدی از اصحاب ندیدم. و گمان حقیر این است که لفظ «المیت» در کلام لمعه، عطف بر صغیر است و مجنون، که صفت ولدند. نه به ولد. و شارح آن را عطف به ولد گرفته. و تو دانستی پیش از این، خلاف را در ولد کبیر.

و به هر حال، ظاهر این است که در اقرار به غیر ولد صلب، تصدیق شرط است. و بدون تصدیق یا یننه، نسب ثابت نمی شود، هر چند مقربه، میت باشد. به جهت آن که حکمی هست بر خلاف اصل، و اقراری است بر غیر. و دلیلی بر آن نیست. بلی نظر به اقرار خود، در حق خود مسموع است. پس مقربه، هر گاه جاهل به حقیقت حال باشد، به سبب اقرار مقر (۲)، میراث از او می برد. گو مقر میراث از او نبرد چنان که در حق ولد ملاءنه (که بعد از اقرار به آن ولد) میراث می برد و اما پدر میراث نمی برد.

و به هر حال، هر گاه دو نفر با هم تعارف کنند (یعنی هر یک اعتراف به نسب دیگری

ص: ۴۴۳

---

۱- شرح لمعه، کتاب الاقرار، الفصل الثالث.

۲- در نسخه: مقربه.

داشته باشد) خلافی نیست که هر یک از دیگری میراث می برند. و اخبار هم دلالت بر آن دارد. و لکن این حکم مختص متصادقین است و به سایر انساب تعدی نمی کند. به جهت آن که حکم به اقرار، ثابت شده نه به بینه. و مقتضای آن هم توارث است بینهما، نه ثبوت نسب برای دیگران. مگر آن که آن ها تصدیق بکنند. بلی ظاهر این است که حکم تعدی به اولاد آن دو نفر می کند و از یکدیگر میراث می برند. چنان که آخوند ملا احمد(ره) تصریح به این کرده. و همچنین علامه در تحریر. و در ولد صلب تعدی می کند به سایر انساب.

بلی خلاف کرده اند در ولد کبیر که آیا هر گاه تصدیق کرد، تعدی می کند به سایر انساب یا نه، و اصل عدم لحوق، موید قول به عدم تعدی است. و نصی در نظر نیست که دلالت بر آن داشته باشد. و فرق مابین ولد و غیر ولد، مشکل است. بلی چون در خصوص صغیر اجماع دارند و اخبار دلالت دارد، حکم به تعدی می شود. و در غیر آن دلیل نیست.

و اما مجنون: پس ظاهر این است که در حکم صغیر باشد. چنان که پیش گفتیم.

و ظاهر این است که در ولد کبیر نیز تعدی به اولاد ایشان بکند، گو به سایر انساب نکند.

و بدان که: هر گاه شخصی ورثه مشهوری داشته باشد، و اقرار کند به نسب غیر از او، مسموع نمی شود بدون بینه. چون اقرار است بر غیر. هر چند آن مقرّ له، هم تصدیق بکند. و ظاهر اکثر عدم فرق است در این در مابین اقرار به ولد، و غیر ولد. در کفایه گفته است که: گاه است که فهمیده شود از عبارت «نهایه» که این مختص غیر ولد است. و شاید نظر او به عموم اخبار باشد. و لکن انصاف این است که اخبار عمومی ندارد که دلالت کند بر اقرار ولد مجهول النسبی با وجود اولاد دیگر، یا پدر و مادر. بل که ظاهر آن اخبار این است که هر گاه کسی اقرار کند به ولد که ظاهراً حکم شرعی آن لحوق باشد، و بعد از آن نفی کند آن را از خود. چنان که بعضی از آن ها صریح در این است مثل صحیح حلی از حضرت صادق علیه السلام که فرموده است «أیما رجل أقرّ بولد ثمّ انتفی منه فلیس له ذلک ولا

کرامه، يلحق به ولده اذا كان من امرأته أو وليدته»<sup>(۱)</sup>. و از این جا اشکال در دلالت اخبار بر حکم اقرار به ولد صغير هم می شود مطلقاً یعنی هر چند وارث دیگر هم نداشته باشد. و منحصر می شود دلیل مسئله در اجماع. به جهت این که کلام در مجهول النسب است، نه کسی که ظاهراً حکم به لحوق آن به مقرّ شود.

بلی: روایت ابی بصیر خالی از دلالت نیست بر حکم صغير مجهول النسب؛ «قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنْ رَجُلٍ ادَّعَى وَلَدًا امْرَأَةً لَمَّا يُعْرَفُ لَهُ أَبٌ ثُمَّ انْتَفَى مِنْ ذَلِكَ قَالِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ»<sup>(۲)</sup>. و در حدیث هم هست که «إِذَا أَقَرَّ رَجُلٌ بِوَلَدٍ ثُمَّ نَفَاهُ لَزِمَهُ»<sup>(۳)</sup>.

و مجملاً این که: هر گاه کسی چند اولاد داشته باشد و طفل مجهول النسبی را اقرار کند به این که ولد اوست، به مجرد این، ثبوت نسب در نهایت اشکال است. هر چند آن ولد کبیر باشد و تصدیق هم بکند. بلی تصدیق کبیر باعث میراث بردن پدر از او می شود.

و بدان که: نسب به شهادت عدلین ثابت می شود. هر چند دو نفر از ورثه باشند که اقرار کنند به ثالثی و دیگری انکار کند. مثل این که دو پسر باشند و اقرار کنند به پسری دیگر. یا یکی اقرار کند و دیگری انکار. در صورت اول نسب ثابت می شود مطلقاً، با عدالت آن ها. و میراث را هم سه حصه می کنند. و در صورت دویم؛ آن سیمی در ثلث حصه مقر شریک است. و هکذا.

و ثابت نمی شود نسب، به شهادت یک مرد و دو زن، یا چهار زن. و همچنین است ثابت می شود به استفاضه و شیاع. و خلاف کرده اند در حصول «علم بشیاع» یا اکتفا به «ظن متأخم

ص: ۴۴۵

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۶ ص ۲۷۱.

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۶ ص ۲۷۱.

۳- وسائل الشیعه، ج ۲۶ ص ۲۷۱.

علم». و اظهر اعتبار «قطع» است. و ثابت نمی شود به یک مرد عادل و یمین نیز. به جهت آن که مقصود بالذات، مال نیست. هر چند بر آن مترتب می شود بردن میراث.

و بدان که: کلام در این که هر گاه دانیم که میت وارثی دارد و غایب باشد و او را نشناسیم. هر گاه کسی بیاید و ادعا کند که من همانم. هم، چنین است که به محض ادعا و اقرار، مسموع نیست، و میراث به او نمی توان داد الاّ به یتنه. به جهت این که دعوی است با وجود منازعه. گو بالفعل نزاع نکنند. و حاکم ولی غایب است و منع می کند از میراث تا ثابت شود وراثت او.

#### ۶- سؤال:

۶- سؤال: هر گاه زید اقرار کند به انتقال بعضی املاک او به ولد صغیر او به موجب هبه مستجمعه شرایط لزوم. و بعد ذلک، آن ملک مقرّبه، را به ضمیمه بعضی دیگر از املاک خود، بیع نماید، و در جمیع مبیع مدعی مالکیت باشد از برای خود. و مشتری مطلع بر اقرار مزبور نبوده، به اعتقاد مالکیت بایع در جمیع، خریده. و بعد از این، بایع در مقام استرداد ملک مزبور بر آید و بگوید که مقرّبه مزبور، مال صغیر است و من غصباً به تو فروختم. آیا قول او را می شنوند؟ و مقدم می دارند بر قول مشتری (که می گوید: من از تو خریده ام و در ید تو بود و تو را مالک می دانستم)؟ آیا قول بایع مقدم است یا آن که قول مشتری مقدم است؟-؟

#### جواب:

جواب: ظاهر این است که بیع صحیح است (۱) به جهت استجماع شرایط آن. و در حین وقوع، محکوم به صحت بود شرعاً. و محض ادعای بایع که من غاصب بودم، منشأ بطلان آن نمی شود. به جهت آن که این سخن الحال اقراری است بر غیر. و اقرار بر غیر، مسموع نیست. خصوصاً که مشتری مطلقاً اقرار سابق را نشنیده بوده است.

ص: ۴۴۶

---

۱- این حکم به محور «ولایت پدر بر صغیر» است که شرحش خواهد آمد.

و اما اقرار سابق او که ملک صغیر است، پس بعد از اثبات آن نیز، منشأ بطلان این بیع نمی شود. به جهت این که اقرار مرکب است از سه چیز: یکی اقرار بر نفس خود که از من نیست. و یکی اقرار بر این که این مال صغیر است. و یکی این که کسی دیگر را هیچوجه حقی نیست (۱).

و شکی نیست که اقرار اثبات نمی کند به جز استحقاق ظاهری را، و ملک نفس الامری ثابت نمی شود. و آن استحقاق که به سبب اقرار او حاصل می شود هم، اضافی است؛ به معنی این که تسلط مقرّ از آن منقطع می شود. پس چنین نیست که اگر دیگری (در همان که مقرّ اقرار کرد که مال ولد صغیر اوست) دعوی کند که مال من است، دعوی او مسموع نباشد. بل که البته مسموعه است. پس بنابر این، اقرار به غیر حرمان خود از آن مال (با استحقاق ظاهری مقرّ له) افاده نمی کند. پس آن اقرار منشأ بطلان حق مشتری (که بعد از این بر وجه محکوم به صحت می خرد) نمی شود. به جهت آن که نسبت به مشتری هم، اقرار بر غیر است.

و چنان که گاه است که شهادت احدی در آنی با ادعای او در آنی [دیگر]، منشأ این می شود که اقرار بر نفس خود باشد در آن [آن] دیگر. چنان که هر گاه کسی شهادت بدهد بر آزاد بودن غلام کسی، و شهادت او را نشنوند، و آن غلام بر رقیت باقی بماند. و بعد از آن اتفاق شود که آن شاهد آن غلام را بخرد، یا مالک به او ببخشد، ما می گوئیم که او چون اقرار بر نفس خود کرده پس مال او نمی شود. با وجود این که در حال شهادت، غلام مال او

ص: ۴۴۷

---

۱- البته هر اقرار (که «مقرّ له» داشته باشد) چنین است. همان طور که گفته شد، در این مسئله اصل نظر مصنف (ره) به محور «ولایت پدر» است که خواهد آمد.



نبود که اقرار بر حریت او کرده باشد(۱).

پس همچنین: در ما نحن فیه، هر چند اقرار پدر به مقرّبه از برای ولد، اقرار بر نفس است در آن حال، لکن اقرار بر غیر هم هست در حال دیگر که حال انتقال آن مال است به مشتری به مبیعه محکوم به صحت ظاهراً.

و اما تمسک به استصحاب ملک ظاهری ولد در ابطال بیع: پس آن بی وجه است. به جهت آن که استصحاب در ظاهر منقطع شد به قول ولیّ که مال من است. به جهت آن که خلافی ندارند در این که قول ولی و وکیل و نحوهما، در آن چه در دست آن ها است ما دامی که مزاحمی نیاید، مسموع است(۲).

و ولیّ کمتر از اجنبی نیست که با وجودی که علم داریم که مالی که در دست او باشد، دی روز از غیر بوده و ادعا کند که از من است، می خریم و بیع صحیح است(۳). بل که چنین است حکم هر گاه در روز قبل اقرار به ملکیت غیر کرده باشد و امروز ادعا کند که از من است، از او می خریم. بل که بگوید از او خریدم و الحال می فروشم، هم از او می خریم. بیش از این نیست که هر گاه این غیر بیاید و ادعا کند، دعوی او مسموع است و بر آن شخص اثبات انتقال، لازم است. و مفروض این است که در این جا آن ولد صغیر کبیر نشده و مزاحمتی از او واقع نشده.

ص: ۴۴۸

---

۱- ولا- یخفی: این تنظیر معکوس است. حتی در قالب قیاس هم نمی گنجد. و مصنف(ره) آن را برای روشن شدن ذهن مخاطب آورده است.

۲- پس قول او که در حین بیع گفته است (شفاهاً یا عملاً) که همه مبیع مال من است، مسموع است. و این به دلیل ولایت پدر بر صغیر است.

۳- عبارت نسخه: می خریم برو و بیع صحیح است.

و مزاحمت خود ولی و ادعای غاصب بودن، بعد از ادعای او ملکیت را و اجرای صیغه بیع بر وجه صحیح، با وجود آن که تکذیب قول خود اوست، اقرار(۱) بر غیر است، مسموع نیست.

و حاصل این که: پدر ولی است و اختیار تصرف در مال صغیر (بر وجهی که مصلحتی در آن باشد یا فسادی در آن نباشد) [دارد. و] جایز است قول او(۲) در حین بیع که از من است. و بیع او در این حین منافاتی با اقرار سابق او ندارد که مال صغیر است. از جهت آن که محتمل است بر وجه صحیح به خود منتقل کرده باشد. و قول و فعل او محمول بر صدق و صحت است. و تا برابر، و مدعی در برابر نیاید، آن معامله بر صحت خود باقی است. و ادعا ثانیاً بعد از حکم به صحت بیع، مسموع نیست.

و بسا باشد که کسی توهم کند که حکم به صحت بیع پدر مذکور در حال بیع (که ما بنا را به آن گذاشتیم) به جهت این است که چون مدعی ملکیت است و «ذوالید حالی» است و «ید حالیه» مقدم است بر ملکیت قدیمه که ملکیت صغیر باشد که به اقرار سابق او ثابت شده بود (چنان که در محل خود محقق شده) و ایراد کند بر ما که ید حالیه در وقتی مقدم است بر ملکیت قدیمه که ملکیت قدیمه به اقرار «ذی الید الحالیه» ثابت نشده باشد. و همچنین در وقتی است که این ید تصرف، از استمرار ید عاریتی یا اجارتی، یا وکالتی (یا ولایتی سابقه، مستصحب نمانده باشد. و در ما نحن فیه مفروض این است که هم ملکیت قدیمه به اقرار ذی الید، ثابت شده و هم ید ولایتی قبل از بیع بر آن بوده و مستصحب مانده. و

ص: ۴۴۹

۱- در نسخه: و اقرار.

۲- عبارت نسخه: جایز است و قول او در حین بیع که از من است. - لفظ «جایز» در این جا به معنی اصطلاح فقهی است؛ یعنی «نافذ است». نسخه بردار به این معنی توجه نکرده و لفظ «دارد» را حذف کرده و لفظ جایز را خبر مبتدا یعنی «اختیار» قرار داده که نادرست است. ناچار وقتی که به کلمه «قول» رسیده یک حرف «و» افزوده است.

در این دو صورت جزماً این ملکیت (۱) قدیمه، مقدم است بر ید حالی. پس ید حالیه که معتبر نشده، بیع فاسد خواهد بود.

و تو بعد از آن که تحقیق ما را دانستی و مبنای کلام ما را فهمیدی که چه چیز است، می دانی که این توهم مطلقاً نه وجهی دارد و نه ربطی به مقصد ما دارد.

و این جواب (۲)، و رد این توهم نیز (۳)، ربطی نه به مطلب ما دارد، و نه جواب از آن توهم می شود، و نه وجه صحتی دارد. به جهت آن که در حین بیع که ذوالید آن، پدر است و مدعی در برابر ندارد که متمسک به ملکیت قدیمه باشد که ما تصحیح بیع را به «ید حالیه» بکنیم و قول صاحب ید را بر قول مدعی ملکیت قدیمه، مقدم داریم.

پس (۴) جواب هم صحیح نیست، به این که بگوئیم در جواب که: در این جا ملکیت قدیمه به اقرار ذی الید ثابت شده و آن مقدم است بر ید. و خود پدر که مدعی شده الحال (یعنی در حین دعوی) ذوالید نیست که بگوئیم به اقرار او ملکیت قدیمه ثابت شده.

و اگر ذوالید را در این جا مشتری قرار دهیم و بگوئیم او اقرار به ملکیت قدیمه نکرده (۵)، که امر اشنع و ابعد خواهد بود. به جهت آن که مشتری؛ تمسک او به ید نیست. بل که به شری است (۶).

ص: ۴۵۰

---

۱- در نسخه: در این ملکیت.

۲- در بالا گفت «چنان که در محل خود محقق شده». معلوم می شود که این مسئله در جائی مطرح شده و کسی به این اشکال جواب داده که مصنف (ره) آن جواب را نمی پذیرد. در سطر بعدی همان جواب را بررسی خواهد کرد.

۳- در نسخه: نیست.

۴- در نسخه: که پس ...

۵- این جمله در نسخه، پس از چند جمله بعدی آمده است در نسخه برداری اشتباه شده است- به پی نویس بعدی توجه کنید.

۶- عبارت نسخه: که به شری است و او هم اقراری بر ملکیت قدیمه نکرده.

و به هر حال: هر گاه صغیر بعد از کبر دعوی نکند، بیع بر صحت خود باقی است و اشکالی نیست. بلی: هر گاه صغیر کبیر شود و دعوی کند (نظر به اقرار پدر [که] «مقرّبه» مال اوست و ملک عین و منافع از آن [او] است) از آن روزی که پدر اقرار کرد که من مال صغیر را غصباً فروختم، به همان اقرار ماخوذ است و باید غرامت عین و منافع آن را از برای صغیر بکشد. و همچنین منافع بین اقرار به هبه تا زمان بیع را، مگر این که ادعا کند که به مصرف صغیر رسانیده. و هر گاه صغیر او را تصدیق نکند. و ادعای تفریط بکند و بیّنه نباشد، قول ولی مقدم است با یمین.

این ها همه در وقتی است که به غیر ادعای پدر غصب را، چیز دیگر نباشد. اما هر گاه غاصب بودن او به بیّنه ثابت شود (خواه خود پدر اثبات کند یا صغیر بعد از کبر) پس در آن وقت پدر از باب ولایت، استرداد مال صغیر می تواند کرد (۱). و لکن در تالف عین و منافع، خود باید غرامت بکشد در صورت جهل مشتری چنان که مفروض آن است.

و هر گاه (۲) مدعی صغیر باشد بعد از کبر، و اثبات کند غصب را، به هر یک از پدر و مشتری، می تواند رجوع کرد (۳).

و احکام این مسئله، و صورت علم و جهل مشتری، و احکام غرامت، در «مسائل تجارت» مذکور شد. و همچنین حکم خیار «تبعض صفقه» بعد از ثبوت بطلان بیع در «مقرّبه»، و سایر احکام.

ص: ۴۵۱

---

۱- یعنی اگر پدر بتواند غاصب بودن خود را در همان روز اول معامله اثبات کند، در همان روز اول می تواند ملک را از مشتری مسترد نماید.

۲- در نسخه: که هر گاه.

۳- و اگر به مشتری رجوع کند، او نیز می تواند به پدر رجوع کند.

۷- سؤال: هر گاه زید در مرض موت اقرار کند که: از عمر و مال بسیاری در ذمه من است به او رد کنید. و قبل از این که بیان کند قدر آن را، فوت شود. چه باید کرد؟

### جواب:

جواب: مشهور این است که هر گاه اقرار کند مقرّ، به لفظ مجمل مثل «له علیّ مال» او «شیعی» او «مال عظیم» او «جزیل» یا «کثیر»، در همه آن ها رجوع می شود به تفسیر مقرّ، هر چند به «اقلّ ما يتمولّ» تفسیر کند. مثل یک دینار فلس (۱). و هر گاه تفسیر نکند، او را ملزم می کنند به تفسیر. و اگر امتناع کند او را حبس می کنند و عقوبت می کنند تا تفسیر کند، چنان که حبس می کنند در صورت امتناع از ادای حق. و از شیخ نقل شده قول به این که حبس نمی کنند بل که می گویند به او که اگر تفسیر نمی کنی حکم می کنیم به نکول. پس اگر باز اصرار کند بر عدم تفسیر، «مقرّله» را قسم می دهند بر آن چه ادعا می کند.

و بدان که: فرقی نگذاشته اند مابین هیچیک از این الفاظ. به جهت آن که اصل در اقرار «اخذ یقین» است. و اصل برائت ذمه از زاید است. و احتمال دارد که مراد او از عظیم، یا جزیل، یا کثیر، این باشد که خطر او عظیم است. و از این جهت حکم می شود به کفر کسی که حلال داند غصب مال قلیل را. به جهت آن که قلت و کثرت و عظمت و حقارت در نظر مردم مختلف است؛ بعضی بخیلان قلیل را عظیم و کثیر می شمردند. و بعضی اسخیا بسیاری را کم می شمارند و عظیم را حقیر. و این غلبه استعمال عرفی در این جا معتبر نیست.

و ظاهراً خلافتی در این ندارند در مسئله اقرار و وصیت. چنان که از شهید ثانی ظاهر می شود. بلی شیخ مخالفت کرده است در خصوص لفظ کثیر و گفته است که هر گاه بگوید «له علیّ مال کثیر» لازم است بر او هشتاد درهم بدهد. و همچنین در وصیت. نظر به حدیثی که

ص: ۴۵۲

۱- دینار فلس عصر میرزا(ره) که بی ارزش ترین پول بوده است. در اواخر قاجار و اوایل پهلوی، پنجاه دینار مساوی بود با ده شاهی. و یک قران (که بعدها یک ریال نامیده شد و همین ریال امروزی است) مساوی بود با صد دینار. با این حساب خود «دینار» خیلی ناچیز، و مصداق «اقلّ ما يتمولّ» بوده است.

وارد شده است در نذر، که ابوبکر حضرمی روایت کرده است: «قَالَ كُنْتُ عِنْدَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ فَسَأَلَهُ رَجُلٌ عَنْ رَجُلٍ مَرِضٍ فَذَرَّ لِلَّهِ شُكْرًا إِنْ عَافَاهُ اللَّهُ أَنْ يَصَّدَّقَ مِنْ مَالِهِ بِشَيْءٍ كَثِيرٍ وَ لَمْ يُسَمِّ شَيْئًا فَمَا تَقُولُ قَالَ يَتَصَدَّقُ بِثَمَانِينَ دِرْهَمًا فَإِنَّهُ يُجْزِيهِ وَ ذَلِكَ بَيْنَ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِذْ يَقُولُ لِنَبِيِّهِ ص لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ وَ الْكَثِيرُ فِي كِتَابِ اللَّهِ ثَمَانُونَ» (۱). و روایه مرسل دیگر هم هست به همین مضمون در حکایت نذر متوکل ملعون، و جواب امام علی النقی علیه السلام. و روایت هر چند در نذر است و فقها به آن عمل کرده اند در نذر (و ظاهراً خلافی هم در آن نقل نکرده اند) و لکن بناء شیخ بر آن است که این بنائی است شرعی از برای این لفظ؛ مثل تفسیر «جزء» [به] عشر، یا سبع. و تفسیر «سهم» به ثمن، یا به سدس. بنا بر اختلاف قولین.

و رد کرده اند قول شیخ را به قدح در سند روایت، و به این که این قیاس است، و به این که عرف و لغت دلالتی بر آن ندارد. و این که هر گاه «کثیر» استعمال شده باشد در هشتاد به این عنوان که یکی از افراد «بسیار» باشد، لازم نمی آید که منحصر باشد «کثیر» در هشتاد. و حال آن که «کثیر» در قرآن بسیار استعمال شده در غیر آن؛ مثل «كَمْ مِنْ فِتْنَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فَتَنَّهُ كَثِيرَةً» (۲) و «اذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا» (۳) و امثال آن. و اگر خوف مخالفت اجماع نبود، در نذر هم عمل به آن نمی کردیم.

و به هر حال؛ تعدی از مورد نص با وجود مخالفت با اصول و قواعد، صورتی ندارد. و غریب تر از قول شیخ، قول ابن جنید است که «عظیم» را مثل «کثیر» دانسته و حمل به هشتاد

ص: ۴۵۳

---

۱- تهذیب الأحکام، ج ۸ ص ۳۱۷.

۲- سوره البقره، الایه ۲۴.

۳- سوره الأنفال، الایه ۴.

کرده.

و هر گاه مقرّ فوت شود قبل از بیان مقدار، به وارث او رجوع می شود در تفسیر آن هر گاه داند و مالی از مورث آن مانده باشد. پس اگر منکر علم باشد، و مقرّ له ادعای علم کند، بر او قسم نفی العلم متوجه می شود. همچنان [که] در وصیت هم رجوع به وارث می شود در تفسیر. [و] در صورت عدم علم یا بعد قسم نفی العلم، باز رجوع به اقل ما یتمّول می شود.

و بدان که: بنا بر قول شیخ به تفسیر کثیر به ثمانین درهم، فرقی نیست مابین این که بگوید «مال کثیر» یا «دراهم کثیر». و اشکال به هم می رسد هر گاه بگوید «ثیاب کثیره»، از حیث (۱) این که مقتضای تفسیر کثیر به ثمانین و استشهاد به آیه، این است که هشتاد جامه بدهد. و از حیث این که «مال» در حدیث، اعم است از دراهم با وجود این، «ثمانین دراهم» فرموده اند. و این ها همه از جمله مضعفات قول شیخ است. پس هر گاه ناچار شویم به عمل به روایت، باید اکتفا کنیم به مورد حدیث که حکم نذر است و نذر مال کثیر، هشتاد درهم است (۲).

و ظاهر این است که معتبر دراهم متعارفه در زمان امام (علیه السلام) باشد، نه رایج زمان نذر و اقرار، و امثال آن.

## ۸- سؤال:

۸- سؤال: علمای عظام چه می فرمایند در این مسئله شرعیّه که: چنانچه زید متوفی شود، و دینش مستغرق ترکه او باشد، و ورثه اش گویند که ترکه زید مال عمرو است. و بکر داین خواهد که از ترکه استیفای حق خود را نماید با این که وفا به دین نمی کند. و عمرو گوید که به اقرار ورثه زید ترکه او تعلق و اختصاص به من دارد تُرا مدخلیتی و تسلّطی به

ص: ۴۵۴

۱- در نسخه: حقیقت.

۲- عبارت نسخه: و نذر مال کثیر است و هشتاد درهم است.

ترکه زید نیست. آیا در صورت مذکوره که دین مستغرق است، ترکه منتقل به وارث می شود یا نه؟-؟ و اقرار وارث در این صورت فایده خواهد داشت یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: چون اظهر در نظر حقیر این است که ترکه میت در صورت ثبوت «دین مستغرق ترکه»، بل که در غیر مستغرق هم، در حکم مال میت است و منتقل به ورثه نمی شود مادامی که ادای دین نشده باشد. و منتقل به طلبکار هم نمی شود. بل که تعلق حق طلبکار به آن مال از باب تعلق حق مرتهن است به عین مرهونه که هر گاه مال تلف شود باز حق او در ذمه میت می ماند تا قیامت. [نه] از باب استحقاق در عین. و نه از باب تعلق حق مجنی به عبد جانی که هر گاه عبد بمیرد، مجنی بر مولای عبد حقی ندارد.

و تعلق حق وارث میت (۱) به آن مال، از باب تعلق حق مالک است در زکات (بنابر تعلق زکات به عین نه به ذمه چنان که اشهر و اقوی است) که همین قدر تصرف می تواند کرد که عوض را از جای دیگر بدهد و مال را خود متصرف شود.

لهذا اقرار ورثه به این که اموالی که از زید مانده مال عمرو است، اقراری است بر غیر، که میت باشد. بل که بر یک (۲) طلبکار نیز [است]. مسموع نیست. و هر چند از حیثیتی دیگر اقرار بر نفس خود هم باشد. والله العالم باحکامه.

### باب الاقرار – مسائل الاقرار من المجلد الثالث

#### ۹- سؤال:

۹- سؤال: شخصی در نزد جماعتی از ثقات، اقرار کرده که فلان کس قرابت به من دارد

ص: ۴۵۵

۱- در نسخه: با میت.

۲- در نسخه: بکی.



و رحم من است، از باب صله رحم به او فلان و فلان بدهید. و بعد در مرض موت گفته بود که من وارثی ندارم و جمیع اموال خودم صرف خودم کنید. آیا آن اقرار به نسب، [سبب] وراثت آن رحم هست یا نه؟-؟

و آیا اگر مقید کند آن رحم را مثل «پسر عم» و «پسر خال»، آیا فرقی با «مجمل» دارد یا نه؟-؟

و بر فرض حصول معارضی بعد موت بدون بینه، چه باید کرد؟

### جواب:

جواب: آن چه سابقاً گفته است که مرا با فلان کس قرابت هست و رحم من است، ظاهراً اقرار است به نسب. هر چند مجمل باشد. و چون اقرار به نسب در غیر ولد صغیر، افاده انتساب از طرفین نمی کند الاّ به تصدیق مقرّبه، پس اگر آن شخص تصدیقی نکرده، نسب ثابت نمی شود از طرفین. و لکن ظاهر این است که مقرّر بر اقرار خود ماخوذ باشد. پس مقرّله (۱)، از مقرّر میراث می برد هر گاه (۲). وارثی دیگر ثابت نشود و منازعی در میان نیاید.

و اقرار بعد که گفته است که: «مرا وارثی نمی باشد و مال مرا همه به مصرف خودم برسانید»، آن اقرار مسموع نیست. چون اقرار بر غیر است خصوصاً نسبت به آن رحمی که اقرار به قرابت او کرده و بعد از موت او موجود است. و لکن به همین، انحصار وارث در آن شخص (که اقرار به رحم بودن او کرده) ثابت نمی شود. پس باید تفحص کرد از حال وارث، و بعد از یأس، به او می دهند.

و هر گاه مقید کرده باشد نسب را و مجمل نباشد، امر او اوضح است.

و هر گاه معارضی به هم رسد، باید به بینه اثبات کند وراثت خود را و به مقتضای آن عمل می شود.

ص: ۴۵۶

---

۱- در نسخه: مقرّبه.

۲- در نسخه: و هر گاه.

و بدان که آن چه گفتیم که در غیر ولد صغیر، نسب ثابت نمی شود الا به مصادقه، آن هم افاده بیش از نسب مابین متصادقین نمی کند از سایر انساب. بلی: ظاهر این است که در اولاد متصادقین ثابت می شود. چنانچه علامه در تحریر تصریح کرده. و همچنین اردبیلی (ره).

و وصیتی که کرده، در ثلث معتبر است مگر با امضای وارث ثابت الوراثة.

#### ۱۰- السؤال:

۱۰- السؤال: اقرار المريض مع انتفاء التهمه، هل يكون من الثلث ام من الاصل؟-؟ و يشترط فيه العدالة ام لا؟-؟

#### الجواب:

الجواب: الاظهر ان اقرار المريض يعتبر من الاصل، الا مع التهمه (اي ظن ارادته الاجحاف بالورثه)، و لا يعتبر من الثلث حينئذ. و الاظهر عدم اشتراط العدالة. بل يكفي عدم الاتهام. و قد حققنا المقام في الرساله.

#### ۱۱- سؤال:

۱۱- سؤال: زید چند روز قبل از فوت خود اقرار نمود که فلان زوجه من از من یکصد تومان از بابت صدق خود طلب دارد. و زوجه دیگر صدق او به او رسیده. و این اقرار را در حضور زوجین کرده و زوجین سکوت کرده اند و حرفی نزده اند. آیا در صورت مزبوره، زوجه اولی مستحق تمام یکصد تومان می باشد از ترکه زید یا نه؟-؟ و زوجه ثانیه (به سبب حرف زید که صدق او به او رسیده است و او سکوت کرده است و حرفی نزده) مستحق صدق نیست؟ و حال آن که حال مطالبه می کند. یا هست؟

#### جواب:

جواب: هر گاه صدق زوجه ها در خارج ثابت است که این یکی صد تومان بوده و آن هم مقدار معینی، پس در این جا سکوت آن زوجه نه باعث سقوط حق اوست و نه اقرار نفعی به آن زوجه دیگر دارد. بل که هر یک از آن ها قسم بر بقای حق خود می خورند و می گیرند. و بعد از وضع صدق ها و سایر دیون ثابتة شرعاً، اگر چیزی بماند به وارث می دهند.

ص: ۴۵۷

و اما هر گاه اصل صدق زوجه ها مقدار آن ثابت نیست، پس اول زوجه ها مرافعه می کنند و اصل صدق و مقدار آن را مشخص می کنند (هر چند به این نحو باشد که مهر المثل قرار گیرد) آن وقت ملا-حظه می شود که این که گفته است که فلان زوجه صد تومان از من طلب دارد از باب حق صدق، این اقراری است که زوج کرده از برای زوجه. پس آن چه زاید بر مقداری است که قرار گرفته در تعیین صدق به مرافعه، پس آن از باب اقرار می شود. پس هر گاه بنای حاکم شرع که مرافعه می کند به این قرار گرفت که مهر المثل در باب پنجاه تومان [است] مثلاً. در پنجاه تومان دیگر رجوع به مسئله اقرار می کند.

و اظهر در نظر حقیر این است که اقراری که در مرض موت می شود، اگر مقرّ متهم نیست به قصد حرمان ورثه، تمام را از مال می دهند. و اگر متهم است از ثلث اعتبار می شود. مگر با امضای ورثه درقدر زاید بر ثلث.

## ۱۲- سؤال:

۱۲- سؤال: هر گاه زید در حال صحت بدن و کمال شعور و وفور عقل، معترف شود نزد جمعی از عدول، بر این که شش دانگ یک باب خانه خود را به زوجه خود وا گذاشتم و ملک طلق اوست. و بعد از مدتی خانه مزبوره را مبیعه نموده به عمرو به مبلغ معینی، و قرار داد نموده به عمرو که این خانه را به این شرط به تو مبیعه می نمایم که هر گاه خود معاودت نمایم از سفر مکه معظمه، مالک باشم. و الاّ-وصی من باش و خانه مزبوره را به معرض بیع در آورده، ثمن آن را به مصارف صوم و صلاه و سایر میرّات (۱) به نیابت از من و زوجه من (بعد وفاتها) برسان.

و زید مزبور را وارثی می باشد اولاد برادر او. و زوجه نیز متوفی شده و از او دو همشیره.

ص: ۴۵۸

و وصی و ناظر و ورثه زید متلقی می باشند که خانه مزبوره عین مال وارث است و آلان منتقل به ما شده. و اعتراف مورث ما بر مالکیت زوجه خانه مزبوره را، مبتنی بر اضرار ورثه است و حجب ایشان از ارث بوده، و از قراین متظاهره متکثره مستفاد شده قصد اضرار مورث له.

و وارث زوجه و وصی و ناظر او انکار مواطاه می نماید چهار دانگ خانه مزبوره متوجه ورثه زوجه است بر عدم علم ایشان بر مواطاه بین زوج و زوجه قسم دو دانگ خانه مزبوره که به جهت ثلث زوجه است متوجه بر ورثه زید می شود نظر به این که وصی و ناظر و وکیل قسم وظیفه ایشان نیست بر فرض عجز ورثه زید از اثبات مواطاه یا نه؟-؟

### جواب:

جواب: گنجایش دارد که در جواب این مسئله نوشته شود که حسن و حسین هر سه دختران معاویه اند (۱). هلاک شدم که معنی سوال را بفهمم و آخر نفهمیدم (۲).

گمانم این است که سائل چشم از آن حکایت مبیعه فاسده مشروطه به شرط های فاسد، پوشیده و طرح سؤال را در اقرار، انداخته (۳). هر گاه چنین باشد گویا مطمح نظر سائل این باشد که: چون اقرار متهم به اضرار وارث، از ثلث معتبر است (بنابر قولی که اظهر اقوال است) و مفروض این است که مورد سؤال را هم متهم قرار داده، پس اقرار او در ثلث نافذ است.

ص: ۴۵۹

۱- مثل معروفی است. که در جوابش گفته اند: اولاً حسن نیست حسن است، ثانیاً حسین نیست حسین است، ثالثاً سه نفر نیست دو نفرند، رابعاً فرزندان معاویه نیستند فرزندان علی هستند. رواج این مثل در ایران به عصر تسنن ایران بر می گردد. به نظر بنده لازم بل واجب است که از این مثل پرهیز شود.

۲- هیچ کسی نمی تواند آن را بفهمد. و لذا از علائم نگارش نیز صرف نظر شد. مصنف (ره) خودش مسئله را فرض کرده و جواب می دهد.

۳- در نسخه: انداخت.

و چون دعوی الحال بین وارث ها است، پس می تواند شد که ورثه زوج هر گاه ادعای مواطاه کنند و بگویند اقرار بر حقیقت خود باقی نبوده و شما که ورثه زوجه هستید علم دارید که اصل اقرار بر سبیل مواطاه بوده و بی اصل بوده، پس چنان که اقرار زوج در چهار دانگ که دو ثلث است، مسموع نیست. پس دو دانگ هم بی اصل است چون از راه مواطاه بوده. پس آن دو دانگ [۱] هم واگذارند یا قسم بخورند که علم به مواطاه نداریم.

یا آن که ورثه زوجه چون متمسک اند به اقرار که: دو دانگ را از حیث اقرار متهم مالک هستیم، و آن چهار دانگ دیگر را می خواهیم چون اقرار مبتنی بر اضرار نبوده، و دعوی شما کذب است و شما علم دارید که اقرار بر حقیقت خود بوده، و مواطاه نبود، پس قسم بخورید که شما علم ندارید به حقیقت اقرار. و اگر نکول کنند آن چهار دانگ [۱] را هم بگیرند.

و جواب از این سؤال: اولاً- این که: آن چه شینده اند که اقرار متهم به اضرار، در (۱) ثلث معتبر است، اقرار مریض در مرض موت، است، نه در حال صحت. و ثانیاً مراد از ثلث، ثلث مجموع مال مقرّ است در صورت اقرار در مرض موت. نه ثلث (۲) مقربه. ثالثاً اقرار افاده (۳) ثبوت مقربه را در ظاهر شرع می کند نه در نفس الامر. زیرا که گاه است که دروغ است و مقرّ له، حق ثابتی نداشته و مقرّ می خواهد که به این اقرار به او منتقل کند، نه این که اخبار در حق سابق، کرده باشد، چون می داند که در ظاهر شرع ماخوذ است به اقرار.

پس مراد از استماع در ثلث این است که هر چند آن اقرار حقیقت نداشته باشد باز در

ص: ۴۶۰

۱- در نسخه: هر.

۲- در نسخه: و ثلث مقربه.

۳- عبارت نسخه: ثالثاً هر چند اقرار افاده... .

ثلث افاده ملکیت مستبدانه (۱) می کند. لکن دیگر قسم دادن نفعی ندارد. و در باب استحقاق زوجه دو دانگ را، چه وجهی از برای قسم دادن متصور می شود؟ بلی این دعوی در چهار دانگ ممکن است در اقرار مرض موت، که ورثه زوجه ادعا کنند علم ورثه زوج را (۲) بر حقیقت اقرار، هر چند اقرار زوج در مرض موت افاده استحقاق مال را در چهار دانگ نکرد، اما چون علم دارید که اقرار زوج حقیقت دارد در مجموع، و محض مواطاه نیست، و ما شاهد نداریم، پس شما قسم یاد کنید که ما علم نداریم به صدق اقرار و مواطاه نبودن آن.

تا این جا، کلام در فرض [ی] بود که اقرار در مرض موت باشد، و آن خلاف مفروض سؤال: است هر چند سائل فرق را نیافته و سؤال را مختلط (۳) و درهم کرده است.

و اما در صورتی که اقرار در مرض موت نباشد: پس اقرار زوج در مجموع شش دانگ، مسموع است و ماخوذ است بر اقرار خود. و اگر خود زنده می بود و می گفت اقرار من دروغ بود، یا از باب مواطاه بود، مسموع نبود مگر این که وجهی می گفت از برای آن که در ماده آن محتمل باشد؛ مثل اقرار علی رسم القباله که در آن جا می شنیدند (۴) و قسم متوجه مقوله بود. الحال که در ما نحن فیه دعوی مابین وارثین شده، و ادعای ورثه زوج مواطاه با زوجه را در صورتی که محتمل باشد، می شنویم و لکن محتاج است به بیّنه. چون ایشان مدعی اند، و ورثه زوجه منکر. و با فقد بیّنه (هر گاه ادعای علم ورثه زوجه را کنند بر مواطاه) قسم نفی العلم متوجه آن ها می شود. و بعد قسم، مجموع شش دانگ را مالک

ص: ۴۶۱

---

۱- در نسخه: مبتداته.

۲- عبارت نسخه: که ورثه زوجه ادعا کنند علم ورثه الی زوجه ادعا کنند علم ورثه زوج را.

۳- در نسخه: مختلف.

۴- یعنی در این صورت، قول او مسموع بود.

می شوند. و دیگر در این جا قسم چهار دانگ معنی ندارد که سائل پرسیده که قسم آن متوجه ورثه زوج است یا نه.

و هر گاه ورثه زوج قسم را رد کنند بر ورثه زوج، و قسم بخورند مالک شش دانگ می شوند. خواه قسم یاد کنند بر علم وارث زوج، یا بر مواطاه و حقیقت نداشتن اقرار.

و الحمد لله رب العالمین.

پایان جلد پنجم.

ص: ۴۶۲

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند؟

سوره زمر / ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ. ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفاً علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب «مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱. بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)
۲. تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی
۳. جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه، تبلت ها، رایانه ها و ...
۴. سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو
۵. گسترش فرهنگ عمومی مطالعه
۶. زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱. عمل بر مبنای مجوز های قانونی
۲. ارتباط با مراکز هم سو
۳. پرهیز از موازی کاری



۴. صرفا ارائه محتوای علمی

۵. ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱. چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲. برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳. تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴. تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵. ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

۶. تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷. راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸. طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹. برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰. برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

در پایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می نمایم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آواده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک ۱۲۹/۳۴ - طبقه اول

وب سایت: [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

ایمیل: [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۰۲۱ - ۸۸۳۱۸۷۲۲

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

# گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی  
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

**[www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com)**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

